جامعة البحرين

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

التحكيم في المنازعات المصرفية طبقاً لأحكام القانون البحريني "دراسة مقارنة"

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه

في القانون الخاص

إعـداد

منال محمد صالح السيد

الرقم الجامعي: 19963090

إشـــراف

الدكتور فاضل الزهاوي

أستاذ مشارك

جامعة البحرين

مملكة البحرين

مايو 2015

جامعة البحرين
كلية الحقوق
قسم القانون العام /الخاص
برنامج الدكتوراه

نموذج رقم (2)

صفحة الاعتماد من قبل لجنة التحكيم

ناقش الطالب سمان محمد رضا السيد رقم الجامعي 19963090 الأطروحة التي استكمل بها متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في (القانون الخاص) والمعنونة (التحكيم في المنازعات الصرفية طبقاً لأحكام القانون البحريني دراسة مقارنة)

وذلك يوم الأربعاء الموافق ٢٠١٥/٦/٢

وتوصي اللجنة بمنحة درجة الدكتوراه ، بتقدير ممتاز (A) .

(لجنة المناقشة)

الاسم		التوقيع
١. فاضل الزهادي	مشرفاً	
٢. د. فؤاد مصطفى عزب	ممتحناً خارجياً	
٣. د. نجيب أحمد ثابت	ممتحناً داخلياً	

الختم

ملخص الدراسة

يتناول هذا البحث اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية وفقاً لأحكام القانون البحريني، والذي تم دراسته في بابين، عرض في الأول ماهية التحكيم في المعاملات المصرفية، وتم فيه بيان المقصود باتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية وأهم خصائصه وتمييزه عن غيره من وسائل تسوية المنازعات المشابهة له، إضافة إلى الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية وحاولنا بيان أهم الآراء الفقهية والأحكام القضائية المتعلقة بها، إلى جانب دراسة أنواع التحكيم في المعاملات المصرفية سيما التحكيم الإجباري الذي فرضه المشرع البحريني على المتعاملين في بعض المعاملات المصرفية، وتوصلنا إلى عدم دستوريته لمخالفته نص المادة 20(و) من الدستور البحريني، ولتناقضه مع طبيعة التحكيم وجوهره. كما تطرقنا إلى انعقاد اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية من حيث بيان الشروط الموضوعية والشكلية لهذا الاتفاق، علاوة على آثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية وبيان أحدث الآراء الفقهية ورأي القضاء في العديد من الدول بهذا الشأن.

كما خصصنا الباب الثاني لدراسة الحماية القانونية والقضائية للمتعاملين مع المصرف في اتفاق التحكيم في بعض الدول التي سبقتنا في التحكيم في المعاملات المصرفية، حيث درسنا المعاملة التشريعية لاتفاق التحكيم المصرفي المبرم مع الطرف الضعيف في العلاقة المصرفية والطرف الذي يتمتع بقوة تفاوضية مماثلة للمصرف. وكذلك تناولنا المعاملة القضائية لهذا الاتفاق المبرم بين المصرف والمتعاملين، حيث تبين من خلالها المدى البعيد الذي ذهب إليه القضاء في العديد من دول العالم المتقدم وتجاوز الصيغ التقليدية لاحترام إرادة طرفي العقد بغية حماية الطرف الضعيف. ومن أجل ذلك قام هذا القضاء بإلغاء العديد من بنود اتفاق التحكيم المصرفي لمصلحة المتعاملين مع المصرف، وهذه المعاملة لم يظهر لها أي انعكاس على التشريع والقضاء في البحرين لحد الآن.

الاهداء

إلى وطني الغالي "البحرين"

إلى مدرستي الأولى في الحياة "أمي"

إلى روح أبي تغمدها الله بواسع رحمته

إلى ملاذي من ضائقة السنين "إخوتي وأصحابي"

إلى كل الأحبة

أهدي هذا الجهد المتواضع ،،،

الشكر والتقدير

أبدأ شكري وعرفاني إلى الله تعالى الذي لا يتحرك ساكن إلا بأمره ووفق مشيئته على تيسيره لي إنهاء هذا البحث، سائلة منه الأجر، أتقدم بعدها بالشكر إلى الدكتور فاضل الزهاوي لإشرافه على رسالتي وما بذله من نصح وإرشاد، كما وأخص بالشكر الأستاذ الدكتور نجيب أحمد عبدالله لما قدمه من مشورة ونصح وتوجيه، والدكتور ناجي راشد العربي على تشجيعه ومساندته لي. وأتوجه بالشكر إلى الأستاذ الدكتور حماد مصطفى عزب على تفضله بالاشتراك في لجنة المناقشة وتحمله عناء السفر.

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
آية قرآنية	
ملخص الدراسة	أ
الإهداء	ب
الشكر والتقدير	ج
قائمة المحتويات	د
مقدمة	2
مشكلة البحث	4
أسئلة البحث	4
أهداف الدراسة	5
أهمية البحث	5
الباب الأول: ماهية التحكيم في المعاملات المصرفية	6
الفصل الأول: مفهوم التحكيم في المعاملات المصرفية وطبيعته وأنواعه	8
المبحث الأول: مفهوم التحكيم في المعاملات المصرفية	8
المطلب الأول: تعريف التحكيم في المعاملات المصرفية وخصائصه	8
الفرع الأول: التعريف بالتحكيم في المعاملات المصرفية	8
الفرع الثاني: خصائص التحكيم في المعاملات المصرفية	12

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثاني: تمييز التحكيم في المعاملات المصرفية عن غيره من المسائل المشابهة له	23
الفرع الأول: تمييز التحكيم عن القضاء	23
الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن الوساطة والتوفيق	28
الفرع الثالث: تمييز التحكيم عن الصلح	31
الفرع الرابع: تمييز التحكيم عن القرار الملزم للخبير	32
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم في المعاملات المصرفية	40
المطلب الأول: نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم	41
المطلب الثاني: نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم	44
المطلب الثالث: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم	47
المطلب الرابع: نظرية الطبيعة الخاصة أو المستقلة	48
المبحث الثالث: أنواع التحكيم في المعاملات المصرفية	50
المطلب الأول: اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع واللاحق عليه	50
المطلب الثاني: التحكيم الوطني والدولي والأجنبي	52
المطلب الثالث: التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر	54
الفرع الأول: مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية	55
الفرع الثاني: غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية	56

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الثالث: مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية	58
الفرع الرابع: فريق خبراء السوق الدولية المعترف به في مجال المال PRIME	58
الفرع الخامس: المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم	59
الفرع السادس: مركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم	60
المطلب الرابع: التحكيم الاختياري والإجباري	61
الفرع الأول: التفرقة بين التحكيم الاختياري والإجباري	61
الفرع الثاني: التحكيم الإجباري في المعاملات المصرفية في مملكة البحرين	62
الفرع الثالث: التحكيم الإجباري في المعاملات المصرفية في القوانين الأخرى	72
الفصل الثاني: انعقاد اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية	75
المبحث الأول: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية	76
المطلب الأول: التراضي في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية	76
الفرع الأول: وجود التراضي في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية	76
الفرع الثاني: صحة تراضي المتعاقدين في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية	94
المطلب الثاني: المحل في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية	107
الفرع الأول: مفهوم محل اتفاق التحكيم	107
الفرع الثاني: المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها	107

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثالث: السبب في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية	112
المبحث الثاني: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية	113
المطلب الأول: اشتراط الكتابة كوسيلة لإثبات اتفاق التحكيم	114
المطلب الثاني: اشتراط الكتابة كركن لانعقاد اتفاق التحكيم	114
الفصل الثالث: آثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية	117
المبحث الأول: آثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية من حيث الأشخاص	117
المطلب الأول: نسبية أثر اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية	117
المطلب الثاني: جواز الوكالة في اتفاق التحكيم	122
المطلب الثالث: أثر اتفاق التحكيم على الخلف العام	123
المطلب الرابع: أثر اتفاق التحكيم على الخلف الخاص	124
المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية من حيث الموضوع	126
المطلب الأول: الامتناع عن اللجوء للقضاء (الأثر السلبي لاتفاق التحكيم)	126
المطلب الثاني: الخضوع للتحكيم (الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم)	128
الباب الثاني: سبل حماية المتعاملين مع المصارف في عقد التحكيم المبرم بينهما وتقييمه	130
الفصل الأول: الحماية القانونية للمتعاملين مع المصارف في عقد التحكيم المبرم بينهما	133
المبحث الأول: حماية العميل في ظل قوانين حماية المستهلك	133

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الأول: مفهوم المستهلك	134
الفرع الأول: مفهوم المستهلك لدى الفقه والقضاء	134
الفرع الثاني: مفهوم المستهلك في التشريع	138
المطلب الثاني: الحماية التشريعية للعميل في التحكيم المعاملات المصرفية بموجب قوانين حماية المستهلك	141
المبحث الثاني: الحماية القانونية للمتعاملين مع المصارف في اتفاق التحكيم بموجب القواعد العامة في عقود الإذعان	148
المطلب الأول: ماهية عقود الإذعان	148
الفرع الأول: ماهية عقود الإذعان في القانون البحريني	149
الفرع الثاني: ماهية عقود الإذعان في القانون الفرنسي	152
الفرع الثالث: ماهية عقود الإذعان في القانون الأمريكي	154
المطلب الثاني: حماية العميل في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية بموجب مبدأ انعدام الضمير في النظام الأمريكي	156
الفصل الثاني: الحماية القضائية للمتعاملين مع المصارف في عقد التحكيم المبرم بينهما	162
المبحث الأول: بعد مكان التحكيم كأساس للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم	163
المبحث الثاني: صياغة شرط التحكيم بطريقة غير واضحة كأساس لعدم نفاذ شرط التحكيم	168

الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الثالث: ارتفاع تكاليف التحكيم كأساس للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم	174
المبحث الرابع: الانحياز الواضح لصالح الطرف القوي كأساس للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم	187
الفصل الثالث: تقييم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل	202
المبحث الأول: تقييم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل المستهلك	202
المطلب الأول: عدم ملاءمة شرط التحكيم بين المصرف والعميل المستهلك	204
الفرع الأول: صعوبة ضمان وجود الرضا الصحيح في شرط التحكيم في العقود المصرفية	204
الفرع الثاني: عدم كفاية السوق التنافسية لحماية العميل	207
الفرع الثالث: اختلال القوة التفاوضية تحقق مصلحة المصرف وليس العميل	209
المطلب الثاني: اقتراح تقييد اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل المستهلك	236
المبحث الثاني: تقييم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل التاجر	239
الخاتمة	252
المراجع	254

جامعة البحرين
كلية الحقوق
قسم القانون العام /الخاص
برنامج الدكتوراه

نموذج رقم (2)

صفحة الاعتماد من قبل لجنة التحكيم

ناقش الطالب صلاح محمد رضا السيد رقم الجامعي 19963090 الأطروحة التي استكمل بها متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في (القانون الخاص) والمعنونة (التحكيم في المنازعات الصوفية طبقاً لأحكام القانون البريطاني "دراسة مقارنة")

وذلك يوم الأربعاء الموافق ٢٠١٥/٦/٢

وتوصي اللجنة بمنحة درجة الدكتوراه ، بتقدير ممتاز (A) .

(لجنة المناقشة)

الاسم		التوقيع
١. عاصم الزهادي	مشرفاً	
٢. د. محمد مصطفى عزب	ممتحناً خارجياً	
٣. د. نجيب أحمد ثابت	ممتحناً داخلياً	

الختم

مقدمة

يعتبر التحكيم من أهم وسائل تسوية المنازعات الذي أهتم المشرعين بتنظيمه بقواعد قانونية بهدف دعم اتفاق التحكيم وإنفاذ قراراته، كما وأبرمت الاتفاقيات الدولية التي انضمت لها غالبية دول العالم للاعتراف بنفاذ هذا الاتفاق وتنفيذ قراراته. وقد اهتمت مملكة البحرين بوضع قواعد تؤيد فيها نفاذ اتفاق وحكم التحكيم إلى جانب انضمامها إلى الاتفاقيات الدولية ذات الصلة مثل اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها لعام 1958. كما وسعت لأن تكون مركزاً مهماً للتحكيم من خلال تأسيس غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية بموجب المرسوم بقانون رقم (30) لسنة 2009، وفي سبيل توسعة نطاق تطبيق التحكيم، جعلت التحكيم في معاملات تجارية محددة تتعلق بالمعاملات المصرفية جبراً على الأطراف، كما وفرض مصرف البحرين المركزي التحكيم جبراً على المتعاملين في معاملات مصرفية معينة، ويستدعي ذلك البحث في طبيعة التحكيم ومدى ملائمة هذه النصوص التي فرض المشرع بموجبها استخدام التحكيم لحل المنازعات لأطراف النزاع.

ومما يبرز أهمية التحكيم في المعاملات المصرفية أن المصرف عند إبرامه لاتفاق التحكيم مع العميل والذي عادة ما يكون في شكل شرط مدرج في العقد المصرفي، فإنه يبرم هذا الاتفاق مع فئات مختلفة من المتعاملين، منها الشركات والمؤسسات التجارية المختلفة، كذلك حكومات الدول، إلى جانب شريحة كبيرة من الأفراد الذين لا يتمتعون بقوة تفاوضية متناسبة مع المصرف عند إبرامهم لهذه العقود، إضافة إلى افتقارها إلى الخبرة القانونية والكفاءة اللازمة للإحاطة بالمسائل المتعلقة بالتحكيم وإجراءاته والنتائج المترتبة عليه. لذا، فإن اتفاق التحكيم الذي يبرمه المصرف قد يحقق أهداف معينة خاصة بالتحكيم عند إبرامه مع فئة دون الأخرى، وهذه التفرقة بين الفئات المختلفة التي يبرم المصرف بها اتفاق التحكيم لم يُلق عليه الضوء مسبقاً من قبل الباحثين في التحكيم في المعاملات المصرفية، حيث اقتصرت الكتابات باللغة العربية منه على مميزات التحكيم وأهميته بالنسبة للمصارف، أما الدراسات الغربية القليلة التي بحثت في هذا الموضوع فكانت تعرض هذه المسائل في ضوء قوانين التحكيم الخاصة بها والتي تختلف عما تبنته التشريعات العربية بشكل عام والقانون البحريني بشكل خاص، مما استوجب معه البحث في هذه القوانين ومقارنتها بالقانون البحريني. لذا، فإن هذه الدراسة يمكنها أن تساهم في تقديم إضافة جديدة في موضوع التحكيم في المعاملات المصرفية.

وقد قمت بتقسيم بحثي إلى بابين، درست في الأول منه ماهية التحكيم في المعاملات المصرفية والذي تناولته في ثلاثة فصول، خصصت الأول منه لمفهوم التحكيم في المعاملات المصرفية وطبيعته وأنواعه، وتكلمت في الثاني عن انعقاد اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية، وعرضت في الثالث لآثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية، وقد حاولت البحث في هذه المواضيع من خلال عرض أحدث الآراء والأحكام القضائية التي تناولت الموضوعات التي درسناها. وخصصت الباب الثاني لدراسة سبل حماية المتعاملين مع المصارف في عقد التحكيم المبرم بينهما وتقييمها، والذي قسمته إلى ثلاثة فصول، درست في الأول الحماية القانونية التي يوفرها القانون البحريني لاتفاق التحكيم المبرم بين المصرف باعتباره طرف ضعيف في العلاقة المصرفية، وتطرقت في الثاني للحماية القضائية للعميل في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية، وفي الثالث قمت بتقييم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل المستهلك، وبين المصرف والعميل التاجر.

- **مشكلة الدراسة**

تظهر مشكلة البحث عندما يتم البحث في مدى انسجام طبيعة اتفاق التحكيم وجوهره مع كل من قواعد التحكيم في مملكة البحرين التي تخضع لها العمليات المصرفية، وكذلك انسجامه مع العقود التي تبرمها المصارف مع الفئات المختلفة من المتعاملين. فالقانون البحريني فرض التحكيم جبراً على المصارف في معاملات محدده مما يطرح التساؤل عن مدى ملاءمة ومشروعية هذه النصوص القانونية التي تجعل من التحكيم إجبارياً على أطراف منازعات معينة. ونظراً لوجود فئات مختلفة يبرم المصرف معها عقوده كالأفراد العاديين، والشركات التجارية، والدولة والتي قد يختلف بموجبها مدى تحقيق اتفاق التحكيم لأهدافه لفئة دون الأخرى، ونظراً لطبيعة العقود المصرفية التي تتسم أغلبها بطابع الإذعان، فإن ذلك يثير التساؤل حول الأثر المترتب على اتفاق التحكيم فيما يتعلق بالتباين بين الفئات التي يبرم المصرف معها اتفاق التحكيم، وما إذا كان يؤول إلى نتيجة تتفق مع مميزات اتفاق التحكيم والأهداف المرجوة منه. حيث أن هذه النتيجة تقرر ما إذا كان التحكيم في المعاملات المصرفية يعد وسيلة يتوجب دعمها وتأييدها من قِبل الشراح والمشرعين أم أنها تستوجب توجيه النقد إليها ومن ثم ضرورة الحد منها أو تقييدها.

- **أسئلة الدراسة**

1. هل تتوافق قوانين التحكيم في المعاملات المصرفية في البحرين مع طبيعة التحكيم؟
2. هل يتميز اتفاق التحكيم المصرفي بخصوصية معينة عن عقود التحكيم التجاري؟ وهل يختلف ذلك بين اتفاق تحكيم وآخر، وبين عميل وآخر؟
3. ما هي الضمانات التي يوفرها القانون البحريني للعميل في اتفاق التحكيم باعتباره طرفاً ضعيفاً مع المصرف؟
4. هل يحقق التحكيم بين المصرف والعميل الأهداف التي وُجد التحكيم من أجلها؟

- **أهداف الدراسة**

التعمق في دراسة طبيعة اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل والكشف عن مدى ملاءمة التحكيم في المعاملات المصرفية وفقاً للقانون البحريني مع مقارنة هذا العقد بتشريعات الدول الأخرى.

- **أهمية البحث**

يمكن أن تفيد الدراسة الحالية في الإحاطة بالخصوصية التي يتميز بها التحكيم بين المصرف والعميل، وبيان الحاجة للتعديلات القانونية ذات الصلة بهذه الخصوصية، حيث أن دراسة موضوع التحكيم في المعاملات المصرفية لم تتم بشكل كاف، فقد سُلط الضوء في الدراسات القليلة الخاصة بهذا الموضوع على الفوائد التي يمكن أن تعود على المصرف عند إبرامه لاتفاق التحكيم. غير أن هذه الدراسات افتقرت إلى التطرق لمسائل مهمة من بينها مدى تحقيق التحكيم لأهدافه وفوائده المختلفة بالنسبة للعميل سيما وأن جزء كبير من معاملات المصارف تبرم مع أفراد تختلف قوتهم التفاوضية بشكل واضح عن المصرف عند إبرام العقد المصرفي والذي عادة ما ينفرد المصرف بصياغة ووضع نصوصه. إلى جانب ذلك تركز هذه الدراسة على المسائل الجديدة في التحكيم بشكل عام وفي التحكيم في المعاملات المصرفية بشكل خاص مما يأمل معها أن تكون نقطة انطلاق لباحثين جدد للبحث في مجالات التحكيم التجاري المختلفة.

الباب الأول

ماهية التحكيم في المعاملات المصرفية

الفصل الأول: مفهوم التحكيم في المعاملات المصرفية وطبيعته وأنواعه

المبحث الأول: مفهوم التحكيم في المعاملات المصرفية

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم في المعاملات المصرفية

المبحث الثالث: أنواع التحكيم في المعاملات المصرفية

الفصل الثاني: إنعقاد اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية

المبحث الأول: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية

المبحث الثاني: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية

الفصل الثالث: آثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية

المبحث الأول: آثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية من حيث الأشخاص

المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية من حيث الموضوع

الباب الأول

ماهية التحكيم في المعاملات المصرفية

ينبغي للإحاطة بماهية التحكيم البحث في مفهومه عن طريق عرض تعريفه وتحديد السمات التي يتسم بها، ويمكن للبعض أن يخلط بين التحكيم وبعض وسائل تسوية المنازعات التي تشترك مع التحكيم في بعض الخصائص كما هو الحال مع القضاء، والوساطة والتوفيق، والصلح، والقرار الملزم للخبير. وقد اختلف الشراح حول الطبيعة القانونية للتحكيم فيما إذا كانت ذات طبيعة تعاقدية، أو قضائية، أو مختلطة، أو طبيعة خاصة أو مستقلة. ويمكن تقسيم اتفاق التحكيم المصرفي إلى عدة أنواع بحسب الزاوية التي ينظر إليه منها، فمن زاوية وقت انعقاد اتفاق التحكيم، يمكن أن يعقد بشكل سابق على قيام النزاع أو اللاحق عليه. ومن زاوية جنسية التحكيم يمكن أن ينظر له على أنه تحكيم وطني، أو دولي، أو أجنبي. ومن ناحية الجهة التي تدير النزاع فيكون التحكيم إما مؤسسياً، أو حراً، أما من ناحية مدى إلزاميته فينقسم إلى تحكيم اختياري وإجباري، وهذا النوع الأخير يثير تساؤلاً حول مدى دستورية التحكيم الإجباري الذي تفرضه القوانين البحرينية على المصارف والمتعاملين معها.

يعتبر التحكيم من العقود الملزمة للطرفين، لذا ينبغي أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية والشكلية التي قررها المشرع، ولأن التحكيم من وسائل تسوية المنازعات التي حظيت باهتمام ودعم التشريع والفقه من جهة، وباعتباره وسيلة استثنائية غير أصلية لتسوية النزاع، فقد ثار الجدل حول العديد من المسائل المتعلقة بوجود الرضا وصحته، كما أن المشرعين عادة ما يحددون مسائل لا يمكن التحكيم فيها فتخرج عن دائرة المحل الجائز التحكيم فيه لينفرد بنظرها قضاء الدولة. كما وحددت العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية شروط شكلية معينة أهمها شرط الكتابة. ويترتب على اتفاق التحكيم المصرفي عدة آثار، منها آثار تتعلق بالأشخاص وأخرى تتعلق بالموضوع.

وبناءً على ذلك، سنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول، نخصص الفصل الأول لدراسة مفهوم التحكيم في المعاملات المصرفية وطبيعته وأنواعه، ونخصص الفصل الثاني لانعقاد اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية، ونتناول في الفصل الثالث آثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية.

الفصل الأول

مفهوم التحكيم في المعاملات المصرفية وطبيعته وأنواعه

يتوجب لفهم ماهية التحكيم أن نسلط الضوء على مفهومه، والطبيعة القانونية له، والبحث في أنواعه المختلفة، وسنحاول في هذا الفصل دراسة هذه المسائل في ثلاثة مباحث مستقلة، نخصص الأول منه لدراسة مفهوم التحكيم في المعاملات المصرفية، ونتناول في الثاني الطبيعة القانونية للتحكيم في المعاملات المصرفية، ونبحث في الثالث أنواع التحكيم في المعاملات المصرفية على الوجه الآتي:

المبحث الأول: مفهوم التحكيم في المعاملات المصرفية

ينبغي للإحاطة بالتحكيم في المعاملات المصرفية وجوانبه المختلفة، تعريفه وبيان السمات الخاصة به، وكذلك دراسة ما يميزه عن النظم التي يمكن أن يخلط بينها وبين التحكيم لسبب أو لآخر. بناءً على ذلك، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول التعريف بالتحكيم في المعاملات المصرفية وخصائصه، ونسلط الضوء في الثاني على تمييز التحكيم في المعاملات المصرفية عن غيره من العقود ووسائل تسوية المنازعات.

المطلب الأول: تعريف التحكيم في المعاملات المصرفية وخصائصه

نعرض تعريف التحكيم في المعاملات المصرفية في الفرع الأول، ونوضح الخصائص المختلفة للتحكيم المصرفي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التعريف بالتحكيم في المعاملات المصرفية

ينبغي علينا لتعريف التحكيم في المعاملات المصرفية بصورة واضحة أن نحدد المقصود بالتحكيم، ويعقبه المعاملات المصرفية، وصولاً لتعريف التحكيم في المعاملات المصرفية.

أولاً: تعريف التحكيم[1]

يتطلب بيان المقصود بمصطلح التحكيم تعريفه لغةً واصطلاحاً، وتعريفه وفي المعاملات المصرفية، وذلك على النحو التالي:

1- تعريف التحكيم في اللغة

التحكيم لغةً مصدره (حكم) بتشديد الكاف وفتح الحاء، "والعرب تقول: حكمت وأحكمت بمعنى منعت ورددت ، ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم ؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم... قال الأصمعي: "أصل الحكومة رد الرجل عن الظلم... وحكموه بينهم: أمروه أن يحكم، ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا، وحكمه في الأمر فاحتكم: جاز فيه حكمه"[2].

والتحكيم في هو التفويض في الحكم، ومصدره حكم (حاكمه فاستحكم) أي صار مُحَكَماً في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فاحتكم عليه في ذلك[3].

2- تعريف التحكيم في الاصطلاح القانوني:

يُعرَّف التحكيم في الاصطلاح على أنه "نظام قانوني يتم من خلاله الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع"[4]. كما عرفه البعض أنه "الاتفاق على طرح نزاع ما

---

[1] يعد التحكيم من الوسائل الأكثر قدماً في تسوية المنازعات، فحسب الأصل، بدأت الوظيفة القضائية في المجتمعات القديمة بالتحكيم لا القضاء، وذلك قبل قيام الدولة واضطلاعها بتسيير مرفق القضاء. للتفصيل في ذلك راجع: د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المكتب الجامعي الحديث، 2006، ص 19؛ د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 53؛ Mentschikoff S., *Commercial arbitration*, Columbia Law Review, 846, 854 (1961).

[2] محمد بن مكرم إبن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج12، ص142.

[3] راجع القاموس المحيط للفيروز أبادي، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت 1978، ص 1998.

[4] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص13.

على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به"[1].

وعرفته المحكمة الدستورية المصرية العليا أنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالأة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة من جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"[2].

وبذلك نلاحظ بأن العناصر الرئيسة في تعريف التحكيم تتمثل في اتفاق طرفين أو أكثر على اختيار شخص أو أكثر ليفصل في الخصومة بقرار ملزم بعيداً عن قضاء الدولة.

ثانياً: تعريف المعاملات المصرفية

تضطلع البنوك بالمعاملات المصرفية، لذا فقد ربطت بعض التعريفات بين تعريف البنك أو المصرف والمعاملات المصرفية، وهو التوجه الذي اتبعه المشرع البحريني، حيث عرَّف البنك في المادة الأولى من قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية رقم 64 لسنة 2006 على أنه: "1- أي شخص اعتباري مرخص له بموجب أحكام هذا القانون بقبول الودائع وتقديم القروض وإدارة واستثمار الأموال، سواءً مع تقديم الخدمات الأخرى ذات العلاقة أو بدونها. 2- أي شخص اعتباري مرخص له بموجب أحكام هذا القانون بقبول الودائع وإدارتها واستثمارها طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، سواءً مع تقديم الخدمات الأخرى ذات العلاقة أو بدونها. 3- أية فئة أو فئات أخرى من المرخص لهم يصدر بتحديدها قرار من المصرف المركزي".

وعرفَّت المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية المصرف بالمؤسسات التي 1- تقبل ودائع ويكون للمودع حق قانوني بسحب هذه الودائع عند الطلب و 2- تقدم القروض التجارية[3]. وبالمثل، عرَّف

---

[1] د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 15.

[2] المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 65 لسنة 18 ق. دستورية، بتاريخ 2000/1/6، مكتب فني 9، ص 814.

[3] المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية، قضية *Board of Governors, FRS v. Dimension Financial Corp.*, 474 U.S. 361, 363 (1986)، بتاريخ 1986/1/22.

المشرع الإنجليزي المصرف أنه مؤسسة مرخص لها تقوم بقبول الودائع[1]. وعرَّفه رأي في الفقه المصري بشكل مبسط أنه تاجر نقود يحترف المضاربة عليها بعدة أشكال[2].

وقد عرَّفت قواعد توجيهات الاتحاد الأوروبي المعاملات المصرفية بشكل أوسع، حيث أوردت في تعريفها أربعة عشر نشاطاً، تتمثل في التالي[3]:

1- قبول الودائع والأموال الأخرى القابلة للسداد. 2- الإقراض. 3- التأجير التمويلي. 4- خدمات نقل الأموال. 5- إصدار وإدارة وسائل الدفع (مثل بطاقات الإئتمان، الشيكات السياحية، والحوالة المصرفية). 6- الكفالات والتعهدات. 7- التداول أصالة أو نيابة عن العميل في: (أ) أدوات سوق المال (مثل الشيكات والكمبيالات وشهادات الإيداع إلخ)، (ب) النقد الأجنبي، (ج) العقود المستقبلية[4] والخيارات[5]، (د) أدوات الصرف وأسعار الفائدة، (هـ) الأوراق المالية. 8- المساهمة في إصدار الأوراق المالية وتزويد الخدمات المتعلقة بها. 9- تقديم استشارات فيما يتعلق بهيكل رأس المال، والإستراتيجية الصناعية والمسائل ذات الصلة. 10- الوساطة. 11- إدارة المحفظة وتقديم الاستشارة بشأنها. 12- حفظ وإدارة الأوراق المالية. 13- خدمات المعلومات الائتمانية. 14- خدمات الخزائن.

---

[1] المادة 91 من قانون البنوك الإنجليزي لعام 2009.

[2] د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 633.

[3] الملحق الأول من قواعد توجيهات المؤسسات الائتمانية التابعة للاتحاد الأوروبي رقم 2006/48/EC الصادر عن البرلمان الأوروبي في 14 يونيو 2006.

[4] العقود المستقبلية هي اتفاق لشراء أو بيع أصل معين في وقت مستقبلي محدد بسعر يتم تحديده وقت العقد، ويسمى وقت الشراء أو البيع بتاريخ استحقاق العقد المستقبلي. يتم تداول هذه العقود في البورصات، وهي عقود موحدة وقابلة للتداول. للتفصيل في خصائص العقود المستقبلية راجع: Janakiramanan Sundaram, *Derivatives and Risk Management*, Pearson Education India 78 (2011)؛ Hunt, P., & Kennedy, J., *Financial derivatives in theory and practice,* John Wiley & Sons 247 (2004).

[5] عقد الخيار هو اتفاق بين بائع ومشترٍ يمنح مشترٍ الخيار الحق في شراء أو بيع أصل محدد في وقت لاحق بسعر متفق عليه. وغالباً ما تستخدم عقود الخيارات في الأوراق المالية والسلع والمعاملات العقارية. للتفصيل راجع Pestrichelli J. & Ferbert W., *Buy and Hedge: The 5 Iron Rules for Investing Over the Long Term*, Pearson Education 125 (2011).

ثالثاً: تعريف التحكيم في المعاملات المصرفية

يمكن تعريف التحكيم في المعاملات المصرفية أنه نظام قانوني يجيز لأطراف العملية المصرفية اللجوء إليه عند قيام نزاع ما بينهما وقت التعاقد أو في وقت لاحق، وفقاً لنص في العقد أو في مستند مستقل، وقد ينيط الأطراف ذلك لمؤسسة، أو مركز، أو شخص مستقل، أو أكثر، لإصدار حكم يتمتع بحجية الأمر المقضي به[1].

الفرع الثاني: خصائص التحكيم في المعاملات المصرفية

يتميز التحكيم بعدة خصائص يمكن أن تجذب المصارف عند تسوية منازعاتها مع عملائها. وباعتبار أن المصرف يبرم أنواعاً مختلفة من العقود، بدءاً بفتح حسابات الادخار كأبسط صورة لها وانتهاءً بعملياتها الأكثر تعقيداً كالتعامل في المشتقات المالية[2]، كما تتعامل المصارف مع فئات مختلفة من العملاء كالأفراد والشركات التجارية المختلفة وحكومات الدول، حيث إن السمات التي يتميز بها التحكيم قد تلائم معاملة دون الأخرى. لذا، سنحاول في هذا الفرع الاقتصار على الخصائص التي يتميز بها التحكيم ونتناول مسألة توضيح مدى فاعليته إلى الباب الثاني.

---

[1] راجع في المعني ذاته د. محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 16.

[2] المشتقات عبارة عن عقد مالي يستمد قيمته من أوراق مالية يمثلها كالأسهم والسندات أو من أصول أخرى كالسلع والعملات وأسعار السوق، وتُعد من العمليات المالية الأكثر تعقيداً. تستخدم المشتقات كأداة للتحوط من المخاطر كما تستخدم لأغراض المضاربة، ومن أمثلتها العقود المستقبلية وعقود الخيارات، فعلى سبيل المثال، إذا ما أراد مستثمر بحريني شراء أسهم من البورصة الأمريكية التي يتم تداولها بالدولار الأمريكي، فإن قيمة الأسهم معرضة لمخاطر تقلبات الأسعار خلال احتفاظ المستثمر لها، لذا وفي سبيل التحوط من هذه التقلبات، يمكن للمستثمر شراء هذه الأسهم بعقد مستقبلي (future contract). ويمكن اللجوء لهذه العقود أيضاً بهدف المضاربة، كما لو أبرم مستثمر أمريكي ومستثمر إنجليزي اتفاقاً على شراء ذهب بموجب عقد مستقبلي وفقاً لأسعار الذهب الحالية، فإذا ما تغير سعر الذهب في التاريخ المحدد للسداد لا يقوم البائع بتسليم الذهب المتفق عليه ولا المشتري بسداد المبلغ المحدد في العقد، بل تتم تسوية حقوق الأطراف وفق التغير الذي طرأ في الأسعار، فإذا ارتفع سعر الذهب عما كان عليه وقت العقد، فإن البائع يدفع للمشتري الفائدة التي كان الأخير سيجنيها إذا تم تسليم الذهب في الميعاد، والعكس صحيح بالنسبة لحالة انخفاض السعر. للتفصيل راجع: Kolb R., & Overdahl J. A. (eds.), *Financial derivatives: pricing and risk management*, (Vol. 5), John Wiley & Sons (2009).

ويتميز التحكيم بخصائص عديدة أهمها التحرر من قواعد الإجراءات، وحرية الأطراف في اختيار المحكم، ونهائية الحكم، والسرية. بالإضافة إلى ذلك، درج عدد من الشراح إلى ذكر السرعة وقلة التكلفة باعتبارهما من خصائص التحكيم. وفيما يلي عرض تفصيلي لهذه الخصائص:

1- التحرر من قواعد الإجراءات

تمنح غالبية قواعد التحكيم الوطنية والدولية أطراف النزاع حرية واسعة في تعيين الكيفية التي تسير بها إجراءات العملية التحكيمية[1]. فيمكن بذلك للمحتكمين وضع إجراءات خاصة بهم دون أن تتبع قانون أو منظمة معينة بما يتوافق وطبيعة دعواهم، أو تحديد إجراءات قانون معين، أو نظام إجرائي خاص بمركز من مراكز التحكيم وفقاً لما يتناسب والنزاع القائم، وذلك بخلاف تسوية النزاع عن طريق القضاء، حيث يلتزم القاضي بتطبيق القانون الإجرائي الساري في دولته[2]. ويمكن لهذه السمة أن تساهم في التقليل من البطء الذي يواجهه الأفراد عادة عند لجوئهم لقضاء الدولة[3]. فيكون لأطراف العلاقة المصرفية والمحكم الذي يخوله الأطراف تطبيق هذه الإجراءات حرية التخلي عن القواعد الشكلية المعقدة الواردة في القوانين الوطنية والاستعاضة عنها بقواعد أخرى تتناسب وطبيعة النزاع[4].

2- حرية الأطراف في اختيار المحكم المناسب

إن بطرح الأفراد نزاعاتهم على قضاء الدولة، يتولى القاضي المختص باعتباره شخصاً محايداً الفصل فيها، غير أن أطراف الخصومة لا يملكون تعيين قاضٍ محدد يطمئنون لخبرته وكفاءته العالية بخصوص النزاع القائم. أما في التحكيم، فإن الأمر مختلف، حيث إن الأطراف

---

[1] د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 10؛ Noussia Kyriaki, *Reinsurance Arbitrations*, Springer Berlin 2 (2014).

[2] Bhatia V. K., Candlin C., & Gotti, M. (Eds.), *Discourse and Practice in International Commercial Arbitration: Issues, Challenges and Prospects,* Ashgate Publishing Ltd 266 (2012); د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 15.

[3] د. عزمي عبد الفتاح عطية عطية، قانون التحكيم الكويتي، ط 1، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 2012، ص 20.

[4] Born G., *International Commercial Arbitration*, Vol. 1, The Hague: Kluwer Law International 83 (2009).

هم من يعين الشخص الثالث الذي تناط له مهمة الفصل في النزاع مما يمكنهم من اختيار المحكم ذي التخصص والمهارة والخبرة المناسبة لكل نزاع[1].

3- استقلال اتفاق التحكيم

يعتبر استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقر عليها اليوم وبشكل خاص في المجال الدولي[2]. والمقصود بهذا المبدأ هو فصل اتفاق التحكيم ولو كان وارداً في صورة شرط عن العقد الذي أبرم بشأنه اتفاق التحكيم، وكأن كلا منهما عقد مستقل عن الآخر[3]. والأثر المترتب على ذلك هو أن بطلان اتفاق التحكيم لا يؤثر في صحة العقد الأصلي[4]. فإذا بطل اتفاق التحكيم، استرجع القضاء ولايته باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في تسوية النزاع[5]. كما وأن بطلان العقد الأصلي لا يمس اتفاق التحكيم، وبالتالي يمكن لهيئة التحكيم النظر في دعوى البطلان دون أن يمس ذلك اختصاصها لأن هذا البطلان لا يؤثر في اتفاق التحكيم، وهو ما نص عليه صراحة قانون التحكيم التجاري الدولي[6].

إن تطبيق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم لا يعد حديثاً في العديد من الدول، فعلى سبيل المثال، تبنى القضاء الألماني المبدأ في نهاية القرن التاسع عشر[7]، قبل أن ينص عليه القانون الألماني

---

[1] Bhatia V. K., Candlin C., & Gotti, M., *op. cit.*, p. 265-266; Moses M. L., *op. cit.*, p. 4.

[2] د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي دارسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 99.

[3] Schwebel Stephen M., *International arbitration: three salient problems*, Grotius, 5 (1987).

[4] Born G., *op. cit.*, p. 405.

[5] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 356.

[6] تنص المادة 16(1) منه على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق تحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض يُنظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر عن هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

[7] المحكمة الإدارية الفيدرالية الألمانية، German Reichsgericht , Judgment of 30 April 1890, 1890 JW 202, 203، أشار له: Born G., *op. cit.*, p 323.

في عام 1998[1]. كما وتبناه القضاء الأمريكي منذ عام 1959[2]، واعترفت به محكمة النقض الفرنسية في عام 1963[3]. ونصت على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم العديد من القوانين الوطنية، كالقانون السويسري[4]، والإنجليزي[5]، والياباني[6]، والإيطالي[7]، والهولندي[8]، والسويدي[9]، والبلجيكي[10]، والمصري[11]. كما ونصت على المبدأ العديد من قواعد التحكيم[12].

---

[1] المادة 1040(1) من قانون الإجراءات المدنية الألماني، للتفصيل راجع: Sparka F., *Jurisdiction and arbitration clauses in maritime transport documents: A comparative analysis* (Vol. 19), Springer Science & Business Media, 91 (2010).

[2] محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Robert Lawrence Co. v. Devonshire Fabrics*, Inc., 271 F. 2d 402, 411 (2d Cir. 1959)، بتاريخ 1959/10/28.

[3] محكمة النقض الفرنسية، قضية *Ets Raumond Gosset v. Carapelli*, JCP G 1963,11, 13, para 405، بتاريخ 1963/5/7 أشار له: Paulsson Jan, *The idea of arbitration*, Oxford University Press, 65 (2013).

[4] المادة 178(2) من القانون الدولي الخاص السويسري، أشار له: Dorothee Philippe Bärtsch & Schramm, *Arbitration Law of Switzerland: Practice & Procedure,* Juris Publishing, Inc., 24 (2014).

[5] المادة 7 من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996.

[6] المادة 13(3) من قانون التحكيم الياباني، أنظر في ذلك Kurkela M. & Turunen S., *Due process in international commercial arbitration*, Oxford University Press, 36 (2010).

[7] المادة 808(3) من قانون الإجراءات المدنية الايطالي، أنظر في ذلك Fouchard P., Gaillard E. & Goldman B., *Goldman on international commercial arbitration*, Kluwer law international, 204 (1999).

[8] المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي، أشار له Bělohlávek A. J., *Rome convention–Rome I regulation: commentary; new EU conflict-of-laws rules for contractual obligations*, Juris Publishing Inc, 521 (2010).

[9] المادة 3 من قانون التحكيم السويدي، أشار له Heuman L., & Jarvin S. (Eds.), *The swedish arbitration act of 1999 five years on: A critical review of strengths and weaknesses,* Juris Publishing, Inc., 198 (2006).

[10] المادة 1697 من القانون القضائي البلجيكي، أشار له Moens Gabriel, *International Trade and Business Law Review*, Vol. 8, Cavendish Publishing, 401 (2003).

[11] المادة 23 من قانون التحكيم المصري.

[12] المادة 6(9) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية؛ المادة 23 من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي؛ المادة 21(2) من قواعد الاونسيرال للتحكيم؛ المادة 15 من قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات ICDR AAA.

ويثور التساؤل بالنسبة لوجود قاعدة استقلال شرط التحكيم في التحكيم الوطني، إذ لم ينص قانون المرافعات البحريني على هذا الاستقلال. وقد ترددت محكمة استئناف باريس بدايةً في اعتناق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المنازعات الوطنية[1]. غير أن محكمة النقض الفرنسية قضت في أحكام حديثة باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي معتبرة بأنه لم يعد هناك اختلاف في تطبيق المبدأ بين التحكيم الوطني والأجنبي[2]. ويعد الرأي الأخير هو الاتجاه الراجح، فمحل اتفاق التحكيم يعتبر منفصلاً ومستقلاً عن العقد الأصلي لأن اتفاق التحكيم يعد ذا طبيعة إجرائية بحته[3]. وقد استند القضاء السويسري في تسبيبه لاستقلال اتفاق التحكيم إلى الطابع الإجرائي للتحكيم[4]. كما وسببت المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية استقلال اتفاق التحكيم بأن غرض المشرع واضح لا لبس فيه بأن التحكيم باعتباره إجراء، عند اختياره من قبل أطراف العقد، فإن الهدف منه أن يكون سريعاً، وغير معرض للتأجيل ولعرقلة المحاكم[5]. بناءً على ذلك، فإننا نرى استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي سواءً كان التحكيم وطنياً أو دولياً.

---

[1] فقد قضت محكمة استئناف باريس في Cour d'Appel of Paris, 6 July 1995, Rev. Arb. 1997, 85. بأن بطلان العقد الأصلي يؤدي لبطلان اتفاق التحكيم. غير أن المحكمة ذاتها عدلت عن رأيها في Cour d'Appel of Paris, 8 October 1998, Rev. Arb. 1999, 350 حيث قرر بأن شرط التحكيم "نافذ بصرف النظر عن وجود أو صحة العقد الأصلي". أنظر في ذلك: Jean-Louis D., Gerald H. P. & Jean R., *French arbitration law and practice: A dynamic civil law approach to international arbitration*, Kluwer Law International , 56 (2009).

[2] محكمة النقض الفرنسية، *Barbot v. Bouygues* Civ. II. 4 April 2002، بتاريخ 2002/4/4، أشار له: Jean-Louis D., Gerald H. P. & Jean R., *op. cit.*, p. 57؛ محكمة النقض الفرنسية، 9 April 2002, Rev. arb. 104 2003، بتاريخ 2002/4/9، أشار له Born G, *op. cit.*, p. 333.

[3] أنظر في ذلك د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 352.

[4] المحكمة العليا السويسرية، Swiss Federal Tribunal, *Tobler c. Justizkommission des Kantons Schwyz*, 7 October 1933, DFT 62 I 230, 233، بتاريخ 1933/10/7؛ المحكمة العليا السويسرية، Swiss Federal Tribunal, DFT 64 I 39, 44، بتاريخ 1938/1/28، أنظر في ذلك Born G, *op, cit.* 327.

[5] المحكمة العيا الفيدرالية الأمريكية، قضية *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395, 404 (1967)، بتاريخ 1967/6/12.

4- نهائية حكم التحكيم

يعد تعدد درجات التقاضي من المبادئ الأساسية للنظام القضائي، أما في التحكيم فالأصل أن الدعوى فيه تُنظر على درجة تقاضي واحدة، فيصدر الحكم نهائياً غير قابل للاستئناف[1]، وتعتبر هذه الميزة أحد الأسباب الرئيسة للجوء التجار للتحكيم[2]. لذلك، نصت عليه العديد من التشريعات العربية[3]. وبالمثل، فإن كلاً من قانون التحكيم التجاري الدولي[4]، وقانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية[5] لم يُجيزا استئناف قرار التحكيم، غير أن تشريعات أخرى بما في ذلك قانون المرافعات البحريني أجازت حسب الأصل استئناف قرار التحكيم[6].

ويلاحظ بأن اعتبار حكم التحكيم نهائياً لا يعني تحصين قرار التحكيم من جميع أوجه الطعون، بل إن الطعن في قرار التحكيم يكون مقصوراً عادة على حالات معينة ترد على سبيل الحصر

---

[1] Moses M. L., *The principles and practice of international commercial arbitration*, Cambridge University Press 2-3 (2012);

د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص 20؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 14.

[2] Drahozal C. R., *op. cit.*, p. 32.

[3] أنظر على سبيل المثال: المادة 52 من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسة 1994؛ والمادة 52 من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني رقم (47) لسنة 1997؛ والمادة 48 من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001؛ قارن ذلك بالمادة 186 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980، والمادة 39 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993 اللتان لا تجيزان حسب الأصل استئناف قرار التحكيم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

[4] المادة 34(1) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني.

[5] حصرت المادة 24 من قانون الغرفة وسيلة الطعن في قرار التحكيم بالطعن بالبطلان.

[6] حيث تجيز المادة 242 منه استئناف قرار التحكيم إلا إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح، أو كانوا محكمين في استئناف، أو كان الخصوم قد نزلوا صراحة عن حق استئناف قرار التحكيم، ومن التشريعات الوطنية التي أجازت استئناف قرار التحكيم: المادة 205 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم (13) لسنة 1990 ؛ والمادة 799 من قانون أصول المحاكمات اللبناني رقم (90) لسنة 1983؛ والمادة 532 من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم (84) لسنة 1953.

كعدم توافر الأهلية المطلوبة في المحتكمين[1]، أو وجود خطأ في تكوين هيئة التحكيم[2]، أو عدم مراعاة هيئة التحكيم لحقوق الدفاع الرئيسة[3]، أو مخالفة النظام العام[4]. وتساعد هذه الرقابة في ضمان سلامة الحكم والتزام المحكمين بواجباتهم الأساسية.

وتعد نهائية قرار التحكيم مع جواز الطعن فيه لأسباب محددة هو الاتجاه الغالب لدى قواعد التحكيم الدولية[5]، وسار على النهج ذاته كل من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني[6]،

---

[1] أنظر على سبيل المثال: المادة 2/34(أ) (1) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني؛ المادة 24/أ(1) من قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية التي تنص على أنه لا يجوز للمحكمة أن تلغي أي قرار تحكيم إلا إذا قدم الطرف طالب الإلغاء دليلاً يثبت أن أحد طرفي اتفاق التحكم مصاب بأحد عوارض الأهلية.

؛ المادة 1/5(أ) من اتفاقية نيويورك؛ المادة 1/9(أ) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961.

[2] المادة 2/34(أ)(4) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني والتي قررت جواز الإلغاء عند إثبات "أن تشكيل هيئة التحكيم كان مخالفاً لاتفاق الطرفين"؛ والمادة 24/أ(3) من قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية؛ المادة 1/5(د) من اتفاقية نيويورك؛ المادة 1/52(أ) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965.

[3] المادة 2/34(أ)(2) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني والتي أجازت الطعن بالإلغاء إذا أثبت طالب الإلغاء بأنه "لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب آخر أن يعرض قضيته"؛ المادة 1/13 والمادة 24/أ(2) من قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية ؛المادة 1/5(ب) من اتفاقية نيويورك؛ المادة1/9(ب) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي.

4 المادة 2/34(ب)(2) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني التي سمحت للمحكمة إلغاء الحكم إذا وجدت "أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لدولة البحرين"؛ المادة 3/13 والمادة 24/أ(5) من قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية؛ المادة 2/5(ب) من اتفاقية نيويورك.

[5] أنظر على سبيل المثال المادة 5 من اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وإنفاذها، والمادة 9 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، والمادة 34 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 والمعدل في عام 2006.

[6] المادة 1/34 من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني والتي نصت على أنه "لا يجوز الطعن في قرار التحكيم أمام إحدى المحاكم إلا بطلب إلغاء يقدم وفقاً للفقرتين 2 و 3 من هذه المادة"، وعددت الفقرة 2 مجموعة من الحالات يمكن بموجبها إلغاء قرار التحكيم.

وقانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات[1]. وأكدت المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية وجوب الالتزام بالحالات الحصرية المنصوص عليها في القانون عندما قررت في أحد أحكامها بأن مخالفة الأطراف لمثل هذا النص عن طريق إدراج حالات إضافية في العقد للطعن في قرار التحكيم يعد مخالفاً للنظام العام[2].

ونلاحظ في هذا الصدد أن بعض قواعد التحكيم الخاصة بالمعاملات المصرفية جعلت من حكم التحكيم نهائياً وباتاً في الوقت ذاته، مما يعني الحيلولة دون خضوع أحكام المحكمين لأية مراجعة أو تدقيق، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه قواعد المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم[3]، ونظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية[4]. ونرى بأن هذا التوجه محل نظر، فعلى الرغم من أن سمة النهائية لحكم التحكيم يمكنها أن تقدم مميزات للمصرف من سرعة واستقرار للمعاملات، وهما عاملان جوهريان في العمل المصرفي، غير أن الأخذ به على إطلاقه يترتب عليه إطلاق يد المحكم في تسويته النزاع دون وجود أي رقيب يضمن الالتزام بنظر النزاع وفق القواعد التي عينها الأطراف في اتفاق التحكيم واحترام المبادئ الجوهرية في التقاضي والنظام العام للدولة، وهذا الأمر لا شك أنه غير مقبول.

---

[1] المادة 13 من قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية التي تنص على أنه: "يجوز لأطراف النزاع الذي نظر أمام الغرفة وفقاً لأحكام هذا الفصل أن يطعنوا أمام محكمة التمييز بطلب بطلان الحكم الصادر من هيئة تسوية النزاع في أي من الحالات الآتية"، والمادة 24 من القانون نفسه.

[2] المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية، قضية *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. (2008) 576، بتاريخ 2008/3/25.

[3] تنص المادة 34 من لائحة إجراءات المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم على أن حكم هيئة التحكيم يعتبر نهائياً، كما وتنص المادة 10 من إجراءات تحكيم المركز على أن موضوع الحكم حائزًا لقوة الأمر المضي فيه ولا يجوز للمحكمة التطرق له.

[4] تنص المادة 9/23 من نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية على: "يلتزم الفريقان، نتيجة إخضاع نزاعهما للتحكيم وفقا لهذا النظام، بتنفيذ مضمون الحكم الذي يصدر دون أي تأخير، ويعتبر الحكم الصادر نهائياً وغير قابل لأي طريقة من طرق المراجعة أو الطعن".

5- السرية

تعد علنية الجلسات إحدى المبادئ الرئيسية للقضاء. فالقاضي يلتزم بموجب القانون كأصل عام بمبدأ علانية المحاكمة، والذي يلزمه بتلاوة حكمه علناً[1]. أما التحكيم فجلساته تتسم عادة بالسرية، ويقتصر الحضور فيها على أطراف النزاع وممثليهم[2]، وبذلك يملك الأطراف القدرة على المحافظة على أسرارهم[3]، وسمعتهم[4]، واستمرارية علاقتهم التجارية[5]. فالعديد من الشركات التجارية لا ترغب في كشف المعلومات المتعلقة بعملياتها التجارية، أو طبيعة المنازعات التي تتعرض لها، ولا النتيجة المترتبة على تلك المنازعات[6]، لذا، فإن هذه الخاصية تعد من الأسباب المهمة لاختيار التحكيم لدى التجار[7]. ولا يجوز للمحكم الإخلال بمبدأ سرية جلسات التحكيم إلا إذا اتفق طرفا النزاع على ذلك[8]. وأكد المشرع البحريني صراحة هذا المبدأ في قواعد غرفة البحرين لتسوية المنازعات بنصه على وجوب التزام هيئة التحكيم بسرية كافة المسائل المتعلقة بالتحكيم والحكم ما لم يتفق الأطراف أو ينص القانون على خلافه[9]. وفي جميع الأحوال، فإن

---

[1] المادة 3 من قانون السلطة القضائية البحريني رقم (42) لسنة 2002.

[2] د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 15.

[3] د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 13-14.

[4] Edgerton William W. (Eds.), *Recommended Contract Practices for Underground Construction*, SME, 110 (2008).

[5] Bhatia V. K., Candlin C., & Gotti, M., *op. cit.*, p. 266; Bader Reece W., *Securities Arbitration: Practice and Forms*, JurisNet, 5 (1991).

[6] Moses M. L., *op. cit.*, p. 4.

[7] Drahozal, C. R. (ed.), *Towards a science of international arbitration: collected empirical research*, Kluwer Law International 32 (2005).

[8] د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 15.

[9] المادة 34 منه. ومن قواعد التحكيم التي نصت صراحة على مبدأ السرية: المادة 6 من النظام الأساسي للمحكمة الدولية للتحكيم الخاص بقواعد التحكيم والتسوية الودية لغرفة التجارة الدولية لسنة 2012، الملحق رقم 1، كما وأقرت بحق الأطراف في طلب اتخاذ تدابير معينة بهدف حماية الأسرار والمعلومات التجارية في المادة 3/22 من النظام الداخلي للمحكمة الدولية للتحكيم الخاص بقواعد التحكيم والتسوية الودية لغرفة التجارة الدولية، الملحق رقم 2. ومن قواعد التحكيم الأخرى أيضاً، المادة 4/21 من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، والمادة 5/28 من قواعد تحكيم مركز دبي للتحكيم الدولي الصادر بالقانون الإماراتي رقم 11 لسنة 2007، والمادة 30 من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام 1998، وقواعد التحكيم الإسلامي بمركز

إغفال الأطراف أو خلو قواعد التحكيم من النص على سرية التحكيم يجب ألا يُفسر على أن ذلك يمنح لأي طرف حق الكشف عن أي نوع من المعلومات أو الوثائق التي صدرت أو التي تنتج في هذه الدعوى[1].

6- السرعة وقلة التكلفة

وُصف التحكيم من قبل جانب من الفقه[2]، والقضاء[3]، وبعض واضعي قواعد التحكيم[4] بأنه وسيلة أكثر سرعة وأقل تكلفة من قضاء الدولة، وهذا الكلام ينطبق أيضاً على المنازعات المصرفية في رأي البعض[5]. ويشار إلى خاصيتي السرعة وقلة التكلفة من الناحية التاريخية كأحد الأسباب

كوالالمبور الإقليمي للتحكيم، والمادة 16 من قواعد التحكيم الإسلامي بمركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم لعام 2012، والمادة 4/21 من قواعد المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم

[1] المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قضية *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Procedural Order No. 3, at 79، بتاريخ 2010/1/27.

[2] د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2006، ص 7- 9؛ Stipanowich T., *Rethinking American Arbitration,* 63 Indiana Law Journal 425, 438-440 (1987).

[3] المحكمة العليا لولاية مكسيكو، قضية *In re Olshan Foundation Repair Co.*, 328 S.W.3d 883, 894 (Tex. 2010) ، بتاريخ 2010/3/23؛ محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Folkways Music Publishers, Inc. v. Weiss*, 989 F.2d 108, 111 (2d Cir. 1993)، بتاريخ 1993/3/26.

[4] راجع على سبيل المثال المذكرة الإيضاحية لأمانة الأونسيترال بشأن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بصيغته المعدلة في 2006، فقرة 15.

[5] Pew Charitable Trusts, *Banking on Arbitration: Big Banks, Consumers, and Checking Account Dispute Resolution* (Nov. 2012); Umar Aimhanosi Oseni, *Dispute Resolution in Islamic Banking and Finance: Current Trends and Future Perspectives*, International Conference on Islamic Financial Services: Emerging Opportunities for Law and Economic Reforms of the Developing Nations, University of Ilorin, Kwara, 8 (2009); Budnitz Mark, Ar*bitration of Disputes Between Consumers and Financial Institutions: A Serious Threat to Consumer Protection*, 10 Ohio St. J. on Disp. Resol 267, 299 (1994); د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص61 وما بعدها.

الجوهرية التي من أجلها لجأ الأفراد أصلاً للتحكيم[1]. من جانب آخر، رأى بعض الفقه[2]، والقضاء[3]، بأن التحكيم يمكنه أن يكون أكثر بطئاً وكلفةً من القضاء.

نعتقد من جانبنا بأنه يمكن لكل من التحكيم والقضاء أن يكون أكثر كلفةً وأسرع من الآخر، فذلك يختلف من نزاع لآخر، ولا يصح التعميم بأن إحدى الوسيلتين هي دائماً أكثر سرعةً وأقل كلفةً من الأخرى[4]. فالتحكيم في معاملة مصرفية معقدة يمكنه أن يكون ذا كلفة مرتفعة وأكثر بطئاً من القضاء كما هو الحال في المنازعات المتعلقة بالسندات التي تبتاعها المصارف من حكومات الدول، والقروض المشتركة[5].

فالمعاملات المصرفية تحتوي على عمليات متنوعة ومختلفة، منها المعقدة التي قد تنطوي على تبادل العديد من المذكرات وانعقاد الجلسات والمرافعات الشفاهية، والحاجة لأكثر من محكم ومجموعة من الخبراء، إلى جانب مؤسسة تدير العملية التحكيمية، ودفع مصاريف تأجير غرفة المرافعات عند الحاجة، بالإضافة لتحمل تكلفة السفر إذا ما كان مكان التحكيم في دولة تختلف عن

---

[1] Born G., *op. cit.*, p. 84.

[2] Lyons James, *Arbitration: The Slower, More Expensive Alternative*? Am. Law. (Jan.-Feb. 1985); Silberman L, *International Arbitration: Comments from a Critic*, 13 Am. Rev. Int'l Arb. 9 (2002).

[3] محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Blue Tee Corp. v. Koehring Co.*, 999 F.2d 633, 636 (2d Cir. 1993)، بتاريخ 1993/7/21، ذهبت المحكمة إلى أن " هذا الاستئناف.... يجعل المرء يتساءل عن السرعة وقلة التكلفة المزعومة للتحكيم في تسوية المنازعات التجارية".

[4] راجع في المعنى ذاته: Born G., *op. cit.*, p. 85.

[5] هو قرض ضخم تساهم في تقديمه مجموعة من المصارف وفقاً لشروط وأحكام مشتركة، يمكن أن يكون المقترض شركة ما بما فيها المصارف أو حكومة إحدى الدول التي لا تتوافر لديها السيولة المطلوبة لإقامة مشروع جداً ضخم. ظهر هذا النوع من القروض لتغطية المبالغ التي يتعذر على مصرف واحد تغطيتها كما وتساعد على توزيع المخاطر بين المصارف المُقرضة، هذا بالإضافة للدعاية التي يمكن أن يكتسبها البنك عند إسهمامه في مثل هذه المشاريع. للتفصيل راجع: Gadanecz, B., *The syndicated loan market: structure, development and implications*, BIS Quarterly Review 75 (2004).

دولة الأطراف، وهذا لا يعني بأن التحكيم هو دائماً أكثر بطئاً وتكلفة من القضاء، غير أن الحكم يختلف في ذلك من نزاع إلى آخر حسب طبيعته ومدى تعقيده[1].

ويمكن أن يكون التحكيم في حالات أخرى أسرع وأقل تكلفة بالنسبة لنزاع أقل تعقيداً. هذا مع ملاحظة إمكانية تباين هذه النتيجة بالنسبة لطرفي النزاع، كما هو الحال مع العميل الذي يمكن أن تقتصر منازعته على قرض استهلاكي ذي مبلغ غير مرتفع نسبياً، فيصبح التحكيم بالنسبة له وسيلة ذات تكلفة عالية[2].

المطلب الثاني: تمييز التحكيم في المعاملات المصرفية عن غيره من المسائل المشابهة له

بما أن التحكيم الذي يلجأ له المصرف لتسوية منازعاته مع غيره يمكن أن يختلط أو يتشابه في بعض جوانبه مع وسائل أخرى لتسوية المنازعات أو بعض العقود التي تبرمها المصارف. بناءً على ذلك رأينا من الضروري أن نعرض في هذا المطلب التفرقة بين التحكيم وهذه الوسائل لبيان ذاتية التحكيم وخصوصيته واختلافه عن الوسائل الأخرى لفض المنازعات المشابهة له والتي سنبينها في أربعة فروع مستقلة، نخصص الأول لتمييز التحكيم عن القضاء، ونتناول في الثاني تمييز التحكيم عن الوساطة والتوفيق، ونعرض في الثالث تمييز التحكيم عن الصلح، ونعرض في الرابع تمييز التحكيم عن الخبرة على الوجه التالي:

الفرع الأول: تمييز التحكيم عن القضاء

يشترك القضاء مع التحكيم في كونهما وسيلتين يلجأ إليهما المصرف لتسوية منازعاته ليصدر بموجبها شخص ثالث حكماً ملزماً في النزاع[3]. وكما هو الحال مع القاضي[4]، يتوجب في المحكم أن يتمتع بالاستقلال والحياد في عمله، ويحترم حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة بالدليل والالتزام بالمساواة

---

[1] Born G., *op. cit.*, p. 85.

[2] سنفصل في هذه المسألة بشكل واسع في الباب الثاني من البحث.

[3] Noussia Kyriaki, *op. cit.*, p. 2; Edgerton William W., *op. cit.*, p. 109.

[4] د. نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي، الوسيط في قانون المرافعات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2014، ص186 و 93 وما بعدها؛ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 174-182، ص 425.

بين الخصوم[1]. وعلى الرغم من هذا التشابه بينهما، يختلف التحكيم عن القضاء من عدة أوجه مهمة، فالتحكيم هو طريق استثنائي لتسوية المنازعات، قوامه الخروج على طرائق التقاضي العادية التي أناطها المشرع بقضاء الدولة[2].

فالقضاء هو حق مكفول للجميع[3]، وله ولاية عامة في نظر الدعاوى التي تطرح عليه، وعلى جميع الأفراد المثول أمام محاكم الدولة عندما يوجب القانون ذلك، إلا من استثنى بنص خاص[4]. أما بالنسبة للتحكيم، فإن الأطراف لا يخضعون له إلا بموجب اتفاق بينهم على تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم[5]، ذلك أن التحكيم يستمد وجوده ونطاقه وآثاره من الاتفاق الذي يبرمه الأطراف[6]. كما تستثني عادة القوانين مسائل معينة من التحكيم، فلا يجوز الفصل فيها إلا عن طريق الخضوع لقضاء الدولة[7]. ويختلف اتفاق التحكيم عن التقاضي في حاجة المحكوم له إلى اللجوء لقضاء الدولة للتصديق على الحكم في سبيل تنفيذه[8].

وكما هو الحال مع التحكيم، يحدث أن يبرم المصرف عقداً يتم بموجبه سلب الاختصاص من المحكمة الوطنية المختصة أصلاً بنظر النزاع، ولكن لا لمنح اختصاص نظر النزاع لجهة تحكيمية، وإنما لمنحه لقضاء آخر غير مختص أصلاً بتسوية النزاع، كتعيين القضاء الإنجليزي مثلاً بدلاً من

---

[1] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 48.

[2] محكمة التمييز البحرينية، الطعنان رقم 112 و132 لسنة 2003؛ محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 4791 لسنة 71ق، بتاريخ 2002/11/24، مكتب فني 53، ص 1082.

[3] أنظر على سبيل المثال المادة 20/و من دستور مملكة البحرين؛ راجع كذلك د. نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 51.

[4] ومثال ذلك حصانة الملك المنصوص عليها في المادة 33 من دستور البحرين.

[5] Rossmanith H. P. (Ed.), *Structural Failure: Technical, Legal and Insurance Aspects* (Vol. 1) CRC Pressj, 100 (1995).

[6] د. نبيل أحمد عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 5.

[7] وحصرها المشرع البحريني في المادة 233 من قانون المرافعات بالمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام، وسنناقش ذلك بشكل أكثر تفصيلاً في الفصل الثاني من هذا الباب.

[8] المادة 241 من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحرينى وتعديلاته رقم (12) لسنة 1971؛ المادة 35 من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني؛ المادة 23 من قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية؛ راجع كذلك د. نبيل أحمد عمر، مرجع سابق، ص 5.

البحريني، وهو ما يُطلق عليه "شرط اختيار المحكمة" أو"Forum Selection Clause"[1]. وتلجأ العديد من المصارف إلى هذه الوسيلة، خاصة المصارف الإسلامية[2]، وقد وصف البعض لجوء عدد من المصارف الإسلامية لشرط اختيار المحكمة، بمنح الاختصاص لمحاكم أجنبية بالتحديد على أنها ذريعة للتهرب من أحكام الشريعة واجبة التطبيق[3].

رغم الفارق البارز بين الاتفاق المبرم لاختيار محكمة أخرى غير المحكمة الوطنية المختصة والاتفاق على اختيار جهة تحكيمية لتفصل في النزاع دون المحكمة الوطنية صاحبة الاختصاص الأصيل، فقد خلطت بعض الأحكام القضائية بين المفهومين[4]، مما عرضها لانتقاد جانب من الفقه[5].

---

[1] أبرمت بعض الدول اتفاقيات بشأن شرط اختيار المحكمة منها نظام بروكسل بين دول الاتحاد الأوروبي "Brussels Regime"، وكذلك اتفاقية لاهاي بشأن اتفاقات اختيار المحكمة "Choice of Court Agreements" لعام 2005، لم تصبح الاتفاقية نافذة عند كتابة هذا البحث حيث يحتاج نفاذها لتصديق دولة واحدة فقط، فقد وقعتها دون أن تصدق عليها كل من الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الأوروبي نيابة عن دول الاتحاد (ماعدا الدانمارك)، وصدّقتها دولة المكسيك، راجع:
http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98؛ للتفصيل في شرط اختيار المحكمة أنظر: Gruson Michael, *Forum-Selection Clauses in International and Interstate Commercial Agreements*, U. Ill. L. Rev.133 (1982)؛ راجع كذلك: Lederman Leandr, *Viva Zapata: Toward a Rational System of Forum-Selection Clause Enforcement in Diversity Cases*, 66 NYUL Rev. 422 (1991).

[2] راجع على سبيل المثال: المحكمة العليا الإنجليزية، [2002] All ER (D) 171 (Feb)، بتاريخ 2002/2/13؛ المحكمة العليا الإنجليزية، قضية [2004] EWCA Civ 19، بتاريخ 28 يناير 2004.

[3] Moghul U. F. & Ahmed A. A., *Contractual Forms in Islamic Finance Law and Islamic Inv. Co. of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems NV & (and) Ors.: A First Impression of Islamic Finance*, 27 Fordham Int'l LJ, 150 (2003).
أنظر كذلك صفحة 245-251 من البحث.

[4] المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية، قضية *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 519 (1974)، بتاريخ 1974/6/17، حيث ذهبت المحكمة إلى أن: "الاتفاق على التحكيم أمام محكمة تحكيم محددة هو في الواقع نوع خاص لشرط اختيار المحكمة"؛ راجع في المعنى ذاته: محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Publicis Communication v. True North Communications Inc.*, 132 F.3d 363, 366 (7th Cir. 1997)، بتاريخ 1997/12/15.

[5] Born G., *op. cit.*, p. 220.

فشرط اختيار المحكمة يتعلق بتسوية المنازعات أمام محاكم وطنية لدولة معينة، ولا حرية للأطراف في تعيين من سيفصل في النزاع، أما التحكيم فيتم من خلاله تعيين شخص من الغير ينفرد الأطراف باختياره دون أن يمثل حكومة دولة ما[1].

والمعيار الرئيس للتفرقة بين شرط اختيار المحكمة المختصة وشرط التحكيم، هو الجهة التي ينيطها الأطراف لتسوية النزاع بقرار ملزم، فإذا أشار اتفاق ما لتسوية نزاع بواسطة جهة ليست محكمة ممثلة لحكومة ما، فإنه يجب تفسير هذا الاتفاق بأن المقصود به هو حل النزاع عن طريق التحكيم، ولو تضمن العقد عبارة اختيار المحكمة المختصة، فالعبرة في ذلك تكون بنيّة الأطراف لا بالألفاظ[2]. وبالمثل، فإذا أطلق المصرف على اتفاق ما بأنه شرط تحكيم مع الإشارة إلى محكمة وطنية لتتكفل بتسوية النزاع الناشئ عن العلاقة، فإن ذلك يجعل من العقد اتفاقاً على اختيار المحكمة المختصة المتمثل في القضاء الوطني لدولة معينة وليس اتفاقاً على التحكيم، وهو ما أخذ به كل من القضاء الإنجليزي[3]، والأمريكي[4].

وعند صياغة اتفاق التحكيم يتعين على المصرف توخي الدقة لتحديد الوسيلة التي اتجهت لها إرادته لكي تفصل في النزاع بصورة لا لبس فيها، وبخلافه، فإن نص اتفاق التحكيم سيخضع لتفسير القاضي عند اختلاف آراء الأطراف بشأنه حتى ولو كان هذا التفسير غير متطابق مع الإرادة الحقيقية للمصرف، لأن القاضي سيحكم وفق معطيات الدعوى، ولا يمكنه أن يكشف عن النوايا المكنونة للأطراف. فعلى سبيل المثال، عندما عرضت دعوى أمام القضاء الإنجليزي وظهرت من

---

[1] Freyer Dana H., *Practical Considerations in Drafting Dispute Resolution Provisions in International Commercial Contracts–A US Perspective*, 15 Journal of International Arbitration 7 (1998); Born G., *op. cit.*, p. 220–221.

[2] Born G., *op. cit.*, p. 221.

[3] المحكمة العليا الإنجليزية، قضية *Sonatrach Petroleum v. Ferrell International* [2002] 1 All ER (Comm) 627)، اشترطت المحكمة بأنه للاعتراف باتفاق التحكيم كان يتوجب على الأطراف عدم النص على محاكم وطنية لتسوية النزاع.

[4] محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Kochert v. Adagen Medical Int'l, Inc.*, 491 F.3d 674 (7th Cir. 2007)، بتاريخ 2007/6/28، فرغم أن العقد نص على تسوية النزاع عن طريق التحكيم، قضت المحكمة بانعقاد ولاية القضاء لنظر النزاع بموجب إحالة الطرفين لتسوية النزاع إلى قضاء محكمة وطنية والمتمثلة في ولاية جورجيا الأمريكية.

أوراق الدعوى إشارة الأطراف إلى عبارة شرط اختيار المحكمة في العقد الأصلي، ومن ثم أحالا إلى شرط تحكيم في مستند آخر، فرجحت المحكمة الاختصاص القضائي على التحكيم[1].

وتكمن أهمية التفرقة بين اختيار الأطراف للتحكيم أو شرط اختيار المحكمة المختصة في النصوص التي ستحكم تسوية النزاع، فعلى سبيل المثال، إذا ما تمسك الطرف الآخر مع المصرف في العقد بأن الشرط المنصوص عليه في العقد هو شرط اختيار المحكمة وليس شرط يحيل للتحكيم واقتنعت المحكمة بحجته، سيُحرم الأطراف من تطبيق القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم كاتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وإنفاذها لعام 1958[2]، وكذلك من قواعد التحكيم التي تمنحهم حرية واسعة في تسوية منازعاتهم[3].

---

[1] فقد ذهبت المحكمة العليا الإنجليزية في حكم لها في قضية *Indian Oil Corp v. Van Oil Inc,* [1991] 2 Lloyd's Rep 634 إلى أن النص على اختصاص محكمة وطنية لتسوية النزاع المترتب على العلاقة يُرجح على نص آخر في العقد يحيل لوثيقة تضمنت شرط تحكيم. وحكم القضاء ذاته في دعوى *Axa Re v. Ace Global Markets Ltd.*, [2006] EWHC 216 (Comm)، بتاريخ 20 يناير 2006، بصحة الإحالة لوثيقة تضمنت شرط تحكيم رغم تعيين المحاكم الإنجليزية لنظر النزاع في العقد ذاته. غير أن الفارق في صياغة العقدين أن في الدعوى الأولى ظهرت النصوص الخاصة بكل من التحكيم وبشرط اختيار المحكمة المختصة متناقضة، حيث أشار نص التحكيم في المستند المحال له على تعهد الطرفان على أنه في حال قيام أي نزاع فيما يتعلق بمختلف الشروط العقد إلى تسويتها من خلال التشاور المتبادل، وفي حالة عدم قدرتهم على حل النزاع، بإحالة هذه المنازعات إلى محكم، ويجب أن يُجرى التحكيم في الهند. في حين نص شرط آخر في العقد الأصلي على أن القانون الذي يحكم العقد هو القانون الإنجليزي ويجب تقديم جميع المنازعات الناشئة عنه إلى المحاكم الإنجليزية، لذا، اعتبر القضاء الإنجليزي بأن النصين متناقضان، فرجح بذلك النص الوارد في العقد على النص الوارد في المستند المحال إليه. أما في الدعوى الثانية، فقد نص العقد على أن العقد يحكمه القانون والقضاء الإنجليزي، وأحال في نص آخر إلى مستند تضمن بنود تتعلق بالتحكيم، ففسر القضاء ذلك على عدم وجود تعارض بين النصين، جاعلاً من التحكيم هو الوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة عن العقد مُفسراً النص على اختصاص القضاء الإنجليزي بأنه القضاء الذي سيلجأ له الأطراف أو المحكم في حالة الحاجة لمساعدة قضائية أثناء نظر النزاع.

[2] اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية اعتمدت من قبل المؤتمر الدبلوماسي للأمم المتحدة في 10 يونيو 1958 ودخلت حيز النفاذ في 7 يونيو 1959. بموجب الاتفاقية، يجب على محاكم الدول المتعاقدة الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها. انضمت البحرين إلى الاتفاقية في 1971/7/21.

[3] Born G., *op. cit.*, p. 222.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن الوساطة والتوفيق

يمكن تعريف الوساطة على أنها اتفاق أو أكثر على تعيين شخص محايد لمساعدة الأطراف على تقريب وجهات النظر دون أن يتقدم الوسيط بأي اقتراح لتسوية النزاع[1]. أما التوفيق فيمكن تعريفه على أنه اتفاق بين طرفين على تعيين شخص ثالث لتسوية منازعتهما عن طريق تقريب وجهات النظر، واقتراح الحلول دون أن يملك فرض تسوية على الطرفين[2]. بناءً على ذلك، يمارس الموفق دوراً ايجابياً أكبر مما هو عليه بالنسبة للوسيط الذي يمتنع عليه تقديم الحلول للأطراف والاكتفاء بالاستماع لهم، والسعي للتخفيف من حدة الخلاف وتقريب وجهات النظر، وهو ما نصت عليه بعض قواعد الوساطة والتوفيق[3]، بينما يكون للموفق تقديم الاقتراحات في سبيل تسوية النزاع[4].

يرى البعض بأنه لا فرق بين مفهوم الوساطة والتوفيق، فكلاهما يقومان على اتفاق لتعيين شخص من الغير لتقريب وجهات النظر في تسوية منازعات الأطراف دون صلاحية إصدار قرار ملزم[5]. وتبنت بعض قواعد التحكيم هذا الرأي حيث استخدمت كلا المصطلحين كمترادفين[6]، فيكون بذلك كل من الوساطة والتوفيق عبارة عن عملية يطلب فيها الطرفان من شخص أو أشخاص آخرين

---

[1] Spencer D & Brogan M, *Mediation law and practice*, Cambridge University Press, 5-10 (2006).

[2] Burnett R. & Bath V., *Law of International Business in Australasia*, Federation Press, 448 (2009); Poon G. P., *The corporate counsel's guide to mediation*, American Bar Association, 2-3 (2010).

[3] أنظر على سبيل المثال قواعد مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات، حيث أفرد المركز قواعد مستقلة لكل من التحكيم والوساطة والتوفيق، وقد حظرت المادة 9/10 على الوسيط تقديم الاقتراحات والحلول للأطراف المتنازعة.

[4] د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 19.

[5] Bühring-Uhle C., Kirchhoff L. & Scherer G., *Arbitration and mediation in international business*, Kluwer Law International, 176 (2006).

[6] على سبيل المثال لم تفرق لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي في قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بين الوساطة والتوفيق حيث تنص المادة 3/1 من القانون على: " يقصد بمصطلح "التوفيق" أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل...".

معاونتهما في الوصول لحل ودي لتسوية نزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو قانونية أخرى أو ما يتصل بتلك العلاقة دون أن تكون له سلطة إصدار حكم يلتزم به الطرفان[1].

تأسيساً على ذلك، تعتبر الوساطة والتوفيق من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، يسعى بموجبهما الوسيط أو الموفق لتقريب وجهات النظر بين الأطراف في سبيل الوصول لتسوية بينهما دون أن يملك إصدار قرار ملزم[2]. ووفقاً لكلا التعريفين، إذا تكللت مساعي الوسيط أو الموفق بالنجاح في تقريب وجهات النظر حتى توافقت الأطراف المتنازعة على تسوية معينة، يقوم الأول بإفراغ إرادة الأطراف على التسوية في مستند[3]، فيكون اتفاق الأطراف على هذه التسوية هو مصدر التزامهم ببنودها وليس عقد الوساطة أو التوفيق[4].

بناءً على ذلك، فإنه قد لا يبدو منسجماً مع طبيعة العمل المصرفي التي يعد عامل السرعة بالنسبة لها عنصراً جوهرياً، ويؤدي إلى إطالة أمد تسوية النزاع في حال لم تسفر الوساطة أو التوفيق عن حل للنزاع، مما يعني معه لجوء الأطراف إلى وسيلة أخرى كالقضاء أو التحكيم. من ناحية أخرى، يمكن للوساطة أو التوفيق أن يحقق فائدة للمصرف، وذلك بأن يساعده في المحافظة على عملائه بخلاف الخصومة التي يمكن أن تؤول له العلاقة عند اللجوء للتسوية القضائية[5].

وقد سنت بعض الدول كفرنسا قوانين تلزم بموجبها المصارف على توفير خدمة وساطة مجانية لعملائهم[6]، غير أن العملاء غير ملزمين باللجوء للوساطة، كما ولا تعد هذه الوسيلة بديلاً عن حق

---

[1] المادة 3/1 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002.

[2] د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص21-22؛ د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي- دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 11؛ Born G., *op. cit.*, p.235-236؛ Barker J., International Mediation – A Better *Alternative for the Resolution of Commercial Disputes: Guidelines for a US Negotiator Involved in an International Commercial Mediation with Mexicans*, 19 Loy. LA Int'l & Comp. LJ, 1, 8-15 (1996).

[3] American Arbitration Association, *AAA Handbook on Mediation*, Juris Publishing Inc, 324 (2010).

[4] د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 11.

[5] د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص 27.

[6] أنشئ جهاز معني بالوساطة المصرفية بفرنسا في 2002/12/12 بموجب المادة 13 من القانون رقم 1168 الصادر في 2001/12/11 والذي يطلق عليه Murcef Law، أشار له: Kempson E., Atkinson A. &

لجوء العميل للقضاء أو حقه في إبرام اتفاق تحكيم[1]. والمعيار الأساس في التفرقة بين التحكيم والوساطة والتوفيق هي السلطة التي يملكها المحكم في إصدار قرار ملزم يتوجب على الأطراف الخضوع له بتنفيذه[2].

بناءً على هذه التفرقة، إذا ثار نزاع حول طبيعة اتفاق المصرف باعتباره اتفاقاً على التحكيم، أو اتفاق على الوساطة أو التوفيق، فلن يجد القضاء صعوبة في تكييفه للاتفاق، فعلى الرغم من أن تسمية الأطراف لوسيلة تسوية نزاع معينة في العقد لا تعد عاملاً حاسماً في تعيين إرادة الأطراف، إلا أن استخدام مصطلح التحكيم في العقد كطريق لتسوية النزاع يعد كفيلاً لاستبعاد الوساطة أو التوفيق من العقد[3]، والعكس صحيح. فعلى سبيل المثال، رفضت المحكمة العليا الإنجليزية في 13 فبراير 2004 الادعاء القائم بأن العقد المبرم بين الطرفين هو اتفاق تحكيم مسببة ذلك بأن النص في العقد على تسوية النزاع عن طريق الوساطة لا يمكن حمله على أنه تحكيم[4]. رغم هذا الوضوح في التفرقة بين التحكيم وبين الوساطة والتوفيق ينبغي صياغة اتفاق التحكيم بشكل غير متناقض، وخلاف ذلك قد يؤدي لتكييف العقد على أنه اتفاق على التوفيق أو الوساطة وليس اتفاقاً على التحكيم. فعلى سبيل المثال، رفضت محكمة الاستئناف الفرنسية بتاريخ 17 يونيو 2004 تفسير عقد الأطراف على أنه اتفاق على التحكيم[5].

Pilley O., *Policy level response to financial exclusion in developed economies: lessons for developing countries, University* of Bristol: The Personal Finance Research Centre, 35 (2004).

[1] Gloukoviezoff Georges, *France Country Report Stage II*, Lyon: Laboratoire de la Firme et des Institutions (LEFI), Université Lyon 7-8 (2007), available at: http://www.ecosocdoc.be/static/module/bibliographyDocument/document/001/372.pdf.

[2] د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 20؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 22؛ د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 11-13؛ د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 20.

[3] Born G., *op. cit.*, p. 237.

[4] المحكمة العليا الإنجليزية، قضية *Flight Training International v. International Fire Training Equipment Ltd.* [2004] EWHC 721 (Comm)، بتاريخ 2004/2/13.

[5] محكمة الاستئناف الفرنسية في قضية *Michel Le P.* v. *Société Miss France*، بتاريخ 2004/6/17. أشار للحكم الكتاب السنوي للتحكيم التجاري: XXIX Y. B. Com. Arb. 119-120 (2004)؛ راجع أيضاً

اتفق الأطراف في هذه الدعوى على تسوية النزاع أمام مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) والتي تقوم بتسوية المنازعات بعدة طرائق منها التحكيم والوساطة، إلا أن المحكمة رفضت تمسك أحد الأطراف بأن إرادته انصرفت للتحكيم لأن العقد تضمن تسوية المنازعات بموجب إجراءات مؤسسة الإنترنت للأسماء والأرقام المخصصة أو Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)، حيث رأت المحكمة بأنه وبالرغم من أن هذه الإجراءات تشترك مع التحكيم في مسائل معينة كوجوب تمتع عملية تسوية النزاع بالحياد والمساواة، غير أنه لا يمكن لهذه الإجراءات أن تنتهي بإصدار قرار تحكيم، ومرد ذلك ما يملكه الأطراف بموجب هذه الإجراءات من حق اللجوء للمحاكم الوطنية قبل وأثناء وبعد الإجراءات، مما يعني معه عدم تمتع عملية تسوية النزاع بالإلزامية.

الفرع الثالث: تمييز التحكيم عن الصلح

عرّف المشرع البحريني الصلح بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً بينهما، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً بأن ينزل كل منهما – على وجه التقابل – عن جانب من إدعائه[1]. ويتفق التحكيم مع الصلح في طبيعتهما التعاقدية[2]، والهدف من كلا الوسيلتين هو قطع دابر الخصومة بين الأطراف خارج أروقة القضاء[3]. غير أن الفارق الأساس بينهما هو أن الصلح الذي يتوصل له الطرفان

حكم المحكمة العليا الألمانية، قضية Oberlandesgericht Naumburg, Germany, 10 Sch 01/05, 20 May 2005، بتاريخ 2005/5/20، متوافر باللغة الإنجليزية على موقع المؤسسة الألمانية للتحكيم على الرابط التالي: http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/olg-naumburg-az-10-sch-01-05-datum-2005-05-20-id456 وهي جمعية مسجلة لتشجيع التحكيم الوطني والدولي.

[1] المادة 496 من القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001.

[2] Pointon Gerald H., *ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures*, (Vol. 2.) Kluwer Law International 8 (2011); د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 24.

[3] د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 20 وما بعدها؛ د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 20؛ د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص24.

ويفرغانه في اتفاق هو ثمرة تفاوض الخصوم[1]، في حين يتوقف دور الأطراف في التحكيم عند منح المحكم سلطة الفصل في الخصومة[2].

وينتهي النزاع في الصلح بإبرام اتفاق الصلح، في حين لا تنقضي الخصومة في التحكيم بمجرد الاتفاق على التحكيم، بل بعد السير في الإجراءات وحتى إصدار الحكم[3]. كما يقتضي الصلح تنازل الأطراف عن جزء من مطالباتهم، بينما في التحكيم قد يحكم المحكم لأحد الخصوم بجميع طلباته دون الآخر[4]. ومما يساعد على لجوء المصارف إلى الصلح لتسوية منازعاتها هو قيام المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم - ومركزه دبي- بوضع قواعد خاصة بإجراءات الصلح[5].

الفرع الرابع: تمييز التحكيم عن القرار الملزم للخبير

الخبرة هي إجراء يعهد بموجبه القاضي أو المحكم أو الأطراف إلى شخص ما بيان رأيه في مسائل ذات طابع فني[6]. فيمكن للقاضي أن يندب خبيراً أو قد يطلب المصرف من القاضي أو المحكم تعيين خبير لإبداء رأي فني في مسألة مصرفية معقدة لا يملك القاضي الاختصاص الكافي بها، كما قد يبرم الأطراف اتفاق يعينان بموجبه خبيراً لتقييم مسألة فنية معينة. لقد درجت غالبية

---

[1] Dennis Campbell & Christian T. Campbell, *International Liability of Corporate Directors,* (Vol. 2), Juris Publishing, Inc. (2011)

[2] Poudret, Jean-François and Sébastien Besson, *Comparative law of international arbitration,* Sweet & Maxwell 13, (2007);

د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 20.

[3] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 25.

[4] د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 20؛ د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 20 وما بعدها.

[5] المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم (IICRA) هو مؤسسة مستقلة غير ربحية، أسس في عام 2005 من قبل دولة الإمارات والبنك الإسلامي للتنمية والمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية الذي يعد بمنزلة مظلة رسمية للمؤسسات المالية الإسلامية، ينظم المركز عملية تسوية منازعات الصيرفة الإسلامية عن طريق التحكيم والصلح، وقد بدأ المركز ممارسة نشاطه فعلياً في يناير 2007.

[6] د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص561 وما بعدها؛ د. عزمي عبدالفتاح عطية، مرجع سابق، ص 23؛ د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 13.

الفقه العربي على التفرقة بين التحكيم والخبير على أساس مدى إلزامية رأي الخبير، فالخبير رأيه غير ملزم، فيمكن للقاضي أو المحكم الأخذ به، كما يجوز طرح التقرير الذي يتوصل له الخبير جانباً دون الأخذ برأيه، فوفقاً لهذا الرأي، فإن معيار التفرقة بين الخبير والمحكم يكمن في مدى الإلزام الذي يتمتع به تقرير الخبير بالنسبة للأطراف[1].

والاستعانة بالخبرة لا تنحصر في إطار القضاء والتحكيم، بل يمكن للأطراف الاتفاق على تعيين شخص ثالث يُسمى خبيراً ليُقرر رأيه الفني في مسألة معينة، مع اعتبار النتيجة التي يتوصل لها الخبير قراراً ملزماً للأطراف وواجب التنفيذ[2]، ويُطلق عليه قرار الخبير (Expert Determination)[3]. ووضعت المنظمة العالمية للملكية الفكرية[4] (الويبو) تعريفاً لقرار الخبير بأنه هو "اتفاق بين الأطراف لإحالة كل أو بعض المسائل التي نشأت أو قد تنشأ بينهما لخبير، سواءً

---

[1] أنظر على سبيل المثال: د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة، 2001، ص 168؛ د. حسني المصري، مرجع سابق، ص20؛ د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها؛ د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 29؛ د. عزمي عبدالفتاح عطية، مرجع سابق، ص 23.

[2] المحكمة العليا الإنجليزية، قضية *Nikko Hotels (UK) Ltd v MEPC plc* [1991] 2 EGLR 103 at 108، ونص الحكم على: "إذا اتفق الأطراف على إحالة مسألة إصدار قرار نهائي وقاطع للخبير.... فإن قرار الخبير يجب أن يكون نهائياً وقاطعاً"؛ المحكمة العليا الأسترالية، قضية *Shoalhaven City Council v. Firedam Civil Engineering Pty Ltd* [2011] HCA 38, para. 26، بتاريخ 2011/10/5، وجاء في الحكم: "إنه من المقبول بصفة عامة أن الخطأ في التسبيب بتقرير الخبراء لا يحرمهم بالضرورة من.... ولا من القوة الملزمة له"؛ راجع أيضاً: Marston D. L., *Final and Binding Expert Determination as an ADR Technique*, 18 International Construction Law Review, 213 (2001); Born G., *op. cit.*, p 223; Jones, D., Is *Expert Determination a 'Final and Binding' Alternative*? 63 ARBITRATION-LONDON 213 (1997); Poudret, Jean-François and Sébastien Besson, *op. cit.*, p. 14.

[3] يستخدم الفقه والقضاء مصطلح Expert Determination أو appraisal باللغة الإنجليزية، و expertise-arbitrage في الفرنسية، و Schiedsgutchten في الألمانية، وbinded advies في الهولندية، أشار لذلك Born G., *op. cit.*, p 224.

[4] المنظمة العالمية للملكية الفكرية (ويبو) (WIPO) هي منظمة دولية تابعة للأمم المتحدة، تعني بحماية حقوق الملكية الفكرية، تأسست في عام 1974. انضمت مملكة البحرين إلى اتفاقية إنشاء المنظمة بموجب القانون رقم (1) لسنة 1995.

كان الاتفاق في شكل شرط في عقد أو في عقد مستقل"[1]. ويكون قرار الخبير ملزماً للأطراف[2]، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك[3].

وقد اختلف الشراح العرب بخصوص صحة الاتفاق على تعيين خبير يكون قراره ملزماً، فذهب اتجاه إلى عدم الاعتراف بصحة مثل هذا الاتفاق معتبراً بأنه إذا ما عهد الأطراف اتفاقاً خاصاً بينهما على تعيين خبير يملك إصدار قرار ملزم، فإن مثل هذا الاتفاق يجب أن يفسر على أنه اتفاق على التحكيم، ومن ثم تُطبق بشأنه القواعد التي تحكم عقد التحكيم[4]. بينما أقر اتجاه آخر جواز اتفاق الأطراف على تعيين خبير لإبداء رأي فني مع اعتبار هذا الرأي قراراً نهائياً وملزماً للأطراف[5]. قد يكون سبب عدم الاعتراف بالقرار الإلزامي للخبير هو الفكرة التقليدية السائدة لدى الفقه العربي بالنسبة لوظيفة الخبير، بالإضافة إلى بعض الأحكام التي سبق للقضاء الفرنسي إصدارها، واعتنق فيها عدم الاعتراف بهذه السلطة للخبير، واستند إليها الشراح العرب المعارضون للفكرة[6].

ومن جانبنا نختلف مع الاتجاه المعارض لسلطة الخبير في إصدار قرار ملزم، لأن الفكرة التي طرحوها تعني بأن كل عقد يُطلق طرفاه على من سينظر النزاع تسمية خبير، ومنحه سلطة إصدار قرار ملزم، يجب تكييفه على أنه عقد تحكيم وليس خبرة، دون اعتبار للتسمية التي اختارها الأطراف. والتسليم بذلك يمكنه أن يؤدي لعدم عناية الأطراف بما في ذلك المصارف عند تحديد تسمية وسيلة تسوية النزاع فيما إذا كانت خبرة أو تحكيماً، فيُسمَّى المحكم خبيراً في العقد، مما سيؤدي إلى

---

[1] المادة 1 من قواعد قرارات الخبراء لمنظمة الويبو، وقد جاء تعريف المنظمة على النحو التالي: "Expert Determination Agreement" means an agreement by the parties to submit to expert determination all or certain matters which have arisen or which may arise between them; an Expert Determination Agreement may be in the form of an expert determination clause in a contract or in the form of a separate contract.

[2] المادة 16 (و) من قواعد الخبرة لمنظمة الويبو.

[3] وتوفر منظمة الويبو تسوية المنازعات عن طريق التحكيم والوساطة وقرار الخبير.

[4] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 30؛ د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 22.

[5] د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 26 وما بعدها.

[6] راجع الأحكام القضائية المشار إليها في كتاب مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 30 هامش 1 و2 وهي أحكام صادرة في الأعوام: 1992، 1956، 1932 غير أن هذا القضاء تخلى عن هذا المفهوم لاحقاً كما سنرى.

إخضاع العقد لقواعد الخبرة بدلاً من التحكيم في العديد من الدول التي تقر اليوم بأن الخبير يملك إصدار قرار ملزم، وبالتالي سيُحرم الأطراف من تطبيق قواعد التحكيم على اتفاقهما. فاليوم، وفي ظل العولمة وانتشار العقود المصرفية الدولية المختلفة، لا يمكن للمصارف أن تعزل نفسها عن النظم السائدة التي تقر بمثل هذه السلطة للخبير.

فعلى سبيل المثال، امتنع القضاء السويسري في حكم له عن تطبيق قواعد التحكيم على عقد أطلق أطرافه على من سيسوي النزاع تسمية خبير، لذا، رفض هذا القضاء تقديم المساعدة القضائية في تعيين الخبير أسوة بالمساعدة التي تقدمها المحاكم في تعيين المحكمين[1]. وبالمثل، رفض القضاء الإنجليزي في حكم له تطبيق قواعد التحكيم على النزاع لأن العقد المبرم بين الأطراف هو اتفاق على تعيين خبير ليصدر قراراً ملزماً وليس اتفاقاً على التحكيم[2].

بالإضافة إلى ذلك، فإن قواعد التحكيم كما سبق أن رأينا تنص عادة على حالات معينة، ترد على سبيل الحصر، يمكن بموجبها الطعن بقرار التحكيم، أما بالنسبة لقرار الخبير فلا يلتزم الأطراف بهذا القيد ويمكنهم الاتفاق على حالات أخرى للطعن في القرار[3]. وتستفيد قرارات التحكيم من الآليات التي تسهل الاعتراف بالحكم وتنفيذه محلياً ودولياً المنصوص عليها في المعاهدات والقوانين، بينما تقرير الخبراء لا يستفيد من ذلك. فلا يمكن على سبيل المثال، للمصرف أن يلجأ للمحاكم الإنجليزية لتطبيق نصوص اتفاقية نيويورك إذا كان الاتفاق المبرم هو عقد خبرة، لأن مجال تطبيق الاتفاقية ينحصر في اتفاق التحكيم فقط[4].

---

[1] المحكمة الفيدرالية السويسرية، قضية 24 ASA Bull. 621 (2006)، بتاريخ 2004/7/5. أشار للحكم: Born G., *op. cit.*, p. 232-233.

[2] المحكمة العليا الإنجليزية، قضية *Cott UK Ltd v. FE Barber Ltd*, [1997] 3 All ER 540.

[3] Martin Valasek & Frédéric Wilson, *Distinguishing Expert Determination from Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective*, 29 Arbitration International 64 (2013).

[4] Friedland Paul D., *Arbitration clauses for international contracts,* Juris Publishing, Inc. 143 (2007); Born G., *op. cit.*, p.232; Martin Valasek & Frédéric Wilson, *op. cit.*, p. 68.

بناءً على ذلك، تَوجب علينا البحث في المعايير الأخرى التي نادى بها الفقه أو التي طبقها القضاء للتفرقة بين مهمة المحكم والخبير الذي يعينه الأطراف لإصدار قرار ملزم، وفي هذا الصدد، يمكن تقسيم هذا المعايير إلى ثلاثة اتجاهات رئيسة[1]، وهي:

الاتجاه الأول: ذهب إلى أن مهمة الخبير تتعلق بأمور فنية بحتة وتنحصر في مسألة ضيقة النطاق، بينما إحاطة المحكم بالنزاع هي أكثر شمولاً باعتباره ينظر النزاع بشكل كامل[2]. وقد تبنى القضاء الأمريكي هذا المعيار في عدة أحكام له. فعلى سبيل المثال، قررت محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية في مقارنتها بين عقد الخبرة والتحكيم بأن اتفاق الخبرة لا يسعى إلى نزع اختصاص القضاء لتسوية النزاع ككل، بل هو عادة يقتصر على القرارات الإجرائية كالتحقق من نوعية وكمية المواد، أو من خسارة أو ضرر الممتلكات، أو من قيمة العقار[3].

الاتجاه الثاني: يذهب إلى أن مهمة الخبير ترتكز على الفصل بمسائل الواقع كتحديد سعر شيء أو مقداره، أما المحكم فمهمته تتعلق بالقانون، ولو كان الخبير يقرر في بعض الأحيان حقوقاً للأطراف، فإن ذلك يكون بطريق غير مباشر، حيث يعود ذلك لما اتفق عليه الخصوم من تقرير حقوقهما بموجب الرأي الفني الذي يقرره الخبير[4]. وتبنى هذا الرأي القضاء الفرنسي، حيث اعتبر مهمة الشخص المعين من الأطراف قرار خبير وليس تحكيماً، لأنه نظر في الواقع دون الوصول

---

[1] تبنت بعض المحاكم معايير أخرى مثل (وجود نزاع بالنسبة للتحكيم) أو (مراعاة المحكم لمبدأ العدالة الطبيعية)، للتفصيل في ذلك، راجع: Martin Valasek & Frédéric Wilson, *op. cit.;* Born G., *op. cit.*, p. 223-234.

[2] Rau Alan Scott, *The Culture of American Arbitration and the Lessons of ADR*, 40 Tex. Int'l LJ 449, 486 (2004).

[3] محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Portland Gen. Elec. Co. v. U.S. Bank Trust Nat'l Ass'n*, 218 F.3d 1085, 1090 (9th Cir.2000)، بتاريخ 2000/7/17.

راجع أيضاً: حكم المحكمة العليا لولاية نيوجيرسي، قضية *Elberon Bathing Co. v. Ambassador Insurance Co.*, 77 N.J. 1, 17 (1978)، بتاريخ 1978/6/8، وقضى الحكم بأن الفارق بين التحكيم وعقد الخبرة كبير، فاتفاق التحكيم يشمل عادة النظر في نزاع الطرفين كاملاً، في حين تحدد الخبرة فقط مقدار الخسارة وعدم المسئولية.

[4] د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 27.

لنتيجة قانونية[1]. كما أعتنق الاتجاه نفسه كل من القضاء السويسري[2]، والألماني، حيث قررت المحكمة العليا الألمانية في حكم لها بأن العناصر المميزة لاتفاق التحكيم هو نقل اختصاص القضاء الوطني لإصدار قرار نهائي في نزاع ما إلى هيئة تحكيم بعكس تقرير الخبير والذي يتعلق بمسائل واقعية[3]. وقضت في حكم آخر بأنه "لا يمكن لشرط التحكيم أن يقتصر على مسائل مادية معينة"[4].

الاتجاه الثالث: يرى بأنه يجب التفرقة بين المحكم والخبير بالنظر لمدى إتباع الإجراءات القضائية، ففي التحكيم تفترض مهمة المحكم أن يباشر العديد من الإجراءات القضائية كتقديم الأطراف المذكرات الكتابية، واحتمالية عقد المرافعات الشفاهية والاستماع لشهادة الشهود. وأيد هذا الاتجاه القضاء الأمريكي، فقد ذهب إلى أن التحكيم يتميز عن الخبرة بالإجراءات شبه القضائية، حيث يقدم الأطراف الشهود والأدلة إذا أرادوا ذلك، ويجب أن يتم الإشعار بموعد الجلسة، وينازع الأطراف لإثبات دعواهم[5]. وسبّب هذا القضاء رأيه في تكييف العقد على أنه خبرة وليس تحكيماً بأن

---

[1] محكمة استئناف باريس، قضية *Mutuelle Fraternelle d'Assurances v. Chetouane*, [2001] Rev. de l'arb. 178 (Cour d'appel de Paris, 2000) لتفصيل الدعوى راجع: Rau Alan Scott, *op. cit.*, p. 511.

[2] المحكمة العليا الفيدرالية السويسرية (حكم تحكيم)، بتاريخ 2008/11/17. للإطلاع على الحكم كاملاً باللغتين السويسرية مع الترجمة الإنجليزية راجع: Patocchi P. M. and Scherer M., *Swiss International Arbitration Law Reports (2007-2009)*, Vols. 1-3, case no. 28, p.552, Juris Publishing, New York (2012).

[3] المحكمة العليا الألمانية، قضية (German Bundesgerchtshof) NJW 1952, 1296، بتاريخ 1952/6/25. أشار له: Born G., *op. cit.*, p. 226.

[4] المحكمة العليا الألمانية، قضية (German Bundesgerchtshof) NJW 1960, 1462، بتاريخ 1960/5/23؛ راجع أيضاً المحكمة العليا لمقاطعة زويبروكين الألمانية، قضية (Oberlandesgericht Zweibrücken) NJW 1971, 943، بتاريخ 1971/1/20، أشار لهما: Born G., *op. cit.*, p. 226.

[5] محكمة استئناف كونيتيكت الأمريكية، قضية *Jacob v. Seaboard, Inc.*, 28 Conn.App. 270, 610 A.2d 189, 192 (1992)، بتاريخ 1992/7/14.

أداء الخبراء لمهامهم يتم وفق طريقتهم الخاصة وليس وفقاً للإجراءات المطلوبة في الإجراءات القضائية[1].

وكرس هذا المعيار أيضاً القضاء الإنجليزي، إذ قرر في حكم له بأن القضاة والمحكمين يُقدَّم لهم النزاع للبت فيه، فتوضع أدلة وادعاءات الطرفين أمامهم لفحصها والنظر فيها ثم يصدرون قراراتهم، وأردفت بأن لا شيء من هذا ينطبق على الخبير في الدعوى والذي كانت مهمته مجرد تنفيذ الأنشطة التجارية العادية الخاصة به[2]. واعتنق القضاء الإسكوتلندي كذلك هذا المعيار، حيث قررت محكمة الاستئناف الإسكوتلندية بأن قرارات الخبراء يمكن تمييزها عن التحكيم في عدم توافر الصفة القضائية، أما الشخص الذي تكون له صفة قضائية أو شبه قضائية كالمحكم يقرر المسائل عادة على أساس التقارير والأدلة التي أمامه، بينما الخبير، يحق له القيام بالتحقيقات الخاصة والوصول إلى الاستنتاج الخاص فيه بغض النظر عن أي بيانات أو أدلة مقدمة من الأطراف[3].

ويلاحظ بأن بعض الأحكام تبنت أكثر من معيار في آن واحد عند تكييفها للعقد، فعلى سبيل المثال طبق القضاء الأمريكي المعيارين الأول والثالث، فقد ذهب إلى أن اتفاق الخبرة لا يسعى إلى نزع اختصاص القضاء لتسوية النزاع ككل، وأن المحكم ينظر في النزاع عموماً من خلال جلسات الاستماع للخصم وقبول الأدلة والتي يلعب فيها المحكم دوراً شبه قضائي[4].

ويجدر بالذكر أن المصارف يمكنها الاستعانة في عقود الخبرة بالقواعد الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس، حيث وضعت الغرفة قواعد خاصة بالخبرة، واعتبرت بموجبها قرار الخبير غير ملزم للأطراف ما لم يتفقان على خلاف ذلك[5]. بالإضافة إلى ذلك، أصدرت غرفة التجارة الدولية في

---

[1] المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية، قضية *Omaha v. Omaha Water Co.*, 218 U. 8. 180, 193-194 (1910)، بتاريخ 1910/5/31؛ راجع أيضاً محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205, 1209 (6th Cir. 1982)، بتاريخ 1982/8/31

[2] المحكمة العليا الإنجليزية، قضية *Sutcliffe v. Thackrah* [1974] AC 727, 759، بتاريخ 1974/2/2.

[3] محكمة استئناف أسكوتلاندا، قضية *Macdonald Estates plc v NCP* [2009] CSIH 79A, 21، بتاريخ 2009/11/4.

[4] محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Portland Gen. Elec. Co. v. U.S. Bank Trust Nat'l Ass'n*, 218 F.3d 1085, 1090 (9th Cir.2000)، بتاريخ 2000/7/17.

[5] المادة 4/12 من قواعد الخبرة الخاصة بغرفة التجارة الدولية الصادرة في 2003/1/1.

عام 1997[1] قواعد دوكدكس (DOCDEX Rules) أو (ICC Rules for Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise) الخاصة بقواعد الخبرة في تسوية المنازعات المصرفية الناشئة عن تطبيق قواعد الغرفة المتعلقة بالقواعد الموحدة كالاعتمادات المستندية[2] (UCP)، وخطابات الضمان تحت الطلب[3] (URDG)، والتحصيلات المستندية[4] (URC).

وجعلت الغرفة المذكورة من قرار الخبراء الصادر بموجب قواعد دوكدكس غير ملزم للأطراف ما لم يتفق الأطراف على خلافه[5]. وينبغي عدم الخلط بين التحكيم والخبرة لتفادي خضوع اتفاق الأطراف لقواعد لم تنصرف لها إرادتهم كما سبق بيانه. فقواعد الدوكدكس هي قواعد خبرة ولم يقصد منها أن تمارس أي دور تحكيمي كما رأى البعض[6]، حيث جاء نص المادة 3/1 من هذه القواعد

---

[1] وعدلت عليها الغرفة في عام 2002. راجع: Schäfer, Erik, Herman Verbist, and Christophe Imhoos, *ICC arbitration in practice,* Kluwer Law International 174-175 (2005).

[2] الاعتماد المستندي عقد يتعهد بموجبه أحد المصارف بفتح اعتماد بناءً على طلب الآمر، لصالح شخص آخر يسمى بالمستفيد، وذلك بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل، للتفصيل راجع: د. طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص78-88.

[3] وعرفتها الغرفة على أنها أي ضمان أو سند أو أي تعهد بالدفع أياً كانت تسميته أو وصفته يصدره البنك الضامن كتابة لدفع مبلغ من النقود عند تقديم طلب مكتوب للدفع مصحوباً بوثائق أخرى محددة في شروط الضمان. للتفصيل راجع: *ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) Including Model Forms*, ICC Publication No. 758 (2010).

[4] التحصيلات المستندية أو سندات التحصيل هي أمر يصدر من البائع إلى المصرف لارسال مستندات شحن البضاعة لبنك المشتري، في مقابل سداد المشتري والذي يكون إما نقداً أو مقابل التوقيع على كمبيالة. للتفصيل، راجع: Mullineux Andrew W. & Victor Murinde (eds), *Handbook of international banking*, Edward Elgar Publishing, 262-267 (2003).

[5] المادة 1/4 من قواعد دوكدكس.

[6] د. عبد القادر ورسمه غالب، التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية – تحكيم نظام "دوكدكس" التابع لغرفة التجارة الدولية بباريس، مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية، ويناقش المقال قواعد الدوكدكس باعتبارها قواعد تحكيم متوفر على الرابط التالي: http://www.kantakji.com/arbitration/التحكيم-في-منازعات-الاعتمادات-المستندية---تحكيم-نظام-دوكدكس-التابع-لغرفة-التجارة-الدولية-بباريس.aspx.

صريحاً بأن القرار الصادر من الخبراء لم يُقصد منه أن يكون قرار تحكيم[1]، لذا، فإن القواعد الخاصة بالتحكيم لا تنطبق على قواعد الدوكدكس [2].

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم في المعاملات المصرفية

ثار الجدل حول الطبيعة القانونية للتحكيم منذ فترة غير قصيرة، وهذا الجدل لا يزال قائماً. ووضع الفقه في تحديد طبيعة التحكيم أربع نظريات، فهناك من اعتبره ذا طبيعة تعاقدية، والبعض صنفه على أنه قضاء، بينما ذهب آخرون إلى مزج الصفتين، واعتبره البعض الآخر ذا طبيعة خاصة ومستقلة عن جميع الأوصاف السابقة. وما يهم عند النظر في الطبيعة القانونية للتحكيم، هو النتائج المترتبة على كل وصف، فعلى سبيل المثال يرى مؤيدو النظرية التعاقدية وجوب إطلاق مبدأ سلطان الإرادة والحد من تدخل الدولة بشكل واسع في التحكيم[3].

ويؤدي الأخذ بالنظرية القضائية إلى تدخل أكبر من جانب الدولة فيما يتعلق برقابتها وتنظيم العملية التحكيمية، أما النظرية المختلطة فتنادي بموازنة بين كل من حرية الأطراف وفرض القوانين المنظمة للتحكيم[4]. في حين تؤكد النظرية المستقلة على وجوب تنظيم التحكيم وفقاً لمتطلبات الحاجة التجارية دون زجه تحت نظام خاص يفرض عليه قواعد لا تتناسب مع الواقع القانوني المطبق على التحكيم فعلاً أو الحاجة التجارية التي أدت لظهوره. وسندرس في هذا المبحث هذه النظريات في أربعة مطالب، نتكلم في الأول عن نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم، وندرس في الثاني نظرية

---

[1] تنص المادة 3/1 من قواعد دوكدكس على أنه عند إحالة النزاع إلى المركز وفقاً لهذه القواعد، يقوم المركز بتعيين ثلاثة خبراء من قائمة الخبراء التي تحتفظ بها اللجنة المصرفية. يعمل هؤلاء الخبراء على إصدار قرار يصدرونه بعد التشاور مع المستشار الفني للجنة المصرفية، وليس المقصود من قرار دوكدكس أن يتوافق مع أي من المتطلبات القانونية لحكم التحكيم.

[2] Park William, *Arbitration in Banking and Finance*, 2 YB Int'l Fin. & Econ. L. 141 164-165 (1997).

[3] د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 8.

[4] Igbokwe Virtus Chukwutoo, *Public Policy and Privatised Justice: the setting aside of arbitral awards by National Courts of the Arbitral Situs*, Diss, University of British Columbia 33-31 (1998).

الطبيعة القضائية للتحكيم، ونتناول في الثالث نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم، ونخصص الأخير منه لنظرية الطبيعة الخاصة أو المستقلة للتحكيم على الوجه التالي:

المطلب الأول: نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يعول أصحاب هذه النظرية في تفسيرهم للتحكيم على الطابع التعاقدي لاتفاق التحكيم، فالعقد هو أساس اتفاقهم وما يعقبه من إجراءات حتى صدور الحكم[1]. ويأخذ بهذا الرأي جانب من الفقه الايطالي[2]، والفرنسي[3]، ورأي في الفقه المصري[4]. كما تبنته محكمة النقض الفرنسية سابقاً، حيث ذهبت في أحد أحكامها إلى أن "قرارات التحكيم التي يعد اتفاق التحكيم أساساً لها، تُشكل كياناً واحداً معه ويشتركان في الصفة التعاقدية"[5]. ويورد أصحاب هذا الرأي عدة حجج لدعم نظريتهم، تتلخص في التالي:

---

[1] Lew J. D., Mistelis L. A. & Kröll S., *Comparative international commercial arbitration*, Kluwer Law International 77 (2003).

[2] Alfredo Rocco, *La sentenza civile*, Milano 33 (1962)، أشار له د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 49، هامش 2؛ Balladore-Pallieri, *L' arbitrage prive' dans les rapports internationaux*, 51 RCADI 291 (1935)، أشار له Lew J. D., Mistelis L. A. & Kröll S., *op. cit.*, p. 77.

[3] Robert Jean, *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, Sirey, Paris (1937)؛ Merlin، أشار له: د. نجيب عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 44؛ Philippe Antoine, Rcueil *alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, Vol. 8, Garnery 143-149 (1830)، أشار له: Igbokwe Virtus Chukwutoo, op. cit., p. 33-34.

[4] د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 8.

[5] محكمة النقض الفرنسية، 1983 Dolloz 23، بتاريخ 1938/7/27، أشار له: Born G., *op. cit.*, p. 185.؛ محكمة النقض الفرنسية، راجع كذلك: حكم بتاريخ 1914/12/8 وفي تاريخ 1928/7/9، أشار لهما: د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 14. ويُلاحظ بأن محكمة الاستئناف الفرنسية تبنت لاحقاً النظرية القضائية.

1- مهمة المحكم أساسها تخويل الأطراف بموجب الاتفاق، حيث يستمد سلطته من ذلك الاتفاق[1]، فالمحكم ليس قاضياً يمارس سلطته نيابة عن الدولة[2]. لذا لا يمكن القول بأن التحكيم ذا طابع قضائي إلا إذا كان الخصوم يتمتعون في تعيينهم للمحكم بسلطة قضائية عامة، ومن المعلوم أنهم لا يتمتعون بهذه السلطة، ولا يغير من ذلك الدور الذي يلعبه القضاء أحياناً في تعيين المحكمين، إذ أن ذلك مصدره حلول القضاء محل الأطراف في ممارسة حقهم بتعيين المحكم[3]. ولا يؤثر في ذلك ما يصدره المحكم من حكم عند تسويته للنزاع، كون هذا الحكم ليس إلا أثراً للعقد[4].

2- تظهر الطبيعة التعاقدية بشكل واضح في الحرية الواسعة التي يمتلكها الأطراف فيما يتعلق بإجراءات التحكيم على عكس ما هو عليه بالنسبة لإجراءات التقاضي أمام المحاكم الوطنية التي تحكمها قوانين المرافعات المدنية والتي تتسم عادة بالإلزام[5].

3- يسعى كل من التحكيم والقضاء لتحقيق أهداف مختلفة، فالغرض من التحكيم تحقيق المصلحة الخاصة لأطرافه، في حين أن القضاء هدفه تحقيق المصلحة العامة[1].

---

[1] أشار إلى ذلك: د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 38؛ د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 11؛ Lew J. D., Mistelis L. A. & Kröll S., *op. cit.*, p. 77-78؛ Klaus Peter Berger & Center for Transnational Law, *Private dispute resolution in international business: Negotiation, mediation, arbitration* (Vol. 1), Kluwer Law International 296 (2006).

[2] Naon, H. A. G., *Choice-of-law problems in international commercial arbitration* (Vol. 29). Mohr Siebeck 16 (1992).

[3] أشار إلى ذلك: د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 49-50، حيث تنص قواعد التحكيم عادة على حق كل طرف في اللجوء إلى المحكمة المختصة لتعيين المحكم عند تخلف أحد الطرفين عن تعيين محكمه أو إخفاق الطرفين في الاتفاق على المحكم الثالث، وهو ما نصت عليه المادة 235 من قانون المرافعات البحريني؛ والمادة 11(3) و 11 (4) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني؛ والمادة 6(3) من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية.

[4] أشار إلى ذلك: د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 45.

[5] Fouchard Philippe, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, ¶ 115 (1965); Klaus Peter Berger, *op. cit.*, p. 301.

4- لا يمكن تنفيذ قرار التحكيم إلا بصدور أمر بالتنفيذ من قضاء الدولة[2]، وقد يتعرض قرار المحكم للطعن، كما أن بطلان العقد يترتب عليه بطلان الإجراءات اللاحقة[3].

5- تدعم القوانين هذه النظرية، فالمحكم لا يشترط فيه أن يحمل جنسية بلده، وهو العكس بالنسبة للقاضي[4]، وفي حالة خطأ المحكم فإنه لا يخضع للقواعد المتعلقة بالمخاصمة[5]، ولا يعد المحكم منكراً للعدالة في حال عدم قيامه بواجبه[6]، كما لا تخضع أحكام التحكيم حسب الأصل للطرق العادية للطعن بالأحكام القضائية المتمثلة بالاستئناف[7].

ويؤدي الأخذ بهذه النظرية إلى القول بأن قرار التحكيم لا يحوز حجية الأمر المقضي به[8]، أي يكون للمصرف اللجوء للقضاء لرفع دعوى جديدة بصدد ذات الحق الذي صدر بموجبه القرار. في حين سعى جانب من المؤيدين لهذه النظرية إلى تبرير التزام الأطراف بقرار التحكيم بالقول بوجود اتفاق ضمني بين الخصوم على احترام القرار الذي يصدره المحكم وعدم معاودة طرحه من جديد[9]، فتنفيذ الحكم غالباً يكون طواعية من الأطراف[10]. في حين فسر رأي آخر هذا الالتزام بالقول بأن

---

[1] أشار إلى ذلك: د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 50؛ د. محمود السيد عمر التحيوى، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 62.

[2] أشار إلى ذلك: د. نبيل أحمد عمر، مرجع سابق، ص 38.

[3] أشار إلى ذلك: د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 46.

[4] أشار إلى ذلك: د. محمود السيد عمر التحيوى، مرجع سابق، ص 65.

[5] أشار إلى ذلك: د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 50. فالقاضي ملزم بنظر النزاع الذي يعرض عليه وخلاف ذلك فإنه معرض لدعوى تأديبية يُطلق عليها دعوى المخاصمة، والتسمية جاءت من التشريع المصري والتي نص عليها في المادة 2/494 من قانون المرافعات المدنية والتجاري رقم (13) لسنة 1968.

[6] أشار إلى ذلك: د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 46.

[7] أشار إلى ذلك: د. نبيل أحمد عمر، مرجع سابق، ص 38؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 50.

[8] فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 50.

[9] د. نبيل أحمد عمر، مرجع سابق، ص 38.

[10] د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 8.

المحكم يباشر مهمة الوكيل عن الأطراف، وهو ما يؤدي إلى التزام الأصيل بأعمال المحكم باعتباره وكيلاً عنهم[1].

كما ويرى مؤيدو هذه النظرية بأنه يترتب عليها إطلاق مبدأ سلطان الإرادة، ومنح حرية واسعة للأطراف في العملية التحكيمية دون تدخل القضاء بوضع قواعد آمرة إلا حيث يكون هناك مساس بالنظام العام[2].

المطلب الثاني: نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم

يعتبر التحكيم وفقاً لأصحاب هذه النظرية ذا طابع قضائي، وتسود هذه النظرية الفقه الفرنسي[3]، والعربي[4]، وأيدها القضاء الإنجليزي[1]، والأمريكي[2]، والفرنسي[3] في حكم لاحق له بعد تبنيه للنظرية التعاقدية. وتتمثل أهم الأسانيد التي قال بها هذا الاتجاه في التالي:

---

[1] Lew J. D., Mistelis L. A. & Kröll S., *op. cit.,* p. 77; Igbokwe Virtus Chukwutoo, *op. cit.,* p. 33-34; د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 46.

[2] أشار إلى ذلك: د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 8.

[3] د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 50 مشيراً في ذلك إلى كل من: Morel R., *Traité élémentaire de procédure civile*, 2 ed., Paris, Sirey 549 (1949)، وإلى Motulsky, H., *Etudes et notes sur l'arbitrage,* Paris Dalloz 16 (1974) ، وإلى Robert Jean, op. cit., p. 256؛ راجع أيضاً: Pillet A., *Traité pratique de droit international privé,* Impr. J. Allier 537 (1924)، أشار له Carbonneau T. E., *Carbonneau on International Arbitration: Collected Essays*, Juris Publishing, Inc. 201 (2011)؛ وكذلك راجع: Lainé A., *De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères*, 26 J.D.I. (Clunet) 641, 653-654 (1899)، أشار له: Lew J. D., Mistelis L. A. & Kröll S., *op. cit.,* p. 74.

[4] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص250؛ د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 18؛ د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 15؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 52؛ د. عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص 28؛ د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 73؛ د. هاشم صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية، الإسكندرية 1987، ص 73؛ د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 49.

1- يختلف التحكيم عن العقود التي يبرمها الأطراف في القانون الخاص في الهدف والموضوع، فالتحكيم لا يقصد منه إنشاء علاقة قانونية مبتدئة بل تسوية الآثار الناشئة عن علاقة قانونية معينة.[4] لذا، فإن موضوع التحكيم ليس قبول تسوية النزاع، وإنما إقامة كيان عضوي فردي أو هيئة لتحسم في ادعاءات الأطراف[5].

2- اتفاق الأطراف على التحكيم لا يعني تنازلهم عن اللجوء للقضاء، وإنما النزول عن اللجوء بدعواهم للقضاء المنظم من قبل الدولة لصالح قضاء آخر يمكن للأطراف من خلاله اختيار قضاتهم[6].

3- يمارس المحكم والقاضي الوظيفة ذاتها وهي تطبيق القانون أو العدالة من أجل إصدار حكم في النزاع، ومهمة المحكم تتمثل في الفصل في النزاع كما هو الحال عليه مع القاضي، وذلك بخلاف ما ذهب إليه الرأي الأول في حصرها بتنفيذ إرادة الأطراف[7]. كما يمارس المحكم مهمته في حسم النزاع وفقاً للضوابط العامة التي يرسمها له النظام القانوني[8]،

---

[1] محكمة الاستئناف الإنجليزية، قضية *AT&T Corporation and another v Saudi Cable Company* [2000] EWCA Civ 154, 57، بتاريخ 2000/2/15، وذهبت المحكمة في حكمها إلى أن: "الضابط الذي بتبناه القانون الإنجليزي بالنسبة لعدم حياد المحكم هو نفسه الضابط الخاص بجميع أولئك الذين يتخذون القرارات القضائية".

[2] المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية، قضية *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, Inc., 473 U.S. 614, 626-627 (1985)، بتاريخ 1985/7/2، حيث قضت المحكمة بأنه "نحن تجاوزنا مرحلة التشكيك في الاختصاص القضائي لهيئات التحكيم والتي كانت تحول دون تطوير التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات".

[3] محكمة استئناف باريس، بتاريخ 1991/12/10، أشار إلى الحكم Lew J. D., Mistelis L. A. & Kröll S., *op. cit.*, p. 76.

[4] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها.

[5] د. نبيل أحمد عمر، مرجع سابق، ص 41.

[6] Klaus Peter Berger, *op. cit.*, p. 302.

[7] أشار إلى ذلك: د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 51؛ Klaus Peter Berger, *op. cit.*, p. 303.

[8] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 48.

فالمحكم كالقاضي يستمد سلطته من القوانين التي ترسمها لها قوانين الدولة[1]. لذا، ينبغي التفرقة بين المصدر والوظيفة، فمصدر وظيفة المحكم يكمن في اتفاق الأطراف، غير أن المحكم يمارس الوظيفة ذاتها التي يضطلع بها قاضي الدولة[2]. فنطاق سلطة المحكم، وتنفيذ القرار، بالإضافة إلى التزام الأطراف بالتحكيم مصدره هو اعتراف القانون الوطني وليس مجرد الاتفاق[3].

4- الإجراءات التي تمر بها عملية التحكيم ذات طبيعة قضائية، فعلى سبيل المثال، وجوب احترام المحكم للمبادئ الأساسية في التقاضي، وإجراءات المرافعة، وتقديم المستندات، وتعيين المدد الواجب إتباعها وحتى صدور الحكم المنهي للخصومة لا تنسجم مع القول بالطبيعة الاتفاقية للتحكيم[4].

5- يعد التحكيم قضاءً خاصاً، واشتراط المشرع وضع الصيغة التنفيذية على قرار التحكيم لا يقدح من وصف القرار الصادر بأنه حكم، فما تقوم به المحكمة هو مجرد التحقق من عمل المحكم ومراعاته للشكل المطلوب قانوناً وعدم مخالفته للنظام العام، وهذا كله دون التعرض لموضوع النزاع[5]. شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية الأجنبية، والقول بأن حكم المحكم ليس قضاءً، يقود منطقياً للقول بأن الحكم القضائي الصادر عن دولة أجنبية ليس قضاءً، وهو ما لم يقل به أحد[6].

---

[1] Lew J. D., *Applicable law in international commercial arbitration. A study in commercial arbitration awards*, Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications and Leiden: Sijthoff & Noordhoff 66 (1978).

[2] د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها.

[3] Igbokwe Virtus Chukwutoo, *op. cit.*, p. 38-39.

[4] د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 52؛ Klaus Peter Berger, *op. cit.*, p. 302.

[5] د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 21.

[6] د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 53.

بالإضافة إلى ذلك، تعترف العديد من الدول، كما رأينا[1]، بحق الأطراف في إبرام عقد ينزعان بموجبه الاختصاص من القضاء الوطني المختص واللجوء بدلاً منه إلى قضاء وطني آخر، وتنفيذ مثل هذه الأحكام في الدولة المختصة أصلاً بنظر النزاع يستلزم عادة اعتراف هذه الأخيرة بالحكم وإصدار قرار بتنفيذه، غير أنه لم يقل أحد بانعدام الطبيعة القضائية لمثل هذه الأحكام. لذا، يبدو بأن مسألة اشتراط وضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم ليس معياراً كافياً للتمسك بالطابع العقدي.

6- لا يمس من طبيعة حكم التحكيم أنه ذو طبيعة قضائية سعي المحكم لتحقيق مصالح الخصوم، وأنه لا يستهدف مصلحة عامة كالقضاء، فهذا القول ينطبق على قضاء الدولة، بالإضافة إلى أن قرار التحكيم حاله حال الحكم القضائي يهدف إلى تطبيق القانون[2].

المطلب الثالث: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم

أسس الفقيه السويسري George Sauser-Hall نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم، حيث يرى بأن التحكيم ذو طابع تعاقدي وقضائي في آن واحد، وأن الحجج المقدمة من أصحاب النظريتين التعاقدية والقضائية للتحكيم هي حجج معقولة ومقنعة[3]. وتسعى هذه النظرية للتوفيق بين النظريتين العقدية والقضائية[4]. حيث يقر مؤسس النظرية بأن التحكيم ينشأ بموجب عقد خاص، ويعد هذا الاتفاق هو أساس تعيين المحكمين والإجراءات التي يسيرون بها، ووراء كل نظام قانوني بما في ذلك نظام التحكيم، هناك قوانين تضعها الدولة، وتحدد بموجبها صحة ونفاذ اتفاق التحكيم، فبدون هذه القوانين التي تتكفل الدولة برسمها، لا قيمة لاتفاق الأطراف[5].

---

[1] أنظر صفحة 24 من البحث.

[2] أشار إلى ذلك: د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 54.

[3] Sauser-Hall G, *L'arbitrage en droit international privé,* 44-I Ann IDI 469, 471 (1952), IN Onyema E., *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract,* Routledge 39 (2010).

[4] Igbokwe Virtus Chukwutoo, *op. cit.,* p. 43.

[5] Lew J. D., Mistelis L. A. & Kröll S., *op. cit.,* p. 80.

يبدأ التحكيم وفقاً لهذه النظرية في صورة تعاقدية على شكل اتفاق التحكيم، غير أنه يمر بمراحل تؤدي لانتهائه بطابع قضائي[1]. غير أن المؤيدين لهذه النظرية اختلفوا في المرحلة الزمنية التي يكتسب فيها التحكيم الطابع القضائي، فقال البعض بأن التحكيم يبدأ باتفاق، ومن ثم بإجراء حتى ينتهي بقضاء متمثلاً في حكم التحكيم[2]، بينما اعتبر البعض الآخر بأن الطبيعة القضائية تتجلى وقت وضع الصيغة التنفيذية على الحكم[3].

المطلب الرابع: نظرية الطبيعة الخاصة أو المستقلة

تعرضت نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم للانتقاد، حيث وصفت بأنها ليست إلا محاولة للهروب من تكييف الطبيعة القانونية التحكيم، فهي لم تحدد طبيعة واضحة للتحكيم، والقول بمزج الطبيعة القضائية والتعاقدية معاً يؤدي في الواقع إلى عدم تحديد طبيعة معينة للتحكيم[4]. على إثر هذه الانتقادات، أسست الفقيهة الفرنسية Jacqueline Rubellin-Devichi نظرية الطبيعة الخاصة أو المستقلة للتحكيم[5]، والتي أيدها بعض الفقه الفرنسي[6]، والعربي[7]. تختلف هذه النظرية

---

[1] د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 55.

[2] أشار إلى ذلك: د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 44.

[3] Lew J. D., Mistelis L. A. & Kröll S., *op. cit.*, p. 80.

[4] د. سامية راشد، مرجع سابق، ص 71؛ د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 16.

[5] Rubellin-Devichi, J. & Vincent, J.,*L'arbitrage: nature juridique, droit* interne *et droit international privé*. Librairie générale de droit et de jurisprudence (1965) IN Onyema E., *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Routledge, 41 (2010).

[6] Fouchard P., Gaillard E. & Goldman B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, (No. 394) Litec , 255 (1996) IN Rubino-Sammartano M, *International arbitration law and practice*, Kluwer law internationall 63 (2001).

[7] د. أحمد السيد صاوى، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، 2002، ص 11؛ د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 16؛ د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 56؛ د. أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة 3، العدد 2، 1079، ص 48 وما بعدها.

عما سبقها من نظريات في كونها لم تسع لتكييف التحكيم ضمن النظريات القانونية التقليدية القائمة[1]. فوفقاً لصاحبة النظرية، فإن طبيعة التحكيم يمكن تحديدها بموجب الواقع والقانون عن طريق النظر في واقع اللجوء للتحكيم والغرض منه، ووفقاً لذلك، فإنه لا يمكن للتحكيم أن يوصف على أنه ذو طبيعة تعاقدية، أو قضائية، أو مختلطة[2].

فالتحكيم ذو طبيعة تتميز بذاتية واستقلالية خاصة تختلف عن قضاء الدولة وما يقترن به من إجراءات وتعقيدات لا تتماشى ومتطلبات التجارة، فتطور نظام التحكيم راجع لرغبة الأفراد في اللجوء لنظام تسوية منازعات مرن ومحرر من قيود القوانين الوطنية، ويكون في النهاية ملزماً وقابلاً للتنفيذ[3]. وباللجوء لهذا النظام يملك الأطراف حرية واسعة في تعيين قاضيهم، وإجراءات التحكيم، ولغته، ومكانه، والقانون الواجب التطبيق، كما يؤدون أتعاب قضاتهم، وذلك في مجمله يتعارض مع القول بالطبيعة القضائية للتحكيم[4].

كما يصعب التسليم بالنظرية التعاقدية، فاتفاق التحكيم، وإن كان محركاً للعملية التحكيمية، غير أن وجوب إتباع قواعد القانون التي تحكم سلامة عملية التحكيم وفرض الحكم على الأطراف والالتزام بعدم مخالفة النظام العام يحجم من الفكرة التعاقدية للتحكيم[5]. بناءً على كل ما تقدم، يمكن القول بأن التحكيم هو نظام قضائي خاص[6]. فهو وسيلة لفض المنازعات بقرار ملزم لكنها مختلفة عن القضاء وموازية له في الوقت نفسه[7].

ونحن بدورنا نؤيد بأن للتحكيم طبيعة خاصة ومستقلة بحد ذاته، إذ ينبغي عدم الخلط بين مصدر التحكيم ووظيفته[8]، فمصدر اتفاق التحكيم هو العقد غير أن ما يليه من إجراءات يغلب عليه

---

[1] Synková S, *Courts' Inquiry Into Arbitral Jurisdiction at the Pre-award Stage*, Department of Law, Business and Social Sciences, Aarhus University 47 (2012).

[2] أشار إلى ذلك: Lew J. D., Mistelis L. A. & Kröll S., *op. cit.*, p. 81.

[3] Lew J. D., Mistelis L. A. & Kröll S., *op. cit.*, p. 81.

[4] د. أحمد السيد صاوى، مرجع سابق، ص 11.

[5] المرجع نفسه، ص 11.

[6] د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 16.

[7] د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 57.

[8] وهو ذات الدفع الذي قال به الاستاذ الدكتور فتحي والي، مؤيد النظرية القضائية عند نفيه للنظرية العقدية حيث أكد وجوب التفرقة بين المصدر والوظيفة كما سبق بيانه في تلك النظرية.

الطابع القضائي، فالتحكيم رغم كونه يتمتع بطابع قضائي، إلا أنه قضاء ذو طبيعة خاصة، أو كما سُمّي بأنه قضاء استثنائي[1]، وأن الأهداف الاستثنائية والدور الاستثنائي للتحكيم يجعلانه ذا طابع خاص مستقل.

المبحث الثالث: أنواع التحكيم في المعاملات المصرفية

يمكن تقسيم التحكيم إلى عدة تقسيمات وفقاً للزاوية التي ينظر منها له، فوفقاً لوقت إبرام اتفاق التحكيم يمكن تقسيمه إلى اتفاق تحكيم سابق على قيام النزاع واتفاق تحكيم لاحق عليه، كما يقسم التحكيم من ناحية جنسيته إلى وطني ودولي وأجنبي. أما إذا نُظر للتحكيم من ناحية الجهة التي تدير النزاع فيكون التحكيم إما مؤسسياً أو حراً، كما ويُقسم التحكيم إلى اختياري وإجباري وفقاً لطبيعته الإلزامية. بناءً على ذلك، سنحاول في هذا المبحث دراسة أنواع التحكيم في أربعة مطالب، نخصص الأول لاتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع واللاحق عليه، ونتناول في الثاني التحكيم الوطني والدولي والأجنبي، ونوضح في الثالث التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر، ونعرض في الرابع التحكيم الاختياري والإجباري.

المطلب الأول: اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع واللاحق عليه

يُقسَّم اتفاق التحكيم من حيث وقت انعقاده إلى اتفاق تحكيم يُبرم في وقت سابق على قيام النزاع (arbitration clause)، واتفاق تحكيم لاحق على النزاع (submission agreement)[2]. ويرجع مصدر هذه التفرقة إلى القانون الفرنسي[3]. ويرد الاتفاق السابق على قيام النزاع عادة في صورة بند تحكيم في العقد (شرط التحكيم)، غير أن ذلك لا يمنع أن يُصاغ في اتفاق مستقل عن العقد الأصلي قبل قيام النزاع وهو ما يطلق عليه (مشارطة التحكيم)[4]. ويلجأ الأطراف في كثير من الأحيان لاختيار شرط نموذجي خاص بإحدى المؤسسات التحكيمية، ويُصاغ شرط التحكيم عادة

---

[1] د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 57.

[2] Van Den Berg (Ed.), *Yearbook Commercial Arbitration Vol XXXIII 2008* (Vol. 33), Kluwer law international 391-392 (2009).

[3] Poudret, Jean-François & Sébastien Besson, *op. cit.*, p. 121.

[4] Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, Juris Publishing Inc., 112 (3rd ed. 2014).

بصورة غير مفصلة، وذلك بخلاف مشارطة التحكيم اللاحقة على قيام النزاع، ويعود ذلك إلى صعوبة تحديد الأطراف سلفاً لنوع المنازعات التي يمكن أن تثور في المستقبل[1].

يعالج اتفاق التحكيم اللاحق على قيام النزاع خصومة قائمة، لذا يتوجب على الأطراف تحديد تفاصيل عملية التسوية وإعدادها بما يتناسب مع تلك المنازعة، كما ويسْهَل في هذه المرحلة تعيين العديد من المسائل مثل محل النزاع، ومكان انعقاد التحكيم، وأسماء المحكمين وفقاً لطبيعة النزاع القائم[2]. وبناءً عليه، فإن المشرع البحريني قد قرر في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 12 لسنة 1971 وجوب تحديد موضوع النزاع بالنسبة لاتفاق التحكيم اللاحق على قيام النزاع وإلا اعتبر الاتفاق باطل بينما لم يُقرر مثل هذا الشرط بالنسبة لاتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع[3].

يُلاحظ من ناحية أخرى تقسيم العديد من قواعد التحكيم اتفاق التحكيم إلى شرط في العقد الأصلي، ومشارطة تحكيم أو اتفاق تحكيم منفصل عن العقد الأصلي، دون اعتبار لوقت قيام النزاع[4]. وقد درج بعض من الفقه العربي إلى تسمية كل اتفاق تحكيم يبرم قبل قيام النزاع بشرط التحكيم، وكل اتفاق تحكيم لاحق على قيام النزاع بمشارطة التحكيم[5].

---

[1] Redfern Alan, *Law and practice of international commercial arbitration*, Sweet & Maxwell 131 (2004).

[2] Id.

[3] المادة 233 منه.

[4] أنظر على سبيل المثال المادة 7 (1) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني وهي تقابل المادة 7 (1) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي؛ المادة (2) من اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وانفاذها؛ المادة 1(2)(أ) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي؛ المادة 5/1031 من قانون الإجراءات المدنية الألماني لعام 1877 وهو القانون الحالي، حيث إن المشرع الألماني أجرى العديد من التعديلات على هذا القانون منذ صدوره في 30 يناير 1877 دون إلغائه واستبداله بآخر.

[5] أنظر على سبيل المثال: د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 155؛ د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 60-62 ؛ د. ناريمان عبدالقادر، التحكيم والصيغة النموذجية له وأنواع عقود البنوك التي يمكن أن يدرج فيها، الأعمال الكاملة للملتقى الدولي لمركز الدراسات القانونية والقضائية مع المعهد العالي للقضاء، تونس، أبريل 1998، ص 8؛ د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص 112-119؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 102. ويُلاحظ بأن المشرع البحريني اعتنق ذات النهج، حيث اشترط أن يشتمل اتفاق التحكيم تعيين موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة

المطلب الثاني: التحكيم الوطني والدولي والأجنبي

تفرّق العديد من التشريعات بين التحكيم الوطني والدولي والأجنبي، ويختلف مفهوم التحكيم الوطني والدولي من تشريع إلى آخر وفقاً للمعيار الذي تبناه المشرع لتحديد المقصود بالتحكيم الوطني والدولي، وقد أصدر المشرع البحريني قانوناً مستقلاً ليحكم التحكيم الدولي، وآخر يطبق على التحكيم الوطني. فبالنسبة للقواعد الخاصة بالتحكيم الدولي، سنّ قانون التحكيم التجاري الدولي بموجب المرسوم بقانون رقم (9) لسنة 1994[1]. ووضع فيه عدة ضوابط حدد بموجبها معيار الصفة الدولية للتحكيم، وتتمثل في التالي[2]:

1- وجود مقر عمل الطرفين في دولتين مختلفتين وقت إبرام العقد.

2- وقوع أحد الأماكن الآتية خارج بلد مقر عمل الطرفين:

أ- مكان التحكيم إذا حُدد في عقد التحكيم أو طبقاً له.

ب- مكان تنفيذ جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية.

ج- المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

3- اتفاق الطرفين صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة.

وتكون العبرة بالمقر الأوثق صلة باتفاق التحكيم عند وجود أكثر من مقر عمل للأطراف، فإذا لم يكن لأحد الأطراف أي مقر عمل، فالعبرة بمحل الإقامة المعتادة. بناءً على ذلك، يمكن القول بأن المشرع لم يعول على رابطة الجنسية في وصف التحكيم بالصفة الأجنبية في قانون التحكيم التجاري الدولي بل ركز بشكل ملحوظ على عنصر المكان في تحديد معيار الدولية. فعلى سبيل المثال، التحكيم الذي يُنظر في البحرين بصدد عقد يبرمه مصرف بحريني اتفق على تمويل شركة أو

بينما لم يشترط تحدد النزاع في اتفاق التحكيم في العقد مما يظهر معه بأن المشرع ربط ضمناً بين استقلالية اتفاق التحكيم ووقت قيام النزاع.

[1] وقد أخذ هذا القانون بأحكام قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (أونسيترال)، ويجدر بالذكر بأن القانون النموذجي خضع للتعديل في بعض نصوصه في عام 2006.

[2] المادة 3 من القانون أعلاه.

تاجر بحريني لإقامة مشروعات في دبي يعد أجنبياً، ويخضع بالتالي لقانون التحكيم التجاري الدولي بالرغم من أن أطراف العقد يحملون جنسية واحدة.

واعتبر المشرع الفرنسي التحكيم دولياً إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية[1]، في حين وضع المشرع المصري ضوابط شبيهة بالقانون البحريني، حيث تبنى قواعد قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985[2]. من ناحية أخرى، لم تفرق قوانين التحكيم في بعض الدول بين التحكيم الدولي والوطني كما هو الحال مع قانون التحكيم الإنجليزي والألماني[3] .

ويكون التحكيم وطنياً عندما لا تنطبق عليه المعايير التي تجعل منه دولياً، ولا أجنبياً. ويخضع التحكيم الوطني حسب الأصل لقانون المرافعات البحريني، والذي نظمه في عدد من مواده[4]. ويُلاحظ بأن المصرف يتمتع بمرونة وحرية أوسع عند خضوعه لقانون التحكيم التجاري الدولي مقارنة بقانون المرافعات، فقد راعى المشرع في القانون الأول متطلبات العلاقات الدولية. فعلى سبيل المثال، رأينا بأن قانون التحكيم التجاري الدولي ساير التوجه السائد دولياً في منح حكم التحكيم الصفة النهائية مما يعني تسوية المنازعة بشكل أكثر سرعة، بينما أجاز بموجب قانون المرافعات الطعن في قرار التحكيم عن طريق الاستئناف. بالإضافة إلى ذلك، اشترط قانون المرافعات أن يكون عدد المحكمين وتراً، ورتب البطلان على مخالفة هذا الشرط[5]، أما قانون التحكيم التجاري الدولي فلم يقرر مثل هذا الشرط[6].

---

[1] المادة 1504 من قانون التحكيم الفرنسي رقم 84 الصادر في 13 يناير 2011، وهو مطابق للمادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي السابق رقم 84 لعام 2011. للتفصيل في الأحكام القضائية الفرنسية والتي تعد أساس هذا المعيار، راجع: Poudret, Jean-François & Sébastien Besson, *op. cit.*, p. 31.

[2] فقد أضافت المادة 3 من قانون التحكيم المصري حالة أخرى وهي "إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها".

[3] أنظر في ذلك: Speaight A, (Ed.), *Architect's Legal Handbook*, Routledge 286 (2010).

[4] المواد 233-243 منه.

[5] المادة 234 من القانون أعلاه.

[6] منحت المادة 10 من قانون التحكيم التجاري الأطراف حرية تحديد عدد المحكمين دون اشتراط أن يكون العدد فردياً، وفي حالة عدم تحديدهم لعدد معين فيكون عدد المحكمين ثلاثة.

ويثور اللبس أحياناً عند التفرقة بين التحكيم الدولي والأجنبي، حيث يرى البعض ترادفهما بينما يرى البعض الآخر خلاف ذلك[1]. أما بالنسبة لاتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وإنفاذها، يمكن اعتبار التحكيم أجنبياً عند النظر له من ناحية قرار التحكيم، فإذا صدر هذا القرار في الخارج أو كانت قوانين الدولة التي يُطلب إليها الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه لا تعتبره محلياً حتى لو صدر على إقليمها، فإن التحكيم يوصف حينئذ بأنه تحكيم أجنبي[2].

المطلب الثالث: التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر

يمكن للأطراف الاتفاق على أن يُنظر النزاع أمام مؤسسة تحكيم معينة والخضوع لقواعدها واتباع إجراءاتها، كما لهم الاتفاق على تبني قواعد وإجراءات خاصة دون تسوية النزاع أمام أي مؤسسة تحكيمية[3]، ويطلق على التحكيم في الحالة الأولى بالتحكيم المؤسسي أو التنظيمي، في حين يسمى التحكيم في الحالة الثانية بالتحكيم الحر أو الخاص[4]، ويعد النوع الأخير هو الأصل في التحكيم حيث يجسد الصورة التقليدية للتحكيم المتمثل في حرية الأطراف في تعيين محكميهم واختيار القواعد واجبة التطبيق على النزاع، ولهذا السبب أطلق على هذا التحكيم بالتحكيم الحر، حيث يتحرر فيه الخصوم من أي قالب تحكيمي معد سلفاً[5].

يفضل بعض المتخاصمين اللجوء للتحكيم الحر بدلاً من المؤسسي نظراً لما يوفره الأول من قلة تكلفة مقارنة بما تفرضه العديد من المؤسسات التحكيمية من تكلفة مرتفعة، من ناحية أخرى، فإن التحكيم الحر يمكن أن يكون أيضاً مرتفع الكلفة عند حاجة المحكم أو من يعينه الأطراف للقيام ببعض المسائل المتعلقة بإدارة العملية التحكيمية، بالإضافة إلى ذلك، فإن العديد من المؤسسات التحكيمية تسعى لتحديد كلفة المحكمين وجعلها لا تجاوز حداً معيناً، كما أنه في حالة حاجة الأطراف للجوء إلى المحاكم الوطنية للحصول على أي مساعدة قضائية، فإن حاجة الأطراف لتعيين ممثلين لهم أمام

---

[1] أشار إلى ذلك: د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 22 وما بعدها.

[2] المادة 1/1 من اتفاقية نيويورك.

[3] Redfern Alan, *op. cit.*, p. 46; Poudret, Jean-François & Sébastien Besson, *op. cit.*, p. 68.

[4] د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 45.

[5] د. أحمد السيد صاوى، مرجع سابق، ص 13.

القضاء في التحكيم الحر ستضاعف من كلفة التحكيم[1]. ويعتبر اللجوء إلى التحكيم المؤسسي هو الأكثر انتشاراً في منازعات التجارة الدولية[2]، ويعود ذلك للمميزات التي يحققها للمختصمين كسهولة اختيار المحكمين المناسبين الذين توفرهم المؤسسات التحكيمية، ووجود إجراءات معدة مسبقاً، وإدارة الدعوى من قبل جهة ذات خبرة[3].

وأُسست في البحرين مؤسستان للتحكيم، هما مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (وسيشار إليه لاحقاً بمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون)، وغرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية (وسيشار إليها بغرفة البحرين لتسوية المنازعات). ويمكن للمصرف اللجوء لأي منهما في تسوية منازعاته، هذا إلى جانب الصفة الإجبارية للتحكيم التي فرضها القانون لتسوية منازعات معينة أمام غرفة البحرين لتسوية المنازعات، سنناقشها في المطلب التالي.

بالإضافة إلى ذلك، عنيت العديد من الدول بتأسيس مؤسسات تحكيم تختص بتسوية المنازعات المصرفية. بناءً على ذلك، سنسلط الضوء في الأفرع التالية على أهم مؤسسات التحكيم في المعاملات المصرفية.

الفرع الأول: مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

تأسس مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون في البحرين، حيث أقر قادة دول مجلس التعاون نظام المركز خلال انعقاد مؤتمر القمة الرابعة عشرة بالرياض في ديسمبر 1993، ثم وضع لائحة إجراءات تحكيم المركز بعد ذلك، وأصبحت نافذة في نوفمبر 1994[4]. وقد صدقت البحرين على نظام المركز بموجب القانون رقم (6) لسنة 2000.

---

[1] Born G., *International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing*, Kluwer law international, 61-62 (2010).

[2] Kaufmann-Kohler G., & Stucki B. (Eds.), *International arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners*, Kluwer Law International, 5 (2004).

[3] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 126-129.

[4] التحكيم التجاري وفق نظام ولائحة إجراءات التحكيم بالمركز، موقع المركز على الرابط التالي:
http://www.gcac.biz/issue/almurshid_ar.pdf

- **اختصاص المركز:** ينعقد اختصاص المركز بالنسبة للمنازعات التي تثور بين مواطني دول مجلس التعاون سواءً كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، أو بينهم وبين الغير، ويشترط المركز لانعقاد اختصاصه أن يكون الاتفاق على التحكيم مكتوباً، سواءً ورد في العقد الأصلي، أو في اتفاق لاحق مستقل[1].

- **قرار المركز والطعن فيه:** يعد قرار المركز نهائياً[2]، وبالتالي لا يمكن للمصرف أن يطعن بالحكم عن طريق الاستئناف. غير أنه يمكن الطعن بحكم التحكيم عند تحقق إحدى الحالات التالية والتي جاءت على سبيل الحصر[3]:

1- إذا صدر الحكم دون وجود اتفاق تحكيم، أو إذا صدر بموجب اتفاق باطل أو سقط بتجاوز الميعاد، أو إذا خرج المحكم عن حدود الاتفاق.

2- عدم تعيين المحكمين وفقاً للقانون، أو إذا صدر عن بعض المحكمين دون أن يكونوا مأذونين بالحكم في غيبة الآخرين، أو إذا لم يحدد اتفاق موضوع النزاع، أو إذا كان أحد الأطراف لا يملك أهلية الاتفاق على التحكيم.

الفرع الثاني: غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية

أنشئت غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية بموجب المرسوم بقانون رقم (30) لسنة 2009، وينعقد اختصاص الغرفة كما هو الحال مع جميع مؤسسات التحكيم عن طريق اختيار الأطراف، غير أن اختصاص الغرفة ينعقد أيضاً بحكم القانون، ونعرض اختصاصات الغرفة على النحو التالي:

---

[1] المادة 2 من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون، حيث يختص المركز بالمنازعات التجارية بين مواطني دول المجلس أو بينهم وبين الغير، وكذلك بالنسبة للمنازعات التجارية الناشئة عن تنفيذ الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون والقرارات الصادرة تنفيذاً لها، وقد صدقت البحرين على الاتفاقية الأخيرة بالقانون رقم (26) لسنة 1981.

[2] المادة 15 من نظام المركز.

[3] المادة 2/36 من لائحة إجراءات التحكيم التجاري بالمركز.

أولاً: اختصاص غرفة البحرين لتسوية المنازعات باتفاق الأطراف

يمكن للأطراف إخضاع منازعتهم للمركز عند توافر الشرطين التاليين[1]:

1. اتفاق الأطراف على إحالة تسوية نزاعهم أمام الغرفة.
2. أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً.

ثانياً: اختصاص غرفة البحرين لتسوية المنازعات بحكم القانون

ألزم المشرع البحريني بموجب قانون الغرفة رقم 30 لسنة 2009 الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخضوع للتحكيم كوسيلة حصرية لتسوية منازعاتهم عند تحقق شروط معينة، وعند تحققها لا يجوز للمتنازعين اللجوء لقضاء الدولة أو اختيار وسيلة أخرى لتسوية منازعاتها، كما ويمتنع عليها تعيين مؤسسة تحكيم أخرى أو اللجوء للتحكيم الحر بدلاً من المؤسسي. وهذه الشروط هي[2]:

1. انعقاد الاختصاص لمحاكم البحرين أو أي هيئة ذات اختصاص قضائي.
2. تجاوز قيمة المطالبة مبلغ (500) ألف دينار.
3. إذا كانت المنازعة:

أ. بين المؤسسات المالية المرخصة بموجب قانون مصرف البحرين المركزي، أو بينها وبين المؤسسات والشركات الأخرى والأفراد، أو

ب. من المنازعات التجارية[3] الدولية[4].

---

[1] المادة 19 من القانون أعلاه.

[2] المادة 9 من القانون أعلاه.

[3] وتعد المعاملات المصرفية وفقاً للمادة 2/9 من قانون الغرفة من المعاملات التجارية.

[4] وتعتبر المنازعة دولية إذا كان مقر أحد الأطراف أو مكان تنفيذ جزء هام من الالتزام أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به، خارج البحرين (المادة 2/9 من قانون الغرفة).

الفرع الثالث: مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية

تبنى اتحاد المصارف العربية[1] في عام 1980 نظام مركز الوساطة والتحكيم، وينعقد اختصاص المركز لنظر المنازعات عند تحقق الشرطين التاليين:

1. أن يقوم النزاع بين أعضاء الاتحاد أو بين أحد أعضاء الاتحاد وطرف من خارجه عن طريق التحكيم وفقا لهذا النظام.

2. اتفاق الأطراف على إحالة النزاع للتحكيم بموجب قواعد المركز.

الفرع الرابع: فريق خبراء السوق الدولية المعترف به في مجال المال PRIME

أُسس فريق خبراء السوق الدولية المعترف بها في مجال المال (برايم) (Panel of Recognized International Market Experts in Finance) (PRIME) خلال انعقاد مؤتمر برايم الافتتاحي بقصر السلام في لاهاي في 16 يناير 2012، والذي افتتح من قبل وزير المالية الهولندي[2]. انطلقت فكرة تأسيس برايم في 25 أكتوبر 2010 خلال اجتماع المائدة المستديرة والذي ضمّ رواد الخبراء القانونيين والماليين في لاهاي[3]. يوفر برايم كلاً من خدمات التحكيم والوساطة، ويهدف إلى توفير إطار فعال لتسوية المنازعات المالية المعقدة التي تضطلع بها المصارف وغيرها من الكيانات الخاصة كالبورصات وغرف المقاصة[4].

---

[1] تأسس الاتحاد في 13 مارس 1974 نتيجة اجتماع مجموعة من قيادات المصارف والإدارة العرب في بيروت تحت مظلة المنظمة العربية للتنمية الإدارية بهدف تأسيس اتحاد عربي يمارس مهامة في إطار الاتحادات المنبثقة عن جامعة الدول العربية، راجع الموقع الرسمي للاتحاد: http://www.uabonline.org/ar/about

[2] Panel of Recognized International Market Experts in Finance, P.R.I.M.E. Finance Newsletter No. 5, 1, January 2012.

[3] Press Financial Roundtable, World Legal Forum, *Call for the establishment of an international dispute resolution facility for the financial markets in The Hauge*, Hauge, 25 October 2010, available at: http://primefinancedisputes.org/images/WLF_20101025_Press_Financial_Roundtable.pdf.

[4] Romano C., Alter K & Shany Y, (Eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 106 (2013).

أنشئ برايم على إثر مناداة الفقه الغربي، وعلى رأسهم جيفري غولدن بتأسيس مؤسسة متخصصة في تسوية المنازعات المالية المعقدة[1]، ويشغل غولدن اليوم منصب رئيس مجلس إدارة برايم[2]. ويضم برايم مجموعة من الخبراء المعروفين دولياً في مجالي التمويل وتسوية المنازعات، حيث يجمع قضاة متقاعدين وعاملين، ومحافظي البنوك المركزية، والهيئات التنظيمية، وممثلين عن ممارسي المعاملات المالية المعقدة[3].

الفرع الخامس: المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم

ازدهرت المعاملات المصرفية الإسلامية بشكل ملحوظ في الآونة الأخيرة، مما جعل وسيلة تسوية منازعات هذه المعاملات محل اهتمام الشراح وخبراء الصيرفة، حيث نادى البعض بضرورة تسوية هذه المعاملات عن طريق التحكيم لا القضاء[4]. نتيجة لهذا الاهتمام، أُسس في عام 2005 المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم (IICRA) ومقره دبي في الإمارات العربية المتحدة. وأنشئ المركز من قبل حكومة دولة الإمارات والبنك الإسلامي للتنمية والمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية الذي يعد بمثابة مظلة رسمية للمؤسسات المالية الإسلامية، ويعد المركز من المؤسسات المستقلة غير الربحية[5].

---

[1] أورد ذلك Eric De Brabandere, *P.R.I.M.E. Finance: The Role and Function of the New Arbitral Institution for the Settlement of Financial Disputes in The Hague*, 16 ASIL Insights 1 (Feb 2012)، مشيراً إلى أن مقال غولدن ""نحن بحاجة إلى محكمة مالية عالمية بقضاة متخصصين" التي نشرها غولدن بتاريخ 9 سبتمبر 2009 في جريدة الفاينانس تايم كانت الشرارة لفكرة تأسيس برايم، المقال متوافر على الرابط التالي: http://www.ft.com/intl/cms/s/0/df5acd84-9cd8-11de-ab58-00144feabdc0.html#axzz3JXuE3JJM.

[2] Panel of Recognized International Market Experts in Finance, P.R.I.M.E. Finance Newsletter 1 (Winter 2014).

[3] Daniella Strik, *Launch of P.R.I.M.E. Finance Arbitration Rules: Dispute Resolution in Global Financial Markets*, Kluwer Arbitration Blog (Jan. 17, 2012),

[4] أنظر صفحة 245 من البحث.

[5] المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم، التأسيس والشكل القانوني، متوافر على الموقع الرسمي للمركز http://www.iicra.com/ar/misc_pages/detail/4c855d3580.

وينظم المركز عملية تسوية منازعات الصيرفة الإسلامية عن طريق كل من التحكيم والصلح، وقد بدأ المركز يمارس نشاطه فعلياً في يناير 2007[1]. وكما سبق إيضاحه، تعد قرارات المركز نهائية ولا تخضع لأية مراجعة لاحقة، وذلك في رأينا محل نظر[2].

الفرع السادس: مركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم

أسس مركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم The Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA) في عام 1978 تحت رعاية لجنة منظمة الاستشارات القانونية الآسيوية – الأفريقية، وهي منظمة حكومية دولية، وتبنى المركز قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغته المعدلة في عام 2010[3]. وضع المركز في عام 2007 قواعد خاصة بتسوية منازعات الصيرفة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية[4].

بموجب هذه القواعد، يجوز لهيئة التحكيم اللجوء لمجلس استشاري شرعي أو خبراء شرعيين عندما يستوجب النزاع على هيئة الحكيم أن تكوّن رأياً أو تصدر قرارات ذات صلة بمبادئ الشريعة الإسلامية[5]. ويرى البعض بأن مركز كوالالمبور يعد منافساً للمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دبي، ويعود ذلك لتبني كلا المركزين لآلية تسوية المنازعات المصرفية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية[6].

---

[1] Oseni Umar A., Cra*ig R. Nethercott & David M. Eisenberg (eds): Islamic finance: law and practice*, 36 European Journal of Law and Economics, 231, 233 (2013).

[2] أنظر صفحة 19 من المبحث.

[3] Michael J. Moser, *Dispute Resolution in China*, Juris Publishing Inc, 36 (2012).

[4] Hassan K., & Mahlknecht M., *Islamic capital markets: products and strategies*, 609 John Wiley & Sons 101 (2011).

[5] المادة 11 من قواعد التحكيم الإسلامية لمركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم.

[6] Chevallier-Govers C. & Harun R. (Eds.), *Malaysia and the European Union: Perspectives for the Twenty-first Century,* 32 LIT Verlag Münster, 129 (2011).

المطلب الرابع: التحكيم الاختياري والإجباري

يتولد التحكيم عن طريق الاتفاق الذي ينشأ بين الأطراف لتسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم، وبالرغم من ذلك، جعلت بعض القوانين ومنها البحريني من التحكيم وسيلة إجبارية لتسوية المنازعات في حالات معينة. بناءً على ذلك، سنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على التحكيم الاختياري والإجباري في ثلاثة فروع، نخصص الأول للتفرقة بين التحكيم الاختياري والإجباري، ونبين في الثاني التحكيم الإجباري في المعاملات المصرفية في مملكة البحرين، ونوضح في الثالث التحكيم الإجباري في المعاملات المصرفية في القوانين الأخرى على النحو التالي:

الفرع الأول: التفرقة بين التحكيم الاختياري والإجباري

يظهر جلياً بأن التحكيم يقوم أساساً على تراضي الأطراف وانصراف إرادتهم الحرة إلى اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية منازعاتهم، لذا يعد التوافق على التحكيم سمة لصيقة به[1]. فعلى الرغم من عدم وجود خلاف فقهي فيما يتعلق بصفة التحكيم الاختيارية، لجأت بعض التشريعات الوطنية لإصدار قوانين تجبر بموجبها الأفراد أو جهات معينة على تسوية منازعاتها عن طريق التحكيم دون سواه[2].

يتعلق التحكيم الإجباري عادة بالمنازعات التي تنشأ بين مشاريع القطاع العام بعضها بعض[3]. وبررت محكمة النقض المصرية هذا النوع من التحكيم بأن المنازعات "التى تنشأ بين شركات القطاع العام أو بين إحداها وبين جهات حكومية أو هيئة أو مؤسسة عامة بشأن تقرير حق أو نفيه، وذلك اعتباراً بأن هذه الأنزعة – على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية – لا تقوم على خصومات تتعارض فيها المصالح كما هو الشأن في مجال القطاع الخاص بل تنتهي جميعاً، في نتيجتها إلى جهة واحدة هي الدولة"[4]. ويرى البعض بأن هذه الوسيلة لتسوية المنازعات الحكومية تعد أقرب في طبيعتها للمحاكم

---

[1] Steingruber M. Andrea, *op. cit.*, p. 17.

[2] أنظر صفحة 62 و72 من البحث.

[3] د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 331.

[4] الطعن رقم 167 لسنة 31، جلسة 24 مايو 1966، مجموعة المكتب الفني، السنة 17، ص 1223.

الوطنية الخاصة من كونها تحكيماً[1]، غير أن بعض التشريعات العربية، ومنها المشرع البحريني فرض التحكيم على معاملات يدخل أفراد القانون الخاص كطرف فيها، والتي سنحاول تسليط الضوء عليه في الفرع التالي.

الفرع الثاني: التحكيم الإجباري في المعاملات المصرفية في مملكة البحرين[2]

ألزم المشرع البحريني المصارف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتها في عدد من الحالات، مما يعني عدم جواز اختيارها القضاء لتسوية المنازعات التي حددها المشرع، وعليها الرضوخ جبراً إلى التحكيم كوسيلة وحيدة لتسوية منازعاتها. بالإضافة إلى ذلك، حدد المشرع البحريني إجراءات التحكيم التي تخضع لها الأطراف والجهة التي تدير العملية التحكيمية. بناءً على ذلك، سنسلط الضوء في هذا الفرع على المنازعات التي بموجبها ألزم المشرع المصارف باللجوء للتحكيم، ونوضح بعد ذلك رأينا في هذه المسألة.

أولاً: قواعد التحكيم الإجباري في المعاملات المصرفية في القانون البحريني

فرض المشرع البحريني التحكيم جبراً بموجب قواعد مصرف البحرين المركزي رقم 64 لسنة 2006، وقانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية، وسنحاول في الفقرات التالية بحث النصوص المتعلقة بهذه القواعد.

1- <u>التحكيم الإجباري بموجب نظام تحكيم مصرف البحرين المركزي</u>

أصدر مصرف البحرين المركزي مجموعة من القواعد أطلق عليها "كتاب قواعد مصرف البحرين المركزي" أو (CBB Rulebook)، يتكون كتاب القواعد من سبعة مجلدات تنظم المؤسسات الخاضعة لمصرف البحرين المركزي[3]، وبالنسبة للمعاملات المصرفية، ينظم المجلد الأول المصارف

---

[1] د. نجيب عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 24. وللتفصيل في دراسة هذا النظام والتكييف القانوني له راجع على سبيل المثال: د. محمود السيد عمر التحيوى، مرجع سابق، ص161؛ د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 331.

[2] نظم المشرع البحريني التحكيم في منازعات العمل في المواد 135-139 من قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني رقم 23 لسنة 1976 غير أن ذلك ليس محل دراستنا.

[3] راجع المجلدات على الموقع الرسمي لمصرف البحرين المركزي
.http://cbb.complinet.com/cbb/microsite/cbb_rulebook.html

التقليدية، ويعالج المجلد الثاني أنشطة المصارف الإسلامية، والمجلد الرابع المصارف الاستثمارية. خصص مصرف البحرين المركزي المجلد السادس لأنشطة التعامل في سوق رأس المال والذي يرتكز على التعامل في الأوراق المالية.

أعفت قواعد مصرف البحرين المركزي المصارف من الحصول على ترخيص خاص لممارسة أنشطة سوق رأس المال، وذلك نظراً للدور الحيوي الذي تمارسه المصارف في معاملات سوق رأس المال[1]. أصدر مصرف البحرين المركزي في 29 يونيو 2010 قواعد خاصة لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم أطلق عليها "قواعد تسوية المنازعات" وأضافها للمجلد السادس. وبالنظر لأهمية هذه القواعد، سنتناول نطاق اختصاص لجنة التحكيم التابعة لمصرف البحرين المركزي، والأساس القانوني لاختصاصها، وتشكيل اللجنة وقرارها وفق التالي.

أ- نطاق اختصاص لجنة تحكيم مصرف البحرين المركزي

حددت قواعد مصرف البحرين المركزي الجهات والمعاملات التي ينطبق عليها نظام التحكيم على الوجه التالي:

أولاً: الجهات الخاضعة لنظام تحكيم مصرف البحرين المركزي[2]

ينعقد اختصاص لجنة تحكيم مصرف البحرين المركزي بالنسبة للمنازعات التي تنشأ بين مقدمي خدمات سوق رأس المال بعضهم البعض، أو بين مقدمي خدمات سوق رأس المال وعملائهم فيما يتعلق بالصفقات المبرمة عن طريق مؤسسات التنظيم الذاتي أو فيما يتعلق بأنشطة مقدمي خدمات سوق رأس المال المنظمة من قبل قواعد مصرف البحرين المركزي. وتعتبر مؤسسات التنظيم الذاتي منظمة غير حكومية مرخص لها إصدار معايير ولوائح تلزم بها المتعاملين فيها، ومن أمثلتها أسواق البورصة[3].

---

[1] CBB Rulebook, Volume 6, Part A, MIR-2.1.5 and MIR-2.1.6.

[2] CBB Rulebook, Volume 6, Dispute Resolution Arbitration and Disciplinary Proceedings, DRA - 3.1.2.

[3] Miles Barbara L., *The Canadian financial system,* Nova Publishers 41 (2003).

يشترط في مؤسسات التحكيم الذاتي أن تكون مرخصة من قبل مصرف البحرين المركزي كما هو الحال مع بورصة البحرين[1]، ويجدر الذكر أن بورصة البحرين تحولت إلى شركة مساهمة مقفلة بموجب المرسوم الملكي الصادر في ديسمبر 2010[2]، حيث ألغى قانون إنشاء سوق البحرين للأوراق المالية والذي كان يتولى نشاطه مباشرة، ويدار من قبل مصرف البحرين المركزي بموجب المرسوم بقانون رقم (4) لسنة 1987 بإنشاء وتنظيم سوق البحرين للأوراق المالية[3]. وعرف قانون مصرف البحرين المركزي مقدمي خدمات سوق رأس المال بالشركات التي يكون من أغراضها مزاولة نشاط أو أكثر من النشاطات التالية[4]:

i. ترويج وتغطية الاكتتاب في الأوراق المالية أو تمويل الاستثمار فيها.

ii. الاشتراك في تأسيس أو زيادة رأسمال الشركات التي تصدر أوراقاً مالية.

iii. إنشاء وإدارة محافظ الأوراق المالية وصناديق الاستثمار.

iv. الإيداع والمقاصة والتسوية في معاملات الأوراق المالية.

v. الوساطة في الأوراق المالية.

vi. تقديم الاستشارات بشأن الأوراق المالية.

---

[1] اشترطت المادة DRA-B.2.8 من المجلد السادس لمصرف البحرين المركزي بأن تكون مؤسسة التنظيم الذاتي مرخصاً لها بموجب قواعد الأسواق والبورصات "Markets and Exchanges (MAE)" وقد نصت المادة MAE-B.1.2 من قواعد الأسواق والبورصات بأن بورصة البحرين تعتبر من المرخص لهم بموجب هذه القواعد.

[2] المرسوم رقم (60) لسنة 2010 بتأسيس شركة بورصة البحرين "شركة مساهمة بحرينية مقفلة" (ش.م.ب.م). ويجدر بالذكر بأن بورصة البحرين وضعت مجموعة قواعد أطلقت عليها "قواعد السوق" ألزمت بموجبها المتعاملين في البورصة على اللجوء للتحكيم لتسوية منازعاتهم. وبالرغم من تحوّل بورصة البحرين إلى شركة تجارية تخضع بموجبه إلى قواعد قانون الشركات التجارية بموجب المادة 4 من القانون رقم (57) لسنة 2009 بشأن سوق البحرين للأوراق المالية، والذي قد يدفع البعض للقول بأن تنظيم منازعات سوق البورصة صادر عن جهة ذات طبيعة تجارية خاصة وأن قواعد السوق الخاصة بالبورصة لم تصدر بموجب قانون ملزم مما تنتفي معه الصفة القانونية الجبرية للتحكيم غير أن قواعد مصرف البحرين المركزي أكدت الصفة القانونية الملزمة لتسوية منازعات البورصة عن طريق التحكيم، كما واعتبرت المادة 3.1.3 من قواعد تسوية المنازعات بأن التعامل بمثابة قبول مسبق على التحكيم.

[3] المادة 1 والمادة 5 من القانون أعلاه.

[4] المادة 80 من قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية.

vii. أية أنشطة أخرى تتعلق بالأوراق المالية، ويصدر بتحديدها قرار من المصرف المركزي.

يُلاحظ بأن العديد من المعاملات السالفة تعد من الأنشطة الرئيسة للمصارف باختلاف أنواعها، وبالنسبة للمصارف الاستثمارية بشكل خاص، فعمليات ترويج وتغطية الاكتتاب والاشتراك في تأسيس أو زيادة رأسمال الشركات، وتقديم الاستشارات فيما يتعلق بالأوراق المالية، وإنشاء وإدارة محافظ الأوراق المالية، وصناديق الاستثمار تعد من الأنشطة الرئيسة التي تزاولها المصارف الاستثمارية[1].

ثانياً: المعاملات الخاضعة لنظام تحكيم مصرف البحرين المركزي[2]: حدد مصرف البحرين المعاملات الخاضعة لنظام التحكيم على الوجه التالي:

1- أي تصرف يقع في البحرين، أو أي معاملة أو صفقة من المتوقع القيام بها من قبل، أو نيابة عن أي شخص في البحرين فيما يتعلق بالأوراق المالية المعروضة، أو الصادرة، أو المدرجة في البحرين، أو في أي مكان آخر.

2- أي تصرف يقع خارج البحرين، أو أي معاملة، أو صفقة من المتوقع القيام بها من قبل، أو نيابة عن أي شخص خارج البحرين فيما يتعلق بالأوراق المالية المعروضة، أو المدرجة أو التي صدرت في البحرين.

3- أي تصرف يقع داخل البحرين أو أي معاملة أو صفقة من المتوقع إبرامها من قبل، أو نيابة عن أي شخص في البحرين فيما يتعلق بالتالي:

أ- العقود المستقبلية[1]، سواءً تم تداولها في سوق العقود المستقبلية في البحرين أو في أي مكان آخر. أو

---

[1] IMA, *Wiley CMA Learning System Exam Review 2013, Financial Decision Making, Test Bank*, John Wiley & Sons 222 (2012); Tye Kenneth A.& Jerrold M. Novotne, *Schools in transition: The practitioner as change agent*, Tata McGraw-Hill Education 9-12 (1975).

[2] Art. DRA-B.1.1 of CBB Rulebook, Volume 6, Dispute Resolution Arbitration and Disciplinary Proceedings.

ب- عقود تداول العملات الأجنبية، سواءً في البحرين أو في أي مكان آخر.

4- أي تصرف يقع خارج البحرين، أو أي معاملة أو صفقة من المتوقع إبرامها من قبل أو بالنيابة عن أي شخص خارج البحرين فيما يتعلق بالعقود المستقبلية المتداولة في سوق العقود المستقبلية في البحرين، أو عقود تداول العملات الأجنبية المتاحة في البحرين.

ب- الأساس القانوني لإلزام المتعاملين في سوق رأس المال باللجوء للتحكيم

نصت قواعد تسوية المنازعات الخاصة بسوق رأس المال على أن أساس التحكيم الإجباري الذي فرضته على الجهات والمعاملات السالف ذكرها مصدره ما يملكه محافظ مصرف البحرين المركزي من سلطة إصدار التوجيهات الضرورية التي تكفل تنفيذ قواعد مصرف البحرين والتي تتمتع بصفة الإلزام بعد إعلانها إلى المخاطبين بها[2]. بالرغم من ذلك، يُلاحظ أن نصوص كتاب القواعد التي وضعها مصرف البحرين المركزي صيغت باللغة الإنجليزية ولم تترجم إلى اللغة العربية.

سعى المشرع البحريني مؤخراً- في محاولة منه على ما يبدو- إلى علاج هذه الإشكالية بإصداره القرار رقم (17) لسنة 2012 بشأن لائحة قواعد وإجراءات إدراج وتداول الأوراق والأدوات المالية في الأسواق المالية المرخص لها من قبل مصرف البحرين المركزي، مشيراً إلى وجوب الامتثال للقواعد المنصوص عليها في المجلد السادس، والتقيد بالشروط المنصوص عليها فيه[3].

ويُلاحظ بأن نشر القرار في الجريدة الرسمية جاء متأخراً[4]، حيث إن القواعد المذكورة قررها مصرف البحرين المركزي في 29 يونيو 2010 ونص منذ ذلك الحين على قوتها الإلزامية

---

[1] أنظر تعريف العقود المستقبلية صفحة 11 هامش 4 من البحث.

[2] Art. DRA-B.1.2 of CBB Rulebook, Volume 6, Dispute Resolution, Arbitration and Disciplinary Proceedings, and Art. 38 of the CBB Law.

[3] المادة 17 من القرار رقم (17) لسنة 2012 بشأن لائحة قواعد وإجراءات إدراج وتداول الأوراق والأدوات المالية في الأسواق المالية المرخص لها من قبل مصرف البحرين المركزي.

[4] حيث نشر القرار في الجريدة الرسمية رقم 3057 الصادرة بتاريخ 21 يونيو 2012.

بموجب ما يملكه المحافظ من إصدار توجيهات ملزمة. بالإضافة إلى ذلك، فإن النص الصادر في الجريدة الرسمية أحال إلى قواعد تتكون من مئات النصوص الملزمة للمخاطبين بها دون أن تترجم إلى اللغة العربية بما فيها قواعد التحكيم، ويعد ذلك قصوراً كبيراً في تحقيق العلم بالقانون، فاللغة الرسمية لمملكة البحرين هي اللغة العربية بموجب الدستور[1]، وعدم نشرها بلغة الدولة يعني إلزام كل من يجهل اللغة الإنجليزية بقواعد يجهلها. بناءً على ذلك، نرى بأنه يتوجب على مصرف البحرين المركزي ترجمة المجلدات المختلفة بما فيها القواعد المتعلقة بالتحكيم إلى اللغة العربية.

ج- تشكيل لجنة تحكيم مصرف البحرين المركزي

منحت قواعد مصرف البحرين المركزي المحافظ سلطة إصدار أمر إنشاء لجنة التحكيم، بالإضافة إلى تحديد عدد أعضائه والمتمثلين في الهيئة التحكيمية[2]. بناءً على ذلك، لا يشترك أطراف النزاع في اختيار هيئة التحكيم التي ستنظر نزاعهم بل يعينون من جهة تمثل حكومة البحرين.

د- إصدار قرار تحكيم لجنة مصرف البحرين المركزي وتنفيذه

اشترطت قواعد مصرف البحرين المركزي صدور حكم التحكيم مسبباً، واعتبرته نهائياً[3]. وأجازت لأي الطرفين خلال (14) يوماً من تسلم الحكم، وبشرط إخطار الطرف الآخر، أن يتقدم بطلب إلى لجنة التحكيم بغرض تصحيح أية أخطاء حسابية، أو كتابية، أو مطبعية، أو أية أخطاء ذات طبيعة مماثلة[4]. كما منحت لجنة التحكيم سلطة تصحيح هذا الخطأ من تلقاء نفسها خلال (28) يوماً من تاريخ الحكم، بالإضافة إلى ذلك، أجازت قواعد التحكيم للأطراف خلال (14) يوماً من تسلم الحكم، بشرط إخطار الطرف الآخر طلب إصدار حكم

---

[1] المادة 2 من دستور مملكة البحرين.

[2] المادة DRA-3.1.1 من المجلد السادس.

[3] Art. DRA- 3.1.29 (a) (i) and (ii) of CBB Rulebook, Volume 6, Dispute Resolution, Arbitration and Disciplinary Proceedings.

[4] Art. DRA-3.1.30.

إضافي بالنسبة لمطالبات قُدمت خلال السير في إجراءات التحكيم إذا ما أغفلتها لجنة التحكيم[1].

يُلاحظ بأن قواعد تحكيم مصرف البحرين المركزي حرمت الأطراف من الطعن بقرار التحكيم بأي طريقة من الطرق، فهذه القواعد لم تنص على حق الأفراد باستئناف أو الطعن بالبطلان في قرار التحكيم ولو بحالات محددة على سبيل الحصر، كما خلت من تعيين أي جهة أخرى يمكن لها مراجعة قرار التحكيم، فقد اكتفت قواعد التحكيم باشتراط تقديم الحكم للمحكمة المختصة لوضع الصيغة التنفيذية عليه[2]. ويعد هذا التوجه محلَّ نقدٍ شديدٍ من جانبنا، حيث أرغمت هذه القواعد الأطراف على الخضوع للتحكيم بموجب قواعد منحتها القوة القانونية الملزمة، وحرمت الأطراف من أداء أي دور في تعيين المحكمين المناسبين، ثم منعتهم من الطعن في قرار التحكيم لأي عيب أو مخالفة قد يقترن بها. فقواعد التحكيم تنص عادة على حالات يمكن فيها الطعن بقرار التحكيم[3]، هذا بالإضافة إلى أن التحكيم مصدره اتفاق الأطراف ولا يفرض جبراً بموجب القانون.

2- التحكيم الإجباري بموجب قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية

يتطلب الإحاطة بالتحكيم الإجباري الخاص بغرفة البحرين لتسوية المنازعات تحديد نطاق وأساس الاختصاص الإجباري للغرفة، وذلك على النحو التالي:

أ- نطاق الاختصاص الإجباري لغرفة البحرين لتسوية المنازعات

فرض المشرع البحريني على المؤسسات المالية المرخص لها بموجب قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية رقم 64 لسنة 2006 الخضوع للغرفة في تسوية منازعاتها بعضها مع بعض، أو المنازعات الناشئة بينها وبين المؤسسات والشركات الأخرى والأفراد إذا

---

[1] Art. DRA-3.1.31.

[2] DRA-3.1.47 and DRA-3.1.48.

[3] أنظر صفحة 17 من البحث.

كانت قيمة المطالبة أكثر من (500) ألف دينار، وكان الاختصاص حسب الأصل يعود لمحاكم البحرين أو أي هيئة ذات اختصاص قضائي[1].

ب- الأساس القانوني لإلزام المتعاملين في غرفة البحرين لتسوية المنازعات

أُنشئت غرفة البحرين لتسوية المنازعات في 2009/6/29 بموجب المرسوم بقانون رقم 30 لسنة 2009، والذي فرض في حالات محددة على المصارف الخضوع للتحكيم[2]. وعليه، فإن المصارف في البحرين ملزمة بموجب القانون أعلاه بتسوية منازعاتها في حالات معينة عن طريق التحكيم لدى الغرفة، ويعود الأصل التاريخي لإصدار المرسوم بإنشاء الغرفة في المرسوم بقانون رقم (9) لسنة 1993 بإنشاء مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي والذي ألغي بموجب المادة 38 من قانون إنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات، غير أن اختصاص المركز كان ينعقد عند انصراف إرادة الأطراف لتسوية منازعاتهم وفق قواعد المركز لا جبراً بحكم القانون[3]، ويبدو أن سعي المشرع لتفعيل دور المركز كان عن طريق إلغاء قانون إنشاء المركز ذي الطبيعة الاختيارية للتحكيم وتأسيس مؤسسة تجعل من اللجوء للتحكيم جبراً على الأفراد.

ثانياً: مشروعية التحكيم الإجباري في مملكة البحرين

فرض القانون البحريني التحكيم الإجباري بموجب كل من قواعد مصرف البحرين المركزي وقانون إنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية على المتعاملين بما يتناقض وطبيعة التحكيم الاختيارية، ويعد هذا الاتجاه الذي تبناه المشرع البحريني مناقضاً لطبيعة التحكيم وجوهره ومخالفاً لأحكام الدستور البحريني، سنحاول عرض هذه المسألة في الفقرات التالية:

---

[1] المادة 9 منه.

[2] أنظر اختصاصات الغرفة بموجب القانون صفحة 57 من البحث.

[3] المادة 2 من مرسوم بقانون رقم (9) لسنة 1993 بإنشاء مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي والتي نصت على أنه "يختص مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي (ويشار إليه فيما يلي بالمركز) بالتحكيم في كل نزاع تجاري يتفق طرفاه كتابة على تسويته بطريق التحكيم".

1- تعارض التحكيم الإجباري مع جوهر التحكيم وطبيعته

يقوم التحكيم على اتفاق الأطراف، ويعد هذا المبدأ من القواعد المستقر عليها في قوانين واتفاقيات التحكيم الرئيسة مثل اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وإنفاذها[1]، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[2]، والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961[3]، واتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965[4]. فالأصل في التحكيم هو اتفاق أطرافه على اختيار شخص من الغير يُعين باختيارهما، أو بتفويض منهما، أو وفق شروط يعينانها، وليس بإسناد من الدولة، ولا يمكن بحال أن يفرض جبراً بنصوص قانونية لا يجوز مخالفتها، ذلك أن أساس التحكيم هو الاتفاق الذي يعين الأطراف بموجبه نطاق المسائل المتنازع فيها أو التي يمكن أن تكون محلاً للنزاع، ومن هذا الاتفاق يستمد الطرفان خضوعهما بالنزول على الحكم الصادر فيه، ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية ذات طبيعة قضائية تهدف لتسوية نزاع يقوم على اتفاق خاص[5].

ويعمل التحكيم الذي تفرضه نصوص قانونية تجبر الأطراف على الخضوع له قهراً على تقويض سماته الأساسية المتمثلة في اتفاق ذوي الشأن بإرادتهما الحرة في مسائل، ووفق قواعد يحددانها برضائهما، ليكون لأي الطرفين حق الطعن بانعدام هذا الاتفاق، أو بطلانه، أو سقوطه وفق القانون، فمثل هذا التحكيم يؤدي لعزل القضاء برمته عن نظر المنازعات التي يتناولها، مستبدلاً بها تحكيماً جبرياً لا يملك الأطراف رفض الامتثال له[6].

إن نص قواعد مصرف البحرين المركزي على وجوب إدراج اتفاق على التحكيم في العقد[7] لا يغير من الطبيعة الجبرية للتحكيم. فمثل هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون أكثر من ترديد للقاعدة

---

[1] المادة 2(2) من اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وإنفاذها.

[2] المادة 7(1) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

[3] المادة 1 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961.

[4] المادة 26 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965.

[5] المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 380 لسنة 23 ق، بتاريخ 2003/5/11.

[6] المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 104 لسنة 20 ق، بتاريخ 1999/7/3، مكتب فني 9، الجريدة الرسمية، عدد 28 بتاريخ 15 يوليو 1999.

[7] المادة 3.1.3 من قواعد تسوية المنازعات الخاصة بالمجلد السادس الصادر عن مصرف البحرين المركزي.

الآمرة وتطبيقاً لنصها، فلا يمكن استبعادها بل يتوجب تطبيقها دائماً[1]. فالتحكيم لا يمكن أن يقوم أصلاً دون اتفاق الأطراف، ولا يمكن أن يتحقق مع تخلفه، فلا يجوز بذلك أن يسن المشرع نصوصاً تناقض طبيعته بأن يخضع أشخاص للتحكيم قسراً دون أن يسعوا له، فقيام التحكيم على إرادة الأطراف يعني انصراف إرادتهما إلى إبرام اتفاق التحكيم وعدم إحلال إرادة المشرع محل هذه الإرادة[2].

2- تعارض التحكيم الإجباري مع الدستور البحريني

كفل الدستور البحريني للأفراد حق التقاضي[3]، وذلك عن طريق إعطاء كل فرد حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، مانحاً إياه رفع دعواه إلى قاض للبت فيها دون غيره تحقيقاً للهدف النهائي من التقاضي والمتمثل في الترضية القضائية، فإذا عرقلها المشرع بقواعد تحول دون الوصول لها، فإن ذلك يعد إخلالاً بالحماية التي كفلها الدستور لحق التقاضي وإنكاراً لجوهر العدالة[4]. ولا يمكن تبرير هذه النصوص بالقول بأنها تطبيق لسلطة المشرع في توزيع الولاية القضائية - كما هو الحال مع قواعد مصرف البحرين المركزي أو غرفة البحرين لتسوية المنازعات- ذلك أن هذه السلطة تتمثل في تنظيم الولاية القضائية بصورة تضمن عدم تنازعها، وكذلك عدم عزلها جميعاً، أما التحكيم الذي يؤدي مضمونه إلى عزل المحاكم جميعاً عن نظر النزاع استثناءً ينبغي أن يكون أساسه هو اتفاق الأطراف التي يستمد منه المحكمون ولايتهم، فقبول الأطراف للتحكيم هو شرط لقيامه[5].

---

[1] المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 13 لسنة 15 ق، بتاريخ 1994/12/17، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، ج 6، ص 408.

[2] الحكم نفسه.

[3] المادة 20(و) من الدستور البحريني والتي تنص على أن "حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون".

[4] المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 104 لسنة 20 ق، بتاريخ 1999/7/3، مكتب فني 9، الجريدة الرسمية عدد 28 بتاريخ 15 يوليو 1999.

[5] المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 13 لسنة 15 ق، بتاريخ 1994/12/17، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، ج 6، ص 408.

لذا، فإنه لا يجوز أن يُجبر الأفراد على التحكيم بقاعدة قانونية آمرة وإلا اعتبر ذلك إخلالاً بحق التقاضي الذي كفله الدستور[1].

الفرع الثالث: التحكيم الإجباري في المعاملات المصرفية في القوانين الأخرى

خلت التشريعات الغربية كالإنجليزية، والأمريكية، والفرنسية، والسويسرية من نصوص قانونية تجبر المتعاملين في نشاطات مصرفية معينة على تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم. بخلاف ذلك، وعلى غرار النهج البحريني، سنت بعض التشريعات العربية نصوصاً ألزمت المتعاملين في بعض المعاملات المصرفية بتسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم. فقد سبق المشرع المصري البحريني في سن تشريعات تفرض على الأفراد اللجوء للتحكيم في المنازعات المصرفية، غير أن هذه النصوص كان مآلها الحكم بعدم الدستورية. فقد أصدر المشرع المصري القانون رقم 48 لسنة 1977 بإنشاء بنك فيصل الإسلامي، حيث نص على تسوية منازعات المصرف مع العملاء عن طريق التحكيم[2]، غير أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قضت بعدم دستورية هذا النص في حكمها الصادر في 17 ديسمبر 1994 لما ينطوي عليه من حرمان الأفراد من اللجوء لقاضيهم الطبيعي بما يخالف نصوص الدستور ومخالفة الطبيعة الرضائية للتحكيم[3]. كما وقضت المحكمة ذاتها بعدم دستورية المادتين 10 و 52 من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم 95 لسنة 1992 والذي كان يُلزم المتعاملين في سوق رأس المال بالخضوع للتحكيم جبراً[4].

ويبدو أن المشرع البحريني اعتنق توجه التشريعات المصرية في فرض التحكيم قهراً على المتعاملين في سوق الأوراق المالية، ومن القوانين الأخرى التي فرضت التحكيم على عمليات سوق رأس المال القانون الكويتي، والإماراتي، والقطري. غير أن كلا المشرعين الكويتي والإماراتي عدلا عن هذا الاتجاه، حيث أخضعا هذه النصوص للتعديل جاعلين من التحكيم وسيلة اختيارية بما ينسجم مع طبيعته الرضائية. فبعد أن كان التحكيم في سوق رأس المال في الكويت إجبارياً بموجب

---

[1] المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 65 لسنة 18 ق، بتاريخ 2001/1/6.

[2] المادة 18 من القانون رقم 48 لسنة 1977 المصري بإنشاء بنك فيصل الإسلامي.

[3] المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 13 لسنة 15 ق، بتاريخ 1994/12/17، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، ج 6، ص 408.

[4] المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 55 لسنة 23 ق، بتاريخ 2002/1/13، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، ج 10، ص 119.

القرار الوزاري رقم (2) لسنة 1984، أصدر المشرع الكويتي في عام 2010 قانوناً جعل فيه التحكيم اختيارياً بدلاً من الصفة الجبرية[1]، وأصبح هذا النص نافذاً اعتباراً من 1 أبريل 2014[2].

وبالمثل، أصدر المشرع الإماراتي القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2000 في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع والذي منح الهيئة وضع نظام للتحكيم[3]. بناءً على ذلك، أصدر مجلس إدارة الهيئة القرار رقم (1) لسنة 2001 في شأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع، حيث ألزم المتعاملين في الأوراق المالية تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم دون غيره معتبراً التعامل في السوق بمثابة قبول للتحكيم[4]. عدل المشرع الإماراتي النص المذكور في عام 2008 حيث نص على تسوية منازعات الأوراق المالية عن طريق التحكيم وفقاً لنظام الهيئة إذا ما اتفق الأطراف على التحكيم[5].

ويُلاحظ بأن القضاء القطري حاول تطويع القواعد التي نصت على التحكيم الإجباري بما ينسجم مع الطبيعة الاختيارية للتحكيم، فقد أصدرت محكمة التمييز القطرية في 1 يونيو 2010 حكماً نفت فيه الطبيعة التحكيمية معتبرة أن لجنة التحكيم المناط بها تسوية منازعات سوق الأوراق

---

[1] المادة 148 من قانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية.

[2] حيث نصت المادة 153 من القانون أعلاه على إعمال النصوص المتعلقة بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم جبراً وحتى إصدار نظام جديد للتحكيم، وأصدرت هيئة أسواق المال نظاماً للتحكيم أصبح نافذاً في 1 أبريل 2014 مع انتهاء العمل بقرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم 2 لسنة 1984 والذي كان ينص على التحكيم الإجباري.

[3] المادة 4(2)(و) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (4) لسنة 2000م في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع

[4] المادة 2 من القرار رقم (1) لسنة 2001 في شأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع الإماراتي.

[5] عُدلت المادة (2) من القرار رقم (1) لسنة 2001 في شأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع الإماراتي بموجب القرار رقم (35/ر) لسنة 2008.

المالية والتي يرأسها قاضٍ يُعين من قبل وزير العدل بناءً على اقتراح رئيس المحاكم العدلية[1] لا تعدو -نظراً لطبيعتها الجبرية- أن تكون هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي[2].

يظهر لنا مما سبق بأن التشريعات التي سنت نصوصاً ألزمت بموجبها الأفراد باللجوء للتحكيم جبراً بالنسبة لمنازعات مصرفية معينة عدل عنها المشرع أو نُقضت وحكم بعدم دستوريتها، وهو ما يتوافق مع حق التقاضي المكفول دستوراً، وكذلك الطبيعة الرضائية التي تعد قوام التحكيم وجوهره، لذا فإننا نرى عدم دستورية المادة 9 من القانون رقم (30) لسنة 2009 بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية وقواعد تسوية المنازعات الصادرة عن مصرف البحرين المركزي في 29 يونيو 2010 المنصوص عليها في المجلد السادس.

---

[1] المادة (19) من القانون رقم 14 لسنة 1995 بإنشاء سوق الدوحة للأوراق المالية.

[2] محكمة التمييز القطرية، الطعن رقم 85 لسنة 2010، جلسة 2010/6/1 متوافر على الموقع الحكومي القطري https://qanoni.pp.gov.qa/verdicts/verdicts/356e0edf-e23d-4a55-849c-daf0bb3e1140.

الفصل الثاني

انعقاد اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية

تمهيد وتقسيم: يعد اتفاق التحكيم عقداً ملزماً للجانبين، ويخضع في تكوينه للأحكام العامة في القانون المدني. لذلك، ينبغي أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية للعقد وهي التراضي والمحل والسبب إلى جانب توافر الشكل الذي اشترطه المشرع. نحاول في هذا الفصل دراسة هذه الشروط بشكل يتم التركيز فيها على الأحكام الخاصة بشأنها في التحكيم في المعاملات المصرفية، ويكون اعتمادنا في ذلك على أحكام القضاء الحديثة في العديد من الدول إلى جانب الآراء الحديثة لشراح القانون.

وتأسيساً على ذلك، نقسم دراسة شروط انعقاد اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية إلى مبحثين، نخصص الأول للشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية، ونتطرق في الثاني لشرط الشكلية في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية.

المبحث الأول: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية

يتوجب أن ينعقد اتفاق التحكيم بناءً على تراضٍ موجود وصحيح، ومحل موجود وممكن، وسبب مشروع وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني. هذا إضافة إلى الشرط الشكلي الذي سنتعرض له في المبحث اللاحق. لذا، سندرس في هذا المبحث أركان اتفاق التحكيم الموضوعية، وهي التراضي والمحل والسبب في ثلاثة مطالب مستقلة على النحو الآتي:

المطلب الأول: التراضي في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية

الاتفاق على التحكيم – شأنه في ذلك شأن سائر العقود– قوامه الإرادة[1]، ويعد التراضي موجوداً بتوافر إرادتين متوافقتين، إلا أن وجود الرضا بحد ذاته لا يجعل من الاتفاق صحيحاً مُحصّناً من الطعون، بل يتوجب إلى جانب ذلك أن تكون إرادة طرفي العلاقة صحيحتين بتوافر الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم وسلامة إرادة أطراف العلاقة من العيوب[2]. بناءً على ذلك، سنتناول دراسة التراضي في اتفاق التحكيم في فرعين، نخصص الأول لدراسة وجود التراضي في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية ونوضح في الثاني صحة التراضي في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية.

الفرع الأول: وجود التراضي في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية

يتحقق التراضي بتعبير أطراف الاتفاق عن انصراف إرادتهم لاختيار التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم الناشئة عن علاقة معينة، ويجب أن تتلاقى الإرادتان بحيث تتوافقان لترتيب هذا الأثر. كما توجد هناك عدة مسائل تتعلق بتعبير الأطراف عن إرادتهم تعد محل جدل لدى الفقه، وكذلك اختلفت بصددها أحكام القضاء. بناءً على ذلك، سنتناول دراسة وجود التراضي في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية من خلال بيان ماهيته أولاً، ومن ثم نبين المسائل محل الجدل حوله على الوجه التالي:

---

[1] د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 54.

[2] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، منشأة المعارف، 2004، ص142.

أولاً: ماهية وجود التراضي في اتفاق التحكيم

تعتبر إرادة الطرفين قوام التحكيم، فمنه ينشأ اتفاق التحكيم[1]. ولكي يعتبر التراضي موجوداً في اتفاق التحكيم يجب أن تتصرف إرادة طرفي العلاقة لترتيب الأثر القانوني للاتفاق، والمتمثل في اختيار التحكيم دون قضاء الدولة كوسيلة لفض المنازعات بمناسبة علاقة معينة[2]. فإذا ما اتجهت إرادة الأطراف لإبرام عقد معين (عقد فتح اعتماد مستندي مثلاً) دون أن تنصرف إلى الاتفاق على التحكيم لتسوية المنازعات بين الطرفين، فالرضا يعتبر غير موجود بالنسبة للاتفاق على التحكيم. فالتحكيم يعد تصرفاً قانونياً منفصلاً عن العقد الأصلي الذي اتفق بموجبه الأطراف على التحكيم وكأنه عقد في عقد آخر[3].

يتحقق تطابق الإرادتين عن طريق تبادل إيجاب وقبول المحتكمين بأن يكون التعبير عن الإرادة لدى كل طرف مطابقاً لتعبير الآخر[4]. ويُعد ضمان انصراف إرادة الأطراف لاختيار التحكيم مسألة جوهرية لما يترتب عليه من أثر مهم وهو النزول عن حق اللجوء لقضاء الدولة وما يوفره من ضمانات إجرائية وموضوعية، والاستعاضة عنه بقضاءٍ خاص. لذا، قضت العديد من الأحكام بأن إرادة الأطراف وحرية اختيارهم يشكلان أساساً لقيام التحكيم وترتيب أثره[5].

---

[1] د. أحمد الصاوي، مرجع سابق، ص 31.

[2] د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص5؛ أحمد أبو الوفا مرجع سابق ص27. د. أحمد السيد صاوى، التحكيم: طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2002، ص 31

[3] راجع حول استقلال شرط التحكيم المراجع الآتية: د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط 1، منشورات الحلبي، بيروت، 1998، ص124؛ Aeberli Peter, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map,* 21 Arbitration International 253, 299 (2005).

[4] د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المكتب الجامعي الحديث، 2006، ص 184.

[5] المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 104 لسنة 20 قضائية، جلسة 1999/7/3، ج9، ص 316؛ محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1004 لسنة 61 قضائية، جلسة 1997/12/27، مجموعة المكتب الفني 48، ج2، ص 1547؛ المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 15 لسنة 27 قضائية، بتاريخ

فمجرد قيام المصرف بإدراج شرط التحكيم في نظامه الأساسي لا يعني جواز إلزام العملاء باللجوء للتحكيم، وذلك لانعدام إرادة الطرف الأخير، والقول بخلاف ذلك يعني جعل التحكيم طريقاً وحيداً قسرياً على العملاء لفض منازعاتهم دون أن تمارس إرادتهم دورها الذي يستمد التحكيم منه سلطانه. وبالمثل، إن أصدر المشرع لوائح وقوانين تلزم الأفراد بفض منازعاتهم مع أحد المصارف عن طريق التحكيم جبراً فلا يجد العميل نفسه إلا في نظام قضائي بخلاف الذي انصرفت له إرادته وهو الاستظلال بحماية قضاء الدولة. خاصةً وأن التحكيم يعد "طريق استثنائي لفض المنازعات والخروج عن طرق التقاضي العادية"[1].

وقضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية المادة 81 من القانون رقم 84 لسنة 1977 بإنشاء بنك فيصل الإسلامي لأن إرادة الطرف الآخر وهو العميل لم تنصرف لاختيار التحكيم، حيث ورد في حكمها بأن "هذا النوع من التحكيم منافياً للأصل فيه باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يتصور إجراؤه تسلطاً أو إكراهاً، فإن شأن التحكيم المقرر بالنص التشريعي المطعون فيه، شأن كل تحكيم أُقيم دون اتفاق، أو بناءً على اتفاق لا يستنهض ولاية التحكيم"[2].

ثانياً: مسائل محل جدل حول وجود التراضي في اتفاق التحكيم

ثار الجدل حول عدة مسائل تتعلق بماهية التراضي وتحققه لانعقاد اتفاق التحكيم، أهمها التعبير الضمني عن الإرادة، وإحالة اتفاق الأطراف إلى مستند يتضمن شرط تحكيم، وتبادل المراسلات ونماذج الأطراف لإبرام اتفاق التحكيم، نستعرضها على الوجه التالي:

2006/12/10. المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 50 لسنة 22 قضائية، جلسة 2002/12/15، ج10، ص 763.

[1] محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 4791 لسنة قضائية 71، تاريخ الجلسة 2002/11/24، مجموعة المكتب الفني 53، ص 1082؛ محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 291 لسنة قضائية 70، تاريخ الجلسة 2001/6/17، مجموعة المكتب الفني 52، ص 900.

[2] الحكم في القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية جلسة 1994/12/17، الجريدة الرسمية، العدد رقم 2 بتاريخ 1995/1/12.

1- التعبير الضمني عن الإرادة في اتفاق التحكيم

يتوجب في الرضا أن يتخطى حاجز الإرادة الكامنة في نفس المتعاقد عن طريق التعبير عنها لتصل إرادته لعلم المتعاقد الآخر بإحدى صور التعبير التي يعتد بها القانون. ويقتضي اتفاق التحكيم التعبير عن الإرادة المشتركة للأطراف[1]. فالمشرع لا يعتد بالعمل النفسي المكوّن للرضا طالما بقي في مكنون المتعاقد، مما يتوجب معه أن يتم التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمناً[2]، ويثور الجدل في التحكيم بشكل خاص عندما لا يكون التعبير عن الإرادة صريحاً[3].

اعترف المشرع البحريني بالتعبير الضمني[4]، عندما يكون المظهر الذي يتخذه المتعاقد لا يعتبر بحد ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة، إلا أنه في الوقت نفسه لا يمكن حمل هذا المظهر إلا على أنه تعبير عن الإرادة[5]. كما لو أقرض أحد المصارف الاستثمارية شركة ما مبلغاً لتمويل مشروعها، وأرسل المصرف العقد، وأدرج فيه شرط التحكيم دون أن تقوم الشركة بإعادة إرسال نسخة العقد موقعة من قبلها، ثم قام نزاع بين الطرفين، فلجأ المصرف للتحكيم، وامتثلت الشركة المقترضة بدورها لإجراءات التحكيم، فإن تصرف الشركة المقترضة بالخضوع لهذه الإجراءات يعد تعبيراً ضمنياً على قبول التحكيم.

وتظهر أهمية وضوح إرادة التحكيم بشكل أكبر في المعاملات المصرفية في ظل تنامي التحكيم في مجال العقود المصرفية واستبعاد القضاء كوسيلة لفض المنازعات[6]، بل إن شرط التحكيم في بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية أصبح يدرج في معظم عقود المصارف خاصة في عقودها مع العميل المستهلك[7]، كما هو الحال في القروض الاستهلاكية وبطاقات الائتمان[1].

---

[1] حكم المحكمة العليا السويسرية (Swiss Federal Tribunal) في القضية DFT 129 III 675، أشار له:
Berger B. & Kellerhals F., *International and domestic arbitration in Switzerland*. Sweet & Maxwell, Thomson Reuters 1116-1136 (2010).

[2] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 390.

[3] أحمد الصاوي، مرجع سابق، ص 32.

[4] المادة 32 من القانون المدني البحريني.

[5] د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 147.

[6] Mark Budnitz, *op.cit.*, p. 268.

[7] Alderman Richard M., *Pre-Dispute Mandatory Arbitration in Consumer Contracts: A Call for Reform* 5, Journal of Texas Consumer Law, 58, 59 (2002).

فالقضاء يميل للتشدد في الاعتراف بصحة ونفاذ اتفاق التحكيم عندما يكون العميل طرفاً في العلاقة التحكيمية[2]، وبشكل خاص عند قيام الشك في انصراف إرادته للتحكيم وتنازله عن اللجوء للقضاء في نزاعاته مع المصرف[3].

والتعبير عن التراضي في اتفاق التحكيم لا يفترض[4]، فالتحكيم يعد استثناء على الأصل العام وهو اللجوء لقضاء الدولة[5]. لذا، فإنه لا يجوز التوسع أو القياس على النصوص التي تجيز التحكيم أو تحدد حالاته[6]. وانتقد جانب من الفقه فكرة التعبير الضمني في التحكيم[7]. ومن المسائل ذات الصلة بالتعبير الضمني عن الإرادة مسألتا افتراض قبول التحكيم بناءً على العادات والأعراف التجارية، والاعتداد بالسكوت في إبرام اتفاق التحكيم، وسنناقشهما في الفقرات التالية:

أ- العادة التجارية والعرف التجاري كتعبير عن إرادة إبرام اتفاق التحكيم[8]

يعرف العرف التجاري بأنه القواعد التي تواتر التجار على إتباعها فترة من الزمن في تنظيم معاملاتهم التجارية حتى يتولد الاعتقاد بإلزامها وترتب جزاء على مخالفتها[9]. بناءً على ذلك، فإنه يشترط لقيام العرف توافر ركن مادي يتمثل في الاعتياد وآخر معنوي هو الاعتقاد بالإلزام، أما العادة

---

[1] لمفهوم المستهلك أنظر صفحة 134 من البحث.

[2] Drahozal Christopher R., *Unfair Arbitration Clauses* U. Ill. L. Rev. 695, 695 (2001).

[3] محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Patterson v. ITT Consumer, Financial Corp.*, 18 Cal. Rptr.2d 563 (Cal. Ct. App. 1993)، بتاريخ 1993/4/19؛ أنظر كذلك: محكمة نيويورك المدنية، قضية *Jefferson Credit Corp. v. Marcano*, 302 N.Y.S.2d 390 (Civ. Ct. N.Y. 1969)، بتاريخ 1969/7/2.

[4] الطعن رقم 167 لسنة 31، جلسة 24 مايو 1966، مجموعة المكتب الفني، السنة 17، ص 1223.

[5] د. أحمد الصاوي، مرجع سابق، ص 31.

[6] د. حسن المصري، مرجع سابق، ص 78.

[7] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص393-394. د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 190.

[8] راجع في تفصيل العادة التجارية: Patrick Devlin, *The Relation Between Commercial Law and Commercial Practice*,. 14 MoD. L. REV. 249 (1951)، وفي تفصيل العرف التجاري: Goode Roy, *Usage and its reception in transnational commercial law,* 46 International and Comparative Law Quarterly 1 (1997).

[9] د. عزيز العكيلي ، شرح القانون التجاري، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، 2001، ص 48.

التجارية فلا يشترط فيها سوى الركن المادي وهو وجود أحكام اضطرد المتعاملون على إتباعها[1]. وقد جاء القانون التجاري البحريني خالياً من أي تعريف للعادة أو العرف التجاري غير أنه اعتبر العرف أحد مصادر القانون التجاري[2]، بينما عرفت محكمة النقض المصرية العادة على أنها "ما اعتاده المتعاملون ودرجوا على إتباعه بحكم ما استقر من سُنن وأوضاع في التعامل"[3]. أما العرف التجاري فعرفه القانون التجاري الأمريكي الموحد على أنه "أي عادة أو طريقة تعامل يتم مراعاتها بانتظام في مكان أو مهنة أو تجارة ما، مما يبرر توقع مراعاتها"[4]. ومن قواعد التجارة الدولية التي افترضت انصراف إرادة المتعاقدين للعادات والأعراف التجارية اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980[5]. وقضت محكمة الاستئناف الأمريكية، بإلزام أطراف العلاقة التجارية على الخضوع للتحكيم تأسيساً على وجود العادة التجارية بين الأطراف، كما اعتبرت التحكيم "عرفاً تجارياً" في مجال النزاع القائم[6].

---

[1] د. عصام حنفي محمود، القانون التجاري الجزء الأول (الأعمال التجارية – التاجر – المحل التجاري – شركات الأشخاص)، جامعة بنها، مصر، 2008، ص 20-21.

[2] المادة 2(2) من قانون التجارة البحريني رقم 7 لسنة 1987.

[3] محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 255 لسنة 27 قضائية، جلسة 1963/6/27، مجموعة المكتب الفني 14، ص 946.

[4] المادة 1/205 (1) من القانون التجاري الأمركي الموحد (Uniform Commercial Code) لعام 1952.

[5] تنص المادة 9 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980 على: (1) "يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتَّفقا عليها وبالعادات التي استقرَّ عليها التعامل بينهما". (2) ما لم يُوجَد اتِّفاقٌ على خلاف ذلك، يُفتَرَضُ أنَّ الطرفين قد طبّقا ضمناً على عقدهما أو على تكوينه كلَّ عُرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفاً على نطاق واسع ومُراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نوع التجارة نفسها".

[6] حكم محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية In re Cotton Yarn Antitrust Litigation, No. 05-2392, 2007 WL 2965586 (4th Cir. Oct. 12, 2007) وقد كان محل النزاع عقد بيع دولي في مجال صناعة الغَزْل.

ب- السكوت كتعبير ضمني عن الإرادة لإبرام اتفاق التحكيم

الأصل أن السكوت لا يعد تعبيراً ضمنياً عن الإرادة لإبرام العقد وكذلك بالنسبة لاتفاق التحكيم، بناءً على القاعدة الفقهية المعروفة بأنه "لا ينسب إلى ساكت قول"[1]، وهي قاعدة مستقر عليها في العقود سواءً في التشريعات الوطنية[2]، والقواعد الدولية[3]، وكذلك لدى الفقه والقضاء[4]. غير أن هذه المبدأ ترد عليه استثناءات نص عليه المشرع منها حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين[5]. بناءً على ذلك، فإن ما يدل على الرضا هنا ليس السكوت بحد ذاته بل ما لابسه من ظروف، لذا يطلق على هذا السكوت "السكوت الملابس"[6]. ويرى اتجاه في الفقه أن السكوت الملابس يعد تعبيراً ضمنياً عن الإرادة[7].

ويثور التساؤل بشأن إمكانية انعقاد اتفاق التحكيم بناءً على السكوت الملابس، كما لو جرى التعامل بين بنك وشركة ما، بحيث أبرمت بينهما عدة عقود في فترات متعاقبة، كإبرام أربعة عقود

---

[1] المادة 67 من المجلة العدلية. راجع كذلك: د. رمزي محمد علي دراز، أحكام السكوت في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

[2] تنص المادة 42/أ من القانون المدني البحريني التي تنص على أنه: "لا ينسب إلى ساكت قول"، وتأخذ بمثل هذا النص غالبية التشريعات العربية مثال ذلك: المادة 135(1) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة 74 من قانون المعاملات المدنية العماني، المادة 73 (1) من القانون المدني القطري، المادة 95 من القانون المدني الأردني، المادة 81 (1) من القانون المدني العراقي.

[3] مثال ذلك المادة 18 (1) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع والتي تنص على أنه: "السكوت أو عدم القيام بأي تصرُّف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولا"؛ وبالمثل نصت المادة 6.1.2. (1) من مبادئ العقود التجارية الدولية الخاصة بالمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) (Undiroit) المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT) واليونيدروا هي منظمة دولية مركزها روما، الغرض منها دراسة احتياجات وطرق لتحديث وتنسيق القانون التجاري الخاص وصياغة قواعد موحدة بهذا الشأن، من الدول الأعضاء لدى المنظمة: الولايات المتحدة الأمريكية، بريطانيا، فرنسا، سويسرا، ومن الدول العربية: السعودية، مصر، العراق وتونس.

[4] د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 184.

[5] تنص المادة 42/ب من القانون المدني البحريني على " ويعتبر السكوت قبولاً، بوجه خاص، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه"

[6] د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص185- 187.

[7] د. مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، بدون بلد للنشر، 1997، ص54.

لفتح اعتماد مستندي خلال سنتين متتاليتين يكون شرط التحكيم مدرجاً صراحة فيها، فهنا يُطرح تساؤل بشأن حكم عقد خامس أبرمه الطرفان خلا من شرط التحكيم، هل يمكن اعتبار خلو العقد من شرط التحكيم سكوتاً ملابساً يكشف عن الرضا بشكل ضمني تأسيساً على العقود السابقة؟ أم أن استمرار العلاقة بين الطرفين المتعاقدين لا يغني عن وجوب الإشارة لشرط التحكيم في كل عقد على حدة؟

اختلف الفقه بهذا الصدد، فذهب رأي إلى الاعتداد بتواتر إدراج شرط التحكيم في العلاقة كسند على وجود الاتفاق بين الأطراف بالنسبة للعقد الخالي من شرط التحكيم[1]. وتبنى هذا الاتجاه محكمة استئناف باريس في أكثر من حكم لها، حيث استندت إلى العلاقة السابقة للحكم بوجود اتفاق التحكيم ما لم يظهر من العقد نية الأطراف إقصاء شرط التحكيم في هذا العقد بالذات[2].

ذهب اتجاه ثانٍ إلى أن الرأي السابق يخالف الأصول العامة في مبادئ تفسير العقود، ذلك أن الأوْلى هو الحكم بعدم انصراف إرادة الأطراف إلى التحكيم ما لم يظهر بأنهم قصدوا سريان شرط التحكيم على العقد الخالي من شرط التحكيم[3]، فمفاد نصوص القانون تبين بأن التعبير عن الإرادة في مسائل التحكيم يتوجب أن يكون صريحاً[4]. وقد تبنت غرفة التجارة الدولية الرأي الأخير عندما قررت عدم الاعتداد بتواتر العلاقة بين الأطراف بالنسبة لأربعة عقود من ذات النوع أبرمت بين الأطراف عينهم[5].

---

[1] د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي-دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص175.

[2] استئناف باريس 18 مارس 1983، *Société Quémener et Fils v. Société Van Dijk France*, Rev. Arb 491 1983 أشار له Andrea M. Steingruber, *Consent in International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 163, (2012).؛ راجع أيضاً: استئناف باريس 14 فبراير 1970، مجلة التحكيم 1970، ص148 أشار له كل من د. محسن شفيق، مرجع سابق، ص 392.

[3] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 394.

[4] د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق.

[5] حكم غرفة التجارة الدولية، القضية رقم 7154 لعام 1994، أشار له Hanotiau Bernard, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer International Law 152 (2005). في هذه الدعوى، أُدرج شرط التحكيم في ثلاثة عقود أولى مبرمة بين الطرفين، في حين لم يُشر للتحكيم في العقد الرابع، وعندما حصل النزاع بين الطرفين لجأ أحدهما للتحكيم على

ويثور التساؤل أيضاً فيما يتعلق بالعقود المتصلة بعضها ببعض، كما لو أبرم المصرف عقداً مع أحد الزبائن، وبعد ذلك أبرم عقود أخرى مكملة للعقد الرئيسي أو معدلة عليها. مثال ذلك، تمويل البنك لأحد المشاريع بعقد قرض، وتجزئة تنفيذ البنك لالتزامه على دفعات يقدمها لصاحب المشروع بحيث يتم إفراغ كل جزء منه في عقد منفصل مكمل للعقد الأصلي في تنفيذ الالتزام، فإذا تضمن العقد الرئيس الذي تم بموجبه تسليم جزء من مبلغ القرض شرط تحكيم، فهل ينفذ التحكيم بالنسبة لسائر العقود المكملة التي لا تتضمن أي إشارة للتحكيم؟ يعتبر تقدير مدى ارتباط العقد بعقد آخر بالنسبة للتحكيم مسألة تفسيرية، حيث تنظر هيئة التحكيم في ظروف العقد الخالي من التحكيم ومدى ارتباطه بالعقد المتضمن لشرط تحكيم كما هو الحال مع تعديل أو تنفيذ العقد الأصلي[1].

وقد قضت محكمة نيويورك الجزئية في دعوى *Hart Enterprises Int, Inc v. Anhui Provincial Import & Export Corp*، الصادر حكمها بتاريخ 1995/6/12، بإلزام الأطراف بالخضوع للتحكيم بناءً على ارتباط العقد بعقود أخرى نصت على التحكيم. تعلقت الدعوى بثمانية عشر عقد بيع أبرمته شركة استيراد وتصدير (Anhui Provincial Import & Export Corporation)، اثنا عشر عقداً من الثمانية عشر تم إبرامها مع شركة (Enterprises Hart)، بينما أبرمت الستة عقود الأخرى مع أشخاص مختلفين، وتضمنت العقود الاثني عشر شرطاً يحيل للتحكيم بالنسبة لجميع المنازعات المتصلة أو الناشئة عن تنفيذ هذه العقود. تخلف المشتري عن سداد المبالغ المستحقة، وتلى ذلك مفاوضات أدت لإبرام اتفاق تسوية بين البائع والمشتري. وبموجب اتفاق التسوية، يلتزم المشتري بسداد الستة عقود الأخرى إلى جانب الاثني عشر عقداً على دفعات، غير أن اتفاق التسوية لم ينص على التحكيم. تخلف المشتري عن سداد التزاماته الناشئة عن اتفاق التسوية، فلجأ البائع للتحكيم، دفع المشتري بأن العقد الذي تم بموجبه الاتفاق على التحكيم كان عقد البيع الأول وهو مختلف عن عقد التسوية الذي بموجبه لجأ البائع للتحكيم. رفضت المحكمة هذا الدفع معتبرة أن شرط التحكيم ينصرف لاتفاق التسوية والذي يشمل الثمانية عشر عقداً، وقد ورد في تسبيبها للحكم بأن: "اتفاق التسوية نفسه، مرتبط ارتباطاً وثيقاً بعقود البيع التي تتضمن شروط

أساس انصراف إرادة الأطراف للتحكيم بناء العقود الثلاثة الأولى، إلا أن غرفة التجارة الدولية رفضت هذا التأويل، وقضت بعدم انصراف حكم تلك العقود المتواترة بين الطرفين على العقد الأخير الخالي من شرط التحكيم.

[1] Lew J.D.M., Mistelis L.A. & Kröll S.M., *op, cit.*, p. 144.

التحكيم"[1]. من جانب آخر، ذهبت غرفة التجارة الدولية إلى عدم نفاذ شرط التحكيم حينما يخرج العقد الجديد إلى ما وراء تنفيذ العقد الرئيس[2].

2- الإحالة إلى مستند يتضمن شرط تحكيم

يمكن لأطراف الاتفاق على التحكيم عن طريق الإحالة إلى مستند يتضمن شرط تحكيم، وهذا المستند قد يكون عقداً أو شروطاً عامة، أو قواعد منظمات تجارية[3]. وينتشر استخدام الإحالة في المجال المصرفي بالنسبة للكفالة خاصة في المعاملات الدولية، وذلك عندما يحيل الاتفاق بين المصرف والعميل الآمر الخالي من أي إشارة صريحة للتحكيم إلى أحكام العقد المبرم بين العميل والمستفيد والذي يتضمن شرطاً للتحكيم[4]. وتثير إحالة العقد إلى مستند آخر يحتوى على شرط تحكيم مسألة مدى صحة الاتفاق سواء فيما يتعلق بركن التراضي أو ركن الشكلية[5]. وقد اعتبر المشرع البحريني في قانون التحكيم التجاري الدولي رقم 9 لسنة 1994 الإحالة إلى مستند يتضمن شرط تحكيم بمثابة اتفاق على التحكيم[6].

وفقاً لذلك، إذا أبرم المصرف مع شركة ما عقداً كخطاب الاعتماد وتضمن العقد بنداً يحيل لمستند يتضمن شرط تحكيم، فهل التوقيع على خطاب الاعتماد يعد من قبيل التعبير عن الإرادة

---

[1] محكمة نيويورك الجزئية، قضية *Hart Enterprises Int, Inc v. Anhui Provincial Import & Export Corp*, 888 Fed Supp 587-591 (SDNY 1995)، بتاريخ 1995/6/12، وقد جاء نص الحكم كالتالي: " The claims relating to the settlement agreement, not to mention the settlement agreement itself, are inextricably interrelated to the sales contracts that contain the arbitration clauses".

[2] غرفة التجارة الدولية، القضية رقم 8420 لعام 2000، أشار له Hanotiau Bernard, *op.cit.*, p. 144.

[3] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 695.

[4] Park William, *Arbitration in Banking and Finance,* 2 Yearbook of International Financial and Economic Law 141, 161 (1997).

[5] Samuel Adam, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian*, Dutch, English, French, Swedish, US, and West German Law, 87 (1989).

[6] حيث نصت المادة 2/7 منه على أن "وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وان تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل في ذلك الشرط جزءاً من العقد".

وبالتالي يلزمهم بشرط التحكيم الوارد في المستند؟ أجابت المادة 2/7 من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني على هذا التساؤل بالإيجاب، إلا أنها اشترطت أن ترد الإشارة في الإحالة بحيث تجعل من الشرط جزءاً من العقد، ويعد موقف المشرع البحريني بهذا الخصوص متطابقاً مع ذات الاتجاه الذي تبنته تشريعات أخرى مثل القانون الإنجليزي[1]، والألماني[2]، والإيطالي[3]، والهولندي[4].

ويلاحظ بأن قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني قد خلا من بيان الحالات التي يمكن للإحالة فيها أن تجعل من شرط التحكيم جزءاً من العقد. وبالرجوع إلى قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 والذي تبنى المشرع البحريني نصوصه، نجد أن القانون وكذلك المذكرة التفسيرية له يخلوان من أي إشارة لهذه المسألة. وكذلك، جاءت اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم وانفاذها خالية من أي إشارة لمسألة إحالة الاتفاق لمستند يتضمن شرط تحكيم. وقد أدى ذلك إلى اختلاف الفقه والقضاء فيما يتعلق بتطبيق الإحالة على قانون الأونسيترال النموذجي واتفاقية نيويورك. ولأهمية الآراء الفقهية والأحكام القضائية الرئيسة المتعلقة بهذه المسألة نرى من الضروري عرضها على نحوٍ وافٍ كما يلي:

أ- حكم الإحالة عند توافر المستند المحال إليه وقت العقد:

القاعدة هي أن إحالة العقد الأصلي إلى مستند يتضمن شرط تحكيم تعد صحيحة سواءً كانت النصوص المحال إليها مطبوعة على ظهر العقد الأصلي أو منفصلة عنه طالما كانت متوافرة لدى الأطراف وقت التعاقد، فعندئذ تكون الإحالة في حد ذاتها كافية ولا حاجة للإشارة الصريحة لشرط التحكيم[5]. وأيدت المحكمة العليا الألمانية الإحالة لنصوص واردة على ظهر العقد[6]. كما أقر القضاء

---

[1] المادة 2/6 من قانون التحكيم الإنجليزي.

[2] المادة 3/1031 من قانون الإجراءات المدنية الألماني.

[3] المادة 2/833 من قانون الإجراءات المدنية الايطالي.

[4] المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي.

[5] Lew Julian D. M., Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *op.cit.*, p. 142.

[6] المحكمة العليا الألمانية (Oberlandesgericht) في الدعوى رقم 16 SchH 05/99، بتاريخ 2000/3/30، أشار له: دليل اتفاقية نيويورك، الأمم المتحدة، أحكام ألمانيا. وقد كان النزاع يتعلق بعملية بيع تمت بين بائع ومشترٍ، بدأت العلاقة التجارية بينهما عام 1995، في عام 1997 تقدم المشتري بطلب شراء بضاعة من البائع، أرسل البائع موافقته على طلب البيع باستخدام نموذج قياسي للعقود خاص به، وكان النموذج يحيل للشروط العامة المطبوعة خلف النموذج والتي تحتوى على شرط تحكيم يعطي ولاية نظر النزاع لمحكمة تحكيم غرفة التجارة

الإنجليزي بالإحالة نظراً لتوافر النصوص المحال إليها لدى الأطراف، حيث ورد في حكم لمحكمة انجليزية بأن "القانون الإنجليزي، من حيث المبدأ، يقبل بالإحالة بعبارة عامة، لا سيما عندما تكون الشروط متوافرة لدى الأطراف"[1].

ب- حكم الإحالة عند عدم توافر المستند المحال إليه وقت العقد:

تباينت الآراء الفقهية والأحكام القضائية في قبول إحالة أطراف اتفاق التحكيم لمستند يتضمن شرط تحكيم عند عدم توافره بحوزة الأطراف وقت العقد وفق التالي:

i. الآراء الفقهية في الإحالة عند عدم توافر المستند المحال إليه وقت العقد:

الرأي السائد في الفقه المصري هو أن مجرد الإحالة لمستند يتضمن شرط تحكيم دون الإشارة لشرط التحكيم على وجه الخصوص لا تعد من مظاهر التعبير عن الإرادة وقبولاً للتحكيم[2]. وخالف اتجاه في الفقه الفرنسي[3]، وكذلك الأمريكي[4]، الرأي السابق معتبرين أن المادة 2/7 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم -والذي تبناه المشرع البحريني- يجيز الإحالة العامة لشرط التحكيم دون حاجة إلى النص على شرط التحكيم في العقد الأصلي.

الهنغارية إلا أن البائع أرسل النموذج بالفاكس من الجهة الأمامية للنموذج دون الخلفية والتي تتضمن شرط التحكيم. قضت كل من محكمة التحكيم والمحكمة العليا الألمانية بصحة اتفاق التحكيم. وقد ذهبت المحكمة العليا الألمانية في تسبيب حكمها بأن المشتري لا يستطيع الاحتجاج بعدم علمه بوجود شرط التحكيم تأسيساً على الممارسة التجارية السابقة بينهما بما يعني علمه بأن ظهر النموذج يحتوي على شرط التحكيم.

[1] حكم المحكمة التجارية الإنجليزية، قضية *Sea Trade Maritime Corporation v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd.* (The "Athena") (No 2) [2007] 1 Lloyd's Rep. 280 (Q.B.)

[2] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 392. د. محسن شفيق، مرجع سابق، ص175.

[3] Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 277.

[4] Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary, United Nations Commission on International Trade Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, 263-264.

ii. التطبيقات القضائية للإحالة عند عدم توافر المستند المحال إليه وقت العقد :

رأينا أن قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني أقر فكرة إحالة اتفاق الأطراف لمستند يتضمن شرط تحكيم، ولأن هذا القانون مصدره قانون الأونسيترال النموذجي، نرى من المفيد عرض اتجاه القضاء بخصوص الإحالة عند تطبيق قانون الأونسيترال النموذجي واتفاقية نيويورك والتشريعات الوطنية.

1. التطبيقات القضائية للإحالة بموجب قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:

قضت العديد من الأحكام القضائية بأن نص الإحالة الوارد في قانون الأونسيترال النموذجي لا يقتضي الإشارة الصريحة للتحكيم في العقد الأصلي، ومن الدول التي تبنى قضاءها هذا الاتجاه، الولايات المتحدة الأمريكية[1]، وكندا[2]، والمملكة المتحدة[3]، وسويسرا[4]، والصين[5]، ويبدو أن هذا هو الاتجاه القضائي السائد في تفسير قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم[1].

---

[1] محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Progressive Casualty Insurance Co. v. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela*, 991 F.2d 42 (2d Cir. 1993)، بتاريخ 1993/4/6؛ محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Compania Espanola De Petroleos, S.A. v. Nereus Shipping S.A.*, 527 F.2d 966, at 973 (2d Cir. 1975)، بتاريخ 1975/12/12.

[2] محكمة الاستئناف الفيدرالية الكندية، قضية *Thyssen Canada Ltd. v. Mariana* (The) (C.A.), [2000] 3 F.C. 398، بتاريخ 2000/3/22؛ حكم محكمة استئناف **أوتاوا** الكندية، قضية *Nanisivik Mines Ltd. v. FCRS Shipping Ltd.*, [1994] 2 FC 662, 667-668 (FCA)، بتاريخ 1994 /2/10.

[3] محكمة الاستئناف الإنجليزية، قضية *Owners of the Annefield v. Owners of Cargo Lately Laden on Board the Annefield*, [1971] 1 All E.R. 394. 406.

[4] المحكمة العليا السويسرية، قضية Swiss Federal Tribunal, *Tradax Export SA v Amoco Iran Oil Company*, XI YBCA ARB. 532 (1986)، بتاريخ 1984/2/4.

[5] حكم المحكمة العليا في هونغ كونغ، قضية *Landale Development Limited v. Zhen Heng Development Limited*، بتاريخ 1990/1/12، أشار له: Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT). A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/62, case no. 671, p. 3, available at http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/588/80/PDF/V0658880.pdf?OpenElement، في هذه الدعوى أبرم المتعاقدان عقداً عند طريق المراسلة بالفاكس بإرسال المدعي عليه إيجاباً يتضمن شرط تحكيم في ظهر العقد. نص العقد في صفحته الأمامية على خضوع العقد للأحكام والشروط المنصوص عليها في وجه الوثيقة وفي ظهرها، غير أن المدعى عليه لم يرسل للمدعي سوى وجه الوثيقة، وقّع المدعي على الوثيقة المرسلة

2. التطبيقات القضائية للإحالة بموجب اتفاقية نيويورك:

خلت اتفاقية نيويورك من تنظيم مسألة الإحالة إلى مستند يتضمن شرط تحكيم مما وسّع من نطاق الاجتهادات الفقهية والقضائية بهذا الصدد. فقد أيدت محكمة النقض الفرنسية في القضية المعروفة باسم قضية Bomar Oil الرأي القائل بأن نية واضعي اتفاقية نيويورك انصرفت لوجوب النص على شرط التحكيم صراحة عند الإحالة[2]. قضت تلك المحكمة بأن المادة 2 (1) والمادة 2 (2) من اتفاقية نيويورك[3]، تشترطان الاشارة لشرط التحكيم في العقد، واستثنت من ذلك حالة وجود علاقة تجارية طويلة بين الأطراف بما يضمن علمهم الكافي بالشروط التي ترد عادة في عقودهم التجارية[4].

بالفاكس ثم أعادها إلى المدعى عليه. عندما نشأ النزاع بين الطرفين، شرع المدعي في الإجراءات القضائية، إلا أن المدعى عليه طلب وقفها لوجود شرط التحكيم. اعترض المدعي لأن شرط التحكيم لم يرد ضمن نصوص العقد. اعتبرت المحكمة عند نظرها النزاع بموجب القانون النموذجي أن النسخة المُرسلة بالفاكس للمدعي تحيل صراحة إلى ظهر الوثيقة، وأن المدعي وّقع الوثيقة المرسلة بالفاكس دون طلب أي توضيح حول عبارة "الأحكام والشروط" الأخرى. بناءً على ذلك، اعتبرت المحكمة أن الطرفين اتفقا على جميع شروط العقد بما في ذلك إحالة المنازعات للتحكيم؛ راجع أيضاً: حكم محكمة هونغ كونغ العليا، قضية *Guangdong New Technology Import & Export Corp. Jiangmen Branch v. Chiu Shing trading as B.C. Property & Trading Company*، بتاريخ 1991/8/23، أشار للحكم: Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 274.

[1] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 697.

[2] Berg A. J. van den, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions,* Kluwer Law International, 41(2003).

[3] تنص المادة 2 (1) من اتفاقية نيويورك على أنه: "تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلا الى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما...". وتنص المادة 2 (2) على: "يشمل مصطلح "اتفاق مكتوب" أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع أو أي اتفاق تحكيم موقّع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة".

[4] حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية *Société Bomar Oil N.V. v Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*، بتاريخ 1989/10/11، أشار له: Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 275.

تعرّض اتجاه محكمة النقض الفرنسية لانتقاد الفقه، حيث اعتبر المحكمة جانبت الصواب في تفسيرها للاتفاقية[1]. ويجدر بالذكر أن بعد نقض الحكم وإحالة الدعوى السالفة لمحكمة الاستئناف الفرنسية للنظر في صحة الإحالة وفق الشروط التي أوردتها محكمة النقض، قضت محكمة الاستئناف بصحة الإحالة، لأن اتفاقية نيويورك والقانون الفرنسي لا يمنعان الإحالة طالما يمكن إثبات علم الأطراف بوجود شرط التحكيم، وتأسيساً على تسلّم الطاعن نسخة من النموذج المحال إليه في اجتماع لاحق للمراسلات التي تمت، فإنه يعدُّ ملزماً بشرط التحكيم[2]، أيدت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف[3]. ويعتبر البعض بأن محكمة النقض في هذا الحكم تخلت عن المبدأ الذي اعتنقته اتجاه الإحالة العامة لمستند يتضمن شرط تحكيم[4].

3. التطبيقات القضائية للإحالة بموجب التشريعات الوطنية:

يُلاحظ عدم استقرار القضاء بالنسبة لمسألة الإحالة في للتشريعات الوطنية، فاختلاف الأحكام لم يقتصر على نطاق الدول، وإنما تباينت أيضاً عند تطبيق القانون نفسه في دولة واحدة. فعلى سبيل المثال، تجيز المادة 3 من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي إحالة الاتفاق إلى مستند يتضمن شرط تحكيم دون تحديد شروط يجب مراعاتها عند الإحالة.

وبالرغم من أن السائد في القضاء الأمريكي عند تطبيقه القانون السالف الذكر هو قبول الإحالة العامة ورفض فكرة اشتراط نص خاص على التحكيم[5]. إلا أن بعض المحاكم خاصة

---

[1] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 696; Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 275.

[2] حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Société Bomar Oil N.V. v Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)، بتاريخ 1991/1/23، أشار له: Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 275.

[3] حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية *Société Bomar Oil N.V. v Entreprise tunisienne d'activités pétrolières* (ETAP)، جلسة: 1993/11/9، أشار له: دليل اتفاقية نيويورك، الأمم المتحدة، أحكام فرنسا. متوافر على الرابط التالي:
http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=133

[4] Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 277-278.

[5] المحكمة العليا الأمريكية، قضية *Hensel v. Cargill, Inc.*, 198 F.3d 245, 1999 WL 993665 (6th Cir. 1999)، بتاريخ 1999/10/19، حيث قضت بنفاذ شرط التحكيم بالنسبة لعقد إحال إلى قواعد

الصغرى منها تباينت أحكامها بين المرونة والتشدد والوسطية[1]. ففي الوقت الذي قضت فيه العديد من أحكامها بجواز الإحالة العامة، قضت أحكام أخرى إلى أن الإحالة العامة غير كافية لنفاذ شرط التحكيم[2]. واشترط كل من القضاء الإنجليزي[3]، والإيطالي[1]، عند الإحالة النص على شرط التحكيم

منظمات تجارية دون الإشارة لشرط التحكيم صراحة؛ محكمة الاستئناف الأمريكية، في قضية *R.J. O'Brien & Assoc., Inc. v. Pipkin*, 64 F.3d 257 (7th Cir. 1995)، بتاريخ 1995/8/15، وجاء في الحكم بأنه: "لا يشترط أن ينص العقد على شرط التحكيم بشكل صريح إذا كان يتضمن إحالة إلى شرط تحكيم في مستند آخر"؛ محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Maxum Foundations, Inc. v. Salus Corp.*, 779 F.2d 974 (4th Cir.1985)، بتاريخ 1985/12/18، قضت المحكمة بصحة الإحالة العامة في عقد مقاولة من الباطن المنعقد بين مقاول ومقاول من الباطن يحيل لأحكام العقد الأساسي المنعقد بين المقاول ومالك المشروع؛ راجع كذلك الأحكام التالية: محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Heinhuis v. Venture Assocs., Inc.*, 959 F.2d 551 (5th Cir. 1992)؛ محكمة نيويورك الجزئية، قضية *Banque de Paris et des Pays-Bas v. Amoco Oil Co.*, 573 F Supp. 1464, (S.D.N.Y. 1983)؛ محكمة نيويورك الجزئية، قضية *Coastal States Trading, Inc. v. Zenith Nav., SA*, 446 F.Supp. 330, 341 (S.D.N.Y. 1977).

[1] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 698.

[2] محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Painewebber Incorporated v. Michael J. Bybyk and Joyce O. Bybyk*, 81 F.3d 1193 (2d Cir. 1996)، وورد في الحكم: "طرف الاتفاق لا يكون ملزم بشروط أي وثيقة ما لم يتم التعرف عليها بوضوح في الاتفاق"؛ محكمة واشنطن الجزئية، قضية Bothell *and Bothell v. Hitachi Zosen Corp.* 97 F.Supp. 2d 1048 (Wash. 2000)، بتاريخ 2000/5/19، ورد في تسبيب المحكمة لرفضها إحالة الاتفاق لمستند يتضمن شرط التحكيم: "تلاحظ المحكمة أنه لا يوجد أي إشارة صريحة أو ضمنية للتحكيم لتسوية المنازعات، ليس هناك أي دلالة على أن "البنود والشروط العامة" تحتوي على شرط التحكيم"؛ راجع كذلك: محكمة نيويورك الجزئية، قضية *Ryan Beck v. Fakih*, 268 F. Supp. 2d 210 (E.D.N.Y. 2003)؛ ؛ محكمة نيويورك الجزئية، قضية *Joo Seng Hong Kong Co. v. S.S. Unibulkfir*, 493 F. Supp. 35 (S.D. N.Y. 1980)؛ محكمة استئناف جنوب كاليفونيا، قضية *Traynham v. Yeargin Enter., Inc.*, 403 S.E.2d 329, 330 (S.C. Ct. App. 1991)، بتاريخ 1999/3/11؛ محكمة نيويورك الجزئية، قضية *Massaro Electric Company v. CMG — Construction Management Group*, 689 N.Y.S.2d 361, 362 (N.Y. Dist. Ct. 1999)، بتاريخ 1999/3/18.

[3] حكم محكمة الاستئناف الإنجليزية، قضية *Federal Bulk Carriers Inc v. C Itoh & Co Ltd* (The Federal Bulker), [1989].

صراحة. بينما اعتبر القضاء الألماني الإحالة العامة إلى مستند يتضمن شرط تحكيم كافياً لنفاذ شرط التحكيم[2].

ثالثاً: تبادل المراسلات ومعركة النماذج

أجاز قانون التحكيم التجاري الدولي[3]، وكذلك اتفاقية نيويورك[4]، والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي[5]، أن يبرم اتفاق التحكيم عن طريق المراسلات المتبادلة بين الأطراف. فمن المتصور أن يرسل طرف ما عرضاً على أحد نماذجه والمتضمن شرط تحكيم، ويقبل الطرف الآخر مع إحالة بعض المسائل لنموذجه المتضمن أيضاً شرط تحكيم آخر. فإذا تعارضت بعض بنود النموذجين قد يثور نزاع بشأن نفاذ البنود المتعارضة، ويطلق الفقه على هذه المسألة "معركة النماذج" "Battle of the Forms"[6]. أخضعت بعض الدول المنازعات الناشئة عن تبادل المراسلات للمبادئ العامة في العقود، بينما عالجتها دول أخرى بقواعد خاصة[7].

واعترفت العديد من الأحكام القضائية وأحكام التحكيم بوجود عقد صحيح ونافذ رغم تعارض بعض بنود نموذجي الطرفين، كالقضاء الألماني[8]، والأمريكي[1]، والهولندي ومحكمة غرفة التجارة

---

[1] محكمة النقض الإيطالية، قضية (2002) *Granitalia v. Agenzia Marittima Sorrentina*، بتاريخ 2000/12/22، أشار له: Lew J. D., Mistelis L. A. & Kröll S., *op. cit.*, p. 143.

[2] المحكمة العليا الألمانية، XXXI Y.B. Comm. Arb. 652، جلسة 30 مارس 2000؛ حكم المحكمة العليا الألمانية، قضية (2004) (Oberlandesgericht Dresden) XXIX Y.B. Comm. Arb. 679، بتاريخ 1999/1/19. أشار لهما: Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 701.

[3] المادة 7(2) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني.

[4] تنص المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك على: "يشتمل مصطلح (اتفاق مكتوب) أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة".

[5] عرفت المادة 1/2/أ من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي اتفاقية التحكيم بأنه الاتفاقية "الناتجة عن شرط تحكيمي مدرج في عقد ، وتلك الناتجة عن اتفاق تحكيمي بموجب عقد أو اتفاق تحكيمي موقع من الفرقاء أو بموجب رسائل متبادلة أو برقيات أو أبراق بواسطة التلكس".

[6] Douglas G. Baird & Robert Weisberg, *Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of §2-207*, 68 Virginia Law Review, 1219 (Sep., 1982).

[7] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 668.

[8] المحكمة الفيدرالية الألمانية، جلسة: 2002/11/9؛ محكمة منطقة Kehl الألمانية، جلسة: 6 أكتوبر 1995؛ قضيّة كلاوت رقم 232؛ المحكمة العليا لمنطقة ميونيخ الألمانية، جلسة: 1998/3/11، أشار للأحكام: لجنة الأمم

الدولية[2]. وقد تبنت هذه الدول نظريتين بهذا الخصوص، تسمى إحداهما بنظرية الطلقة الأخيرة والثانية معروفة بنظرية الضربة القاضية.

أ- نظرية الطلقة الأخيرة (Last Shot)[3] : يَنْفذ بموجبها نموذج صاحب آخر إيجاب[4]. تعرضت النظرية للانتقاد، حيث يمكنها أن توسع من حالات البطلان وتساعد على تنصل الأطراف من التزاماتهم العقدية رغم اختلاف النماذج في مسائل قليلة الأهمية فالاختلاف بين النماذج قد يكون في مسائل غير جوهرية في العقد[5].

ب- نظرية الضربة القاضية (Knockout)[6]: ومضمونها الحكم بنفاذ الشروط المتفق عليها في نماذج الأطراف وإسقاط المتعارضة منها، وتقوم المحكمة بسد الفجوة التي قد تظهر في العقد بتطبيق القواعد التي ينص عليها القانون الواجب التطبيق على تكوين العقد[7].

المتحدة للقانون التجاري الدولي، مجموعة السوابق القضائية المستندة إلى نصوص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، الأمانة العامة للاونسيترال، الأمم المتحدة، 2004، ص 4.

[1] أنظر صفحة 93 هامش 7 من البحث.

[2] أنظر صفحة 93 هامش رقم 4 من البحث.

[3] Douglas G. Baird & Robert Weisberg, *op. cit.*, p. 1233; Von Mehren A. T., *The "Battle of the Forms": A Comparative View*, The American Journal of Comparative Law 265, 271 (1990).

[4] محكمة ميونيخ العليا الألمانية، بتاريخ 1998/3/11؛ قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية رقم 8611، 1997؛ Hof's Hertogenbosch، هولندا، بتاريخ 1996/11/19. أشار للأحكام: مجموعة السوابق القضائية المستندة إلى نصوص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص4؛ راجع Keating, Daniel, *Exploring the Battle of the Forms in Action*, Michigan Law Review 2678, 2683 (2000)؛ كذلك: Douglas G. Baird & Robert Weisberg, *op. cit.*, p. 1233.

[5] Douglas G. Baird & Robert Weisberg, *op, cit,* p. 1232-1233.

[6] D Keating, *op. cit.*, p. 2685; Goldberg Victor P., *The Battle of the Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule*, 76 Or. L. Rev. 155, 164 (1997).

[7] محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corporation*, 741 F.2d 1569 (10th Cir. 1984)؛ كذلك حكم المحكمة الفيدرالية الألمانية، جلسة: 2002/1/9؛ وحكم محكمة منطقة Kehl الألمانية، جلسة: 1995/10/6، أشار للحكمين الأخيرين مجموعة السوابق القضائية المستندة إلى نصوص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص4.

انتقد جانب من الفقه الحلول القضائية السالفة، حيث اقترح جانب منه التوفيق بين النصوص المتعارضة، غير أن ذلك يستعصي من الناحية العملية بالنسبة للتحكيم، فإذا نص أحد النماذج على تسوية المنازعة عن طريق التحكيم وخلا النموذج الآخر من أي إشارة للتحكيم، فإنه يصعب التوفيق بينهما[1]. واقترح جانب آخر الأخذ بنظرية أخرى أطلق عليها الضربة الأفضل (Best Shot)، ومضمونها هو تطبيق النصوص الأكثر عدالة بالنسبة للنصوص المتعارضة[2].

الفرع الثاني: صحة تراضي المتعاقدين في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية

يتوجب في التراضي إلى جانب توافره أن يكون صحيحاً، ولا يتأتى ذلك إلا بتوافر الأهلية اللازمة للتحكيم وبسلامة إرادة أطراف العلاقة المصرفية من العيوب. لذا، سنتناول صحة التراضي بدراسة الأهلية ثم عيوب الإرادة.

أولاً: الأهلية اللازمة لانعقاد اتفاق التحكيم

تعرف الأهلية لغة "نسبة إلى الأهل، فيقال فلان أهل لكذا أي مستحق له وخليق به أو صالح للقيام به أو للطلب منه"[3]. والأهلية اصطلاحاً هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات[4]. وتختلف أهلية الشخص الطبيعي عن المعنوي في إبرام اتفاق التحكيم، وباعتبار أن المصرف يمكنه إبرام اتفاق التحكيم مع أشخاص طبيعية ومعنوية، كما ويعتبر المصرف شخصاً معنوياً، لذا سنبحث في الفقرات التالية الأهلية المطلوبة في كل من الشخص الطبيعي والمعنوي وفقاً للتالي.

وتعد مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية من النصوص القليلة التي نظمت مسألة معركة النماذج حيث تبنت في المادة 2(1)(22) نظرية الضربة القاضية.

[1] Arthur Taylor von Mehren, *op. cit.*, p. 283.

[2] D Keating, *op. cit.*, p. 2710.

[3] الآمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج1، ص215.

[4] د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج2، جامعة الكويت، الكويت، 1970، ص 391.

1- أهلية الشخص الطبيعي لإبرام اتفاق التحكيم

اشترط المشرع البحريني في قانون المرافعات أن يبرم اتفاق التحكيم ممن يملك أهلية التصرف في حقوقه[1]. وثار الخلاف بالنسبة للمقصود بأهلية المتعاقد في التصرف في حقوقه حيث اختلف الشرّاح في تفسير هذا النص. ذهب الرأي الأول إلى أن الأهلية التي قصدها المشرع هي أهلية الأداء بأن يكون الشخص بالغاً رشيداً مع انتفاء عوارض الأهلية كالعته والجنون[2]. ووفقاً لهذا الرأي، فإنه لا يجوز للعميل القاصر المأذون له بالاتجار الاتفاق على التحكيم. ويسرى الحكم نفسه على القاصر المأذون له بالنسبة لما يوضع تحت تصرفه من مال لأغراض نفقته. ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على أن "صياغة النص" توحي بأن قصد الشارع هو أهلية المتصرف بالنسبة لجميع الحقوق وليس أهلية الشخص للتصرف في الشيء محل النزاع بالذات[3].

ذهب رأي آخر نؤيده إلى أن الشخص يكون أهلاً لإبرام اتفاق التحكيم متى ما توافرت فيه أهلية التصرف في الشيء محل النزاع. ويجدر بالذكر بأن المشرع الفرنسي[4]، والكويتي[5]، تبنيا هذا الرأي صراحة. بناءً على ذلك، لا يكون للقاصر، ولا الوصي[6]، قبول التحكيم لأنهم لا يملكون التصرف في مال القاصر بل عليهم اتخاذ إجراءً مسبقاً على ذلك ليكتسبوا هذه الأهلية وهي استئذان المحكمة[7]. كما ويكون للقاصر المأذون أهلية الاتفاق على التحكيم بالنسبة للمال الذي يوضع تحت تصرفه، حيث اعتبره المشرع أهلاً للتصرف في هذا المال، وجعل التزامه في شأن هذا المال التزاماً

---

[1] المادة 233 من قانون المرافعات البحريني.

[2] د. ياسر أحمد الصيرفي، بحث بعنوان اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ضوء مقتضيات التجارة الدولية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"، أبوظبي، من 21-23 أبريل 2008، ص4، وجاء ذلك في تفسيره للقانون المصري والمماثل للنص البحريني.

[3] المرجع نفسه، ص4.

[4] تنص المادة 2059 من القانون المدني الفرنسي على أن: "يمكن لجميع الأشخاص ابرام اتفاقات تتعلق بالحقوق التي لهم حرية التصرف فيها". متوافر باللغة الإنجليزية على الموقع الحكومي الفرنسي: http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/7754/105592/version/4/file/Code_civil_20130701_EN.pdf

[5] تنص المادة 173 من قانون المرافعات الكويتي على أنه: " لا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع"

[6] وقد حظرت المادة 30 (3) من قانون الولاية على المال البحريني رقم 7 لسنة 1986 على الوصي إبرام عقد التحكيم صراحة إلا فيما يتصل بأعمال الإدارة وخلاف ذلك عليه الحصول على إذن المجلس.

[7] د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 54-55.

صحيحاً[1]، ويسري الحكم ذاته على المال الذي يتحصل عليه القاصر بموجب عقد العمل الذي يبرمه بإذن المحكمة حينما يبلغ ست عشرة سنة[2]. بينما لا يجوز للقاصر المأذون له بإدارة أمواله أو الاتجار بها[3] الاتفاق على التحكيم بالنسبة لهذا المال إلا فيما كان لأغراض نفقته[4]، وذلك لأن القانون لا يجيز له التصرف فيها.

واتفاق التحكيم لا يعتبر تبرعاً بالحق، لذا لا يشترط في المحتكم أهلية التبرع[5]. فإذا أبرم المصرف مع القاصر المأذون له عقد كفالة بالنسبة لما وضع تحت تصرفه من مال، وتضمن العقد شرط تحكيم، فإن عقد الكفالة يكون قابلاً للإبطال لعدم توافر أهلية الكفالة باعتبار أن الكفالة من عقود التبرع التي تستوجب كمال الأهلية، غير أن شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الكفالة يظل نافذاً إعمالاً لمبدأ استقلال شرط التحكيم، وبالتالي تكون الولاية في تسويه المنازعات المتعلقة بوجود وصحة عقد الكفالة للتحكيم لا القضاء العادي.

2- أهلية الشخص المعنوي لإبرام اتفاق التحكيم

يتوجب في المصرف باعتباره شخصاً معنوياً أن تُستكمل في شأنه جميع مقومات وجوده القانوني وقت الاتفاق على التحكيم[6]، ويشترط المشرع البحريني في المصرف أن يكون شركة مساهمة بحرينية أو فرعاً لمصرف أجنبي تأسس بموجب قوانين جنسيته، ومرخصاً له كبنك في ذلك الإقليم[7]، ويلاحظ بأن هذه النصوص جاءت باللغة الإنجليزية دون وجود ترجمة عربية لها مما يعد قصوراً في العلم بالقانون والذي ينبغي أن يكون بلغة الدولة الرسمية وهي اللغة العربية.

---

[1] المادة 43 من قانون الولاية على المال البحريني.

[2] المادة 44 من قانون الولاية على المال البحريني.

[3] المادة 39 من قانون الولاية على المال البحريني.

[4] تنص المادة 43 من قانون الولاية على المال على أنه: "للقاصر المأذون له أهلية التصرف فيما يسلم إليه أو يوضع تحت تصرفه عادة لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط".

[5] د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 54.

[6] د. أحمد الصاوي، مرجع سابق، ص 37.

[7] المادة LR-2.1.1 من المجلد الأول والثاني من قواعد مصرف البحرين المركزي.

ويكتسب المصرف الشخصية الاعتبارية باعتباره شركة مساهمة بقيده في السجل التجاري[1]. أما إذا أبرم المصرف اتفاق تحكيم دون أن يتبع هذه الإجراءات، فإن شخصيته تبقى بين الشركاء فقط ولا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الغير[2]. ويملك رئيس مجلس إدارة المصرف أو مديرها العام الذي منحه مجلس الإدارة سلطة الإدارة إبرام اتفاق التحكيم باسم المصرف[3]، ولا يحتاج في ذلك لوكالة خاصة[4].

ويمكن للمصرف أن يتعاقد مع شركة تجارية أخرى، غير أنه يشترط في الشركة أن تأخذ أحد الأشكال التي نص عليها قانون الشركات التجارية البحريني رقم (21) لسنة 2001 وهي شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسئولية المحدودة، وشركة الشخص الواحد، والشركة القابضة[5]. أما شركة المحاصة[6]، فإنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية، لذا لم يشترط المشرع قيدها في السجل التجاري[7]. فإذا أبرم المصرف اتفاق تحكيم مع شريك في شركة المحاصة فلا يلتزم بموجب هذا العقد سوى الشريك الذي تعامل معه[8]. غير أنه إذا تعامل الشركاء بشكل يدل على وجود الشركة كاستخدامهم لعنوانها أو التوقيع باسمها، يكون للمصرف حق التمسك بوجودها، ويجوز إثبات وجود الشركة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة وشهادة الشهود[9].

---

[1] المادة 8 من قانون الشركات التجارية البحريني.

[2] د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط2، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص 20.

[3] د. محسن شفيق، مرجع سابق، ص178.

[4] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 443.

[5] المادة 2 منه.

[6] عرفت المادة 56 من قانون الشركات البحريني شركة المحاصة بأنها " الشركة التي تستتر عن الغير ولا تتمتع بشخصية اعتبارية ولا تخضع لإجراءات الشهر".

[7] المادة 8 من قانون الشركات التجارية البحريني.

[8] تنص المادة 59 من قانون الشركات البحريني على أن "لا يكون للغير رابطة قانونية في أعمال الشركة إلا مع الشريك أو الشركاء الذين تعاقد معهم".

[9] د. محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 107. وتنص المادة 58 من قانون الشركات البحريني على أن: "يجوز إثبات عقد شركة المحاصة بجميع طرق

القانون الواجب التطبيق على أهلية المتعاقد:

خلا قانون المرافعات البحريني، وكذلك قانون التحكيم التجاري الدولي من تعيين القانون الواجب التطبيق على أهلية الأطراف المتعاقدة، فبالرغم من أن المشرع جعل من عوارض الأهلية سبباً لإلغاء الحكم[1]، وعدم تنفيذه[2]، إلا أنه لم ينص على القانون الواجب التطبيق على الأهلية. وبالمثل، لم تنص اتفاقية نيويورك على القانون الواجب التطبيق على الأهلية، غير أنه يستفاد من نصوصها أن نية واضعي الاتفاقية انصرفت إلى التفريق بين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق على الأهلية، حيث نصت الاتفاقية على انعدام أهلية الأطراف "بمقتضى القانون المنطبق عليهما" كسبب لرفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه[3]، وتضمنت اتفاقية جنيف أيضاً نصاً مماثلاً[4]. وأكدت محكمة النقض المصرية هذا التمييز عند تطبيقها لاتفاقية نيويورك، حيث قضت بأن اتفاقية نيويورك قررت تطبيق القانون الذي اختارته الأطراف على اتفاق التحكيم فيما عدا المسائل المتعلقة بالأهلية[5].

وينطبق على أهلية الأطراف قانونهم الشخصي، غير أن تطبيق هذه القاعدة لا تؤدي في حد ذاتها إلى توحيد القانون الواجب التطبيق على الأهلية، وذلك مردّه انقسام الدول في نظمها القانونية إلى دول ذات النظام المشترك أو الإنجلوأمريكي "Common Law"، والتي تعتبر القانون الشخصي للشخص الطبيعي قانون الموطن، وللشخص المعنوي هو قانون مكان التأسيس، وبين نظام القانون المدني أو الروماني "Civil Law" والذي يجعل من جنسية الأطراف مناطاً لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية، وقانون المركز الرئيس بالنسبة للشخص المعنوي[6]. واتبع المشرع البحريني معياراً مزدوجاً في تحديد جنسية الشخص الاعتباري حيث اشترط في الشخص الاعتباري لكي يعتبر

الإثبات، بما في ذلك البينة والقرائن"، وتنص المادة 60 منه على أن: "يجوز للغير أن يتمسك بعقد الشركة إذا تعاملت معه الشركة بهذه الصفة".

[1] المادة 34(2) (أ) (1) قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني.

[2] المادة 36(1) (أ) (1) قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني.

[3] المادة 5(1) (أ) من اتفاقية نيويورك.

[4] المادة 6(20) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي.

[5] محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 2660 لسنة 59 قضائية، جلسة 27 مارس 1996، مجموعة المكتب الفني 47، ج1، ص 558.

[6] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 556-557.

بحريني الجنسية أن يؤسس في البحرين، وأن يتخذ من البحرين مركزاً رئيساً له[1]. وعليه، فإنه من المتصور أن يطبق قانون دولة ما على شخص ما قانونه الشخصي المتمثل بقانون جنسيته، بينما يطبق قانون دولة أخرى على الشخص نفسه قانون موطنه، فإذا اختلفت جنسيته عن موطنه، اختلف القانون المطبق على أهليته رغم توحد القاعدة المعمول بها، وهي القانون الشخصي.

- **التخفيف من شرط الأهلية في مجال التحكيم التجاري الدولي**

يؤيد جانب من الفقه عدم التشدد في تطبيق قواعد الأهلية على اتفاق التحكيم في المعاملات الدولية، ومن الاقتراحات التي تقدم بها الفقه:

(أ) **تطبيق قاعدة ليزاردي "الجهل بالقانون الأجنبي أو مبدأ استثناء المصلحة الوطنية"**: يجد هذا المبدأ أساسه التشريعي في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية ليزاردي عام 1861، بموجب هذه القاعدة، يعتبر القانون التصرف المالي الصادر من ناقص الأهلية صحيحاً عندما يظهر القاصر بمظهر كامل الأهلية في الدولة التي يبرم التصرف وتترتب آثاره فيها، وذلك مراعاة للمصلحة الوطنية، فلا تسري القاعدة العامة وهي تطبيق القانون الشخصي، لذا سميت بمبدأ استثناء المصلحة الوطنية[2]. طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ على الأهلية، ثم جعلته

---

[1] المادة 4 من قانون الشركات التجارية البحريني رقم 21 لسنة 2001، راجع في تفصيل ذلك: د. عوض الله شيبة الحمد السيد، القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين: الجنسية، مركز الأجانب، الموطن، جامعة البحرين، البحرين، 2007، ص 44. ومن الدول التي اتبعت معيار مماثل للبحريني: المادة 1 من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981؛ والمادة 14 من نظام الشركات السعودي رقم م/6 بتاريخ 1385/3/22هـ؛ والمادة 4 من قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997.

[2] يعود هذا المبدأ لحكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية Cour de Cassation, Req. 16 January 1861, *Lizardi c. Chaize et autres, Dalloz Periodique*, 1861.1.193 Cf. Capotorti, "La capacité en droit international privé", RCADI 1 10 (1963-III), 158 ff., at 222 ff، بتاريخ 1861/1/16، وتتلخص وقائعه في إبرام شاب مكسيكي يبلغ 23 سنة عقد بقيمة 80 ألف فرنك فرنسي مقابل سندات مستحقة الدفع على فترات، وعند مطالبته بالسداد دفع المتعاقد المكسيكي ببطلان العقد لنقص أهليته لأن القانون الواجب التطبيق على أهليته المتمثل في القانون المكسيكي يحدد الأهلية بخمس وعشرين سنة، قضت محكمة النقض بصحة العقد تأسيساً على أنه "لا يجوز أن يفترض في الفرنسي العلم بكافة قوانين دول العالم، خاصة النصوص المتعلقة بنقض الأهلية وسن الرشد، ويكفي أن يكون الفرنسي تعاقد بحسن نية وبدون خفة أو رعونة". للتفصيل راجع د. عوض شيبة الحمد السيد، القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين، دراسة مقارنة،

يمتد إلى سلطة الأطراف في إبرام الاتفاق[1]. اعتنق المشرعون هذا الاستثناء في القواعد الدولية والتشريعات الوطنية كمعاهدة روما بشأن القانون الواجب التطبيق على المنازعات التعاقدية[2]. ومن التشريعات الوطنية التي قننت هذا المبدأ، القانون الإيطالي، والألماني، والمصري، والإماراتي، والقطري، والكويتي، والاردني، والجزائري[3].

ويؤيد البعض تطبيق قضية ليزاردي على اتفاق التحكيم الدولي بهدف حماية الأطراف من مفاجأة إبطال الاتفاق بسبب صعوبة توقع الأطراف لعدم اكتمال الأهلية[4]. انتقد البعض الرأي السالف معتبراً أن الاستثناء ينبغي ألا يطبق على اتفاق التحكيم، ذلك أنه يقع على عاتق المتعاقد الآخر التيقن من أهلية الطرف الآخر عند إبرام اتفاق التحكيم[5]. ونحن بدورنا نؤيد الرأي الأول، حيث إنه وكما هو الحال مع قضية ليزاردي، فإنه يمكن لهيئة التحكيم أو القضاء حسب الأحوال النظر في كل حالة على حدة لتمحيص ظروف المنازعة الدولية، وما إذا كان من المتوقع جهل الطرف الآخر لعدم اكتمال أهلية المتعاقد الآخر في اتفاق التحكيم من عدمه[6].

تنازع القوانين-الاختصاص القضائي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، جامعة البحرين، ط1، 2007، ص137-140؛ Acadimie de Droit International de La Haye, *Recueil Des Cours, 1989-V*, Martinus Nijhoff Publishers, 119 (1990)؛ Smith J. A., *Capacity in the Conflict of Laws: A Comparative Study,* International and 1 Comparative Law Quarterly, 446, 456 (1952).

[1] محكمة النقض الفرنسية، قضية Trib. civ. Seine, June 12, 1963, *Harielle v. Sadek*, 91 J.D.I. 285 (1964)، أشار للحكم: Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 252.

[2] تنص المادة 11 من معاهدة روما بشأن القانون الواجب التطبيق على المنازعات التعاقدية لعام 1980 على أنه "لا يجوز لغير كامل الأهلية الذي يبرم عقداً في بلد ما، ويكون كامل الأهلية بموجب قانون ذلك البلد، التمسك بعدم أهليته إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم بها وقت العقد، أو لم يعلم بها نتيجة إهماله".

[3] المادة 17 من القانون المدني الإيطالي؛ المادة 7 (3) من القانون المدني الألماني لعام 1896؛ المادة 11 من القانون المدني المصري؛ المادة 1/11 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي؛ المادة 11 من القانون المدني القطري؛ المادة 2/23 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 11 من القانون المدني الأردني؛ المادة 10 من القانون المدني الجزائري.

[4] د. عبدالحميد الأحدب، مرجع سابق، ص 150-151.

[5] Jean Robert & Bertrand Moreau, *L'arbitrage: droit interne, droit international privé.*, *Dalloz*, (5th ed,1983), p268. هذا مع ملاحظة أن الطبعة السادسة خلت من الانتقاد المذكور

[6] راجع في المعني نفسه: Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 252.

(ب) مبدأ تأييد صحة اتفاق التحكيم (Validity Principle أو Validitatis Doctrine):

يرى البعض بأن السائد اليوم هو تفضيل ودعم التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، لذا يتوجب عدم تجاهل إرادة الأطراف المنصرفة للتحكيم، وتحقيقاً لهذا الهدف، ينبغي استبعاد القانون الوطني واجب التطبيق إذا كان يؤدي لإبطال اتفاق التحكيم والاستعاضة عنه بقانون آخر ذي صلة باتفاق التحكيم يجعله صحيحاً[1]. فاتفاق التحكيم الدولي يجب أن يمنح درجة عالية من الحماية في سبيل الإبقاء على صحته إذا ما كان القانون الوطني واجب التطبيق على الأهلية يعيق نفاذه[2]. وقد سعت العديد من قواعد التحكيم إلى تأييد صحة اتفاق التحكيم عن طريق النص على أكثر من معيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد اتفاق التحكيم، حيث يعتبر عقد التحكيم صحيحاً إذا ما اتفق مع أي من هذه القوانين، ومن أمثلة ذلك، قواعد تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية"[3] (الويبو)[4]، والقانون الأسباني[5]، والسويسري[6]. إضافة إلى ذلك، اعتنق هذا المبدأ كل من القضاء الفرنسي[7]، والإنجليزي[8]، والأمريكي[9]. وفي تطبيق هذا

---

[1] Cook T. M. & Garcia A. I., *International intellectual property arbitration* (Vol. 2), Kluwer Law International, 107 (2010).

[2] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 557.

[3] تنص المادة 59(C) من قواعد تحكيم المنظمة على أنه: "يعتبر اتفاق التحكيم نافذ إذا كان يتوافق مع المتطلبات المتعلقة بالشكل والصحة وتطابق الاتفاق سواء في القانون الواجب التطبيق الذي اختارته الأطراف أو القانون الذي تراه هيئة التحكيم واجب التطبيق، أو بموجب قانون مكان التحكيم".

[4] لنبذة عن المنظمة أنظر صفحة 33 هامش 4 من البحث.

[5] المادة 9 (6) من قانون التحكيم الأسباني.

[6] تنص المادة 178 (2) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 على أنه: "فيما يتعلق بالشروط الموضوعية، يجب أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا إذا كان يتوافق مع القانون الذي يختاره الطرفان أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وعلى وجه الخصوص، القانون الواجب التطبيق على العقد الرئيس، أو مع القانون السويسري".

[7] محكمة الاستئناف الفرنسية، في الدعوى *Ministry of Public Works v. Bec Frères*, Y.B. COM. ARB. XXII 1997، جلسة 24 فبراير 1994.

[8] المحكمة العليا الإنجليزية، في الدعوى *Xl insurance Ltd v Owens corning* (2000) 2 Loyld's Rep 500، جلسة 28 يوليو 2000.

[9] محكمة نيويورك الصغرى، الدعوى *Remy Amerique, Inc. v. Touzet Distribution, S.A.R.L.*, 816 F. Supp. 213 (S.D.N.Y. 1993)، جلسة 16 مارس 1993.

المبدأ على أهلية المتعاقدين قضت غرفة التجارة الدولية بأنه: "إذا كان الشخص يملك الأهلية بموجب قانون العقد، أو الموطن، أو محل إقامته، فإن العقد يعد صحيحاً"[1].

(ج) المبادئ الدولية في الحياد وعدم التمييز: يرى مؤيدو هذا المبدأ وجوب استبعاد القانون الشخصي للمتعاقد إذا تضمن نصوصاً متشددة لا تنسجم مع مبادئ القانون الدولي، ويؤكد أصحاب هذ الاتجاه بأن منح اتفاقية نيويورك للدول الأعضاء حق رفض الاعتراف باتفاق التحكيم وتنفيذه بسبب بطلان الاتفاق لا يعني بأن هذه الدول تملك سلطة مطلقة في تقرير البطلان ولو خالفت نصوصها القواعد العامة في التحكيم الدولي، وإلا اعتبرت منتهكة لالتزاماتها الاساسية بموجب اتفاقية نيويورك[2].

وقضت محكمة الاستئناف الأمريكية في تفسيرها للمادة 2(3) من اتفاقية نيويورك[3]، بأن "المصالح الضيقة لأي دولة لا يمكنها أن تكون مقياساً لكيفية تفسير عبارة "لاغياً وباطلاً".... بدلاً من ذلك، يجب أن تفسر الفقرة لتشمل حالات محددة كالغش والخطأ والإكراه والتنازل فقط"[4]. كذلك، أشار القاضي Keba Mbaye، النائب السابق لرئيس منظمة العدل الدولية بأنه: "يجب ألا يُسمح للدولة بأن تستشهد بأحكام قوانينها من أجل التهرب من تحكيم قد قبلته بالفعل"[5].

تأسيساً على ذلك، إذا أبرم مصرف مملوك لحكومة ما اتفاق تحكيم مع إحدى الشركات، وكانت التشريعات الوطنية للدولة مالكة المصرف تبطل اتفاق التحكيم الذي تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها طرفاً فيه، فإن هذا النص يعتبر غير منسجم مع المبادئ التي تقوم عليها اتفاقية نيويورك

---

[1] غرفة التجارة الدولية، الدعوى 7373 لعام 1994، أشار له: Naon Grigera, *Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration*, 289 Recueil des Cours 9, 98-99 (2001).

[2] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 558.

[3] تنص المادة 2(3) من الاتفاقية على أنه: " على المحكمة في أية دولة متعاقدة، عندما يعرض عليها نزاع في مسألة أبرم الطرفان بشأنها اتفاقا بالمعنى المستخدم في هذه المادة، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم بناءً على طلب أيهما ، ما لم يتبين لها أن هذا الاتفاق لاغ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ"

[4] محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *M. Sylvain Ledee, et al., v. Ceramiche Ragno, et al.*, 684 F.2d 184 (1982)، جلسة 4 أغسطس 1982.

[5] International Chamber of Commerce, Court of Arbitration, *60 years of ICC arbitration: a look at the future*, ICC Publishing S.A., 295 (1984).

وينبغي عدم تطبيقه[1]. وفي هذا الصدد، قرر المشرع السويسري بأنه لا يجوز للدول عند إبرامها اتفاق التحكيم بنفسها أو عن طريق شركة أو منظمة تتبعها، أن تتمسك بقوانينها بهدف التمسك بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم[2]. كما أصدر المشرع الهولندي قانوناً جديداً للتحكيم في 1 يناير 2015 اعتنق في المادة 167 منه المبدأ نفسه الذي أخذ به المشرع السويسري والذي نص على أنه "إذا كانت دولة ما أو شخص اعتباري يخضع للقانون العام أو شركة حكومية طرفاً في اتفاق التحكيم، فإنه لا يمكنها الاستناد إلى أي من قوانينها أو لوائحها بهدف المنازعة في قدرتها أو أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم أو للاحتجاج بعدم قابلية النزاع للتحكيم، إذا ما كان الطرف الآخر لا يعلم بهذا القانون أو اللوائح، ولا ينبغي عليه أن يعلم بها"[3].

ثانياً: عيوب الإرادة

يتوجب في اتفاق التحكيم أن تكون إرادة الأطراف خالية من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وإلا كان الاتفاق معرضاً للإبطال. ويخضع اتفاق التحكيم في هذا الشأن شأن العقود

---

[1] لم تنص اتفاقية نيويورك صراحة على أهلية الدول لإبرام اتفاق التحكيم، إلا أن مسودة الاتفاقية تؤكد بأن الاتفاقية أخضعت كلاً من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية لنصوصها بما فيها الدولة والجهات التابعة لها، راجع في ذلك: الأعمال التحضيرية لاتفاقية نيويورك: تقرير اللجنة المعنية بتنفيذ قرارات التحكيم الدولية، 28 مارس 1955، E/27046، ص7. راجع كذلك: Herbert Kronke, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 6 (2010)؛ Lionello Cappelli-Perciballi, *The Application of the New York Convention of 1958 to Disputes Between States and Between State Entities and Private Individuals: The Problem of Sovereign Immunity*, 12 International Lawyer 198 (1978).

[2] المادة 177 (2) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987. أشار له: Kaufmann-Kohler G. & Stucki, B. (Eds.), *International arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners*, Kluwer Law International, 275 (2004).

[3] أشار له: NautaDutilh , Gerard Meijer & Bo Ra Hoebeke, *The new Dutch Arbitration Act and the new NAI Arbitration Rules*, Association of Corporate Counsel, 2 (15 January 2015). available at: http://documents.lexology.com/6c946ed9-a5af-4e6a-8ffc-57f213b5a455.pdf.

عامة في القانون المدني[1]، وأكدت هذا المبدأ محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بخصوص الغلط كسبب من أسباب إبطال اتفاق التحكيم، حيث قضت بأن "أساس إبطال اتفاق التحكيم بسبب الغلط يخضع لأحكام الغلط في القانون المدني الفرنسي"[2]. وعادة، يعد مجال تطبيق عيوب الإرادة في التحكيم نادر الحصول[3]، فعلى سبيل المثال لا يُعد من الممارسات الشائعة أن يلجأ أحد الأطراف لوسائل احتيالية بهدف حمل الطرف الآخر على إبرام اتفاق تحكيم عن طريق التدليس[4]. ويظهر من الأحكام القضائية الوطنية بأن إثبات تحقق الإكراه بهدف إبطال شرط التحكيم ليس بالأمر اليسير، فالقضاء لا يميل لإبطال اتفاق التحكيم بسبب ادعاء الإكراه[5]، بما في ذلك دعاوى الإكراه المستندة إلى اتفاقية نيويورك[6].

---

[1] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 403.

[2] محكمة النقض الفرنسية، قضية *Ury v. Galeries Lafayette*, 1975 Rev. arb. 235، بتاريخ 13 أبريل 1972. أشار للحكم Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 722.

[3] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 403.

[4] Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 310.

[5] على سبيل المثال، راجع: محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Adams v. Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith*, 888 F.2d 696 , 702 (10th Cir.1989)، بتاريخ 1989/10/31؛ المحكمة الجزئية للمنطقة الشمالية من ولاية أوكلاهوما ، الدعوى *Verolme Botlek B.V. (The Netherlands) v. Lee C. Moore Corporation* (USA) (N.D. Okla. 1995) XXI Y.B. COM. ARB. 824 (1996)، جلسة: 1995/9/7؛ المحكمة الجزئية للمنطقة الشرقية من ولاية نيويورك، قضية *Acquaire v. Canada Dry Bottling*, 906 F.Supp. 819, 826 (E.D.N.Y. 1995)، بتاريخ 1995/11/6؛ راجع كذلك: Fouchard, Gaillard & Goldman, *op.cit.*, p. 309-310.

[6] راجع على سبيل المثال: محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *S+L+H S.p.A. v. Miller-St. Nazianz*, Inc., 988 F.2d 1518, 1528 (7th Cir. 1993)، بتاريخ 1993/3/19؛ محكمة الاستئناف الأمريكية، الدعوى *Riley v. Kingsley Underwriting Agencies, Ltd.*, 969 F.2d 953, 957 (10th Cir. 1992)، بتاريخ 1992/7/17 ؛ محكمة الاستئناف الأمريكية، الدعوى *Hellenic Lines v. Louis Dreyfus Corp.*, 372 F.2d 753, 1967 A.M.C. 213 (2nd Cir. 1967)، جلسة 10 فبراير 1967؛ المحكمة الجزئية للمنطقة الشرقية من ولاية نيويورك، الدعوى *Meadows Indemnity Company, Ltd. v. Baccala & Shoop Insurance Services, Inc.*, 760 F. Supp. 1036 (E.D.N.Y. 1991)، بتاريخ 1991/3/29.

ويلعب مبدأ استقلال شرط التحكيم دوراً كبيراً في عدم إبطال اتفاق التحكيم بسبب راجع لعيوب الإرادة، إذ يتوجب أن ينصب العيب الذي يشوب إرادة المتعاقد على إبرام اتفاق التحكيم بالذات[1]. وقد قضت محكمة الاستئناف الأمريكية في أحد أحكامها بأنه "للمحكمة النظر في الدفوع الخاصة بالتدليس لإبرام اتفاق التحكيم إذا كان التدليس متعلقاً بشرط التحكيم تحديداً وليس بالعقد عموماً[2]". ويعد حكم المحكمة الأمريكية الفيدرالية العليا في دعوى *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*[3] السابقة القضائية والحكم الرئيس الذي اتبعه واستشهد به القضاء الأمريكي[4]، وغير الأمريكي كالإنجليزي[5]، والأسترالي[6]، والياباني[7]، للحكم بوجوب إثبات التدليس بالنسبة لشرط التحكيم بشكل مستقل عن التدليس بالنسبة لإبرام العقد. وبالمثل، يتوجب على مدعي الإكراه إثبات وقوع الإكراه بالنسبة لاتفاق التحكيم بالذات لا بالنسبة للعقد ككل، وهو ما أكدته أحكام القضاء[8]، وهيئات التحكيم[1].

---

[1] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 691-692.

[2] *Three Valleys Municipal Water District v. E.F Hutton and Company Inc*, 925 F.2d 1136, 1140 (9th Cir.1991).

[3] المحكمة العليا الأمريكية، الدعوى *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967)، جلسة 12 يونيو 1967.

[4] راجع على سبيل المثال: حكم محكمة الاستئناف الأمريكية، في الدعوى Garten v. Kurth, 265 F.3d 136 (2d Cir. 2001)، جلسة 7 سبتمبر 2001؛ محكمة الاستئناف الأمريكية، الدعوى Ferro Corporation v. Garrison Industries, Inc., 142 F.3d 926 (6th Cir. 1998)، جلسة 28 أبريل 1998؛ محكمة الاستئناف الأمريكية، الدعوى Campaniello Imports, Ltd. v. Saporiti Italia S.p.A., 117 F.3d 655, 661- 663 (2d Cir. 1997)، جلسة 26 يونيو 1997.

[5] محكمة الاستئناف الإنجليزية، في الدعوى *Fiona Trust & Holding Corp & Ors v Privalov & Ors*, [2007] UKHL 40؛ محكمة الاستئناف الإنجليزية في الدعوى *Harbour Assurance Co (Uk) Ltd v. Kansa General International Insurance Co Ltd* [1993] 1 QB 701.

[6] محكمة استئناف نيو ساوث ويلز الاسترالية، قضية *Ferris v. Plaister*, 34 NSWLR. 474 (1994).

[7] محكمة طوكيو العليا، الحكم الصادر في 30 مايو 1994، أشار له: Yearbook Commercial Arbitration لعام 1995، المجلس الدولي للتحكيم التجاري (ICCA)، ص745.

[8] محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية ، قضية *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Haydu*, 637 F.2d 391, 398 (5th Cir. 1981)، بتاريخ 1981/2/19؛ محكمة الاستئناف الفيدرالية

ويجدر بالذكر بأنه لا يعد من قبيل الإكراه لجوء أحد الطرفين لاستخدام الوسائل القانونية التي منحها إياها المشرع ولو بعث في نفس المتعاقد رهبة حملته على التعاقد، فمناط الإكراه لإبطال عقد التحكيم هو فرض تلك الرهبة دون وجه حق. وعلى ذلك، إذا رضخ التاجر في مواجهة المصرف ووقع الاتفاق المتضمن شرط تحكيم بسبب الرهبة التي بعثها البنك في نفسه عند تلويحه له بإشهار إفلاسه بمناسبة قرض خاص بالتاجر، فلا يكون ذلك من قبيل الإكراه الذي يعطي المتعاقد حق طلب الإبطال، ذلك أن البنك لم يتصرف خارج نطاق الحدود القانونية التي منحها إياه المشرع. كما لا يعد من قبيل الإكراه إساءة استعمال أحد الأطراف لنفوذه التجاري أو القانوني لإبرام اتفاق التحكيم[2].

بالرغم من صعوبة إبطال اتفاق التحكيم بناءً على عيوب الإرادة، غير أنه من الملاحظ بأن القضاء يصبح أقل صرامة عند تعلق النزاع بالأفراد[3]. فعقود المصارف يمكن أن تبرم مع شخصيات اعتبارية كالشركات التجارية المختلفة، إلى جانب المعاملات مع الأفراد والتي تلعب دوراً مهماً في أنشطة المصارف. وحيث إن الشركات التجارية يفترض فيها أن تملك طاقماً قانونياً أو ممثلاً قانونياً على الأقل، وأن تتسم بخبرة ودراية كافية في المجال التجاري بما فيها عقود التحكيم، فإن مجال تطبيق عيوب الإرادة عادة ما يكون منحسراً في هذه العقود.

أما بالنسبة لعقود المصارف مع الأفراد، خاصة العقود الاستهلاكية كالقروض[4]، فإن القوة التفاوضية للأطراف ومستويات الأطراف يختل فيها التوازن بشكل ملحوظ، مما يوسع من احتمال وقوع الطرف الضعيف في أحد عيوب الإرادة كالغلط أو الاستغلال. ولأن إثبات تحقق هذه العيوب بالنسبة لشرط التحكيم بالذات ليس بالأمر اليسير -كما رأينا- فإن العديد من الدول إما تحظر إبرام اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع مع العميل وهو السائد في الدول الأوروبية، أو أنها تجعل من عملية الإبطال أكثر مرونة حماية للطرف الضعيف في العلاقة وهو الأسلوب الذي تبناه النظام

County of Middlesex v. Gevyn Construction Corp, 450 F.2d 53 (1st Cir. الأمريكية ، قضية (1971، بتاريخ 1971/10/28.

[1] غرفة التجارة الدولية، الحكم رقم 4381 لعام 1986، حيث رفضت غرفة التجارة الدولية إبطال شرط التحكيم القائم على إدعاء وجود الإكراه وقت العقد مسببة حكمها بعجز المدعي عن إثبات وقوع الإكراه بالنسبة لشرط التحكيم بالذات، أشار للحكم: Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 310.

[2] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 693.

[3] *Id.*, p. 691.

[4] أنظر في مفهوم المستهلك صفحة 134 من البحث.

الأمريكي. ولأهمية دراسة هذه الحماية، خاصة في ظل عدم وجود نظام مماثل في التشريعات العربية، فإننا سنتناول هذا الموضوع بشكل مفصل في الباب الثاني عند كلامنا عن الحماية القانونية والقضائية لاتفاق التحكيم المبرم بين المصرف والعميل.

المطلب الثاني: المحل في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية

ينبغي للإحاطة بالمحل باعتباره ركناً ثانياً في اتفاق التحكيم دراسة مفهومه والمسائل التي لا يجوز التحكيم فيها. بناءً على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين على الوجه التالي:

الفرع الأول: مفهوم محل اتفاق التحكيم

محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع المراد حسمه[1]. ويشترط في محل التحكيم باعتباره عقداً أن تتوافر فيه الشروط العامة في العقود[2]، فيتوجب في المحل أن يكون ممكناً[3]، فإذا كان محل التحكيم مستحيلاً كما لو أبرم العميل مع المصرف عقد رهن قرض محله أراضٍ مملوكة للدولة، فإن اتفاق التحكيم يقع باطلاً لاستحالة محله. كما ينبغي أن يكون المحل غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فلو ارتكب موظف المصرف جريمة خيانة الأمانة، فإنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم في مدى تحقق أركان الجريمة لأن الجرائم تعد من المسائل المتعلقة بالنظام العام[4].

الفرع الثاني: المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها

تنظم قواعد التحكيم عادة المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، لينفرد قضاء الدولة في نظرها[5]. فقابلية الموضوع للتحكيم يحدد النقطة التي تنتهي عندها ممارسة الأطراف لمبدأ حرية التعاقد

---

[1] د. نجيب عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 203؛ د. أحمد السيد صاوى، مرجع سابق، ص 39.

[2] د. نجيب عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 203-205.

[3] المادة 103 من القانون المدني البحريني.

[4] المادة 109 من القانون المدني البحريني.

[5] Roebuck D. & de Fumichon B. D. L., *Roman arbitration*, Holo Books, 104-105 (2004).

لتضطلع المحاكم بدورها بوصفها حارساً ومفسراً للمصلحة العامة[1]. والحكمة من وضع هذا القيد هو خضوع تلك المسائل لرقابة، وإشراف السلطة العامة، وتوحيد القواعد المطبقة بشأنها[2]. كما أن فض النزاع أمام قضاء الدولة وفق الإجراءات القضائية والتي ترتبط عادة بقواعد تمس النظام العام، يمنح القواعد القانونية فرصة للتطور بما يستجيب مع متطلبات النظام الاجتماعي والسياسي للدولة[3].

وقد أجازت اتفاقية نيويورك للدول الأعضاء رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا ما كان محل النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها بموجب قانون الدولة التي يُطلب منها الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه[4]. وحدد المشرع البحريني المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، حيث نص على أنها "المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"[5]. ووفقاً للقانون البحريني تتمثل هذه الحالات في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام، غير أن المشرع أجاز التحكيم في الحقوق المالية المترتبة على تلك المسائل[6]. بناءً على ذلك، سنحاول دراسة المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، وبالتالي يُمتنع فيها التحكيم على الوجه التالي:

أولاً: عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية

يُمتنع على الأطراف الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، والحالة الشخصية هي المركز القانوني الذي يحدد وضع الفرد بالنسبة للدولة والمجتمع[7]، وتلحق بها مسألة الأهلية[8]. بناءً على ذلك، إذا أبرم الوصي اتفاق تحكيم مع المصرف[1]، ثم ثار نزاع حول وجود

---

[1] Carbonneau T. E., & Janson F, *Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability,* 2 Tul. J. Int'l & Comp. L. 194 (1994).

[2] د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 73.

[3] Carbonneau T. E., & Janson F, *op.cit.,* p. 193.

[4] المادة 2/5(أ) من اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وانفاذها.

[5] المادة 233 من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني. وللتفرقة بين مفهوم الصلح والتحكيم أنظر صفحة 31 من البحث.

[6] المادة 498 من القانون المدني البحريني.

[7] د. عوض شيبة الحمد السيد، القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 121-122.

[8] بناءً على ذلك، لا يجوز التحكيم في الإقرار بالجنسية أو نفيها أو كوّن الشخص ذكر أو أنثى، كما لا يجوز النزول عن الأهلية أو التعديل في أحكامها، ويمتنع أن ينصب محل النزاع على صحة الزواج أو حق الحضانة أو

الوصاية، فإنه لا يجوز للمحكم البت في هذه المسألة، بل يتوجب عليه إحالة النزاع إلى قضاء الدولة للفصل فيه، غير أن المشرع البحريني أجاز التحكيم في الحقوق المالية المترتبة على الحالة الشخصية كما سبق ذكره. فعلى سبيل المثال، إذا ما قررت المحكمة وجود الوصاية فإنه يجوز بعد ذلك الاتفاق على التحكيم مع الوصي بالنسبة للحقوق المالية الخاصة بالمشمول بالوصاية كالاتفاق على رهن عقاراته متى ما استوفى الشروط التي فرضها المشرع[2]. ويجدر بالذكر بأن المشرع الفرنسي نص على الأهلية صراحة باعتبارها من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها[3].

ثانياً: عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام

يرى رأي في الفقه بأن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية تعد بطبيعتها من النظام العام[4]، مما يعني بأن المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها يمكن حصرها في المسائل المتعلقة بالنظام العام. ولا يوجد تعريف محدد للنظام العام[5]، ففكرة النظام العام يمكنها أن تتسع وتضيق من نظام إلى آخر، وكذلك من فترة زمنية لأخرى، لذا، فإنه من الصعب تحديد وتوقع مضمونها. ولهذا السبب أطلق

حق شخص ما في الإرث أو تحديد النسب أو صاحب الولاية أو الوصاية. أنظر د. عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 93؛ د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 123.

[1] تجيز المادة 30 من قانون الوصاية على المال للوصي التحكيم في أعمال الإدارة، أما ما عدا ذلك من مسائل فيتوجب على الوصي الحصول على إذن من المحكمة.

[2] حيث تنص المادة 30 من قانون الولاية على المال البحريني على أنه: "لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بأذن من المجلس: 1- جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله".

[3] المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي. متوافر باللغة الإنجليزية على الموقع الحكومي الفرنسي: http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/7754/105592/version/4/file/Code_civil_20130701_EN.pdf.

[4] د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 72-73. وتشير المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي ضمناً إلى ذلك حيث تنص على أنه: "لا يجوز للشخص الدخول في المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية، وفي تلك المتعلقة بالطلاق والانفصال القضائي أو في المنازعات المتعلقة بالهيئات والمؤسسات العامة وبشكل أعم في جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام".

[5] Subedi Surya P., *International investment law: reconciling policy and principle*, Bloomsbury Publishing, 104 (2012).

القضاء الإنجليزي على فكرة النظام العام وصف "الحصان الجامح"[1]. غير أنه يمكن القول بأن النظام العام قوامه فكرة المصلحة العامة[2]، والمبادئ التي يقوم عليها كيان المجتمع الاقتصادي والسياسي والاجتماعي[3]. فعلى سبيل المثال، يمتنع على المصارف الاتفاق على التحكيم حول منازعة تخالف تشريعات الصرف الأجنبي، وذلك لتعلق مثل هذه المعاملات بالنظام العام للدولة[4].

ويمتنع على الأطراف الاتفاق على تحكيم ينصب محله على تحديد المسئولية أو العقوبة الجنائية أو كون الفعل المرتكب يعد جريمة من عدمه[5]. بناءً على ذلك، إذا ثار نزاع بين المصرف وإحدى الشركات، وادعى أحد الأطراف وقوع التزوير في معاملات الطرفين، يتوجب على المحكم وقف نظر النزاع وإحالته للنيابة العامة للبت في واقعة التزوير. وبالمثل، إذا ادعى المصرف ارتكاب أحد موظفيه جريمة خيانة أمانة ضد أموال البنك، فإنه لا يجوز التحكيم في هذه الواقعة بل ينبغي الفصل فيها من قبل السلطات العامة في الدولة[6].

واختلف الفقه بالنسبة للأثر المترتب على التحكيم في الشيك إذا ما كان الشيك محل اتفاق التحكيم بدون رصيد حيث رتب المشرع عقوبة جنائية في دعوى الشيك بدون رصيد، كما وأنه أجاز الصلح في جرائم الشيك بدون رصيد. فقد جرّم المشرع البحريني فعل إصدار شيك بدون رصيد ورتب عقوبة جنائية على ذلك، غير أن المشرع أجاز الصلح بشأنه ورتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية في أي حالة كانت عليها الدعوى[7]. ذهب اتجاه إلى أن الاتفاق على التحكيم في

---

[1] محكمة COMMON PLEAS الإنجليزية، قضية *Richardson v. Mellish* [1924], 2 Bing 229، بتاريخ 2 يوليو 1924.

[2] د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 77؛ د. عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 92-93.

[3] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 153؛ د. أحمد الصاوي، مرجع سابق، ص 41؛ د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 124.

[4] د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 126.

[5] د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 74.

[6] د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص 156.

[7] تنص المادة 1 من القانون رقم (16) لسنة 2010 بتعديل المادة (393) من قانون العقوبات على: "يعاقب بالحبس أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً كل من أعطى بسوء نية شيكاً ليس له مقابل وفاء كاف قائم وقابل للتصرف فيه... وللمجني عليه أو وكيله الخاص في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة وبحسب الأحوال وفي أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات تصالحه مع المتهم بتقديم محضر صلح موثق يتضمن الوفاء بقيمة الشيك، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية".

مسائل الشيك لا تمنح ساحب الشيك حق الدفع بعدم قبول الدعوى الجنائية، فالصلح الذي أجازه المشرع لا يحول دون تحريك الدعوى الجنائية، أما الأثر المترتب على شرط التحكيم الوارد في الشيك، فإنه يتعلق بالمسائل المدنية دون الجنائية، حيث يمتنع على حامل الشيك المطالبة بمبلغ الشيك عن طريق استصدار أمر أداء أو رفع الدعوى المدنية، ويمكن لمن يتم الرجوع عليه من المدينين الدفع بوجود اتفاق التحكيم، كما أنه إذا أُدين ساحب الشيك في الدعوى الجنائية، وطالب المحكوم له بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن الجريمة، فإنه يجوز الدفع بشرط التحكيم لأن القانون أجاز التحكيم في المسائل المالية الناشئة عن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كما سبق بيانه. بناءً على ذلك، فإن الاتفاق على التحكيم في مسائل الشيك لا يحول دون رفع الدعوى الجنائية، ويقتصر أثره على عدم جواز مباشرة الإجراءات المدنية[1].

يرى اتجاه آخر في الفقه بأنه طالما رتب المشرع على الصلح في جريمة الشيك بدون رصيد انقضاء الدعوى الجنائية بل ووقف تنفيذ العقوبة ولو صدر في شأن الدعوى حكم بات، فإن اتفاق الأطراف على التحكيم في مسائل الشيك يسد باب القضاء الجنائي ويحول دون إقامة المستفيد للدعوى الجنائية[2]. فهدف المشرع من وراء النص هو تحصيل المجني عليه لمبلغ الشيك سواءً كان ذلك من خلال القضاء أو الصلح، لذا فلا يوجد هناك ما يحول دون تحقيق هذا الهدف من خلال التحكيم طالما قَبِل كلا الطرفين بالتحكيم كوسيلة لتسوية النزاع الناشئ عن الشيك[3]. والمشرع بتقريره جواز الصلح وانقضاء الدعوى الجنائية في أي حال تكون عليه الدعوى يجعل من الحق محل الدعوى الجنائية حقاً خاصاً بالمجني عليه يمكنه من خلاله التنازل عنه أو إبرام اتفاق صلح بشأنه، ولأن كان ضمن قواعد القانوني الجنائي، فكل حق تحميه القاعدة الجنائية يجوز فيه التحكيم إن كان خاصاً ويجوز التصالح بشأنه وهو ما ينطبق هنا على جريمة الشيك بدون رصيد وما رتبه المشرع على الصلح بشأنه[4].

ويجدر بالذكر أن المشرع البحريني لم يكن يجيز التصالح في جريمة الشيك بدون رصيد حتى عام 2010، ثم أصدر بعد ذلك القانون رقم 16 لسنة 2010 بتعديل المادة 393 من قانون

---

[1] د. محمود مختار أحمد بريري، القواعد الخاصة بالشيك وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 104 وما بعدها.

[2] د. رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الشيك في ضوء أحكام قانون التجارية رقم 17 لسنة 1999، ص11-12.

[3] د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص 251.

[4] د. رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الشيك، مرجع سابق، ص 12.

العقوبات البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1976 والتي أجازت الصلح في جريمة الشيك بدون رصيد، ورتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية، إلا أن القانون اشترط تقديم محضر الصلح موثقاً ومثبتاً لتمام وفاء قيمة الشيك. تنبه المشرع إلى أن النص الجديد يحتوي على عيب إجرائي والمتمثل في اشتراط توثيق الصلح مما أدى لإيقاع العقوبة الجنائية بسبب عدم رسمية عملية الصلح بالرغم من إقرار الأطراف به[1]. لذا، تقدم مجلس النواب البحريني بمشروع قانون يهدف لإزالة قيد اشتراط توثيق الصلح، ونوقش الاقتراح في مايو 2013[2]، وصدر قرار المجلس بتعديل النص في ديسمبر 2014[3].

المطلب الثالث: السبب في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية

يتمثل سبب اتفاق التحكيم في نية الأطراف تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم واستبعاد قضاء الدولة[4]. ويعد هذا العنصر مشتركاً بين طرفي الاتفاق ومنسجماً مع طبيعة العقد ولا يتغير من متعاقد إلى آخر[5]. لذلك يصعب من الناحية العملية تصور انعدام السبب في اتفاق التحكيم، وقد رفض القضاء الأمريكي في أكثر من حكم له الادعاء ببطلان اتفاق التحكيم بناءً على دعاوى تقوم على انتفاء ركن السبب معتبراً أن الاتفاق على اللجوء للتحكيم في حد ذاته يجعل سبب التحكيم صحيحاً، وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف الأمريكية بأن "التعهد المتبادل بين الأطراف باللجوء للتحكيم يعد سبباً كافياً لتأييد اتفاق التحكيم"[6]. وقررت في حكم آخر لها بأنه في اتفاق

---

[1] أنظر على سبيل المثال الدعوى المنشورة في جريدة أخبار الخليج البحرينية، العدد 12451 بتاريخ 25 مارس 2012 بعنوان "عدم توثيق تنازل الشيك حرم بحرينياً من البراءة"، متوافر على الرابط التالي: http://www.akhbar-alkhaleej.com/12451/article/21351.html.

[2] مجلس النواب البحريني، مضبطة الجلسة الثلاثين لدور الانعقاد السنوي العادي الثالث للفصل التشريعي الثالث، بتاريخ 21 مايو 2013، ص 115 حيث ورد فيها اقتراح: "حذف عبارة "بتقديم محضر صلح موثق يتضمنه وفاء بقيمة الشيك" وذلك بهدف القضاء على الكثير من المشكلات العملية التي يواجهها التجار والمستثمرون بشأن التصالح في قضايا الشيكات".

[3] وقد عدلت المادة 393 بموجب القانون رقم 41 لسنة 2014.

[4] د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 58.

[5] د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 206.

[6] محكمة الاستئناف الأمريكية، الدعوى *Bishop v. We Care Hair Development Corp.*, 738 N.E.2d 610, 623 (111. App. Ct. 2000)، بتاريخ 2000/9/29؛ كذلك حكم محكمة الاستئناف الأمريكية، الدعوى *Johnson v. Circuit City Stores*, 148 F.3d 373, 378 (4th Cir. 1998)، بتاريخ 1998/5/1،

التحكيم "طالما تخلى الأطراف عن حقهم في التقاضي، فإن هذا التعهد المتبادل بينهما يقدم لنا سبباً صحيحاً"[1].

المبحث الثاني: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية

ترتبط الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم بأهمية التأكد من توافر رضا الأطراف لإبرام هذا الاتفاق[2]. فالحكمة الرئيسة من اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم هي التأكد من إدراك الأطراف لتنازلهم عن اللجوء للمحاكم الوطنية المختصة عند اختيارهم للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعاتهم[3]. فإبرام اتفاق التحكيم ينبغي أن يقترن بشروط شكلية تضمن العلم الكافي بما يُقدم عليه الأطراف من تنازل عن اللجوء للقضاء وقاضيهم الطبيعي[4]. وتزداد أهمية التيقن من علم الأطراف عن تنازلهم عن مثل هذا الحق في معاملات المصرف مع عملائه، حيث تنصب عناية العميل على المعاملة المصرفية كالقرض مثلاً أكثر منها على النصوص الأخرى الواردة في العقد[5]. وتتمثل عادة الشروط الشكلية في شرط الكتابة، غير أن بعض قواعد التحكيم اشترطت الكتابة باعتبارها وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم، بينما فرضته قواعد أخرى كركن لإبرام الاتفاق. بناءً على ذلك، ندرس في المطلبين التاليين اشتراط الكتابة باعتبارها وسيلة إثبات في العقد، واشتراطها كركن لانعقاد اتفاق التحكيم على الوجه التالي.

حيث قضت المحكمة بأن: "اتفق كلا الطرفين في الدعوى الماثلة على الالتزام بالعملية التحكيمية ..... لذلك فإننا نقرر بأن اتفاق فض النزاع يستند إلى سبب صحيح".

[1] محكمة استئناف تكساس، الدعوى *In re Alamo Lumber Co.*, 23 S.W.3d 577 (Tex C.t. App. 2000)، بتاريخ 2000/6/21.

[2] Julian D. M., Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *op.cit.*, p. 13.

[3] ILC, *Yearbook of the International Law Commission, 1952*, vol. II, document A/CN.4/59, 60, Art. 1, comment 2 (1952); Berg A. J. van den, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 171 (1981).

[4] المحكمة العليا الاتحادية السويسرية، قضية *Tradax Export SA v. Amoco Iran Oil Company*, 11 YBCA 532, 535 (1986)، بتاريخ 1984/2/7، أشار للحكم: Julian D. M., Loukas A. Lew Mistelis & Stefan Kröll, *op.cit.*, p. 136.

[5] *Budnitz Mark, Arbitration of Disputes between Consumers and Financial Institutions*, *op. cit.*, p. 326.

المطلب الأول: اشتراط الكتابة كوسيلة لإثبات اتفاق التحكيم

اشترط المشرع البحريني في قانون المرافعات الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم، وهذا النهج هو ذاته الذي يسير عليه كل من المشرع الهولندي[1]، والكويتي[2]، والإماراتي[3]، والقطري[4]، كما تبنى الاتجاه ذاته المشرع المصري سابقاً بموجب المادة 2/501 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968[5].

المطلب الثاني: اشتراط الكتابة كركن لانعقاد اتفاق التحكيم

اعتبرت عدد من الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول الكتابة ركناً لانعقاد اتفاق التحكيم، وتعد اتفاقية نيويورك أهم قواعد التحكيم التي اشترطت لتطبيق قواعدها على اتفاق التحكيم أن يكون الاتفاق مكتوباً. وتبنى المشرع البحريني هذا الاتجاه في قانون التحكيم التجاري الدولي.

فرضت اتفاقية نيويورك على الأطراف في المادة 2(2) أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، واعتبرت هذا المطلب متحققاً إذا ما ورد كشرط في العقد، أو في اتفاق تحكيم مستقل عن العقد الأصلي أو ورد في رسائل أو برقيات مختلفة[6]. وفرّقت الاتفاقية بين شرط واتفاق التحكيم وبين الرسائل والبرقيات، حيث اشترطت إلى جانب الكتابة توقيع الأطراف في الحالة الأولى دون الثانية[7]. فسرت بعض المحاكم نص المادة السالفة على أن شرط التوقيع يشمل اتفاق التحكيم المستقل دون

---

[1] المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي .

[2] المادة 173 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980.

[3] المادة 2/203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (11) لسنة 1992.

[4] المادة 190 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم (13) لسنة 1990.

[5] غير أن المشرع المصري عدل عن هذا الاتجاه في المادة 12 من قانون التحكيم المصري القانون رقم 27 لسنة 1994 حيث اشترط الكتابة باعتبارها ركناً لانعقاد اتفاق التحكيم وليست مجرد شرط للإثبات.

[6] تنص المادة 2(2) من الاتفاقية على: "يشمل مصطلح "اتفاق مكتوب" أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم، موقّع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة".

[7] Landau T., The Requirement of A Written Form for An Arbitration Agreement: When 'Written' Means 'Oral' IN Van den Berg A. J. (ed.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questionsl*,19,70 (ICCA Congress Series No. 11 (2003); Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 589.

الشرط الوارد في العقد الذي يجوز إبرامه دون توقيع الأطراف، بينما رفضت أحكام أخرى هذا التفسير مؤكدة بأن التفسير النحوي يستوجب أن يشمل التوقيع كلاً من شرط التحكيم واتفاق التحكيم المنفصل[1].

وتبنى المشرع البحريني في قانون التحكيم التجاري الدولي نهج اتفاقية نيويورك في اشتراط الكتابة، وكذلك التوقيع لانعقاد اتفاق التحكيم بالنسبة لكل من شرط التحكيم في العقد أو اتفاقية التحكيم المستقلة، بينما اقتصر على شرط الكتابة بالنسبة لحالات أخرى، إلا أن المشرع البحريني توسع في هذه الحالات عن تلك الواردة في اتفاقية نيويورك، حيث اعتبر بمثابة اتفاق التحكيم المكتوب الحالات التالية:

1- تبادل الرسائل، أو التلكسات، أو البرقيات، أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي بحيث تعتبر سجلاً للاتفاق.
2- تبادل المطالبة والدفاع عند إدعاء طرف وجود اتفاق تحكيم دون أن ينكره الطرف الآخر.
3- الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم، ويشترط في العقد أن يكون مكتوباً، وأن ترد الإشارة بصورة تجعل الشرط جزءًا من العقد[2].

---

[1] راجع على سبيل المثال حكم محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International, Ltd.*, 186 F.3d 210 (2nd Cir. 1999)، بتاريخ 1999/7/29، حيث قضت المحكمة بأن الفقرة الثانية من المادة 2 من اتفاقية نيويورك تعرف مصطلح "اتفاق مكتوب" ليشمل "شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم، الذي وقعه الطرفان أو الواردة في تبادل للرسائل أو برقيات" ..... قضت المحكمة الصغرى بأن عبارة "موقّع عليه من الطرفين" يشمل فقط الجملة التي سبقتها على الفور، وهي "اتفاق التحكيم" وليس الفقرة السابقة لها "شرط التحكيم"..... نحن نعارض هذا الرأي، نحوياً، الفاصلة التي تلي عبارة "اتفاق التحكيم" مباشرة، تعمل على فصل جملة ("شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم") عن عبارة ("موقع من الطرفين أو الواردة في رسائل أو برقيات متبادلة")، وتشير إلى أن "موقع من الطرفين" تنطبق على كل من شرط واتفاق التحكيم، فالفاصلة لا يمكنها أن تخدم أي غرض نحوي آخر؛ راجع كذلك حكم محكمة الاستئناف العليا التركية، قضية *Ozsoy Tarim Sanayi Ve Ticaret Ltd. (Izmir) v. All Foods SA (Buenos Aires)* (Turkish S. Ct.)، بتاريخ 1999/4/8، أشار لها Van den Berg A. J. (ed.), *International commercial arbitration: important contemporary questions*, (No. 11), Kluwer Law International, 40 (2003).

[2] المادة 7(2) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني.

تبنت العديد من القوانين الوطنية شرط الكتابة لإنعقاد اتفاق التحكيم كالقانون الإنجليزي[1]، والسويسري[2]، والألماني[3]، والمصري[4]. ويجدر بالذكر أن القانون النموذجي للتحكيم الذي أخذ بنصوصه المشرع البحريني أخضع المادة 7(2) المتعلقة بشرط الكتابة للتعديل في عام 2006، حيث وضع القانون خيارين للمادة 7 يمكن تبني أيهما، يشترط الخيار الأول أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً دون اشتراط التوقيع، بينما لم يجعل الخيار الثاني من الكتابة شرطاً لإبرام اتفاق التحكيم.

---

[1] المادة 5)2) من قانون التحكيم الإنجليزي، مع ملاحظة أن المادة 5(3) اعتبرت أن الاتفاق غير المكتوب الذي يحيل فيه الأطراف إلى شرط مكتوب يعتبر بمثابة الاتفاق المكتوب.

[2] المادة 178(1) من القانون الدولي الخاص السويسري.

[3] المادة 1031(2) من قانون الإجراءات المدنية الألماني، أشار له: Julian D. M., Loukas A. Lew Mistelis & Stefan Kröll, *op.cit.*, p. 134.

[4] المادة 12 من قانون التحكيم المصري.

الفصل الثالث

آثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية

تقسم آثار اتفاق التحكيم لآثار من حيث الأشخاص، وآثار من حيث الموضوع، بناءً على ذلك، سنحاول دراسة هذين الأثرين في المبحثين التاليين.

المبحث الأول: آثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية من حيث الأشخاص

ينشأ اتفاق التحكيم بناءً على إرادة أطرافه، لذلك، فإن أثر هذا الاتفاق ينصرف إلى أطرافه لا الغير. وعادة ما يكون توقيع المتعاقد على اتفاق التحكيم باعتباره طرفاً من الأسس التي يُستدل منها على أطراف اتفاق التحكيم[1]. بالرغم من ذلك، ألزمت عدد من المحاكم في بعض من الحالات غير الموقع باتفاق التحكيم كالكفيل، وذلك استناداً إلى أسس معينة. بالإضافة إلى ذلك، فإنه من المهم البحث في أثر اتفاق التحكيم بالنسبة لأطراف لم تبرمه، ولكن يمكن للعقد أن ينفذ في مواجهتها، كالموكل، والخلف العام، والخلف الخاص. بناء عليه، سندرس هذه الموضوعات في أربعة مطالب مستقلة، نخصص الأول منه لدراسة نسبية أثر اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية، ونتناول في الثاني جواز الوكالة في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية، ونوضح في الثالث أثر اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية على الخلف العام، ونعرض في الرابع أثر اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية على الخلف الخاص على الوجه التالي:

المطلب الأول: نسبية أثر اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية

يقتصر أثر اتفاق التحكيم على أطرافه الصادر عنهم التعبير عن إرادة الالتزام بالعقد[2]. ويعتبر هذا الأثر تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد المستقر عليه في النظم القانونية المختلفة[1]، وأشار

---

[1] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 1136.

[2] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 449.

المشرع البحريني ضمناً إلى هذا الأثر في المادة 1/7 من قانون التحكيم التجاري الدولي[2]. وبالمثل، احتوت اتفاقيات التحكيم الدولية على نصوص مماثلة كاتفاقية نيويورك[3]، والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي[4]، والعديد من القوانين الوطنية كالفرنسي[5]، والألماني[6]، والياباني[7]، والإيطالي[8].

ويثور السؤال حول أثر المعاملات المصرفية المرتبطة بعقود تتضمن اتفاق تحكيم. فعلى سبيل المثال، قد يصدر المصرف اعتماداً مستندياً أو خطاب ضمان لعميله ضماناً لسداد دين في ذمة العميل لصالح شخص ثالث (المستفيد) والمترتب عن عقد بين العميل والمستفيد تضمن شرط تحكيم. بالرغم من وجود صلة قائمة بين العقد المصرفي الخالي من أي اتفاق تحكيم والعقد الأصلي المتضمن لشرط تحكيم، فإن الراجح هو استقلال كلا العقدين، فاتفاق التحكيم لا يلزم سوى أطرافه، والمصرف في هذه الحالة لم يكن طرفاً في الاتفاق الأصلي بين العميل والمستفيد والذي اتفق بموجبه الأطراف على التحكيم[9].

غير أنه يلاحظ بأن بعض الأحكام القضائية قد قررت انصراف شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي إلى العقد المصرفي الخالي من شرط التحكيم مستندة في ذلك إلى انصراف نية الأطراف إلى

---

[1] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 1133.

[2] عندما عرفت منه اتفاق التحكيم على أنه: "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما".

[3] تنص المادة 2(1) من الاتفاقية على أن: "تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما".

[4] عرفت المادة 1(2) (أ) من الاتفاقية "اتفاقية التحكيم" على أنها ناتجة عن شرط مدرج في عقد أو اتفاق موقع من الأطراف.

[5] المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[6] المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية الألماني.

[7] المادة 2(1) من قانون التحكيم الياباني، أشار له: Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 1134.

[8] المادة 808 من قانون الإجراءات المدنية الإيطالي، أشار له: Poudret, Jean-François & Sébastien Besson, *op. cit.*, p.120-121.

[9] د. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الثاني-التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999، ص 82-84.

هذه النتيجة، ومن خلال النظر في الحالات التي قرر فيها القضاء هذه الأحكام يمكن تقسيمها وفقاً للتالي:

أولاً: دور الشركة القابضة أو الشركات التابعة في إبرام أو تنفيذ العقد الأصلي "مبدأ مجموعة الشركات"

يمكن لشركة ما أن تؤسس أو تساهم بإنشاء إحدى المصارف بحيث يكون الأخير تابع للأولى بسبب امتلاك الشركة الأم أكثر من نصف رأس مال المصرف. ويمكن للشركة الأم أن تكون من الشركات المساهمة أو ذات مسئولية محدودة أو من الشركات ذات الشخص الواحد[1]، ويطلق المشرع البحريني على الشركة الأم الشركة القابضة[2]. وتتمتع كل من الشركة الأم والشركات التابعة لها بشخصية اعتبارية مستقلة عن الأخرى[3].

اعتبرت بعض الأحكام القضائية أن اتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة الأم أو إحدى الشركات التابعة لها يمكن أن ينصرف إلى أي من هذه الشركات إذا ساهمت في إبرام أو تنفيذ العقد الأصلي المتضمن شرط تحكيم حتى وإن لم تكن طرفاً في العقد الأصلي. وأطلق الفقه والقضاء على هذه النظرية "مبدأ مجموعة الشركات" أو "Group of Companies Doctrine". ويعد الحكم الصادر عن المحكمة الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية في قضية *Dow Chemical v. Isover St. Gobain* بتاريخ 23 سبتمبر 1982[4] والذي أيده القضاء الفرنسي هو الحكم الرئيس في تطبيق مبدأ مجموعة الشركات[5].

---

[1] راجع المادة 299 من قانون الشركات البحريني لعام 2001.

[2] تنص المادة 298 من قانون الشركات البحريني على أنه: "الشركة القابضة هي شركة الهدف من تأسيسها تملك أسهم في شركات مساهمة بحرينية أو أجنبية، وكذلك تملك أسهم أو حصص في شركات ذات مسئولية محدودة بحرينية أو أجنبية، أو الاشتراك في تأسيس هذه الشركات بنوعيها، والعمل على إدارتها وإقراضها وكفالتها لدى الغير".

[3] Hannigan Brenda, *Company law*, Oxford University Press, 54 (2012).

[4] *Dow Chemical France v. Isover Saint Gobain*, Sept. 23, 1982 Interim Award, IX Y.B. Comm. Arb. 131 (1984).

[5] Redfern Alan, *op. cit.*, p. 149.

قضت محكمة غرفة التجارة الدولية في هذه الدعوى بجواز انضمام شركة تابعة لمجموعة دوو كيميكال بالإضافة للشركة الأم لإجراءات التحكيم بالرغم من أن العقد الأصلي أبرم بين إحدى الشركات الأخرى التابعة لدوو كيميكال، ففي حين أقرت هيئة التحكيم باستقلال الشخصية القانونية للشركة التابعة الطرف في الاتفاق عن الشركة الأم وسائر الشركات التابعة[1]، اعتبرت الهيئة أن النص في العقد على أن عملية توزيع البضاعة يمكنها أن تتم من قبل الشركة الأم أو أي من الشركات التابعة بمثابة انصراف لإرادة الأطراف لتكون هذه الشركات أطرافاً في العقد، خاصة وأن الشركة الموقعة تخضع للسيطرة الكاملة من قبل الشركة الأم[2].

وأيدت محكمة الاستئناف الفرنسية الحكم الصادر عن هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية[3]. اتبعت أحكاماً أخرى مبدأ مجموعة الشركات واستندت بعضها إلى قضية دوو كيميكال[4]. وقد أكد القضاء السويسري وجوب توافر هذه الشروط[5]. من ناحية أخرى، رفضت بعض المحاكم تطبيق نظرية مجموعة الشركات كالقضاء الإنجليزي[6]، الذي أكد صراحة بأن هذا المبدأ لا يعد جزء من القانون الإنجليزي[7]، وبالمثل رفض القضاء الهولندي تطبيق المبدأ[1]. ويذهب رأي إلى أن كوْن شركة

---

[1] *Dow Chemical v. Isover St. Gobain*, at. 135.

[2] *Id.*, at 148-149.

[3] محكمة الاستئناف الفرنسية، قضية *Société Isover-Saint-Gobain v Sociétés Dow Chemical France et autres*، بتاريخ 1983/10/21، أشار للحكم: Onyema E., *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Routledge, 12 (2010).

[4] ICC Case No. 5103, 115 J.D.I (Clunet) 1206 (1988); Partical Award, ICC Case No. 5894, 2(2) ICC Ct. Bull. 34 (1991); ICC Case No. 6519, 2(2) ICC Ct. Bull. 34 (1991); ICC Case No. 6610, XIX Y.B. Comm. Ar. 162 (1994).

[5] المحكمة العليا الفيدرالية السويسرية، قضية 14 ASA Bull. 496 (1996)، بتاريخ 12 يناير 1996، حيث اشترط لتطبيق النظرية مشاركة الشركة ذات الصلة في ابرام أو تنفيذ أو إنهاء العقد الموقع من الشركة الأم أو إحدى الشركات التابعة بشكل يجعلها تظهر بمظهر الطرف في العقد، كما واشترطت أن يكون الطرف الذي يطلب نفاذ اتفاق التحكيم يملك سبباً معقولاً أدى لتضليله بالنسبة لدور تلك الشركة. أشار للحكم Hanotiau Bernard, *op.cit.*, p. 71.

[6] المحكمة التجارية الانجليزية، قضية *Caparo Group Ltd v. Fagor Arrasate Sociedad Cooperativa* [2000] ADRLJ 254.

[7] محكمة الاستئناف الإنجليزية، قضية *Petersen Farms Inc v. C&M Farming Ltd* [2004] 121 (Comm)، بتاريخ 4 فبراير 2004.

ما تنتمي لمجموعة شركات لا يعد في حد ذاته سبباً كافياً لانصراف اتفاق التحكيم للشركات غير الموقعة عليه، بل يتوجب أن تلعب تلك الشركات دوراً في مرحلة المفاوضات أو تنفيذ أو انتهاء العقد[2].

ثانياً: تصديق الكفيل على العقد الأصلي

الأصل أن العقد المصرفي الخالي من شرط التحكيم كعقد الكفالة بين المصرف والعميل لا يخضع لشرط التحكيم الوارد في العقد الذي أبرم بمناسبته عقد الكفالة[3]. بالرغم من ذلك، ذهب كل من القضاء الإنجليزي[4]، والفرنسي[5]، والأمريكي[6]، في عدد من أحكامه إلى أن توقيع الكفيل بالموافقة على نصوص العقد الأصلي يعتبر بمثابة تصديق على العقد وقبول بالالتزام بنصوص العقد الأصلي بما في ذلك شرط التحكيم، ويلاحظ بأنه كان الكفيل في القضيتين اللتين صدر فيهما الحكمان من القضاء الإنجليزي والفرنسي أعلاه هو الشركة الأم، غير أن الحكمين لم يستندا إلى معايير مبدأ مجموعة الشركات للوصول إلى هذه النتيجة.

---

[1] المحكمة العليا الهولندية (Netherlands Hoge Raad)، قضية C04/174HR ، بتاريخ 2006/1/20، أشار للحكم: Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.,* p. 1175.

[2] Park William W., *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*, Oxford University Press, 20-21 (2012) ; Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.,* p. 287.

[3] محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Grundstad v. Ritt*, 106 F.3d 201 (7th Cir.1997)، بتاريخ 1997/2/4؛ المحكمة العليا لولاية نيويورك الأمريكية، قضية *Matter of Calvin Klein Co.*, 88 AD2d 503, 504 [1982]، بتاريخ 1982/5/4.
راجع كذلك Yves Derains & Eric A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, 92 (2005).

[4] المحكمة التجارية الإنجليزية، قضية *Stellar Shipping Co LLC v. Hudson Shipping Lines* [2010] EWHC 2985 (Comm)، بتاريخ 2010/11/18.

[5] محكمة الاستئناف الفرنسية، قضية *Inex Film and Sté Interexport v. Universal Pictures*، بتاريخ 1978/3/16، أشار للحكم Rubino-Sammartano M., *International arbitration law and practice*, Kluwer law international 286,287 (2001).

[6] المحكمة الجزئية للمنطقة الجنوبية لولاية نيويورك، قضية *Development Bank of Philippines v. Chemtex Fibers, Inc*, 617 F. Supp. 55, 56 (S.D.N.Y 1985)، بتاريخ 1985/9/11.

ثالثاً: صيغة العقد المصرفي

يمكن لغير الموقع على العقد الأصلي الوارد فيه اتفاق التحكيم أن يخضع للتحكيم إذا انطوت صيغة العقد المصرفي على نية الالتزام بالعقد الأصلي. فعلى سبيل المثال، قضت محكمة الاستئناف الأمريكية الفيدرالية في قضية *Kvaerner ASA v. Bank of Tokyo-Mitsubishi* الصادر حكمها بتاريخ 17 أبريل 2000[1]، بخضوع المصرف الضامن لشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي رغم عدم توقيع المصرف على العقد. عوّل الحكم قضاءه بانصراف الاتفاق على التحكيم إلى المصرف الضامن على نص في خطاب الضمان يقضي بتمتع المصرف الضامن بالحقوق والالتزامات ذاتها التي يملكها العميل الطرف في العقد الأصلي[2].

وقضت هيئة مركز تحكيم غرفة تجارة ستوكهولم في حكم مماثل بخضوع الكفيل لاتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي، لأن صيغة عقد الكفالة تنص على أن التزامات المدين والكفيل تعد متطابقة[3]. غير أن محكمة الاستئناف الأمريكية الفيدرالية اعتبرت وجود الكفالة في آخر صفحة في العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم مع الإشارة إلى ضمان الكفيل جميع نصوص العقد بما في ذلك تنفيذ المدين لالتزاماته لا يعد كافياً للقول بانصراف إرادة الكفيل ليكون طرفاً في اتفاق التحكيم[4].

المطلب الثاني: جواز الوكالة في اتفاق التحكيم

يجيز القانون لشخص ما أن يبرم عقداً ليقيم به شخص آخر مقام نفسه في إبرام تصرف معين[5]. بناءً على ذلك، يمكن لاتفاق التحكيم أن يمتد للموكل غير الموقع على العقد عند إبرام

---

[1] محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Kvaerner, ASA v. Bank of Tokyo-Mitsubishi, Ltd.*, 210 F.3d 262 (4th Cir. 2000)، بتاريخ 2000/4/17.

[2] *Id.*, at 265.

[3] حكم تحكيم مركز غرفة تجارة ستوكهولم، قضية *Company (Israel), Company (Israel) v. The Former Soviet Republic*, Jurisdictional Award, SCC cases 38/1997 and 39/1997، أشار للحكم Jarvin S. & Magnusson A. (Eds.), *International arbitration court decisions*, Juris Publishing, Inc., 1089-1113 (2008).

[4] محكمة الاستئناف الأمريكية الفيدرالية، قضية *Grundstad v. Ritt*, 106 F.3d 201, 203 (7th Cir.1997)، بتاريخ 1997/2/4.

[5] المادة 640 من القانون المدني البحريني.

الوكيل للاتفاق، مما يؤدي لانصراف أثر الوكالة للأصيل دون الوكيل[1]. والوكالة العامة تمنح الوكيل سلطة إبرام أعمال الإدارة دون التصرف[2]، فالتحكيم يعد من أعمال التصرف[3]، لذا اشترط المشرع البحريني لنفاذ الوكالة الواردة على التحكيم أن تكون وكالة خاصة[4].

المطلب الثالث: أثر اتفاق التحكيم على الخلف العام

يعد الخلف العام كالورثة والموصى له بجزء شائع من التركة بحكم الطرف بالنسبة للتصرف فلا يعتبرون من الغير[5]. لذا، فإن اتفاق التحكيم لا ينقضي بوفاة المورث، بل يظل نافذاً ومنتجاً لآثاره في مواجهة الورثة[6]. ويلتزم الورثة باتفاق التحكيم بالشكل نفسه الذي كان يلتزم به المورث[7]، ويكون الحكم الصادر فيه ملزماً في مواجهتهم[8]. غير أنه إذا كان أحد الخلف لا يملك أهلية التصرف، فإن اتفاق التحكيم لا يسري في حقه[9]. بالإضافة إلى ذلك، قد يكون اتفاق التحكيم ذا

---

[1] Hosking J. M., *Non-Signatories and International Arbitration in the United States: The Quest for Consent*, 20 Arbitration International, 289, 292 (2004).

[2] المادة 643 من القانون المدني البحريني.

[3] محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 275 لسنة 36 ق، جلسة 1971/2/16، مجموعة المكتب الفني، السنة 22، ص 179.

[4] المادة 43 من قانون المرافعات البحريني والتي تنص على "لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه"، والمادة 644/أ من القانون المدني البحريني والتي تنص على أنه "لابد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في التبرعات والبيع والصلح والرهن والإقرار والتحكيم".

[5] د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 468.

[6] محكمة النقض الفرنسية، قضية French Cour de cassation civ. Le,2000 RTD Com. 596، بتاريخ 2000/2/8، أشار له: Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 1185؛ المحكمة العليا السويسرية، قضية 4C.40/2003, No. 4.1، الصادر حكمها بتاريخ 2003/5/19، أشار للحكم: محكمة الاستئناف الأمريكية الفيدرالية، قضية *Motorola Credit Corp. v. Uzan*, 388 F.3d 39, 52 (2d Cir. 2004)، تاريخ 2004/10/22؛

[7] Tay Catherine Swee Kian, *Resolving Disputes by Arbitration: What You Need to Know*, NUS Press, 39 (1998).

[8] Bansal Ashwini, *Arbitration & ADR*, Universal Law Publishing, 23 (2005).

[9] د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 148-149.

طابع شخصي مما يدفع أطرافه للاتفاق على انقضاء الاتفاق بوفاة أحد أطرافه[1]. ويعد قانون التحكيم الإنجليزي من التشريعات التي نصت صراحة على عدم انقضاء اتفاق التحكيم بوفاة أحد أطرافه ما لم يتفقا على خلاف ذلك[2].

ويمكن للمصرف الذي لم يبرم الاتفاق أن يخضع للتحكيم إذا ما اندمج به مصرف آخر أبرم اتفاقاً على التحكيم قبل الاندماج. ذلك أنه باندماج شركة ما في شركة أخرى فإن ذلك يؤدي لانتقال التزامات وحقوق الشركة المندمجة إلى الشركة المندمج فيها أو الناتجة عن الاندماج[3]. وتعتبر الشركة التي آلت لها حقوق والتزامات الشركة المندمجة خلفاً عاماً للأخيرة[4]. بناءً على ذلك، فإن اتفاق التحكيم باعتباره من العقود التبادلية التي ترتب حقوق والتزامات في مواجهة أطرافه لا ينقضي بحل الشركة واندماجها في شركة أخرى بل تلتزم به الشركة المندمج فيها أو الناتجة عن الاندماج[5].

المطلب الرابع: أثر اتفاق التحكيم على الخلف الخاص

تنتقل الحقوق والالتزامات المتصلة بمال معين إلى الخلف الخاص إذا كان الخلف يعلم بها أو يمكنه العلم بها كما هو الحال مع المشتري[6]. ويثور التساؤل حول نفاذ اتفاق التحكيم الذي يبرمه السلف قبل انتقال الحق إلى الخلف الخاص. قرر القضاء الإنجليزي في السابق عدم جواز انصراف

---

[1] Poudret, Jean-François & Sébastien Besson, *op. cit.*, p. 252.

[2] تنص المادة 8 (1) منه على أنه "ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، لا ينقضي اتفاق التحكيم بسبب وفاة طرف فيه".

[3] المادة 315 من قانون الشركات البحريني؛ أنظر أيضاً حكم غرفة التجارة الدولية، Case no. 6754، أشار له: Poudret, Jean-François & Sébastien Besson, *op. cit.*, p. 252؛ أنظر كذلك: حكم محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Mercantile Home Bank & Trust Co. v. United States*, 8 Cir., 96 F.2d 655, 659-660، بتاريخ 1938/5/12.

[4] د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 148.

[5] أنظر في ذات المعنى: محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Fyrnetics (H.K.) Ltd. v. Quantum Group*, Inc., 293 F.3d 1023, 1029 (7th Cir.2002)، بتاريخ 2002/7/26؛ حكم تحكيم غرفة التجارة الدولية، Case no. 3281, 109 J.D..I (Cluent) 990 (1982)؛ راجع أيضاً: Redfern Alan, *op. cit.*, p. 152؛ Poudret, Jean-François & Sébastien Besson, *op. cit.*, p. 252.

[6] المادة 134 من القانون المدني البحريني.

اتفاق التحكيم للخلف الخاص مؤسساً حكمه على أن التحكيم يتمتع بطابع شخصي[1]. غير أنه من المستقر اليوم أن الأطراف يملكون سلطة الاتفاق على نقل الالتزام بالتحكيم للغير[2]. واختلف الرأي فيما إذا كان نقل حقوق والتزامات عقد معين يعد دليلاً على انصراف إرادة الخلف للالتزام بشرط التحكيم الوارد في العقد. وفي هذ الصدد قررت بعض المحاكم كالقضاء الفرنسي[3]، والإنجليزي[4]، والأمريكي[5]، والسويسري[6]، والألماني[7] أن الاتفاق على انتقال العقد للخلف يمنحه حق التمسك بشرط التحكيم الوارد في العقد.

---

[1] المحكمة التجارية الإنجليزية، قضية *Cottage Club Estate v. Woodside Estate Co.* 463,466 [1928].

[2] Jean-Louis D., Gerald H. P. & Jean R., *op. cit.*, p. 73; Girsberger D. & Hausmaninger C., Assignment *of Rights and Agreement to Arbitrate*, 8 Arbitration International, 121-166(1992); Brekoulakis S. L., *Arbitration and third parties*, QUEEN Mary Unieversity of London, 22 (2008); Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 1188.

[3] محكمة النقض الفرنسية، قضية *Société Taurus Films v. Les Film duJeudi*, Rev. Arb. 280 (2000)، أشار للحكم: Loukas A. Mistelis, *Concise Arbitration*, Kluwer Law International, 899 (2010)؛ محكمة الاستئناف الفرنسية، قضية *SA Burkinabe des ciments et mate'riaux v. Société des ciments d'Abidjan*, Rev Arb 165 (2001) 168، بتاريخ 1999/11/25، أشار للحكم: Andrea M. Steingruber, *op. cit.*, p. 147.

[4] محكمة الاستئناف الإنجليزية، قضية *Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen G.m.b.H. v. Voest Alpine Intertrading G.m.b.H. (The 'Jay Bola')*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 279، بتاريخ 1997/1/1.

[5] محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Asset Allocation and Management Company v. Western Employers* Insurance Company, 892 F.2d 566 (7th Cir. 1989)، بتاريخ 1989/12/26.

[6] المحكمة العليا السويسرية، قضية 80 .ASA Bull 20 (2002) ، بتاريخ 2001/5/9، أشار للحكم Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.*, p. 1189.

[7] حكم محكمة BGH الألمانية، قضية BGHZ 162, 164-165، أشار للحكم: Redfern Alan, *op. cit.*, p. 151.

واعتبرت محكمة النقض الفرنسية وجود شرط التحكيم في العقد كافياً لانصراف أثره في مواجهة الخلف حتى ولو كان الاتفاق الأصلي غير صحيح تطبيقاً لمبدأ استقلال شرط التحكيم[1]. ورفضت بعض أحكام التحكيم[2]، ومحاكم وطنية أخرى[3]، هذا الافتراض مشترطة وجود نص صريح يشير إلى انتقال شرط التحكيم من السلف للخلف. وباعتبار أن اتفاق التحكيم يمكن أن يبرم في صورة عقد مستقل عن العقد الأصلي، فإننا نرى بأنه يمكن للخلف في هذه الحالة الاحتجاج بعدم علمه باتفاق التحكيم المبرم من قبل سلفه[4].

المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية من حيث الموضوع

يرتب اتفاق التحكيم المصرفي أثرين من حيث الموضوع، يتمثل الأول في امتناع طرفي اتفاق التحكيم من اللجوء للقضاء ويسمى بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم، والثاني في وجوب خضوعهم للتحكيم ويطلق عليه الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم. بناءً على ذلك، سندرس هذين الأثرين في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: الامتناع عن اللجوء للقضاء (الأثر السلبي لاتفاق التحكيم)

يؤدي اتفاق التحكيم إلى سلب القضاء الوطني اختصاصه في نظر النزاع، مما يعني معه عدم جواز عرض الأطراف لمنازعاتهم على القضاء بالنسبة للمسائل المبرمة بشأنها اتفاق التحكيم.

---

[1] محكمة النقض الفرنسية، قضية *Banque Worms*, Civ. I p. 1, judgment of 5 January 1999 ، أشار للحكم: Jean-Louis D., Gerald H. P. & Jean R., *op. cit.*, p. 74.؛ محكمة النقض الفرنسية، قضية *Cimat v. CSA* Rev. Arb. 2003, p. 397، أشار للحكم: Poudret, Jean-François & Sébastien Besson, *op. cit.*, p. 244.

[2] The Foreign Trade Arbitration Commission of the USSR Chamber of Commerce and Industry, Award of 9 July 1984, Case No. 109/1980, *All-Union Foreign Trade Association "Sojuznefteexport" v. Joc Oil, Ltd.*, XVIII YBCA 92, 17 (1993).

[3] المحكمة العليا الايطالية، قضية *Zimmer (USA) Europe S.A. (Belgium) v. Giuliana Cremascoli (Italy)*, Corte di Cassazione, (Italy) Joint Divisions, XI YBCA 101, 518 (1986)، بتاريخ 1985/6/3، أشار للحكم Mauro Rubino-Sammartano, *op. cit*, p. 386-387.

[4] راجع في ذات المعنى د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 476.

بناءً على ذلك، إذا لجأ أحد أطراف اتفاق التحكيم إلى القضاء، يتوجب على المحكمة المرفوع أمامها النزاع الامتناع عن سماع الدعوى، غير أن المشرع البحريني في كل من قانون المرافعات[1]، وقانون التحكيم التجاري الدولي[2]، اشترط على الطرف الآخر التمسك ابتداءً بوجود اتفاق التحكيم. أما إذا لم يحتج المدعي عليه باتفاق التحكيم، وتعرض لموضوع الدعوى، فإن ذلك يعد بمثابة تنازل عن اتفاق التحكيم[3]. ولا يمنع رفع الدعوى أمام القضاء من تحريك دعوى التحكيم أو الاستمرار في نظرها[4].

يتماشى توجه المشرع البحريني مع الغاية من اتفاق التحكيم، وكذلك مع اتفاقية نيويورك، حيث تفرض المادة 2(3) من الاتفاقية على المحكمة إحالة طرفي اتفاق التحكيم الصحيح للتحكيم. فامتناع المحاكم عن نظر النزاع في مسألة أبرم بصددها اتفاق تحكيم صحيح يعد قاعدة ملزمة لا تخضع للسلطة التقديرية للقضاء[5]، وهو ما أكدته عدد من الأحكام القضائية[6].

---

[1] المادة 236 من قانون المرافعات البحريني.

[2] تنص المادة 8(1) منه على أنه: "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل أولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه". ورغم أن قانون المرافعات لم ينص صراحة على منح المحكمة سلطة التعرض للنزاع في حالة عدم صحة اتفاق التحكيم غير أننا نعتقد بأنه لا أثر على خلو مثل القانون من مثل هذا النص، ذلك أن أساس امتناع القضاء عن نظر الدعوى هو وجود اتفاق تحكيم صحيح لا مجرد الوجود المادي لمثل هذا الاتفاق رغم عدم صحته. أنظر في المعنى نفسه: د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 66.

[3] المرجع نفسه، ص 63.

[4] المادة 8(2) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني.

[5] Broches Aron, *Commentary on the UNCITRAL model law on international commercial* arbitration. Kluwer, para.3, (1990); Pieter Sanders, *The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation,* Kluwer law international 73 (2d ed. 2004); Beraudo, J. P., *Case Law on Articles 5, 8, and 16 of the UNCITRAL Model Arbitration Law*, 23 Journal of International Arbitration 101 (2006).

[6] راجع على سبيل المثال: حكم المحكمة العليا لمقاطعة البرتا الكندية، قضية *PetroKazakhstan Inc. v. Lukoil Overseas Kumkol B.V.*, 2005 ABQB 789 (Alberta Q.B.)، بتاريخ 2005/10/25؛ حكم محكمة استئناف ولاية اونتاريو الكندية، قضية *Dalimpex Ltd. v. Janicki*, 64 O.R. 3d 737, CanLII 34234 (ON C.A.) (2003)، بتاريخ 2003/5/30؛ المحكمة العليا السنغافورية، قضية *Coop Int'l Pte Ltd. v. Ebel SA*, [1998], Y.B. XXVI Comm. Arb. 839 (2001)، بتاريخ 1998/8/4.

المطلب الثاني: الخضوع للتحكيم (الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم)

يعتبر إلزام الأطراف بالخضوع للتحكيم أهم هدف وأثر لاتفاق التحكيم[1]. وأوضحت المحكمة العليا السويسرية الفارق بين الأثر السلبي والايجابي، فقد ذهبت في أحد أحكامها إلى أن "الأثر الأساسي لاتفاق التحكيم ليس استبعاد اختصاص محاكم الدولة، بل نقل حق إصدار الحكم لهيئة التحكيم، ويتحقق هذا الأثر الايجابي في دولة مكان التحكيم وفقاً للاتفاق. أما الأثر السلبي المتمثل في استبعاد قضاء الدولة فهو ينشأ كنتيجة للأثر الايجابي"[2]. ويتطلب هذا الالتزام مشاركة أطراف النزاع في إجراءات التحكيم والتعاون بحسن نية في تسوية منازعاتهم وفقاً لأحكام الاتفاق المبرم بينهما[3].

أشارت العديد من الاتفاقيات الدولية إلى الأثر الايجابي كاتفاقية نيويورك[4]، وبروتوكول جنيف[5]، فقد اشترطتا على الدول المتعاقدة الاعتراف باتفاق التحكيم الذي يتعهد فيه الأطراف بأن يحيلوا فيه منازعاتهم للتحكيم. وأورد كلا النصين هذا الالتزام بصورة ضمنية، حيث يظهر منهما بأن التزام الأطراف للتحكيم يشمل بشكل أساس الالتزام الإيجابي بقبولهم إحالة النزاع للتحكيم[6]. وتجدر الإشارة أن قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لم يكتف بالنص على تعهد الأطراف بإحالة نزاعهم للتحكيم، بل يتميز هذا القانون بأنه أجاز الحصول على أمر قضائي يلزم بموجبه الطرف المتعنت بالخضوع لاتفاق التحكيم[7]. ويُعد هذا النص استثنائياً في قواعد التحكيم، فعادة ما تنص قوانين

---

[1] Poudret, Jean-François & Sébastien Besson, *op. cit.*, p. 314.

[2] المحكمة العليا السويسرية، قضية Swiss Federal Tribunal, DFT 57 I 295, 304*ff* ، بتاريخ 1931/10/2، أشار للحكم: Born G., *The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective*, 26 SAcLJ 814, 823 (2014).

[3] Nussbaum A., (Ed.), *International Year Book on Civil and Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 6 (1928).

[4] المادة 2(1) من اتفاقية نيويورك.

[5] المادة 1 من بروتوكول جنيف عام 1923 المتعلق بشروط التحكيم.

[6] Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 383.

[7] المواد 4، 206، 303 من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي.

التحكيم على وجوب امتناع القضاء عن النظر في الدعوى دون منحه سلطة إصدار أمر جبري لمباشرة إجراءات التحكيم[1].

[1] Born G., International Commercial Arbitration, *op.cit.,* p. 1014-1015.

الباب الثاني

سبل حماية المتعاملين مع المصارف في عقد التحكيم المبرم بينهما وتقييمه

الفصل الأول: الحماية القانونية للمتعاملين مع المصارف في عقد التحكيم المبرم بينهما.

المبحث الأول: حماية العميل في ظل قوانين حماية المستهلك.

المبحث الثاني: الحماية القانونية للمتعاملين مع المصارف في اتفاق التحكيم بموجب القواعد العامة في عقود الإذعان.

الفصل الثاني: الحماية القضائية للمتعاملين مع المصارف في عقد التحكيم المبرم بينهما.

المبحث الأول: بعد مكان التحكيم كأساس للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم.

المبحث الثاني: صياغة شرط التحكيم بطريقة غير واضحة كأساس لعدم نفاذ شرط التحكيم.

المبحث الثالث: ارتفاع تكاليف التحكيم كأساس للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم.

المبحث الرابع: الانحياز الواضح لصالح الطرف القوي كأساس للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم.

الفصل الثالث: تقييم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل.

المبحث الأول: تقييم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل المستهلك.

المبحث الثاني: تقييم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل التاجر.

الباب الثاني

سبل حماية المتعاملين مع المصارف في عقد التحكيم المبرم بينهما وتقييمه

تناول بعض الشراح في الفقه العربي مميزات التحكيم في المعاملات المصرفية، وقد تم مناقشة ذلك في العديد من كتاباتهم، وفي عدد من الندوات والمؤتمرات[1]. وتتمثل أهم هذه المميزات بالسرعة والسرية وقوة الحكم التحكيمي، ومن ثم، فإنه قد يكون من الأفضل أن تلجأ المصارف للتحكيم باعتباره يحقق العدالة المرجوة بشكل أكثر فاعلية. إن لجوء المصارف للتحكيم باعتبارها شركات تجارية تقوم على السرعة وتستهدف تحقيق الربح قد يصب في صالحها وبشكل خاص في حالة شرط التحكيم السابق على قيام النزاع بإدراج نصوص التحكيم في عقود المصرف النموذجية وتحديد إجراءات التحكيم الأنسب لها.

ويوفر شرط التحكيم الوارد في نموذج العقد المصرفي على المصرف الحاجة للاتفاق مع العميل على صياغة اتفاق التحكيم اللاحق على قيام النزاع والتفاوض حول البنود الخاصة بالتحكيم، بما في ذلك ما يشمله من قواعد إجرائية وموضوعية. غير أن ذلك لم ينظر إلى مصلحة العميل عند إبرامه اتفاق التحكيم مع المصرف إذا ما كان طرفاً ضعيفاً أمام المصرف، وذلك بخلاف العميل التاجر، فدور اتفاق التحكيم وأثره ومدى فاعليته في الحالة الأولى لا يعد واضحاً، خاصة في ظل عدم وجود نصوص قانونية في القانون البحريني تعالج هذه المسائل.

---

[1] راجع على سبيل المثال: د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص13-18؛ د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص 61-67؛ د. موسى خليل متري، التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2010، دورة 26، ص7؛ فلاح بن موسى الزهراني، التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص 178-183.

وللوصول إلى أهمية وفاعلية التحكيم بين المصرف والعميل، وكذلك مدى الحاجة لوجود نصوص قانونية منظمة لهذه العلاقة، كان يجب علينا البحث في الحماية التي توفرها النظم الأخرى للتحكيم بين المصرف والعميل، ومن ثَمّ تقييم هذه المعاملات. بناءً على ذلك، سنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول نتناول في الأول الحماية القانونية للعميل في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية، وندرس في الثاني الحماية القضائية للعميل في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية، ونتناول في الثالث تقييم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل على النحو التالي.

الفصل الأول

الحماية القانونية للمتعاملين مع المصارف في عقد التحكيم المبرم بينهما

يضع المشرعون في أغلب الدول نصوصاً قانونية لحماية العميل في علاقته مع المصرف، كالقوانين المتعلقة بتنظيم بطاقات الائتمان والقروض وغيرها من التشريعات. وتوفر هذه التشريعات عادة الحماية للعميل بالنسبة لعقود التحكيم التي يبرمها مع المصرف عن طريق قوانين حماية المستهلك باعتبار أن شريحة كبيرة من عملاء المصارف يعتبرهم القانون مستهلكين. بالإضافة إلى ذلك، تعتبر العديد من النظم الأوروبية والأمريكية شرط التحكيم في العقود المصرفية من عقود الإذعان، لذا، فإن المشرع والقضاء يبسط حمايته على هذه العقود ويتدخل فيها لرفع الضرر عن العميل المستهلك في حالات معينة كما سنرى لاحقاً.

بناءً على ذلك، سنتناول دراسة الحماية القانونية للعميل في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية في مبحثين، نخصص المبحث الأول لحماية العميل في ظل قوانين حماية المستهلك، ونتناول في المبحث الثاني الحماية القانونية للمتعاملين مع المصارف في اتفاق التحكيم بموجب القواعد العامة في عقود الإذعان.

المبحث الأول: حماية العميل في ظل قوانين حماية المستهلك

سنّ المشرع البحريني القانون رقم 35 لسنة 2012 بشأن حماية المستهلك، وينطبق القانون على المستهلكين كافة، كمشتري السلعة، والمنتفع من الخدمات المختلفة. بالإضافة إلى ذلك، وضع مصرف البحرين المركزي عدة قواعد خاصة بالمستهلك في العقود المصرفية كميثاق أفضل الممارسات حول القروض الاستهلاكية، ورسوم الخدمات المصرفية الصادر في يوليو 2007، ودليل المستهلك الخاص ببطاقات الإئتمان الصادر في يناير 2005.

لذا يمكن القول بأن المشرع البحريني اعترف بمنح صفة المستهلك على المنتفعين من الخدمات المصرفية مما يعني معه بسط الحماية القانونية الخاصة بالمستهلكين على هذه المعاملات. وقد وضعت العديد من التشريعات نصوصاً لحماية العميل في اتفاق التحكيم باعتباره مستهلكاً، لذا،

ينبغي تعيين من يندرج في هذا الوصف لتحديد المستهلك في المعاملات المصرفية. بناءً على ذلك، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نعرض في الأول مفهوم المستهلك، ونبين في الثاني الحماية التشريعية للعميل في لتحكيم في المعاملات المصرفية بموجب قوانين حماية المستهلك.

المطلب الأول: مفهوم المستهلك

تتطلب دراسة مفهوم المستهلك بيان المقصود بالمستهلك لدى الفقه والقضاء، وكذلك في التشريعات، بناءً على ذلك سنتناول مفهوم المستهلك في فرعين على الوجه التالي:

الفرع الأول: مفهوم المستهلك لدى الفقه والقضاء

ظهر مصطلح المستهلك لدى الفقه حديثاً نسبياً لدى الفقه القانوني، فحسب الأصل يعتبر مفهوم المستهلك محل دراسة الاقتصاديين[1]. حيث عرفوه بأنه الشخص الذي يقوم بعملية الاستهلاك وهي العملية الاقتصادية الأخيرة التي تُخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات[2]. غير أن واقعة الاستهلاك ليست معياراً لدى الفقه القانوني لتحديد من يقع عليه وصف المستهلك لأن فعل الاستهلاك ليس محل اهتمام هذا الفقه، فالقانون لا يضع قواعد تنظم كيف يأكل الفرد أو كيف يستقل مركبته بل يرتكز اهتمامه على التصرف القانوني الذي يبرمه[3]. واختلف الفقه في تحديد المقصود بالمستهلك، فهناك من اعتمد معياراً ضيقاً، بينما وسّع رأياً آخر من هذا المعيار، مما أدى إلى اختلاف الآراء الفقهية والتطبيقات القضائية بهذا الشأن، وهو ما سنحاول تسليط الضوء عليه في الفقرات التالية.

الرأي الأول: ذهب جانب من الفقه إلى وضع مفهوم ضيق للمستهلك، كما أن بعض هذا الفقه تشدد في هذا التضييق، فقد اعتبر البعض أن المستهلك هو من يمتلك بشكل غير مهني سلعاً

---

[1] د. عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وفي العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 18.

[2] د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، 1996، ص 8.

[3] المرجع نفسه، ص 8.

استهلاكية مخصصة لاستخدامه الشخصي[1]. ويؤخذ على هذا الرأي أنه استثنى من وصف المستهلك الشخص الذي ينتفع من الخدمات كعقد التأمين والصيانة والخدمات المصرفية. وبالتالي إن هذا الرأي استبعد جميع المتعاملين في الخدمات المصرفية من تعريف المستهلك، وهذا يخالف الاتجاه السائد في الفقه والتشريع والقضاء كما سنبحث لاحقاً.

الرأي الثاني: تعتبر فئة أخرى من أصحاب الرأي الضيق بأن المستهلك هو الشخص الذي يبرم التصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية غير المهنية[2]. يتوافر في المستهلك وفقاً لهذا الرأي العناصر التالية:

1- أن يكون المستهلك شخصاً طبيعياً، بالتالي فقد استثنى هذا الرأي من وصف المستهلك الشخص المعنوي[3]. فالشركة أو الجمعية التي تبرم اتفاق تحكيم مع المصرف لا تعد مستهلكاً، وبالتالي لا تشملها قوانين حماية المستهلك.

2- يشمل الشيء المستهلَك كلاً من السلع أو الخدمات[4]. فلا ينحصر مفهوم المستهلك في الشخص الذي يحصل على السلع، وهذا يعني بسط الحماية القانونية على الشخص الذي يحصل على الخدمات المصرفية بوصفه مستهلكاً.

3- أن يكون هدف المستهلك من السلعة أو الخدمة غير مهني، فالغرض من التعاقد يجب أن يكون إشباع حاجات المستهلك الشخصية أو العائلية وليس لأغراض أعماله التجارية[5]. بناءً على ذلك، فإن العقود التي يبرمها المهنيون كالطبيب الذي يشتري أجهزة طبية لعيادته، أو المهندس الذي يشتري أثاثاً لمكتبه لا ينطبق عليهم وصف المستهلك[6]. فإذا

---

[1] G. Cornu, La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, in Travaux de l'Association H. Capitant, 1973, P 136، أشار له د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 20.

[2] د. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 24.

[3] د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق ص 23.

[4] د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 25.

[5] د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 24.

[6] د. حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق ص 9؛ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 24.

أبرم المحامي، أو المهندس، أو الطبيب، أو غيرهم من المهنيين عقد قرض مثلاً فيجب أن يكون الغرض الذي تم الاقتراض من أجله مُنبت الصلة عن أعمال حرفته لكي يطلق عليه وصف المستهلك، وبالتالي يتمتع بالحماية القانونية التي يمنحها المشرع للمستهلكين. فالمهني وفقاً لهذا الرأي لا يجب أن تشمله الحماية، وإن اتصف موقفه التعاقدي بالضعف[1].

الرأي الثالث: يرى بأن صفة المستهلك تنطبق على الشخص الذي يحصل على السلع أو الخدمات لأغراضه الشخصية أو أغراض عائلته، وكذلك الشخص المعنوي أو المهني الذي يختلف فيه محل السلعة أو الخدمة عن مجاله الفني أو اختصاصه[2]. وينتقد أصحاب هذا الرأي استبعاد المهني باعتبار أن إمكانياته الاقتصادية تكفل له الاستعانة بخبير يعوضه النقص في خبرته الفنية في مجال السلعة المستهلكة، ويدفع أصحاب هذا الرأي بأن المستهلك العادي الميسور يمكنه أيضاً اللجوء إلى خبير فني، وهذا يؤدي بدوره لقصر تطبيق قانون حماية المستهلك على فئة محدودة، وهذا ما لم يقصده المشرع[3].

ويستند هذا الرأي إلى مفهوم المادة 35 من القانوني الفرنسي الصادر في 10 يناير 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، حيث تعالج هذه المادة الشروط التعسفية الواردة في العقود المبرمة بين "المهنيين وغير المهنيين، أو المستهلكين"[4]. ولذا يرى أصحاب هذا الرأي أن هذه المادة تدل على أن نية المشرع الفرنسي انصرفت إلى توفير الحماية للمهني الذي يتعاقد في غير مجال اختصاصه الفني بما يجعله غير مهني بالنسبة لذلك التصرف، فيُعامل كالمستهلك العادي، وأن القول بغير ذلك يؤدي لاعتبار النص التشريعي الخاص بغير المهني مجرد لغو زائد ينزّه عنه المشرع[5].

---

[1] د. هشام صادق، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمي حول تنمية الصناعات الوطنية وحماية المستهلك في ظل العولمة، صنعاء من 14-16 سبتمبر 2002، أشار له د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 32 هامش 1.

[2] د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق ص 33.

[3] المرجع السابق، ص 33 وما بعدها.

[4] Gerald Spindler & Fritjof Börner, *E-Commerce Law in Europe and the USA*, Springer, Berlin, 92 (2002).

[5] د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 35.

وانتقد أصحاب الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك من خلال القول بعدم تطبيق الحماية الواردة في قانون المستهلك على المهنيين بأن المادة السالفة تؤكد استبعاد المهني، ومرد ذلك أنه لا يمكن التمسك بأن عبارة غير المهني تعني كل من لم يسمح له مجاله الفني بالتعاقد على قدم المساواة ولو كان الهدف من التعاقد مهنياً، لأن ذلك يؤدي لتحميل الألفاظ أكثر مما تحتمل دون أي سند قانوني[1]. غير أنه يبدو أن محكمة النقض الفرنسية فسرت النص محل الخلاف الفقهي على أن الحماية القانونية للمستهلك تنصرف للمهني الذي يتعاقد خارج مجال اختصاصه في عدة أحكام صادرة عنها. فقد اعتبرت المحكمة أن النص القانوني ينطبق على شركة توكيلات عقارية اشترت نظام إنذار من أحد التجار ثم اتضح لها بأن البضاعة معيبة فطالبت بإبطال العقد، قضت محكمة النقض بأن الشركة المشترية تعتبر في حكم المستهلك من حيث حالة الجهالة التي أحيطت بها، وبالتالي فإنه ينطبق عليها وصف غير المهني[2].

أكدت محكمة النقض الفرنسية موقفها هذا في عدة أحكام متعاقبة، فقد قضت بتطبيق المادة 3 من القانون الصادر في 22 ديسمبر لعام 1972[3]، والذي يجيز للمستهلك العدول عن العقد الذي أبرمه خلال سبعة أيام على عقد المزارع مع أحد بيوت الخبرة بعد نشوب حريق في أرضه. رفضت الشركة المتعاقدة مع المزارع تمسكه بالقانون السالف تأسيساً على أن هذه المادة لا تنطبق إلا على المستهلكين بينما المزارع يعد من المهنيين وقد تعاقد بهذه الصفة. رفضت محكمة الاستئناف دفع الشركة فطعنت الأخيرة لدى محكمة النقض والتي أيدت حكم الاستئناف تأسيساً على اعتبار المزارع في مكانة المستهلك لأن العقد يعد خارج مجال اختصاص المزارع الفني مما يجعله عديم الخبرة في هذا المجال.

---

[1] د. حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق ص 11-12.

[2] محكمة النقض الفرنسية، قضية 20893 Cass. civ. lere, 28 April 1987, J.C.P. 1987 II، بتاريخ 1987/4/28. أشار للحكم: Girot Clarisse, *User Protection in IT Contracts, A Comparative Study of the Protection of the User Against Defective Performance in Information Technology*, Kluwer law International, 79 (2001).

[3] أشار للحكم: د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 28.

وقضت محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر لها بأن صاحب إحدى محلات السمكرة يعد غير مهني بالنسبة لعقد تقديم خدمات قانونية[1]. كما قررت المحكمة ذاتها في حكمين لاحقين بأن المستهلك أو غير المهني هو الذي يحصل على السلعة أو الخدمة دون وجود أي علاقة مباشرة بنشاطه التجاري[2]. ردّ أصحاب الرأي القائل بأن المهني الذي يتعاقد خارج مجال مهنته لا يستفيد من قوانين حماية المستهلك بأنه ولو افترضنا جدلاً بأن نية المشرع الفرنسي انصرفت فعلاً لإسباغ وصف المستهلك على المهنيين في مثل هذه الحالات، فإن ذلك يعد من قبيل الاستثناءات، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، بالتالي، فإنه لا يجوز تعميم هذه الحالة على جميع قوانين حماية المستهلك[3]. وقد استبعدت محكمة العدل الأوروبية الشخص المعنوي من مفهوم المستهلك[4]. كما رفضت محكمة العدل الأوروبية سعي المحامي العام بسط الحماية على صغار التجار بموجب قوانين المستهلك[5].

الفرع الثاني: مفهوم المستهلك في التشريع

أفردت العديد من التشريعات العربية ومنها التشريع البحريني قوانين مستقلة لحماية المستهلك والتي تضمنت تعريفات للمستهلك[6]. فقد عرف المشرع البحريني المستهلك في القانون رقم 35 لسنة

---

[1] محكمة النقض الفرنسية، Cass. civ. Iere, 20 October 1992, J.C.P. 1993 II 22007، أشار للحكم Girot Clarisse، مرجع سابق، ص 79-80.

[2] محكمة النقض الفرنسية، Cour de Cassation, Civ. 1ère 3 January 1996؛ محكمة النقض الفرنسية، Cour de Cassation, Civ. 1ère 30 January 1996 . أشار للحكمين H. Schulte-Noelke, C. Twigg-Flesner & M. Ebers (eds.), *EC consumer law compendium: The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Munich 367 (2008).

[3] د. حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 12.

[4] حكم محكمة العدل الأوروبية، قضية *Gruber v. Bay Wa AG*, C-464/01 [2005] ECR 1-439، بتاريخ 2005/1/20.

[5] محكمة العدل الأوروبية، قضية *France v. Patrice Di Pinto*, C-361/89 [1991] ECR I-1189 [1993] CMLR 399، بتاريخ 1991/3/14؛ محكمة العدل الأوروبية، قضية *Benincasa v. Dentalkit Srl*, C-269/95 [1997] ECR I-3767, [1997] ILPr 559، بتاريخ 1997/7/3.

[6] ومثال ذلك: قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم (24) لعام 2006 ؛ قانون حماية المستهلك العماني رقم (81) لسنة 2002 ؛ قانون حماية المستهلك القطري رقم (8) لسنة 2008؛ قانون حماية المستهلك المصري رقم (67)

2012 بشأن حماية المستهلك بأنه "كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل على المنتجات إشباعاً لحاجاته أو لحاجات التابعين له"[1]. يتضح من هذا التعريف أن المشرع البحريني حسم الخلاف الفقهي بالنسبة لاسباغ وصف المستهلك على الشخص المعنوي. ومن التشريعات التي نصت صراحة على إضفاء وصف المستهلك على الشخص المعنوي القانون العماني[2]، واللبناني[3].

وعلى العكس من هذا المعيار الواسع لمفهوم المستهلك نلاحظ بأن العديد من التشريعات الأجنبية وأنظمة بعض المنظمات الدولية تبنت صراحة المعيار الضيق لمفهوم المستهلك. فعلى سبيل المثال، استبعد القانون التوجيهي للممارسات التجارية غير العادلة للاتحاد الأوروبي من وصف المستهلك، كلاً من الشخص المعنوي والمهني الذي يتعاقد لاستخدام السلعة أو الخدمة في مجال حرفته، وذلك عندما عرف المستهلك أنه أي شخص طبيعي يتعاقد لأغراض خارج نطاق تجارته أو حرفته[4].

وقَصر المشرع الأمريكي وصف المستهلك على الشخص الطبيعي[5]. كما واشترط المشرع الإنجليزي في قواعد حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير العادلة أن يكون الغرض من التعاقد لا يتعلق بحرفة المستهلك[6]. وكذلك، فإنه اعتبر في "قانون حماية المستهلك من الشروط التعسفية في البيع عن بُعد" أنّ المستهلك هو الشخص الطبيعي الذي يتعاقد لأغراض خارج نطاق تجارته أو حرفته[7]. وتعد فرنسا من الدول الغربية التي تبنت التعريف الواسع للمستهلك كما وضحنا

لسنة 2006؛ قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005؛ قانون حماية المستهلك اليمني رقم (46) لسنة 2008.

[1] المادة 1 من قانون حماية المستهلك البحريني.

[2] المادة 1 من قانون حماية المستهلك العماني رقم 81 لسنة 2002.

[3] المادة 2 من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005.

[4] المادة 2 (a) من القانون التوجيهي للممارسات التجارية غير العادلة للاتحاد الأوروبي رقم 2005/29/EC بتاريخ 11 مايو 2005.

[5] حيث نصت المادة 15 U.S.C. 1693 a (6) من قانون التجارة الأمريكي على أن "مصطلح "المستهلك" يعني الشخص الطبيعي".

[6] المادة 2 من قواعد حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير العادلة الإنجليزي رقم 1277 لعام 2008.

[7] المادة 3 من قانون حماية المستهلك من الشروط التعسفية في البيع عن بُعد الإنجليزي رقم 2334 لعام 2000.

سلفاً، بينما بذلت دول أخرى مثل بلجيكا مساعي غير ناجحة لإضفاء وصف المستهلك على الشخص المعنوي[1].

مما تقدم يتضح لنا بأن تحديد الأفراد الذين يعتبرهم المشرع أهلاً لاكتساب الحماية باعتبارهم مستهلكين له أهميته، وذلك لِما توفره العديد من التشريعات من حماية للعميل في إبرامه اتفاقات التحكيم في المعاملات المصرفية بموجب قوانين المستهلك، وهو ما سيتم التفصيل فيه لاحقاً. ورغم أن المشرع البحريني اعتبر كلاً من الشخص الطبيعي والمعنوي مستهلكاً طالما كان الغرض من الحصول على السلعة أو الخدمة هو إشباع حاجاته أو حاجات التابعين له، غير أنه يُلاحظ بأن مفهوم المستهلك في المعاملات المصرفية يأخذ منظوراً أضيق في القانون البحريني. فعلى سبيل المثال، نلاحظ بأن قواعد مصرف البحرين المركزي حصرت عملية تمويل المستهلك بالشخص الطبيعي دون المعنوي[2]. بالإضافة إلى ذلك اشترط مصرف البحرين المركزي في تمويل المستهلك أن لا يكون التمويل مضموناً بالعقار الذي يسكنه الفرد أو ينوي السكن فيه[3]، كما لا يعد من قبيل التمويل الاستهلاكي تقديم التسهيلات الائتمانية إذا ما كانت مضمونة بأموال نقدية تفوق قيمة تلك التسهيلات[4]. من ناحية أخرى، فإن القانون البحريني، كما هو الحال مع التشريعات العربية الأخرى، لم يتضمن قواعد خاصة بالتحكيم مع المستهلك والذي سيستفيد منه بطبيعة الحال العميل المستهلك كالمقترضين وحملة بطاقات الائتمان.

---

[1] اقترحت بلجيكا في عام 1995 في "لجنة تعديل قانون المستهلك (CERDC)، توسيع مفهوم المستهلك ليشمل بعض الأشخاص المعنوية والتي ورد فيها بأن الشخص الاعتباري لا يعد مستهلكاً، إلا إذا أثبت أنه لا يملك ولا يجب عليه أن يملك الكفاءة المهنية بالنسبة للسلع أو الخدمات، أشار له Hondius Ewoud, *The Notion of Consumer: European Union versus Member States*, 28 Sydney Law Review, 89, 96 (2006).

[2] المادة CM-8.3.1، إدارة المخاطر الائتمانية، المجلد التوجيهي الأول (أ)، المصارف التقليدية، مصرف البحرين المركزي.

[3] المادة CM-8.3.1.a، المصدر نفسه.

[4] المادة CM-8.3.1.b، المصدر نفسه.

المطلب الثاني: الحماية التشريعية للمتعاملين مع المصارف في اتفاق التحكيم بموجب قوانين حماية المستهلك

تتدخل التشريعات في قوانين العديد من الدول لمنع أو تقييد التحكيم مع العميل في المعاملات المصرفية، وتهتم غالبية هذه التشريعات في اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع، وغالباً ما يتم تنظيم هذه الأحكام في القوانين الخاصة بحماية المستهلك. ويستفيد العميل من هذه النصوص باعتبار أن فئة واسعة من عملاء المصرف ينطبق عليهم وصف المستهلك كما سبق بيانه. لذا، سنحاول في الفقرات التالية أن نسلط الضوء على بعض من هذه التشريعات في قوانين عدد من الدول:

1- حماية العميل في القانون الفرنسي

نص القانون المدني الفرنسي على صحة شرط التحكيم في حالة انعقاده بسبب نشاط مهني[1]. وطبقاً لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن عبارة النشاط المهني أو المهنية تنصرف إلى كلا الطرفين[2]. بالإضافة إلى ذلك، أورد المشرع الفرنسي في قانون المستهلك بأن العقود المبرمة بين التجار وغير المهنيين أو المستهلكين تعد تعسفية إذا ما انطوت على اختلال كبير في حقوق والتزامات طرفي العقد، ثم أشار في المادة ذاتها إلى أمثلة على حالات التعسف ومنها إلزام المستهلك بإحالة الدعوى للتحكيم فيما لم يرد فيه نص قانوني[3].

بناءً على ذلك، يرى العديد من الشراح بأن القانون الفرنسي يحظر اتفاق التحكيم في منازعات المستهلك ما قبل قيام النزاع والتي تكون على شكل عقود معدّة سلفاً من الطرف القوي، ويدرج ضمن نصوصها شرط التحكيم، حيث إن القانون المدني أشار لجواز إدراج شرط التحكيم أي السابق على

---

[1] المادة 2061 من القانون المدني الفرنسي الصادر في 1804/3/21.

[2] أشار للحكم Finizio Steven, Wendy Miles & Kate Davies, *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2013*, Global Legal Group Ltd, 10th Edition, 282 (2013).

[3] المادة L132-1 من قانون المستهلك الفرنسي رقم 949 لعام 1993.

قيام النزاع بين المهنيين فقط بينما قانون المستهلك يحظر التحكيم مع المستهلك في الحالات التي لم يرد بشأنها نص، ومنها شرط التحكيم بين التاجر والمستهلك[1].

2- حماية العميل في القانون الإنجليزي

يمنع قانون التحكيم الإنجليزي الاتفاق على التحكيم إذا كان يتعلق بمطالبة تقل عن 5 آلاف جنيه إسترليني (حوالي 3200 دينار بحريني)، سواءً أبرم اتفاق التحكيم قبل أو بعد قيام النزاع[2]. ولا يشترط في هذه الحالة أن يتعلق العقد بعقود استهلاكية، ولكنه يضع معياراً من خلال تحديد قيمة المطالبة ويقصد من ذلك حماية الطرف الضعيف كالعميل المستهلك الذي يبرم تصرفات بمبالغ غير كبيرة. علاوة على ذلك، فإن لوائح الشروط غير العادلة في عقود المستهلك Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations اعتبرت العقد المبرم مع المستهلك دون التفاوض معه حول بنوده عقد غير عادل، وبالتالي غير نافذ، وذلك إذا ما خالف مقتضيات حسن النية، أو إذا كان يؤدي لاختلال كبير في الحقوق والالتزامات الناشئة على حساب المستهلك[3].

ويوضح الدليل الارشادي للشروط غير العادلة السالف ذكرها Unfair Contract Terms Guidance أنه في حالة إدراج شرط التحكيم في العقد، فإنه يجب أن يكون خالياً من مظاهر الإلزام، ثم يقدم الدليل المذكور مثالاً على ذلك وهو أن يملك المستهلكين أو كلا الطرفين حرية اختيار اللجوء للتحكيم من عدمه[4]. وشدد ذلك الدليل على أن القوانين في المملكة المتحدة تنظم التحكيم بشكل كامل، ثم أردف مؤكداً بأنه في ظل هذه القوانين، فإنه من غير المرجح أن يتعرض

---

[1] Shelley McGill, *Consumer Arbitration Clause Enforcement: A Balanced Legislative Response*, 47 AM. BUS. L.J. 361, 391 (2010); David Caron & Seth Schreiberg, *Anticipating the 2009 U.S. "Fairness in Arbitration Act"*, 2 World Arb. & Mediation Rev. 15 (2008); Rutledge & Howard, Peter B. Rutledge & Anna W. Howard, *Arbitrating Disputes Between Companies and Individuals: Lessons from Abroad*, 65 DISP. RES. J. 30, 34 2010.

[2] المادة 91 من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996.

[3] المادة 1/5 من لوائح الشروط غير العادلة في عقود المستهلك رقم 2083 لعام 1999.

[4] المادة 3/17 من الدليل الارشادي لشروط العقد غير العادلة.

التحكيم الخالي من مظاهر الإلزام في المملكة المتحدة لاعتراضات الأطراف شريطة أن يصاغ بلغة واضحة وغير مضللة[1].

وعلى ذلك، يُلاحظ بأن توجه المشرع الإنجليزي إلى عدم تشجيع اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع في العقود المبرمة مع المستهلكين والذين يشكلون فئة واسعة من المتعاملين مع المصارف. وقد أثبت الواقع بأن الطرف القوي في اتفاق التحكيم كثيراً ما يعمد لإدراج نصوص تصب في صالحه على حساب الطرف الضعيف كالعميل، أو المشتري، أو العامل عن طريق إدراجها في عقوده النموذجية، وهو ما سنحاول البحث فيه بالتفصيل لاحقاً.

3- حماية العميل في القانون الألماني

يشترط قانون الإجراءات المدنية الألماني في اتفاق التحكيم مع المستهلك -سواءً كان سابقاً على قيام النزاع أو لاحقاً عليه- أن يُوقَّع من قبل المستهلك شخصياً، وأن يرد اتفاق التحكيم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي، ويستثنى من ذلك حالة تسجيل اتفاق من قبل كاتب عدل[2]. وبموجب القانون المدني الألماني، لا يعد شرط التحكيم الوارد في العقد النموذجي نافذاً إلا إذا كان يتوافق مع مقتضيات حسن النية ولا يضر بأحد طرفي العقد، كما يجب أن يكون الشرط واضحاً ومفهوماً[3]، وعند نظر هذه المسألة، فإنه يؤخذ في الاعتبار الظروف المحيطة بإبرام العقد[4].

4- حماية العميل في القانون الياباني

رغم أن القانون الياباني تبنى قواعد التحكيم الخاصة بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال)[5]، والذي يتسم بمنح حرية واسعة للأطراف للتحرر من القواعد الإجرائية في اتفاق التحكيم، غير أنه سعى، وكما هو الحال مع القوانين السالفة لحماية الطرف الضعيف في اتفاق

---

[1] المادة السابقة.

[2] المادة 5/1031 من قانون الإجراءات المدنية الألماني.

[3] المادة 1/307 من القانون المدني الألماني لعام 1896.

[4] المادة 3/310 من القانون المدني الألماني.

[5] United Nations Commission on International Trade Law, available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html, last visited on: 17 July 2014.

التحكيم، وبصفة خاصة في حالة الاتفاق السابق على قيام النزاع. ويوفر المشرع الياباني حماية واسعة للمستهلك، حيث اعتبر القانون الياباني اتفاق التحكيم مع المستهلك السابق على قيام النزاع اتفاقاً صحيحاً، غير أنه في حالة تحريك الطرف الآخر لدعوى التحكيم، فإن المستهلك يملك حق إلغاء شرط التحكيم الوارد في العقد[1].

بالإضافة إلى ذلك، نظم المشرع الياباني إجراءات إشعار المستهلك عند طلب الطرف الآخر مباشرة إجراءات التحكيم، فقد ألزم القانون الياباني هيئة التحكيم أن تعلن المستهلك بهذا الطلب، وبأن تحدد جلسة يحضر فيها الطرفان وفق إجراءات معينة. كما ينبغي على هيئة التحكيم أن تبين في الإخطار الأثر المترتب على اتفاق التحكيم، وقرار التحكيم على المستهلك، وذلك بأن توضح في الإعلان بأن المحكمة سترفض نظر النزاع المبرم بشأنه اتفاق تحكيم[2].

وحرص المشرع الياباني على التأكد من أن الطرف الضعيف في العلاقة وهو المستهلك عَلِم بالنتائج المترتبة على قبوله إبرام اتفاق التحكيم، وعلى عدم استخدام حقه بإلغاء شرط التحكيم، حيث ألزم هيئة التحكيم بأن تشرح في الإخطار طبيعة حكم التحكيم من حيث إلزاميته ونهائيته، وبأنه يعد مماثلاً من هذه الناحية للأحكام القضائية[3]. لم يكتف المشرع الياباني بإلزام هيئة التحكيم في إخطارها بإعلام المستهلك بحقه في إلغاء اتفاق التحكيم، بل جعل الأثر المترتب على تخلف المستهلك عن حضور الجلسة هو افتراض أن المستهلك قرر إلغاء اتفاق التحكيم[4]. أما إذا حضر المستهلك الجلسة، فإن على هيئة التحكيم أن تكرر شرح جميع ما ورد في الإخطار أعلاه للمستهلك ويكون حينذاك له حق إبداء رغبته في إلغاء اتفاق التحكيم[5].

يُلاحظ أنه بجانب الحماية التي سعى المشرع الياباني توفيرها للطرف الضعيف في اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع، فإن النصوص التي سنّها لا تشجع الشركات التجارية كالمصرف على إدراج شرط التحكيم في عقودها لأن العقد في الواقع لا يلزم إلا المصرف فيكون نفاذه معلقاً على إرادة الطرف الآخر وهو العميل، فكما يظهر من النصوص القانونية فإن جلَّ اهتمام الشارع

---

[1] المادة 2/3 من النصوص التكميلية لقانون التحكيم الياباني لعام 2003.

[2] المادة 3/5/3 من النصوص التكميلية لقانون التحكيم الياباني.

[3] المادة 2/5/3 من النصوص التكميلية لقانون التحكيم الياباني.

[4] المادة 7/3 من النصوص التكميلية لقانون التحكيم الياباني.

[5] المادة 6/3 من النصوص التكميلية لقانون التحكيم الياباني.

الياباني هنا هو حماية الطرف الضعيف ولو أدى ذلك إلى تثبيط الشركات التجارية من اللجوء للتحكيم مع المستهلك.

5- حماية العميل في القانون النمساوي

يمنع التشريع النمساوي اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع مع المستهلك[1]، فإذا كان المستهلك طرفاً في اتفاق تحكيم للاحق على قيام النزاع، يجب أن يرد هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي ويوقعها المستهلك شخصياً[2] كما هو الحال مع القانون الألماني. ويشترط المشرع حصول المستهلك على مشورة قانونية قبل إبرامه اتفاق التحكيم، وينبغي أن توضح له في الاستشارة أوجه الخلاف بين نظر النزاع من قبل المحكمة والتحكيم بالنسبة لمحل العقد[3]، فإذا لم يحصل المستهلك على هذه المشورة، فإن قرار التحكيم يعد غير نافذ[4].

ويشترط المشرع النمساوي أن ينص الاتفاق مع المستهلك على مقر هيئة التحكيم[5]. فالمستهلك ربما لا يتوقع أن ينص اتفاق التحكيم على مكان بعيد بالنسبة لعقود محلها مبالغ بسيطة مما قد يشكل إرهاقاً كبيراً بالنسبة له يؤدي لتثبيطه من رفع دعوى التحكيم أو لخسارته الدعوى المقامة ضده وهو مما سنحاول شرحه لاحقاً. بالإضافة إلى ذلك، فإنه في حالة اختلاف مقر هيئة التحكيم عن موطن أو محل الإقامة المعتادة أو مكان عمل المستهلك، فإن اتفاق التحكيم لا ينفذ في مواجهة المستهلك ما لم يتمسك به بنفسه[6].

6- حماية العميل في قوانين بعض الدول الأخرى

حذا العديد من المشرعين حذو غالبية المشرعين في الدول التي ذكرناها نحو تقييد اتفاق التحكيم مع الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فالمشرع السويدي لا يجيز اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع بالنسبة للسلع والخدمات التي يتلقاها المستهلك، غير أنه استثنى من ذلك حالة

---

[1] المادة 1/617 من القانون النمساوي للتحكيم لسنة 2006.

[2] المادة 2/617 من القانون النمساوي للتحكيم.

[3] المادة 3/617 من القانون النمساوي للتحكيم.

[4] المادة 7/617 من القانون النمساوي للتحكيم.

[5] الماة 4/617 من القانون النمساوي للتحكيم.

[6] المادة 5/617 من القانون النمساوي للتحكيم.

تعارض هذا النص مع التزامات السويد الدولية[1]. ويمنع القانون النيوزلندي اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع مع المستهلك، وفي حالة إبرام اتفاق التحكيم اللاحق على النزاع ينبغي أن يرد في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي[2]. كما لا يعترف القانون السويسري بتنازل المستهلك عن نظر النزاع في الدولة التي يقع فيها مكان سكنه أو مكان إقامته المعتاد إذا ما كان هذا التنازل سابقاً على قيام النزاع[3].

7- حماية العميل في القانون الأمريكي

يجيز القانون الأمريكي اتفاق التحكيم مع المستهلك سواءً أبرم الاتفاق بعد قيام النزاع أو قبله أو ورد كشرط تحكيم في العقد لا بشكل مستقل. ويسيطر التحكيم في المعاملات المصرفية وغيره من عقود المستهلكين على نطاق واسع من المعاملات في الولايات المتحدة الأمريكية. تعرَّض هذا التوجه التشريعي لانتقادات حادة من الفقه الأمريكي لمدة تجاوز العقدين خاصة فيما يتعلق بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي مع المستهلك[4]، بما في ذلك شرط التحكيم في المعاملات المصرفية[5].

وعلى أثر هذه الانتقادات الواسعة، ومطالبة العديد من الشراح تعديل القانون الحالي[6]، وذلك بوضع ضوابط له كتنظيمه عن طريق منح المستهلك خيار الانسحاب من اتفاق التحكيم بعد قيام

---

[1] المادة 6 من قانون التحكيم السويدي لعام 1999.

[2] المادة 1/11 من قانون التحكيم النيوزلندي لعام 1996.

[3] المادة 2/114 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987.

[4] راجع على سبيل المثال Jean R. Sternlight, *As Mandatory Binding Arbitration Meets the Class Action, Will the Class Action Survive?*, 42 Wm. & Mary L. Rev. 1 (2000); David S. Schwartz, *Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumer Rights Claims in an Age of Compelled Arbitration*, 1997 Wisc. L.R. 33 (1997).

[5] Pew Charitable Trusts, *op. cit.*; Park William, *Arbitration in Banking and Finance*, *op. cit.* ; *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*

[6] أنظر على سبيل المثال Christine Reilly, *Achieving Knowing and Voluntary Consent in Pre-Dispute Mandatory Arbitration Agreements at the Contracting Stage of Employment*, 90 Cal. L. Rev. 1203 (2002); Jeremy Senderowicz, *Consumer Arbitration and Freedom of Contract: A Proposal to Facilitate Consumers' Informed Consent to*

النزاع[1]، أو منع اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع بشكل كلي[2]، تقدم الكونغرس الأمريكي في مايو 2011 بمشروع قانون بعنوان "قانون العدالة للتحكيم"[3]. وأهم ما ورد في المشروع هو منع اتفاق التحكيم مع المستهلكين والعمال ما قبل قيام النزاع[4]. وعرّف المشروع نزاع المستهلك أنه النزاع الذي ينشأ بين الفرد الذي يسعى لاكتساب الملكية العقارية، أو الشخصية، أو الخدمات (بما في ذلك الخدمات المتعلقة بالأوراق المالية والاستثمارات الأخرى)، أو المال، أو الائتمان لأغراضه الشخصية أو الأسرية أو المنزلية[5]. غير أن مشروع القانون لم يصدر، حيث رُفض تمريره باعتباره "لا يتناسب والبيئة السياسية الحالية"[6].

غير أن المشرع الأمريكي تدخل في 1 يونيو 2013 بسن قانون يحظر فيه التحكيم السابق على قيام النزاع بالنسبة للرهن العقاري المضمون بالمسكن الرئيس للعميل المستهلك[7]. ويتضح من ذلك أن المشرع الأمريكي وضع في اعتباره أهمية تسوية منازعات الرهن العقاري السابقة على قيام النزاع عن طريق قضاء الدولة والذي قد يرضخ فيه المستهلك لشروطه التعسفية في سبيل الحصول على مبلغ القرض. بصفه عامة، يعتبر النظام الأمريكي تشريعاً وقضاءً مقارنة بالتشريعات الغربية أكثر انفتاحاً على التحكيم في المعاملات المصرفية، حيث أنه باستثناء حالة الرهن العقاري، لا يمنع

Arbitration Clauses in Form Contracts, 32 Colum. J.L. & Soc. Probs. 275 (1999); Paul D. Carrington, *Regulating Dispute Resolution Provisions in Adhesion Contracts*, 35 Harvard Journal on Legislation 225 (1998).

[1] Paul D. Carrington & Paul H. Haagen, *Contract and Jurisdiction*, 1996 SUP. Ct. Rev. 331, 385 (1996).

[2] Alderman, *op. cit.*, p. 63.

[3] مشروع قانون العدالة للتحكيم الأمريكي، Arbitration Fairness Act of 2011, S 987, 112th Cong, 1st Sess.

[4] المادة 402/أ من مشروع قانون العدالة للتحكيم الأمريكي.

[5] المادة 2/401 من مشروع قانون العدالة للتحكيم الأمريكي.

[6] Myriam Gilles & Gary Friedman, *After Class: Aggregate Litigation in the Wake of AT&T Mobility v Concepcion*, 79 U Chi L Rev 623, 652 (2012).

[7] المادة 1414 من قانون إصلاح دوود فرانك وول ستريت وحماية المستهلك "Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act''.

أو يقيد اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية، فحمايته للعميل تتمثل بشكل أساس في الرقابة القضائية اللاحقة كما سنبحث لاحقاً.

المبحث الثاني: الحماية القانونية للمتعاملين مع المصارف في اتفاق التحكيم بموجب القواعد العامة في عقود الإذعان

يثور التساؤل حول ما إذا كان اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية هو من عقود الإذعان، وبالتالي القول بتطبيق الحماية التي يوفرها المشرع على هذه العقود سواء بتعديل القاضي للشروط التعسفية في العقد أو إلغائها[1]. ولا يمكن معرفة مدى تحقق صفة الإذعان في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية قبل تعريف عقود الإذعان خاصة وأن غالبية التشريعات تجنبت وضع تعريف محدد لعقود الإذعان تاركة ذلك للاجتهاد الفقهي والقضائي. وترتبط عقود الإذعان في الولايات المتحدة الأمريكية بمبدأ انعدام الضمير في العقود والتي تسمح للقضاء بالحكم بعدم نفاذ اتفاق التحكيم. بناءً على ذلك، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، ندرس في الأول ماهية عقود الإذعان، ونتناول في الثاني حماية العميل في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية بموجب مبدأ انعدام الضمير في النظام الأمريكي على الوجه التالي:

المطلب الأول: ماهية عقود الإذعان

الأصل أن إبرام العقد تسبقه مفاوضات بين الطرفين للوصول قدر الإمكان إلى شروط ترضي كلا المتعاقدين، غير أن هذا الأصل أصبح تطبيقه محدوداً في العديد من مجالات العقود التجارية بما فيها المعاملات المصرفية. فإذا كانت المساومة متصورة في عقد اندماج شركة بأخرى والمشاريع المشتركة والعقود الاستثمارية الضخمة[2]، فإن العقود التجارية الأخرى مثل العقود المصرفية كعقد القرض والكفالة، أو مثل عقود البيع للمستهلكين لا يسبقها عادة أي تفاوض بل تتم صياغتها من قبل الطرف ذي القوة الاقتصادية المتفوقة، بينما الطرف الضعيف كالعميل لا يملك سوى قبول هذا

---

[1] المادة 58 من القانون المدني البحريني.

[2] Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. Chi. L. Rev. 1203, 1203 (2003).

الاتفاق كما جاء في النموذج دون القدرة على المساومة حول شروطه من أجل تعديلها، أو أن يمتنع عن إبرام العقد كليةً.

أطلق الفقه على العقود التي تُفرض بنودها على الطرف الضعيف دون مساومة عقود الإذعان نظراً لما تنطوي عليه من صفة إذعانية يخضع فيها الطرف الضعيف في العلاقة لشروط العقد بدلاً من التفاوض حولها. ويعد الفقيه الفرنسي رايموند سالي أول من استخدم هذا المصطلح في بداية القرن الثامن عشر[1]، والذي يعني باللغة الفرنسية "عقود الانضمام" نظراً لاضطرار الطرف الضعيف للانضمام للعقد دون التفاوض بشأن بنوده. وقد آثر الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري استخدام كلمة إذعان لما تقترن به هذه العقود من طبيعة إذعانية في مواجهة الطرف الضعيف في العلاقة[2]. ترك المشرع مسألة تعريف عقود الإذعان للاجتهاد الفقهي والقضائي، وهذا بدوره أدى لاختلاف مفهوم عقود الإذعان في بعض الأنظمة. لذا، سنحاول دراسة ماهية عقود الإذعان في الفروع التالية، نخصص الأول منه لماهية عقود الإذعان في القانون البحريني، والثاني لماهية عقود الإذعان في القانون الفرنسي، ونوضح في الفرع الثالث ماهية عقود الإذعان في القانون الأمريكي.

الفرع الأول: ماهية عقود الإذعان في القانون البحريني

تجنب المشرع البحريني وضع تعريف محدد لعقود الإذعان مكتفياً بسن قاعدة يجيز فيها للقاضي التدخل بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان. إزاء ذلك حاول القضاء البحريني التعرض لهذا الموضوع ومحاولة بيان مفهوم عقود الإذعان، ونعرض موقف هذا القضاء في الفقرة اللاحقة.

- **موقف القضاء البحريني والمصري من ماهية عقود الإذعان:**

إثر غياب تعريف صريح من جانب المشرع البحريني لعقود الإذعان، حاولت محكمة التمييز البحرينية في أحد أحكامها بيان مفهومها عندما قررت بأن "من مقومات عقد الإذعان أن يتضمن

---

[1] Raymond Saleilles, *De la de´claration de volonte´* 229, 230 (1901)، أشار له Richard A. Epstein, *Contract – Freedom and Restraint: Liberty, Property, and the Law*, Routledge 144 n. 67 (2013).

[2] د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 191، هامش 1.

احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو سيطرة على سلعة ضرورية تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق"[1]. ويعتبر موقف محكمة التمييز هذا متطابقاً مع النهج الذي تبناه قضاء النقض المصري[2]. ونقل القضاء الأخير الشروط الواجب توافرها في المعاملة حتى يعتبر العقد عقد إذعان من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري والتي جاء فيها بأن عقود الإذعان تتميز بثلاث سمات:

"أولها تعلق العقد بسلع او مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين. والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها. والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة إلى كل فئة منها. وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان تلك العقود التي يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية، أو مع مصالح البريد والتلفونات والتلغرافات أو مع شركات التأمين"[3].

وأورد القانون المدني المصري في المادة 100 منه في وصفه لعقود الإذعان بأن القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها. يوحي هذا النص بأنه يكفي لوصف العقد بأنه من عقود الإذعان أن يستقل أحد الطرفين بصياغة العقد ووضع شروطه بينما لا يكون أمام الطرف الآخر سوى القبول بالعقد كما هو أو الامتناع عن التعاقد. بالرغم من ذلك، وضعت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري خصائص أخرى لعقود الإذعان أكدتها أحكام محكمة النقض المصرية وهو ما تبناه قضاء التمييز البحريني.

لذا، جاءت العديد من أحكام محكمة النقض المصرية –كالمذكورة أعلاه– متوافقة مع ما ورد في نص المذكرة الايضاحية عند تكييفها لطبيعة العقد باعتباره من عقود الإذعان من عدمه. تأسيساً

---

[1] محكمة التمييز البحرينية، الطعن رقم 81 لسنة 1999.

[2] راجع على سبيل المثال أحكام محكمة النقض التالية: الطعن رقم 749 لسنة 46، جلسة 1982/1/2، مجموعة المكتب الفني، السنة 33، ص 50؛ الطعن رقم 396 لسنة 37، جلسة 1974/3/12، مجموعة المكتب الفني، السنة 25، ص 452؛ الطعن رقم 208 لسنة 21، جلسة 1954/4/22، مجموعة المكتب الفني، السنة 5، ص 788.

[3] المادة 14 من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، أوردها د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 192 هامش رقم 1.

على ذلك، عرّف الفقه المصري عقود الإذعان بأنها العقود التي يسلم فيها القابل بشروط يضعها الموجب الذي لا يقبل مناقشة فيها، وذلك بالنسبة لسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة فيها محدودة النطاق[1].

وفقاً للمعيار الذي تبناه كل من القضاء البحريني، وكذلك المشرع والقضاء المصري، فإنه لا يمكن القول بأن اتفاق التحكيم المبرم بين المصرف والعميل المستهلك قبل قيام النزاع كعقد القرض مثلاً من عقود الإذعان. فعقد القرض، على سبيل المثال لا يعتبر وفقاً للمفهوم الضيق الذي وضعه المشرع المصري من الخدمات التي تعد من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلك كما هو مع الأمثلة التي أوردها المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية. ويبتعد اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية أكثر من دائرة عقود الإذعان في ظل عدم قيام احتكار للمعاملات المصرفية سواءً كان احتكاراً فعلياً أو قانونياً. تأسيساً على ذلك، فإن القواعد العامة في عقود الإذعان لا يمكنها أن توفر حماية للعميل المستهلك في اتفاق التحكيم المتعلق بمعاملاته المصرفية.

فرغم توافق كل من القضاء البحريني، وكذلك الفقه والتشريع والقضاء المصري على ماهية وسمات عقود الإذعان، إلا أننا نعتقد بأن هؤلاء قد خلطوا بين أمرين مختلفين، الأول ماهية عقود الإذعان، والأمر الثاني الحالات التي يجوز فيها للقاضي التدخل في العقود التي تتسم بالإذعان. فالعقد الذي يعده سلفاً أحد الأطراف والذي عادة يتمتع بهيمنة اقتصادية، ويصيغه ويقدمه جاهزاً للطرف الضعيف في العلاقة دون أن يملك الأخير أي قدرة على مساومة شروط العقد بل عليه إما قبول العقد كما صيغ أو رفضه فهو عقد إذعان، ولا حاجة بعد ذلك للبحث في نوع السلعة ومدى أهميتها للمستهلك لوصف الإذعان بحد ذاته.

فإذا أراد المشرع بعد ذلك أن يقيد حالات تدخل القاضي في هذه العقود، يمكنه أن يضع شروطاً ومعايير تمنح القاضي سلطة التدخل في هذه العقود. لذا، فإننا نرى بأن المذكرة الإيضاحية للقانون المصري، وما جرى عليه القضاء تطبيقاً لها، قد خلط بين تعريف عقود الإذعان كوصف مستقل والحالات التي استهدفها المشرع لكي تكون محلاً لرقابة القضاء في سبيل حماية الطرف الضعيف.

---

[1] د. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان- دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص37 وما تليها؛ د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام- المصادر الإرادية، جامعة عين شمس، مصر، 2003، ص 119.

بالنسبة للمشرع البحريني، فإننا نعتقد بأن نصوصه اقتربت من الحماية التي يوفرها القانون الفرنسي في عقود الإذعان، غير أن القضاء البحريني في نهاية المطاف طبق المعايير التي وضعها المشرع المصري. إذ نصت المادة 58 من القانون المدني البحريني على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي...". فالمشرع البحريني قيّد في المادة السابقة حالات تدخل القضاء في العقود المعدّة سلفاً من أحد أطراف العقد ويُذعِن لها الطرف الآخر باشتراطه أن تتسم شروط العقد بالتعسف، دون أن يضع أي شروط إضافية. بالرغم من ذلك، فإنه وكما أوضحنا، سار القضاء البحريني على نهج القضاء المصري في اشتراط الاحتكار وضرورية السلعة أو الخدمة.

تأسيساً على ذلك، فإننا سنبحث في الفقرات التالية في مفهوم عقود الإذعان في قانون عدد من الدول مثل فرنسا، والولايات المتحدة الأمريكية، لنلاحظ بأنها تنسجم بعضها مع بعض رغم اختلاف نظمها من حيث الحماية التي توفرها للطرف الضعيف بما فيها المستهلك في المعاملات المصرفية. لذا، فإن شرط التحكيم في المعاملات المصرفية يكون مشمولاً بالحماية القانونية والرقابة القضائية في تلك النظم، بينما يتعذر على القضاء البحريني حماية المستهلك بموجب النصوص التي تحكم عقود الإذعان إذا ما أبرم هذا المستهلك عقداً مصرفياً يشتمل على شرط تحكيم، ومرد ذلك المفهوم السائد لدى قضاء التمييز بالنسبة لعقود الإذعان.

الفرع الثاني: ماهية عقود الإذعان في القانون الفرنسي

خلا التشريع المدني الفرنسي من أي تعريف لعقود الإذعان[1]، وبشكل عام، فإنه لا يوجد نظام مستقل لعقود الإذعان في القانون الفرنسي[2]. واعتنق الفقه والقضاء الفرنسي مفهوماً واسعاً لعقود الإذعان حيث اعتبرا كافياً لتوافر صفة الإذعان، عدم قدرة الطرف الضعيف على التفاوض حول

---

[1] د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 59.

[2] Julie A. Reich, *French and American Approaches to Contract Formation and Enforceability: A Comparative Perspective*, 12 Tulsa J. Comp.& Int'l L. 357, 378 (2005).

شروط العقد التي انفرد بصياغتها الطرف ذو القوة الاقتصادية المتفوقة، فلا يكون بوسع الطرف الضعيف إلا قبول العقد كما هو أو عدم التعاقد[1].

وترتبط عقود الإذعان بفكرة سيطرة طرف قوي في العلاقة على شروط العقد المبرم مع طرف آخر ضعيف، مما يمنحه فرصة استغلال ضعف وإذعان الطرف الآخر بإدراج شروطاً تعسفية يحقق بها ميزة على حساب الطرف الضعيف. فغالبية الشروط التعسفية يمكن العثور عليها في عقود الإذعان، لذا سعى المشرع الفرنسي لحماية الطرف الضعيف في العلاقة وهما المستهلك وغير المهني في مواجهة المهني[2]. فقد اعتبرت المادة 35 من القانوني الفرنسي الصادر في 10 يناير 1978 لحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات بأنه تعد باطلة تلك الشروط التي يفرضها المهني على غير المهنيين أو المستهلكين من خلال التعسف في استخدام التفوق الاقتصادية بما يمنح ذلك المهني ميزة فاحشة، ثم أكدت المادة ذاتها بأن الشروط التعسفية يشمل تطبيقها جميع أنواع العقود[3].

بالإضافة إلى ذلك، أورد المشرع الفرنسي في قانون المستهلك بأن العقود المبرمة بين التجار وغير المهنيين أو المستهلكين تعد تعسفية إذا ما انطوت على اختلال كبير في حقوق والتزامات طرفي العقد، ثم أشار المشرع إلى عدة أمثلة على حالات التعسف منها إلزام المستهلك بإحالة الدعوى للتحكيم فيما لم يرد فيه نص قانوني كما سبق بيانه. يتضح مما سبق أن عقد الإذعان وفقاً للقانون والقضاء الفرنسي هو العقد الذي يصيغه الطرف ذو القوة الاقتصادية المتفوقة بحيث لا يملك الطرف الآخر إلا التسليم بالعقد كاملاً أو عدم التعاقد، دون أي قدرة على التفاوض بشأن البنود الواردة فيه.

فعقد الإذعان في فرنسا هو العقد الذي يتصف بالطبيعة الإذعانية، ولا يُعد وصف محل العقد بأنه من السلع أو الخدمات الأساسية، أو احتكار صاحب السلعة، أو الخدمة من العناصر الداخلة في طبيعة العقد. وقيد المشرع الفرنسي بعد ذلك سلطة القضاء بالنص على حالات تدخله في عقود

---

[1] Cass. com., 6 mai 1965. Bull. Civ., III, p. 270; G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, tome II, Les obligations, volume I, Les sources, 2ème édition,Sirey, 1988، أشار لهما د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 59.

[2] Julie A. Reich, *op. cit.*, p. 378.

[3] أشار للنص د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 89.

الإذعان كما ورد أعلاه. لذا، يمكن على أقل تقدير القول بأن المشرع الفرنسي يمنع شرط التحكيم في العقود المصرفية التي يبرمها العميل المستهلك قبل قيام النزاع إذا ما اقترنت بنصوص تعسفية في صالح المصرف، حيث ذكرنا سلفاً بأن هناك رأياً يُرجح بأن القانون الفرنسي يحظر شرط التحكيم مع المستهلك بشكل تام، وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة[1].

الفرع الثالث: ماهية عقود الإذعان في القانون الأمريكي

انتشر مفهوم عقود الإذعان في الفقه الأمريكي بعد أن نقله عن فرنسا الفقيه الأمريكي باترسون[2]، حيث إنه أول من تناول مفهوم عقود الإذعان في الفقه الأمريكي[3]. ساير المشرع الأمريكي باقي التشريعات في تجنب وضع تعريف محدد لعقود الإذعان تاركاً ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء. حاول الفقه الأمريكي تحديد عناصر عقود الإذعان، فرأى البعض بأن عقد الإذعان هو العقد النموذجي الذي تمت صياغة من قِبَل أو نيابة عن طرف، ويشارك هذا الطرف في صياغة العديد من العقود المشابهة بشكل متكرر، وهو لن يبرم العقد إلا وفق الشروط الواردة فيه، بينما يشارك الطرف المذعَن في عدد قليل من المعاملات محل النموذج على الأقل مقارنة بالطرف الآخر، ويتمثل الالتزام الرئيس للطرف المذعَن في دفع مبلغ معين من النقود[4].

عرّف البعض الآخر عقود الإذعان على أنه العقد النموذجي الذي يقدمه طرف لطرف آخر على أساس قبول أو رفض العقد مع عدم وجود فرصة للتفاوض[5]. وتدور جميع التعريفات حول مفهوم واحد وعناصر لا تختلف عن السائد في فرنسا، وهو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التي يسيطر عليها طرف واحد ينفرد بصياغة شروط العقد. بعد تداول الفقه الأمريكي لمفهوم عقود الإذعان، انتشرت فكرة هذه العقود لدى غالبية المحاكم الأمريكية، وبالتحديد بعد حكم المحكمة العليا

---

[1] أنظر صفحة 141 من البحث.

[2] Edwin W. Patterson, *The Delivery of a Life-Insurance Policy,* 33 HARV. L. REV. 198, 222 (1919).

[3] Julie A. Reich, *op. cit.*, p. 377.

[4] Todd D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 Harv. L. Rev. 1174, 1177 (1983).

[5] Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. Chi. L. Rev. 1203, 1204 (2003).

الأمريكية لولاية كاليفورنيا في قضية *Steven v. Fidelity & Casualty Co.* الصادر حكمها في عام 1962[1]، حيث يعد أول حكم يتبنى فيه القضاء الأمريكي مفهوم عقود الإذعان[2]. وعرفت المحكمة العليا لولاية بنسلفانيا الأمريكية عقود الإذعان على أنها عقود موحّدة يعدها أحد الأطراف ليتم توقيعها من الطرف الآخر صاحب المركز الأضعف، ويكون عادة المستهلك والذي لا يملك التفاوض بشأن شروط العقد[3].

وبين القضاء الأمريكي بأن عقود الإذعان في حد ذاتها لا تؤدي للمساس بصحة العقد[4]. وأكد هذا القضاء بأن شرط التحكيم في عقد القرض يعد من عقود الإذعان، فعلى سبيل المثال أوردت محكمة استئناف كاليفورنيا في قضية *Baillie v. Processing Solutions* بتاريخ 2010/5/27 بأن اتفاق التحكيم في هذه الدعوى يعد جزءاً لا يتجزأ من عقد إذعان صاغه المدعي عليه وهو الطرف صاحب قوة المساومة المتفوقة، بينما المدعي يواجه خيار قبول هذا الشرط أو التنازل عن

---

[1] المحكمة العليا الأمريكية لولاية كاليفورنيا، قضية *Steven v. Fidelity & Casualty Co.*, 58 Cal. 2d 862, 882 (Cal. 1962)، بتاريخ 1962/12/18، حيث عرفت عقد الإذعان أنه "عقد موحد معد بالكامل من قبل طرف واحد لقبول الطرف الآخر، مثل هذا العقد، ونظراً للتفاوت في قدرة المساومة بين من صاغ العقد والطرف الآخر، يجب إما أن يُقبل أو يرفض من قبل الطرف الآخر من دون فرصة للتفاوض".

[2] Mo Zhang, *Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy*, 41 Akron L. Rev. 123, 123 (2008).

[3] المحكمة العليا لولاية بنسلفانيا الأمريكية، قضية *Lytle v. Citifinancial Services, Inc.*, 810 A.2d 643, 658 (Pa. Super. 2002)، بتاريخ 2002/10/24؛ راجع في ذات المعنى حكم محكمة استئناف ولاية كاليفورنيا، قضية *v. State Farm Ins. Cos.*, 188 Cal. App. 2d 690, 694, 10 Cal. Rptr. 781, 784 (1961)، بتاريخ 1961/1/31.

[4] راجع على سبيل المثال: حكم المحكمة العليا لولاية ويسوكنسن الأمريكية، قضية *Wisconsin Auto Title Loans, Inc. v. Jones*, 290 Wis.2d 514, 714 N.W.2d 155, 170 (2006)، بتاريخ 2006/5/26، أوردت المحكمة في حكمها والذي يتعلق بشرط تحكيم في عقد قرض بأن العقود الموحدة هي محل ريبة لأنها قد تشير إلى عدم المساواة في القوة التفاوضية بين أطراف العقد، ومع ذلك، تعد عقود الإذعان هذه صحيحة، فلا يمكن القول بأن جميع العقود يتم التفاوض بشأنها، فالعقود الموحدة تعد شائعة وتسمح بتوفير تكاليف المعاملات؛ راجع كذلك حكم محكمة استئناف ولاية فرجينيا الغربية، قضية *Brown v. Genesis Health Care Corp.*, 724 S.E.2d 250 (W.Va. 2011)، بتاريخ 2011/6/29، حيث أوردت الحكم بأن عقود الإذعان لا تعد في حد ذاتها غير صحيحة، معظم المعاملات في الحياة اليومية تنطوي على مثل هذه العقود التي يصيغها طرف واحد ويكون أساسها إما قبول العقد بشكل كامل أو رفضه.

القرض، ثم أردف الحكم بأن استمارة القرض لم تمنح المدعي أي فرصة لرفض اتفاق التحكيم، فإذا أراد المدعي القرض كان عليه الموافقة على شرط التحكيم[1].

ويمكن للعميل مع المصرف في القضاء الأمريكي الطعن في شرط التحكيم باعتباره من عقود الإذعان إذا ما اقترن بعوامل أخرى تثبت أن المصرف انفرد بصياغة العقد على نحو يجافي الضمير السليم، وهو ما يطلق عليه بمبدأ "انعدام الضمير" أو "unconscionability". وسنحاول أن نتعرض لهذا المبدأ بإسهاب في الفقرات التالية مع بيان صلته بعقود الإذعان ومن ثم تسليط الضوء على الحماية التي يوفرها القضاء بموجب هذا المبدأ من خلال بحث التطبيقات القضائية الأمريكية باعتباره من أوسع النظم القانونية التي ينتشر فيها شرط التحكيم في العقود المصرفية.

المطلب الثاني: حماية العميل في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية بموجب مبدأ انعدام الضمير في النظام الأمريكي

يعتبر القانون والقضاء الأمريكي مقارنة بالنظم الأوروبية أكثر انفتاحاً على التحكيم في المعاملات المصرفية مما نتج عنه انتشار التحكيم في المعاملات المصرفية الأمريكية بشكل واسع جداً. وأدى هذا الانتشار بدوره لإثراء القضاء الأمريكي بالدعاوى القضائية الناشئة عن هذه المنازعات. وتقوم معظم هذه الدعاوى على مبدأ انعدام الضمير والذي يتصل جزء منه بعقود الإذعان، تأسيساً على ذلك سنحاول تسليط الضوء على هذه الأحكام القضائية سعياً لتقييم التحكيم في المعاملات المصرفية بناءً على تجارب عملية أكثر منها نظرية.

يعد مبدأ انعدام الضمير من المبادئ الأساسية التي يرتكز عليها القضاء الأمريكي في حمايته للعميل باعتباره طرفاً ضعيفاً في العقود المصرفية المتضمنة شرط تحكيم. ويعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي تحكم العقود في قضاء العديد من الدول مثل أمريكا، والمملكة المتحدة، واستراليا[2]، وكندا. وتطلق المملكة المتحدة على هذا المبدأ "عدم المساواة في القوة التفاوضية". ويعد

---

[1] محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Baillie v. Processing Solutions, LLC*, No. A125167 (May 27, 2010) ، بتاريخ 2010/5/27؛ راجع كذلك حكم محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Flores v. Transamerica HomeFirst, Inc.*, 113 Cal. Rptr. 2d 376, 382 (Cal. Ct. App. 2001)، بتاريخ 2001/10/12.

[2] ويطلق عليه في أستراليا "unconscientious".

حكم محكمة الاستئناف الإنجليزية الصادر عام 1975 في قضية *Lloyds Bank v Bundy*[1] من أشهر القضايا في المملكة المتحدة التي تم فيها تطبيق هذا المبدأ.

تتلخص وقائع تلك القضية في اقتراض شخص يدعى (مايكل) مبلغاً من المال من بنك لويدز لأعمال تجارته بضمان مزرعة والده ويدعى (بوندي)، تدهورت تجارة مايكل فتقدم بطلب قرض إضافي لدى بنك لويدز، رافق مدير البنك الابن إلى منزل بوندي وطلبا منه تقديم منزله كضمان إضافي بهدف زيادة مبلغ قرض الابن. أشهر الابن إفلاسه، وحجز البنك على مزرعة ومنزل الأب، غير أن الأب رفض إخلاء المنزل.

أبطلت المحكمة الرهن الثاني بقرار صدر بإجماع القضاة، حيث اعتبرت المحكمة عقد رهن المنزل قابلاً للإبطال لمصلحة الأب، ومرد ذلك فشل مدير البنك بإبلاغ الأب بالوضع المالي لتجارة ابنه. بالإضافة إلى ذلك، وصف الحكم العقد بأنه افتقر للقوة التفاوضية المتكافئة باعتبار أن الأب أبرم العقد دون الحصول على مشورة مستقلة رغم أن البنك –هنا– يعد بمثابة الأمين في العقد الذي أبرمه مع الأب، وذلك باعتبار أن العقد يعد من عقود الأمانة، كما اعتبر الحكم بأن البنك مارس ضغوطات غير عادلة في سبيل الاستفادة من اتفاق زيادة مبلغ الرهن العقاري مستغلاً في ذلك ضعف الأب.

وقد عرّفت المحكمة العليا الأمريكية العقد عديم الضمير بأنه العقد الذي لا يقبل إبرامه أي رجل بكامل صوابه ودون وقوعه تحت تأثير وهْم، ولا أي رجل صادق ونزيه[2]. وتبرم هذه العقود عادة بين طرفين أحدهما في مركز تفاوضي ضعيف كالمستهلك أو العامل وآخر يتمتع بمركز تفاوضي قوي كالتاجر مقدم السلعة، أو الخدمة أو صاحب العمل. وتمتلك المحكمة في هذا النوع من العقود سلطة تقديرية واسعة للتدخل لحماية الطرف الضعيف عند تكييفها للعقد واعتباره من العقود التي يأباها الضمير، فقد ترفض المحكمة تنفيذ العقد أو تنفيذ الشرط الوارد في العقد باعتباره

---

[1] محكمة الاستئناف الإنجليزية، قضية *Lloyds Bank v Bundy*, [1975] QB 326, [1974] 3 All ER 757.

[2] حكم المحكمة العليا الأمريكية، قضية *Hume v. United States*, 132 U.S. 406, 1889، بتاريخ 1889/12/13.

ينمُّ عن انعدام الضمير، أو قد تتخذ تدابير أخرى تراها ضرورية للتوصل إلى نتيجة عادلة[1]. يترتب على ذلك توفير الحماية لفئات معينة في المجتمع من قبل القضاء كما هو الحال مع المستهلكين سواء عند حصولهم على خدمات مصرفية أو غيرها من السلع والخدمات، وفي المنازعات العمالية بين العامل وصاحب العمل كما سنرى لاحقاً.

ويقسم الفقه والقضاء الأمريكي انعدام الضمير في العقد إلى قسمين، انعدام الضمير الإجرائي "procedural unconscionability" وانعدام الضمير الموضوعي "substantive unconscionability"، ويدور انعدام الضمير الإجرائي بصفة عامة حول الظروف المحيطة بتكوين العقد، وينطوي على عدة مؤشرات مثل طباعة العقد مسبقاً في صورة عقود نموذجية غير قابلة للتفاوض لا تتوافر فيها حرية الاختيار للطرف الضعيف، وعدم وضوح شروط العقد، وعدم تناسب خبرة الطرفين والمستوى التعليمي لكل منهما[2].

ويلاحظ بأن الاتفاق عديم الضمير إجرائياً غالباً ما يوجد في عقود الإذعان[3]. وعقد الإذعان في النظام الأمريكي كما سبق بيانه هو العقد الذي تتم صياغته من جانب واحد وهو الطرف المسيطر في العلاقة، ويكون على الطرف المذعَن إما إبرام الاتفاق أو الإحجام عنه، فهو في الواقع يعجز عن تعديل شروط العقد أو حتى التفاوض بشأنها "take-it-or-leave-it basis"، وعادة ما يتم إعداد العقد في شكل عقود مطبوعة ومعدة سلفاً[4].

غير أن وصف العقد على أنه من عقود الإذعان لا يكفي بحد ذاته للحكم بإبطال أو عدم نفاذ شرط التحكيم، بل ينبغي أن تتوافر في عقد الإذعان عوامل إجرائية أخرى[5]. فعندما يتأكد القاضي

---

[1] للتفصيل في مبدأ انعدام الضمير، راجع S. M. Waddams, *Unconscionability in Contracts*, 39 Mod. L. Rev. 369, 385 (1976).

[2] Susan Randall, *Judicial Attitudes toward Arbitration and the Resurgence of Unconscionability*, 52 Buffalo Law Review 185, 191 (2004).

[3] المحكمة العليا لولاية ميسيسيبي الأمريكية، قضية *Entergy Mississippi, Inc. v. Burdette Gin Co.*, 726 So.2d 1202, 1208 (Miss.1998)، بتاريخ 1998/8/6.

[4] المحكمة العليا لولاية ميسيسيبي الأمريكية، قضية *East Ford, Inc. v. Taylor*, 826 So.2d 709, 716 (Miss.2002)، بتاريخ 2002/7/18.

[5] محكمة استئناف ولاية ميسيسيبي الأمريكية، قضية *Caplin Enterprises, Inc. v Arrington*, May 7, 2013, Nos. 2011-CA-01332-COA, 2011-CA-01932-COA.، بتاريخ 2013/5/7.

من أن العلاقة تنطوي على اختلال في مراكز القوى التفاوضية بين الطرف القوي والضعيف، يبحث بعد ذلك عن قيام عوامل أخرى أثرت في تكوين العقد، ويتوصل من خلالها إلى تقرير ما إذا كانت إرادة الأطراف انصرفت طواعية لإبرام العقد من عدمه[1]. ويمكن رد هذه العوامل إلى عنصرين أساسيين هما المفاجاة والتعسف[2].

ويمكن وصف شروط العقد بأنها معدومة الضمير إجرائياً بسبب عنصر المفاجأة في إحدى حالتين، تتمثل الحالة الأولى في صياغة شرط التحكيم في العقد المطعون فيه في صورة عقد نموذجي بشكل يجعل معه الشرط مخفياً على المتعاقد الآخر وهو المتعاقد الضعيف في العلاقة، والحالة الثانية عندما يكون الشرط المطعون فيه خارج التوقعات المعقولة للطرف الضعيف[3]. أما عنصر التعسف، فإنه يتحقق عند عدم المساواة في قدرة أطراف العقد على المساومة وعدم وجود مفاوضات حقيقية أو اختيار جدّي من جانب الطرف الأضعف[4]. ويعتبر العقد عديم الضمير موضوعياً إذا كانت شروطه تتسم بانحياز جسيم لصالح الطرف القوي في العلاقة. وقد عبّرت

---

[1] محكمة استئناف ولاية ويسكونسن الأمريكية، قضية *Leasefirst v. Hartford Rexall Drugs, Inc.*, 168 Wis.2d 83, 89, 483 N.W.2d 585, 587 (Ct. App. 1992)، بتاريخ 26 فبراير 1992.

[2] محكمة كاليفورنيا العليا، قضية *Sonic-Calabasas A, Inc. v. Moreno*, 311 P.3d 184 (Cal. 2013), 282، بتاريخ 2013/10/17.

[3] ورد في حكم محكمة واشنطن العليا في توضيحها لعنصر المفاجأة الخاص بانعدام الضمير الإجرائي أن: " Procedural surprise generally relates to whether the challenged term is hidden in a standardized form or beyond the reasonable expectations of the weaker party" المحكمة العليا لولاية واشنطن، قضية *Brow Brown v. MHN Gov't Servs., Inc.*, 178 Wn.2d 258, 264, 306 P.3d 948, 954 (2013). راجع في ذات المعنى حكم محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Morris v. Redwood Empire Bancorp*, 128 Cal.App.4th 1305, 27 Cal.Rptr.3d 797, 805 (2005)، بتاريخ 2005/8/24.

[4] أوردت محكمة استئناف كاليفورنيا وصف التعسف كعنصر من عناصر انعدام الضمير إجرائياً على الوجه التالي: "oppression component arises from an inequality of bargaining power of the parties to the contract and an absence of real negotiation or a meaningful choice on the part of the weaker party"، محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Kinney v. United Healthcare Services,. Inc.*, 70 Cal.App.4th 1322, 1329, 83. Cal.Rptr.2d 348, 353 (1999)؛ في ذات المعنى راجع حكم محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Gatton v. T-Mobile USA, Inc.*, 152 Cal.App.4th 571, 61 Cal.Rptr.3d 344, 352-353 (2007).

المحكمة العليا في كاليفورنيا في وصفها لهذا الشرط بأن "شرط العقد لا يعد عديم الضمير من الناحية الموضوعية عندما يقتصر على منح طرف واحد فائدة أكبر، بل يجب أن يكون الشرط منحاز جداً لدرجة يهتز لها الضمير"[1].

ويشترط قضاء بعض الولايات الأمريكية توافر انعدام الضمير الإجرائي والموضوعي معاً لكي يمكن للقضاء التدخل بتعديل العقد أو الحكم بعدم نفاذه كما هو الحال في ولاية نيويورك[2]، وكاليفورنيا. وفي هذا الصدد، نص حكم محكمة الاستئناف لولاية كاليفورنيا على أنه: "لكي يكون العقد غير قابل للتنفيذ، يجب أن يكون عديم الضمير إجرائياً وموضوعياً، ولكن المحاكم تستعمل "مقياس متحرك" أو موازنة العلاقة بين عنصري انعدام الضمير، بحيث أنه كلما زادت درجة المفاجأة غير العادلة أو القوة التفاوضية غير المتكافئة، قلت درجة انعدام الضمير الموضوعية المطلوبة لإبطال العقد والعكس بالعكس"[3].

ويلاحظ أن القضاء في بعض الولايات الأمريكية الأخرى، وعلى عكس الاتجاه السابق، لا يشترط إثبات المدعي اجتماع العنصر الإجرائي والموضوعي معاً للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم بل يكتفي بتوافر أحدهما، ومثال ذلك قضاء ولاية ميسيسيبي[4]، ونيومكسيكو[5]، وولاية واشنطن. وأكد قضاء واشنطن وجود وأهمية هذا الفارق في أحد أحكامه الخاص بانعدام الضمير المتعلق بشرط التحكيم حيث قرر بأن " قانون واشنطن يختلف بشأن انعدام الضمير عن قانون ولاية كاليفورنيا في

---

[1] المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا، قضية *Pinnacle Museum Tower Assn. v. Pinnacle Market Development* (US), LLC, 55 Cal. 4th 223, 246 (2012)، بتاريخ 2012/8/16.

[2] محكمة استئناف نيويورك، قضية *Brower v. Gateway. 2000, Inc.*, 246 A.D.2d 246, 254, 676 N.Y.S.2d 569 (1998)، بتاريخ 1998/8/13، حيث ورد في حكم المحكمة أنه: " بموجب قانون نيويورك، انعدام الضمير يتطلب إثبات أنه عند إبرام العقد، توافر كل من انعدام الضمير الإجرائي والموضوعي معاً".

[3] محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Parrish v. Cingular Wireless*,. LLC, 28 Cal. Rptr. 3d 802, 810 (2005)، بتاريخ 2005/5/18.

[4] راجع على سبيل المثال حكم محكمة استئناف ميسيسيبي، قضية *Caplin Enterprises, Inc. v Arrington*, May 7, 2013, Nos. 2011-CA-01332-COA, 2011-CA-01932-COA، بتاريخ 2013/5/7.

[5] أنظر حكم المحكمة العليا لولاية نيومكسيكو، قضية *Cordova v. World Fin. Corp. of N.M.*, 208 P.3d 901, 908 (N.M. 2009)، بتاريخ 2009/4/29، وقد نص الحكم على أنه "في حين أن هناك احتمال أكبر لإبطال العقد بسبب انعدام الضمير إذا اجتمع كل من انعدام الضمير الإجرائي والموضوعي معاً، ليس هناك شرط أبداً في قانوننا يوجب توافرهما على الدرجة نفسها أو توافرهما معاً".

نواحٍ جوهرية. على سبيل المثال، وفقاً لقانون واشنطن يمكن إبطال العقد بسبب انعدام الضمير الإجرائي أو انعدام الضمير الموضوعي.... على عكس ذلك، وفقاً لقانون ولاية كاليفورنيا، الطرف الذي يسعى لإبطال العقد على أساس انعدام الضمير يجب أن يثبت انعدام الضمير الإجرائي وانعدام الضمير الموضوعي على حد سواء"[1].

ويجدر بالذكر أن قضاء بعض الولايات الأمريكية مثل ولايتي ميسيسيبي[2]، وأيداهو[3]، وويسوكنسن، عالج إلى جانب عنصري المفاجأة والتعسف، مسألة عدم قدرة العميل على الحصول على السلعة أو الخدمة من متعاقد آخر كمظهر من مظاهر انعدام الضمير الإجرائي في عقود الإذعان. فيكون العقد منعدم الضمير إجرائياً إذا حالت عوامل دون تعاقد الطرف المذعن مع طرف آخر بشروط أفضل، ويمكن للعميل التمسك بهذا الدفع إذا أثبت أن ظروف السوق، أو عامل التوقيت، أو أي ضغوطات أخرى حالت دون التعاقد مع الغير بشروط أخرى أفضل.

فالقضاء الأمريكي في هذه الحالة لم يشترط بالضرورة احتكار المصرف لعقود معينة أو أن تستخدم جميع المصارف الشروط نفسها، بل يكفي أن يثبت الطرف المذعَن وجود أسباب جدية حالت دون تعاقد العميل مع مصرف آخر بشروط أفضل. فعلى سبيل المثال، في قضية *Wisconsin Auto Title Loans, Inc. v. Jones* الصادر حكمها بتاريخ 24 مارس 2005 والمتعلقة بدعوى قرض قدمه المصرف لأحد عملائه، استدلت محكمة استئناف ويسوكنسن على تعذر تعاقد العميل مع مصرف آخر بشروط أفضل عن طريق منح المصرف للعميل قرضاً بشروط ميسرة رغم علم المصرف بأن العميل عاطل عن العمل[4].

---

[1] المحكمة الجزئية الأمريكية للمنطقة الغربية من واشنطن، قضية *Luna v. Household Finance Corp. III*, 236 F.Supp.2d 1166, 1174 (W.D. Wash. 2002)، بتاريخ 2002/11/4.

[2] المحكمة العليا لولاية ميسيسيبي، قضية *East Ford, Inc. v. Taylor*, 826 So. 2d 709, 716 (Miss. 2002)، بتاريخ 2002/7/18.

[3] المحكمة العليا لولاية أيداهو، قضية *Lovey v. Regence BlueShield of Idaho*, 72 P.3d 877, 882 (Idaho 2003)، بتاريخ 2003/6/18.

[4] حكم محكمة استئناف ولاية ويسوكنسن الأمريكية، قضية *Wisconsin Auto Title Loans, Inc. v. Jones*, 280 Wis.2d 823, 696 N.W.2d 214, 826, 833, 835 (2005)، بتاريخ 2005/3/24.

الفصل الثاني

الحماية القضائية للمتعاملين مع المصارف في عقد التحكيم المبرم بينهما

تمنح غالبية النظم القانونية القضاء سلطة التدخل في العقود الملزمة للأطراف وتعديل التزاماتهم كما هو الحال في عقود الإذعان[1] والظروف الطارئة[2]. ونظراً للانتشار الكبير لشرط التحكيم في المعاملات المصرفية في الولايات المتحدة الأمريكية سيما في مجال القروض العقارية وقروض السيارات وبطاقات الإئتمان[3]، فإننا نحاول في هذا الفصل أن نسلط الضوء على الحماية التي يوفرها القضاء الأمريكي (باعتباره القضاء الذي عرضت أمامه أكثر القضايا المتعلقة بموضوع بحثنا) للعميل عند إبرامه العقد المصرفي الذي يتضمن شرط تحكيم، وذلك عن طريق بحث ودراسة التطبيقات القضائية لهذه المنازعات كنموذج لمحل الدراسة إذ أن هذا النظام عمل على توفير الحماية القضائية للعميل بطريقة معقولة أو مقبولة.

وترتكز غالبية حالات الطعن في شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين العميل كطرف ضعيف في العلاقة والمصرف على مبدأ انعدام الضمير، ومن خلال دراستنا للحماية القضائية في النظام القانوني والقضائي الأمريكي يتبين لنا أن أهم هذه الحالات بالنسبة للمعاملات المصرفية هي حالة بُعد مكان التحكيم خاصة إذا اقترن بُعد المسافة مع إدراج شرط التحكيم في العقد بشكل لا يثير انتباه العميل أو إذا ما اقترن بمصاريف عالية. وطريقة صياغة شرط التحكيم في العقد كصياغته بلغة قانونية معقدة يصعب على العميل العادي استيعابها أو طباعة شرط التحكيم بحروف صغيرة. وتعتبر الحالتان السابقتان من صور عنصر المفاجأة في انعدام الضمير الإجرائي. أما انعدام

---

[1] أنظر على سبيل المثال المادة 58 من القانون المدني البحرين، والمادة 149 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

[2] أنظر المادة 130 من القانون المدني البحريني.

[3] Jean R. Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration: Is it Just?*, 57 Stan. L. Rev. 1631, 1638 (2005).

الضمير الموضوعي فمن أهم تطبيقاته ارتفاع تكاليف التحكيم، والاختلال الجسيم في حقوق والتزامات المصرف والعميل.

بناءً على ذلك، سنتناول دراسة الأسس التي يعتمد عليها القضاء الأمريكي لإبطال شرط التحكيم في المعاملات المصرفية في أربعة مباحث، نخصص الأول لمكان التحكيم، والثاني لشكل وصياغة شرط التحكيم، ونبحث في الثالث ارتفاع تكاليف التحكيم، ونوضح في المبحث الرابع الانحياز الواضح لصالح الطرف القوي.

المبحث الأول: بعد مكان التحكيم كأساس للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم

يرى البعض أنه يمكن للعميل أن يطعن بصحة شرط التحكيم في معاملاته المصرفية بسبب انعدام الضمير القائم على بُعد مكان التحكيم[1]. وتعتبر محكمة استئناف كاليفورنيا من المحاكم التي اعتبرت بعد المكان أساساً لعدم نفاذ شرط التحكيم، حيث قضت في حكمها الصادر بتاريخ 19 أبريل 1993 في قضية *Patterson v. ITT Consumer Financial Corp.* بعدم نفاذ شرط التحكيم تأسيساً على بعد المكان باعتباره عنصراً مفاجئاً خارج التوقعات المعقولة للطرف الضعيف[2].

وتتلخص وقائع الدعوى في اقتراض إحدى المؤسسات المالية في ولاية كاليفورنيا والتي تعني بإقراض الأفراد (ITT Consumer Financial Corporation) مبلغاً من المال للعديد من الأفراد في الولاية ذاتها، تم إعداد عقد القرض على نموذج مطبوع ومعد سلفاً والمتضمن شرط يحيل أي نزاع بين المؤسسة المالية والمقترض للتحكيم. ورد شرط التحكيم في بعض هذه النماذج في الفقرة الأخيرة من الصفحة بعنوان "اتفاق لتسوية المنازعات"، والبعض الآخر أدرج شرط التحكيم فيها في منتصف الصفحة مع كتابة العنوان بحروف بارزة (boldface).[3] نصّ شرط التحكيم في العقد على: "أنت و آي تي تي للخدمات المالية توافقان على، بخلاف حالات حبس الرهن العقاري والإلغاء

---

[1] *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers and Financial Institutions: A Serious Threat to Consumer Protection*, 10 Ohio St. J. on Disp. Resol. 267, 307, (1995).

[2] محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Patterson v. ITT Consumer Financial Corp.*, 14 Cal. App. 4th 1659, 18 Cal Rptr 2d 563 (Cal App. 1993)، بتاريخ 1993/4/19.

[3] *Id.* at 1664.

بالنسبة لضمان العقارات، على أن أي نزاع بيننا، في الماضي أو الحاضر أو المستقبل... ، يجب أن يتم تسويته عن طريق تحكيم ملزم من قبل المنتدى الوطني للتحكيم[1]، مينيابوليس، مينيسوتا"[2].

حكمت محكمة استئناف كاليفورنيا بعدم نفاذ شرط التحكيم هذا، وقد أسست المحكمة حكمها على انعدام الضمير الإجرائي عن طريق توافر عنصر المفاجأة في شرط التحكيم والذي يعد خارج التوقعات المعقولة للطرف الضعيف، كما قررت المحكمة توافر انعدام الضمير الموضوعي لأن شرط التحكيم صيغ بصورة يتعذر معها لجوء الطرف الضعيف للتحكيم عند قيام النزاع. وتعد محكمة استئناف كاليفورنيا من المحاكم التي تبنت فكرة اشتراط توافر انعدام الضمير الإجرائي والموضوعي معاً للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم، واعتمدت المحكمة في حكمها على عدة استنتاجات أوردتها في الحكم، أهمها:

1- اعتبرت المحكمة العقد المبرم بين المقترضين وآي تي عقد إذعان تأسيساً على الإعداد المسبق للعقد من قبل الطرف المهيمن على العلاقة، وعلى أن جميع عقود القرض التي تم إبرامها مع المقترضين لم يتم تعديل أي منها مما يعني أنها عقود لا تقبل التفاوض، فيكون على الطرف الضعيف إما القبول بها كما هي أو حرمان نفسه من الحصول على مبلغ القرض وهو ما يصفه الفقه والقضاء الغربي بأنها تقوم على أساس قبول العقد أو رفضه "take it or leave it basis" [3]. من ناحية أخرى، ذكرت المحكمة بأن السجلات الماثلة أمامها تشير إلى أن المدعين هم من ذوي الدخل المحدود، بعضهم يعمل لحسابه الخاص والبعض الآخر عاطل عن العمل، اقترضوا مبالغ من المال تعد قليلة نسبياً، وكان ذلك غالباً نتيجة الاستجابة لإعلانات مضللة بالحصول على قروض مضمونة[4].

---

[1] تأسس المنتدى الوطني للتحكيم (ناف) National Arbitration Forum (NAF) في عام 1986، ومقره مدينة مينيابوليس بولاية مينيسوتا. نظر المنتدى أكثر من 200 ألف دعوى سنوياً غالبية تلك الدعاوى كانت تتعلق بتحصيل الديون الاستهلاكية. في عام 2009، توقف المنتدى الوطني للتحكيم عن إدارة نزاعات التحكيم في الدعاوى الاستهلاكية الجديدة كجزء من مرسوم الموافقة مع النائب العام لولاية مينيسوتا لوري سوانسون بشأن علاقة المنتدى مع شركات تحصيل الديون وهو ما سنحاول تسليط الضوء عليه لاحقاً.

[2] *Patterson* , 14 Cal.App.4th at 1662.

[3] *Id.* at 1664.

[4] القرض المضمون هو قرض يضمنه طرف ثالث وعادة يكون هذا الطرف جهة حكومية، ويكون المدين فيها بحاجة ماسة للمال، إلا أنه لا يكون مؤهلاً بشكل كاف للحصول على القرض كما هو الحال مع القروض التي تمنح

2- أكدت المحكمة أن التسليم بكون العقد هو من عقود الإذعان لا يؤدي في حد ذاته إلى عدم الاعتراف بنفاذ شرط التحكيم، فالعقد يمكن أن يتم بطريق الإذعان، غير أن الأطراف يظلون ملزمين بتنفيذه. بناءً على ذلك، ينبغي البحث في وجود التعسف الإجرائي والموضوعي في شرط التحكيم بتمحيص أكثر لمبدأ انعدام الضمير[1].

3- اعتبرت المحكمة أن إلزام المقترضين باللجوء للتحكيم في ولاية أخرى غير التي يقطنون فيها يعد خارج التوقعات المعقولة للمستهلك[2]. دفعت آي تي تي (المؤسسة المالية المُقرضة) بأن التحكيم أصبح من الوسائل الشائعة في فض المنازعات[3]، وبالتالي فقد كان يتوجب أن يكون ضمن التوقعات المعقولة للمقترضين وهذا يعني انتفاء عنصر المفاجأة. اعتبرت المحكمة بأن هذا الدفع مردود عليه، لأنه وإن كان التحكيم في حد ذاته يعد في إطار التوقعات المعقولة لمعظم المستهلكين، إلا أنه من الصعب تصور أن التحكيم في ولاية مينيسوتا يعد ضمن التوقعات المعقولة لمستهلكي ولاية كاليفورنيا. وقد كررت المحكمة في تسبيبها عرض الطريقة التي تمت بها صياغة شرط التحكيم لتحديد مكان النزاع: "يجب أن يتم تسويته عن طريق تحكيم ملزم من قبل المنتدى الوطني للتحكيم، مينيابوليس، مينيسوتا".

4- دفعت آي تي تي بأن المدعين فشلوا في إثبات عدم تمكنهم من الحصول على قرض من مصدر آخر غيره، واستشهد المُقرض في هذا الصدد بدعوى أخرى لمحكمة استئناف كاليفورنيا رفضت فيها المحكمة الحكم بعدم نفاذ الشرط المطعون فيه بالعقد والذي ينصب على إلزام المستثمرين في حسابات التقاعد الفردية (individual retirement

---

للطلبة من أجل دفع الرسوم الدراسية أو المبتدئين في نشاط معين. عند تخلف المدين عن سداد القرض، غالباً ما تقوم الجهة الحكومية بشراء الديون من المؤسسات المالية المقرضة وتقوم بتحصيل الديون من المدينين. للمزيد راجع Li, W. (1998), *Government Loan, Guarantee, and Grant Programs: An Evaluation*, Federal Reserve Bank of Richmond Economic Quarterly, vol. 84, no. 4, pp. 25-51.

[1] *Patterson* , 14 Cal.App.4th at 1664.

[2] *Id.* at 1665.

[3] سبق بيان أن فض المنازعات المصرفية عن طريق التحكيم يعد شائعاً في الولايات المتحدة الأمريكية.

accounts)[1]، بدفع مبلغ (50) دولاراً في حالة ما إذا قرر صاحب الحساب إغلاقه. وقد كان حكم المحكمة مبنياً على فشل المدعي في إثبات انعدام الضمير الإجرائي، لأنه كان يملك خيار اللجوء لمؤسسات مالية بديلة متاحة يمكنه من خلالها فتح هذا الحساب دون اشتراط دفع رسوم إغلاق الحساب[2].

رفضت المحكمة هذا الدفع معتبرة أن تلك القضية تعد مختلفة تأسيساً على أن العلاقة التعاقدية كان أطرافها مستثمرين محنّكين وليس مقترضين بسيطين. فقد أثبتت أوراق تلك الدعوى وجود مؤسسات مالية أخرى تمارس نشاطها في حسابات التقاعد الفردية بشكل مجاني، وبالتالي، فإن المستثمر فشل في إثبات العنصر الإجرائي، لأنه لا يوجد تعسف طالما أن هناك شركات منافسة تمارس ذات النشاط دون فرض الشرط المطعون فيه المتمثل في الرسم الإضافي. بالإضافة إلى ذلك، فقد انتفى عنصر المفاجأة في تلك الدعوى، لأن الرسوم المفروضة محل الطعن قد تم الكشف عنها في العقد لشخص متبصر أي المستثمر باعتباره شخصاً يمكنه فهم هذا الشرط، بينما المدعين في هذه القضية هم أفراد من ذوي الدخل المحدود اعتقدوا أنه ليس بمقدورهم الحصول على قرض عادي من البنك بسبب ظروفهم. كما أردفت المحكمة في مقارنتها بين الدعوتين إلى أن المدعين في الدعوى الماثلة أمامها لم يقوموا بشراء حساب تقاعد فردي، بل قاموا بالاقتراض، كما وأن العديد منهم تجاوبوا لإعلانات آي تي تي للحصول على قروض مضمونة[3].

5- أسست المحكمة توافر انعدام الضمير الموضوعي على شروط وإجراءات مؤسسة التحكيم المنصوص عليها في العقد "المنتدى الوطني للتحكيم" حيث اعتبرت أن إجراءاتها صيغت بشكل يهدف إلى ثني المقترضين عن المشاركة في إجراءات التحكيم. كما رأت المحكمة أن طبيعة إجراءات المنتدى الوطني للتحكيم تتطلب من المدين امتلاكه لخبرة قانونية واسعة

---

[1] حساب التقاعد الفردي هو نظام لتقاعد الأفراد تقدمه المؤسسات المالية بما فيها البنوك عن طريق توفير مزايا ضريبية لمدخرات التقاعد للأفراد في الولايات المتحدة الأمريكية. للتفصيل في هذا الموضوع، راجع Langstraat, The Individual Retirement Account: Retirement Help for the Masses, or Another Tax Break for the Wealthy?, 60 St. John's L. Rev. 437 (1986).

[2] محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Dean Witter Reynolds, Inc. v. Superior Court*, 211 (1989). Cal.App.3d 758، بتاريخ 1989/6/22.

[3] *Patterson* , 14 Cal.App.4th at 1667.

أو أن يمتلك مالاً كافياً لتوكيل محامٍ و/أو دفع رسوم دعوى التحكيم، إلا أنه من غير المرجح أن يتمكن المدينون من توكيل محامٍ[1].

بالإضافة إلى ذلك، وجدت المحكمة أن قواعد المنتدى الوطني للتحكيم تشترط دفع رسوم مرتفعة بالنسبة لمقترضي المبالغ الصغيرة كما هو الحال مع فئة المدعين الذين استهدفتهم المدعي عليها (وفق تعبير المحكمة). ووضحت المحكمة موقفها بأن المطالبة بدين قيمته (2000) دولار يؤدي للقول إلى أنه من غير المنطقي أن يقوم المدين بسداد رسم قدره (850) دولاراً للمشاركة فقط بإجراءات دعوى التحكيم. في حين أنه إذا ما امتنع المدين عن الاستجابة لإجراءات التحكيم، فإن الحكم سيصدر ضده إذا كانت الوثائق التي قدمتها آي تي تي تدعم مطالبتها[2]. يجدر بالذكر أن آي تي تي طعنت في حكم محكمة الاستئناف لدى المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا، غير أن المحكمة العليا رفضت الطعن في حكم لها صدر بتاريخ 1993/8/12[3].

وبما أن الغرض من مبدأ انعدام الضمير والحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية بين المصرف والعميل المستهلك، لذا، فإن الحماية ذاتها لا تقتصر على المقترض وإنما تنصرف إلى فئات أخرى في المجتمع تكون طرفاً في عقود أخرى تبرم بين البائع ومستهلك السلعة أو الخدمة، وبين صاحب العمل والعامل[4].

---

[1] *Id.* at 1666.

[2] *Id.*

[3] *Id.* at 1669.

[4] وفي هذا الصدد تبنت محكمة استئناف كاليفورنيا مبدأ عدم نفاذ شرط التحكيم في دعوى ذات طبيعة عمالية شبيهة بالدعوى السابقة. نص شرط التحكيم في العقد بين العامل وصاحب العمل على إلزام الأطراف اللجوء إلى منطقة اوكلاند بينما هم من سكان مدينة لوس انجلوس. راجع في ذلك حكم محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Pinedo v. Premium Tobacco Stores, Inc.* 85 Cal.App.4th 774 (2000)، بتاريخ 2000/12/19.

المبحث الثاني: صياغة شرط التحكيم بطريقة غير واضحة كأساس لعدم نفاذ شرط التحكيم

الأصل أنه لا يشترط في شرط التحكيم أن يرد بصيغة محددة، أو بشكل بارز، أو بعناوين مستقلة، أو حجم خط مميز عن الشروط الأخرى إلا استثناءً[1]. غير أنه إذا ما لجأ صاحب القوة التفاوضية المهيمنة في العلاقة إلى صياغة شرط التحكيم في شكل عقد نموذجي بشكل يجعل معه شرط التحكيم مخفياً بين شروط العقد الأخرى، فإن ذلك يعد من صور المفاجأة القائمة على انعدام الضمير الإجرائي، والتي تمنح الطرف الضعيف حق اللجوء إلى القضاء للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم وبالتالي فض النزاع أمام محاكم الدولة[2]. ويسري الحكم ذاته إذا صيغ شرط التحكيم باستخدام لغة قانونية معقدة "the use of complex legalistic language" يصعب على الطرف الضعيف في العلاقة استيعاب المقصود منه، فعندئذ يجوز له الطعن استناداً إلى مبدأ أو فكرة انعدام الضمير الإجرائي[3].

وتعد الخدمات المصرفية من الأنشطة التي يلجأ لها معظم شرائح المجتمع، بل أن فئة الأفراد البسطاء يُعدّون الشريحة الأكبر من المتعاملين مع المصارف في أنشطة معينة مثل القروض الشخصية وبطاقات الائتمان، وعادة لا تحرص هذه الفئة على تفحص الشروط الواردة في العقود النموذجية التي أعدها المصرف مسبقاً في عقوده مع عملائه. وتعتبر من التطبيقات العملية لإخفاء شرط التحكيم عند الصياغة، كتابة شرط التحكيم بحروف صغيرة بين السطور، وقد تكون أحياناً

---

[1] من الحالات التي اشترط فيها المشرع البحريني صياغة شرط التحكيم في العقد بشكل خاص ما نصت عليه المادة 696 من القانون المدني البحريني والتي أوجب أن يُكتب شرط التحكيم بطريقة متميزة كأن يكتب بحروف أكثر ظهوراً أو أكبر حجماً من باقي شروط عقد التأمين، ويبدو أن المشرع البحريني أراد بهذا النص تجنيب المؤمن له عنصر المفاجأة عند إبرامه لعقد التأمين مع المؤمن والذي يكون عادة هو من قام بصياغة شروط العقد في نماذج مسبقة الطبع.

[2] المحكمة العليا لمقاطعة أورانج الأمريكية، قضية *Morris v. Redwood Empire Bancorp*, 27 Cal. Rptr. 3d 797, 808 (Cal. Ct. App. 2005)، تاريخ الحكم 2005/4/29.

[3] المحكمة العليا لولاية ميسيسيبي الأمريكية، قضية *McKenzie Check Advance of Miss. v. Hardy*, 866 So. 2d 446, 454 (Miss. 2004)؛ راجع كذلك حكم محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Washington Mutual Finance Group, LLC v. Bailey*, 364 F.3d 260, 264 (5th Cir. 2004)، تاريخ الحكم 2004/3/19.

أصغر حجماً من باقي شروط العقد. وتعمد العديد من مصارف الولايات المتحدة إلى إدراج شرط التحكيم في العقد بهذا الشكل في عقودها مع عملائها[1]. بناءً على ذلك، يمكن للعميل في مثل هذه الحالات الطعن في شرط التحكيم في معاملته المصرفية أمام القضاء[2].

تطبيقاً لذلك، قضت محكمة استئناف ميسيسيبي في قضية *Caplin Enterprises, Inc. v. Arrington* بعدم نفاذ شرط التحكيم بين المدعين المتمثلين في مجموعة من العملاء والمدعي عليها وهي إحدى الشركات المالية (Caplin Enterprises, Inc.). أسست المحكمة قرارها على توافر انعدام الضمير الإجرائي في شرط التحكيم مستندة في ذلك إلى قيام الشركة بطباعة شرط التحكيم في ظهر العقد وإدراجها للشرط وسط السطور مع طباعته بحروف أصغر حجماً من باقي البنود الأخرى للعقد[3].

ويُلاحظ أن محكمة الاستئناف في هذه الدعوى ضمت دعوتين ضد الشركة المالية كانتا مرفوعتين لدى محكمة أول درجة في منطقتين مختلفتين، تتعلق كلتا الدعوتين بعقود صرف شيكات مؤجلة الإيداع (delayed-deposit check cashing)[4]، تم إبرامها بين الشركة المالية وعدد من

---

[1] Richard M. Alderman, *Pre-Dispute Mandatory Arbitration in Consumer Contracts: A Call for Reform*, 5 J. Tex. Consumer L. 58, 60 (2002); Jean Sternlight, *Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration*, 74 Wash. U. L.Q. 637, 677, 90, (1996).

[2] *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 303.

[3] محكمة استئناف ميسيسيبي، قضية *Caplin Enterprises, Inc. v Arrington*, May 7, 2013, Nos. 2011-CA-01332-COA, 2011-CA-01932-COA، بتاريخ 2013/5/7.

[4] الشيكات مؤجلة الإيداع (delayed-deposit check cashing) وتسمى كذلك خدمات الإيداع المؤجلة (delayed deposit services) هي عملية قبول الشيكات التي تحمل تاريخاً لاحقاً على تاريخ إنشائها ودفع قيمتها الاسمية مقابل رسوم معينة، ويتفق عادة العميل مع صاحب خدمة صرف الشيك على احتفاظ الأخير بالشيك لتاريخ محدد قبل تقديمه للبنك مُصدر الشيك أو شراء العميل للشيك بمقابل قيمته الاسمية. نلاحظ بأن هذه العملية تتشابه مع عملية خصم الأوراق التجارية إلا أن خدمة الشيكات مؤجلة الإيداع يمكن من خلالها الحصول على قيمة الشيك دون حاجة حامل الشيك لفتح حساب لدى الجهة التي تقوم بعملية الخصم ولا أن يتم تقديم الشيك للجهة مصدرة الشيك. كما أن هذا النشاط لا يقتصر على البنوك بل يمكن ممارستها من قبل الأفراد، شركة الشخص الواحد، ، الجمعيات، الشركات المساهمة، الشركات ذات المسئولية المحدودة وغيرهم، طالما حصلوا على ترخيص مزاولة المهنة والتزموا بقواعدها. بالنسبة لموضوع النزاع، فإن القواعد التي تحكم الدعوى تتمثل في

الأفراد في منطقتين مختلفتين من ولاية ميسيسيبي، حيث رفع كل دعوى لدى المحكمة الصغرى الخاصة بكل منطقة. قضت المحكمتان بعدم نفاذ شرط التحكيم، غير أن محكمة الاستئناف أيدت الحكم بالنسبة لبعض العقود المبرمة في كلتا المنطقتين دون الأخرى.

وتتلخص وقائع كلتا الدعوتين في إبرام الشركة المالية عقد صرف شيكات مؤجلة الايداع مع مجموعة من الأفراد عن طريق فرعيها في ولاية ميسيسيبي، الفرع الأول في مقاطعة كلارك، وتم إبرام العقد مع عشرين عميلاً، والفرع الآخر في مقاطعة نيوتاون وتم إبرامه مع اثني عشر عميلاً. لاحظت محكمة الاستئناف أن الاثنين وثلاثين عقداً لا تختلف نصوصهم إلا في طريقة صياغة شرط التحكيم، حيث يختلف شكل صياغة شرط التحكيم في ثمانية عقود عن باقي الأربعة والعشرين عقداً الأخرى.

تكوّنت الثمانية عقود المتعلقة بالشيكات المؤجلة من ورقة اتفاق واحدة مطبوعة من الجهتين، أُدرج شرط التحكيم في ظهر الاتفاق، حيث صيغ بشكل متداخل مع أحكام أخرى، وتمت طباعته بحجم أصغر من الشروط الأخرى المطبوعة على وجه الصفحة. بالنسبة إلى الأربعة والعشرين عقداً الآخرين، فقد تمت صياغة العقد فيها في صفحة واحدة، وأُفرغت جميع النصوص في وجه الورقة. تضمن الاتفاق في العقود الأخيرة العديد من العناوين البارزة، بما فيها تخصيص عنوان مستقل لشرط التحكيم مع طباعته بحروف كبيرة (capital letters) ومميزة الشكل[1]. بالإضافة إلى ذلك تضمنت هذه العقود فقرة منفصلة نصت على أنه: "بتوقيع هذه الاتفاقية، فإنك تقرُّ بأنك قد قرأت، وفهمت، وتوافق على شروط وأحكام هذه الاتفاقية، بما في ذلك شرط التحكيم".

تقدم المتعاقدون بدعوى ابتدائية أمام محكمة مقاطعة كلارك ومحكمة مقاطعة نيوتاون زعموا فيها إخلال المدعي عليها بالعقد ووقوع تدليس في النصوص المتعلقة برسوم الخدمات وممارسة

Mississippi Check Cashers Act, Miss. Code Ann. § 75-67-501 (2013). وللتفصيل في الشيكات مؤجلة الدفع، راجع Gregory Squires & Sally O'Connor, (1998) Fringe Banking in Milwaukee: *The Rise of Check Cashing Businesses and the Emergence of a Two-Tiered Banking System*, Urban Affairs Review 34(1): 126-163. Survey of Consumer Finances (1998).

[1] تم كتابة هذه الفقرة بالحروف المائلة (italicized).

المؤسسة لما يطلق عليه الإقراض المُفترس (Predatory Lending)[1]، والإخلال بمبادئ حسن النية. دفعت الشركة بوجود شرط التحكيم وطلبت من المحكمتين إحالة النزاع للتحكيم لوجود شرط التحكيم في العقود المبرمة بينها وبين المدعين.

نظرت المحكمتان في شرط التحكيم الوارد في العقود وقررت محكمة مقاطعة كلارك بالنسبة للعشرين عقد المطعون فيهم أمامها بأن شرط التحكيم الوارد في العقود عديم الضمير إجرائياً وموضوعياً. وهذا يعني أن حكم المحكمة قد شمل بالبطلان كلاً من العقود التي ورد شرط التحكيم فيها بوجه ورقة الاتفاق مع صياغته بعبارات بارزة، والعقود التي وضع شرط التحكيم في ظهر ورقة الاتفاق وطبعت بحروف أصغر دون كتابتها بشكل بارز أو مميز. نظرت محكمة مقاطعة نيوتاون الدعوى الثانية بتاريخ لاحق على صدور الحكم الأول، وقررت رفض طلب المدعي عليها إحالة النزاع للتحكيم دون القيام بعرض تفصيلي لأسباب حكمها مكتفية بتسبيب الحكم بالإشارة لحكم محكمة مقاطعة كلارك.

استأنفت المدعى عليها الحكمين أمام محكمة استئناف ميسيسيبي والتي بدورها ضمت الاستئنافين معاً. وجدت محكمة استئناف ميسيسيبي عند مراجعتها للحكمين بأن محكمتي الدرجة الأولى أصابتا في اعتبار جميع الاثنى وثلاثين عقداً من عقود الإذعان كونها عقود صيغت من جانب واحد أي من قبل الشركة المالية المهيمنة على العلاقة، حيث كان على العملاء قبولها كما جاءت في النماذج دون امتلاك فرصة حقيقية للمساومة حول شروط العقد.

---

[1] الإقراض المفترس هو ممارسة المقترض لسلوك تضليلي لإقناع المقترض بالموافقة على شروط القرض التعسفية. قامت العديد من الولايات الأمريكية بسن تشريعات خاصة لمكافحة الإقراض المفترس (Anti-Predatory Lending Act) مثل نيويورك، نيوجيرسي، ونيومكسيكو. يسعى المقترض في هذه القروض لاستهداف الفئة التي تكون في عوز للمال كما هو الحال مع ذوي الدخل المحدود أو الأفراد الذين لا تؤهلهم ظروفهم للحصول على قرض. من مظاهر هذه القروض أسعار الفائدة المرتفعة جداً أو ارتفاع الرسوم المفروضة بشكل كبير. يمارس المصرف في حالات كثيرة وسائل يوهم بها المقترض بأن الفوائد أو الرسوم المدفوعة هي أقل مما هي عليه في الواقع أو بأن المقترض يملك قدرة على سداد القرض أكبر من الواقع. وتتعدد الدوافع وراء منح المصارف لمثل هذه القروض كرغبة المقرض بتحقق تخلف المدين عن الدفع للحجز على الكفالة العينية المقدمة من المدين، أو إذا كان المقترض يتلقى عمولة نظير إبرام كل عقد قرض بعض النظر عن الجدارة الائتمانية للمقترض. للتفصيل أكثر في هذه المسألة، راجع Kathleen C. Engel & Patricia A. McCoy, *Turning a Blind Eye: Wall Street Finance of Predatory Lending*, 75 FORDHAM L. REV. 2039 (2007).

استندت محكمة الاستئناف في وصولها للطبيعة الإذعانية للعقود على عدة مسائل منها طبيعة التعاقد، وكذلك ما ورد في حكم محكمة الدرجة الأولى في اعتبار العقود المبرمة لا تقبل التفاوض بناءً على شهادة مدير المؤسسة المالية، وذلك عندما سأله القاضي: "إذا أراد أحد العملاء استبعاد التحكيم من نصوص العقد، هل يظل بإمكانه الحصول على مبلغ الشيك؟" ردَّ المدير: "لا أعتقد أنه يمكنني منحهم المبلغ". أوضحت محكمة الاستئناف بأنه وإن كان عقد الإذعان يعد أحد المظاهر القوية لانعدام الضمير الإجرائي، غير أن اعتبار عقد ما من عقود الإذعان لا يؤدي بحد ذاته إلى انعدام الضمير الإجرائي[1]، بالرغم من ذلك، يمكن اعتبار عقد الإذعان مؤشراً لانعدام الضمير الإجرائي إذا ما اجتمع مع عوامل إجرائية أخرى.

أردفت المحكمة بأن طباعة شرط التحكيم بخط أصغر من باقي شروط العقد يعد مؤشراً على انعدام الضمير الإجرائي لشرط التحكيم. بالإضافة إلى ذلك، فإن شرط التحكيم تمت طباعته على ظهر ورقة الاتفاق دون تخصيص عنوان مستقل للتحكيم، كالنص عليه مثلاً بعبارة "شروط التحكيم"، كما خلت الشروط من أي ترقيم، بل تم إدراج شرط التحكيم في خضم شروط أخرى غير مميزة الطباعة. اعتبرت المحكمة أن جميع هذه المسائل تعد من مؤشرات انعدام الضمير الإجرائي. قررت المحكمة أنه استناداً إلى هذه العوامل مجتمعة، فإنها تتفق مع قضاة محكمة أول درجة على أن شرط التحكيم في العقود الثمانية يعد عديم الضمير من الناحية الإجرائية، بناءً عليه قررت المحكمة بأن شرط التحكيم يعد غير نافذ في العقود الثمانية.

فيما يخص الأربعة والعشرون عقداً التي قضت كل من محكمة كلارك ونيوتاون بعدم نفاذ شرط التحكيم الوارد فيها، قررت محكمة الاستئناف أن محكمتي الدرجة الصغرى أخطأتا بعدم التفريق بين الاتفاقين. فالاتفاق الأول تكوّن من صفحة واحدة أُفرغت فيه جميع شروط العقد بما فيها شرط

---

[1] تجيز ولاية ميسيسيبي الحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم في عقود الإذعان دون وجوب إثبات عنصر المفاجأة أو التعسف إذا أثبت الطرف المذعن قيام عوامل حالت دون تعاقده مع طرف آخر بشروط أفضل، ويمكن للطرف المذعن إثبات تعذر التعاقد مع الغير بشروط أفضل – كما تم ايضاحه سابقاً – عن طريق إثبات أن ظروف السوق، أو عامل التوقيت، أو أي ضغوطات أخرى حالت دون التعاقد مع الغير بشروط أفضل. غير أن محكمة الاستئناف ذهبت إلى أنه ورغم أن شروط التعاقد تثبت بأن العقد المبرم هو عقد غير قابل للتفاوض وبالتالي عقد إذعان، إلا أن الأوراق خلت من أي دليل يشير إلى أن ظروف السوق أو التوقيت أو أن تعرض الأطراف لأي ضغوطات أخرى حالت دون تعاقدهم مع الغير بشروط أفضل، ومن ثمّ فقد اعتمدت المحكمة في حكمها على عوامل إجرائية أخرى اقترنت بطبيعة العقد الإذعانية.

التحكيم، وتمت طباعة شرط التحكيم فيها بحروف كبيرة ومميزة الشكل، مع تخصيص عنوان مستقل للتحكيم يحمل عبارة "شروط التحكيم". كما أفرد الاتفاق في هذه العقود فقرة خاصة تؤكد فيها التزام الطرفين بإحالة نزاعهما إلى التحكيم حال توقيع عقد صرف الشيكات مؤجلة الإيداع. تأسيساً على ذلك، قضت محكمة الاستئناف بصحة شرط التحكيم في تلك العقود الأربعة والعشرين وبوجوب إحالة المستأنف ضدهم في هذه العقود للتحكيم.

يعتبر قضاء ولاية ميسيسيبي إحدى محاكم الولايات التي لا تشترط وجوب توافر كل من انعدام الضمير الإجرائي والموضوعي معاً للحكم بعدم نفاذ اتفاق التحكيم. وقد ذهبت المحكمة عند تقرير عدم نفاذ شرط التحكيم في العقود الثمانية إلى أنه، وبتقريرها انعدام الضمير الإجرائي بالنسبة لهذه العقود، فإن شرط التحكيم الوارد فيها يعتبر غير نافذ ولا داع للنظر في مدى تحقق انعدام الضمير الموضوعي الذي قررته كل من محكمتي مقاطعة كلارك ونيوتاون. تقدمت الشركة المالية بطلب استصدار أمر تحويل الدعوى للمراجعة[1] فيما يخص الثمانية عقود أمام المحكمة العليا لولاية ميسيسيبي[2].

قررت المحكمة النظر في العقود الأربعة والعشرين التي حكمت محكمة الاستئناف بصحة شرط التحكيم الوارد بها باعتبار أن الدعوى انتقلت لقضاء المحكمة العليا برمتها[3]. قضت المحكمة العليا بتأييد الحكم المستأنف في الشق الخاص بانعدام ضمير العقود الثمانية ونقض الشق الآخر المتعلق بصحة العقود الأربعة والعشرين مع تأييد حكم كل من المحكمة الصغرى لمقاطعة كلارك ومقاطعة نيوتاون اللتين قضيتا بانعدام الضمير بالنسبة لجميع عقود المقرضة.

---

[1] وفقاً للقاعدة رقم 17 من قواعد ولاية ميسيسيبي لإجراءات الاستئناف لعام 1995 (Mississippi Rules of Appellate Procedure 1, Miss.R.App.P.) يعتبر حكم محكمة الاستئناف حكماً نهائياً وغير قابل للطعن لدى المحكمة العليا. ولكن للمحكمة العليا مراجعة الحكم في حالة موافقتها على إصدار أمر بتحويل الدعوى وذلك عن طريق طلب يتقدم به أحد الأطراف (petition for writ of certiorari). ولا يعتبر طلب تحويل الدعوى للمراجعة حقاً للأطراف وإنما للمحكمة سلطة تقديرية في قبول إصدار الأمر من عدمه.

[2] المحكمة العليا لولاية ميسيسيبي، قضية *Caplin Enterprises, Inc. v. Denise Arrington*, 2011-CT-01332-SCT (Miss. 2011)، بتاريخ 2014/5/8.

[3] وفقاً للقاعدة رقم 17 من قواعد ولاية ميسيسيبي لإجراءات الاستئناف، إذا قبلت المحكمة مراجعة الدعوى فهي بذلك تملك مراجعة أي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالنسبة للدعوى الماثلة بحيث لا تقتصر سلطتها على الشق المطعون فيه.

أسست المحكمة العليا حكمها بالنسبة للأربعة وعشرين عقداً على الانحياز الواضح لمصلحة الطرف القوي في العقد والذي يعد من أسباب انعدام الضمير الموضوعي لا الإجرائي[1]. حيث أجبر شرط التحكيم المقترضين على اللجوء للتحكيم فيما يخص جميع مطالباتهم، في حين سمح للمقرضة اللجوء للمحكمة عند إخلال المدعين بالتزاماتهم. بالإضافة إلى ذلك، فرض العقد على المدعين تحمل تكلفة تعيين محامي المقرضة الذي ستستعين به لتحصيل ديون المدعين قضاءً بما في ذلك أية تعويضات أخرى تحكم بها المحكمة.

المبحث الثالث: ارتفاع تكاليف التحكيم كأساس للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم

يرى البعض أن انخفاض تكاليف التحكيم مقارنة بالقضاء من مميزات التحكيم وأحد أسباب اختيار الأطراف للتحكيم وتفضيله على القضاء[2]، حيث يسعى الأطراف من خلال التحكيم إلى تجنب مصاريف التقاضي المرتفعة كما هو الحال في تكلفة الدعاوى القضائية طويلة الأمد، والدعاوى ذات الإجراءات المعقدة، بالإضافة إلى تجنب تحمل الرسوم القضائية[3]. غير أن ميزة انخفاض تكلفة التحكيم ربما لا تتوافر عندما تكون قيمة محل التحكيم تتمثل في مبالغ صغيرة كما هو الحال في القروض الصغيرة وبطاقات الائتمان، خاصة إذا ما تمت مقارنتها بالتكاليف المفروضة على أطراف التحكيم عند إخضاع المنازعة لإحدى المؤسسات التحكيمية الدولية، كما هو الحال مع محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية ومحكمة لندن للتحكيم الدولي.

والأصل في التعاقد هو أن العقد شريعة المتعاقدين، والقاعدة في التحكيم أن الأطراف يملكان حرية اختيار قواعد الإجراءات طالما أن هذه القواعد لا تصطدم بالنظام العام بما في ذلك اختيار المحكمين وطريقة إدارة الدعوى التحكيمية. بالإضافة إلى ذلك، فإن السياسة القضائية للولايات المتحدة الأمريكية سواء تمثل ذلك في محاكم الولايات أو المحكمة العليا الفدرالية هو الحكم لصالح

---

[1] وسوف نتناول موضوع الانحياز الجسيم بشكل مفصل لاحقاً.

[2] د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2006، ص7؛ *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 299.

[3] المحكمة العليا لولاية تكساس الأمريكية، قضية *Jack B. Anglin Co., Inc. v Tipps*, 842 S.W. 2d 266, 272-273 (Tex. 1992)، بتاريخ 1992/11/18.

صحة ونفاذ اتفاق التحكيم. بالرغم من ذلك، نلاحظ أن القضاء الأمريكي في العقدين الماضيين بدأ يتدخل في شروط اتفاق التحكيم إذا ما كانت المصاريف التي سيتكبدها الطرف الضعيف في العلاقة تنطوي على غلو يمنع معه المتعاقد من استعمال حق التقاضي والمتمثل هنا في حق اللجوء للتحكيم.

وتكمن الحكمة وراء تدخل القضاء في هذه الحالة هو ضمان أن التحكيم لا يتم استعماله كوسيلة لمنع الطرف الضعيف من السعي للمطالبة بحقوقه والدفاع عنها. فالأطراف يسعون لتحريك دعواهم عندما تكون "الفوائد المتوقعة من الدعوى تفوق التكلفة الإجمالية لرفعها"[1]. بالإضافة إلى ذلك، فإن إنشاء نظام التحكيم كوسيلة خاصة لفض النزاع وتعزيز هذه الوسيلة عن طريق التشريعات والاتفاقيات والأحكام القضائية يجب ألا يؤدي في النهاية لوضع قواعد نظرية نتيجتها عدم القدرة على اللجوء إلى القضاء والتحكيم معاً للمطالبة بالحقوق الناشة عن العلاقة العقدية أو غير العقدية.

بناءً على ذلك، تدخل القضاء الأمريكي مؤخراً في العقود التي تتضمن شرط تحكيم والتي تبرم بين طرف مهيمن على العلاقة وطرف آخر ضعيف، إذا ما كانت الرسوم المرتفعة تؤدي للحيلولة دون لجوء الطرف الضعيف للتحكيم. تبنت العديد من المحاكم الصغرى ومحاكم الاستئناف هذا المبدأ في العقود التي تضمنت شرط تحكيم في المسائل العمالية[2]، وفي عقود المستهلك مع كل من المؤسسات المصرفية والتجار مزودي السلع والخدمات الأخرى[3]. ولبيان الأسس التي تعتمد عليها المحكمة للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم بسبب التكاليف في عقود المعاملات المصرفية، نورد هنا

---

[1] المحكمة العليا لولاية مكسيكو، قضية *In re Olshan Foundation Repair Co.*, 328 S.W.3d 883, 892 (Tex. 2010)، بتاريخ 2010/3/23.

[2] من أمثلة تلك الدعاوى العمالية: حكم محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Shankle v. B-G Maintenance Management of Colorado, Inc.*, 163 F.3D 1230 (10TH CIR. 1999)، بتاريخ 1999/1/5؛ كذلك، حكم محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Paladino v. Avnet Computer Technologies Inc.*, 134 F.3d 1054 (11th Cir. 1998)، بتاريخ 1998/2/4؛ وحكم محكمة استئناف كاليفونيا، قضية *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, 24 Cal. 4th 83, 97 (Cal. 2000)، بتاريخ 2000/8/24.

[3] المحكمة الصغرى لولاية الباما، قضية *Rollins, Inc. v. Foster*, 991 F.Supp. 1426, 1439 (M.D. Ala. 1998)، بتاريخ 1998/1/20؛ محكمة افلاس شمال ألاباما، قضية *In re Knepp*, 229 B.R. 821, 838 (Bankr.N.D.Ala.1999)، بتاريخ 1999/1/29؛ محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Patterson v. ITT Consumer Financial Cor*p., 14 Cal. App. 4th 1659, 18 Cal Rptr 2d 563 (Cal App. 1993)، بتاريخ 1993/4/19.

تفصيلاً لإحدى تلك الدعاوى، وهو حكم محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية في قضية *Dobbins v. Hawk's Enters.* الصادر حكمها في 23 ديسمبر 1999[1].

وتتحصل وقائع الدعوى في إبرام تود دوبينز وستاسي دوبينز عقد شراء وتمويل منزل متنقل مع كل من مؤسسات هاوكس وبنك أمريكا لخدمات الإسكان، وقد تضمن العقد شرط تحكيم يتم بموجبه فض النزاع بين الأطراف عن طريق جمعية التحكيم الأمريكية. ادعى تود دوبينز وستاسي دوبينز إخلال الأطراف الأخرى في العقد بقانون الحقيقة في الإقراض (Truth in Lending Act) الخاص بالإقراض، حيث رفعا دعوى على كل من مؤسسات هاوكس وبنك أمريكا طالبا بتعويض قدره (50) مليون دولار[2]. قررت المحكمة الصغرى عدم نفاذ شرط التحكيم تأسيساً على ارتفاع رسوم التحكيم التي تفرضها جمعية التحكيم الأمريكية وقدرها (23) ألف دولار يتم احتسابها وفقاً لقيمة مطالبة المدعي. أوردت المحكمة في تسبيبها للحكم بأن التكلفة التي سيتحملها المدعي لرفع دعواه ستحول دون لجوئه للتحكيم[3].

استأنفت مؤسسات هاوكس وبنك أمريكا الحكم، قررت محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية إلزام المدعي بتخفيض مبلغ المطالبة ووجوب تقديم المدعي طلب إلى جمعية التحكيم الأمريكية للحصول على ميزة الإعفاء من رسوم التحكيم أو تخفيضها بموجب قواعد الجمعية الأمريكية للتحكيم[4]. ذكرت المحكمة بأن القواعد الإجرائية للجمعية تجيز الإعفاء من الرسوم بشكل جزئي أو كلي بناءً على الحالة المالية لمقدّم طلب الإعفاء، إلا أن دوبينز لم يتقدما بمثل هذا الطلب، كما أنهما رفضا تزويد الجمعية الأمريكية للتحكيم بمعلوماتهما المالية[5].

من ناحية أخرى، طلبت محكمة الاستئناف من المحكمة الصغرى إبقاء الدعوى تحت سلطتها للتأكد من منح الإعفاء من الرسوم بقدر يجعل الرسوم المفروضة مناسبة. كما قررت محكمة الاستئناف أنه إذا ما رأت المحكمة الصغرى بأن الرسم المفروض لا يزال يحول دون قدرة دوبينز

---

[1] محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية ، قضية *Dobbins v. Hawk's Enters.*, 198 F.3d 715 (8th Cir. 1999)، بتاريخ 1999/12/23.

[2] *Id.* at 717.

[3] *Id.* at 715.

[4] *Id.* at 717.

[5] *Id.*

على تحريك الدعوى التحكيمية، فإن للمحكمة أن تقبل عرض المستأنفين بتحمل رسوم التحكيم والذي تقدما به أمام محكمة الاستئناف[1].

يعتبر ارتفاع تكاليف التحكيم كسبب للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم أو تعديله، من صور انعدام الضمير الموضوعي[2]. وقد حرصت العديد من المحاكم الأمريكية على ضمان ممارسة الأفراد حق التقاضي بما فيها الولايات التي تشترط للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم توافر انعدام الضمير الإجرائي والموضوعي معاً كما هو الحال مع قضاء ولاية نيويورك، حيث ذهب قضاؤها إلى أن الحكم بانعدام الضمير يشترط توافر العنصرين الإجرائي والموضوعي، غير أن توافر العنصر الإجرائي وحده أحياناً يمكنه أن يؤدي إلى الحكم بعدم نفاذ الشرط المطعون فيه .

ويعد من أمثلة ذلك الاتجاه، حكم محكمة استئناف نيويورك في قضية *Brower v. Gateway 2000, Inc.* بتاريخ 13 اغسطس 1998. في هذه الدعوى نص شرط التحكيم في العقد المبرم مع المستهلك على فض النزاع وفقاً لقواعد التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية والتي تعد رسومها أكبر بكثير من قيمة العقد. أوردت محكمة الاستئناف في حكمها بأنه ورغم أن قضاء نيويورك يشترط في النص العديم الضمير أن يجتمع كل من العنصر الإجرائي والموضوعي، غير أنه في بعض الحالات يمكن أن يكون العنصر الموضوعي وحده كافياً للحكم بعدم النفاذ. قضت المحكمة في هذه الدعوى بأن يتم فض النزاع بناءً على قواعد جمعية التحكيم الأمريكية باعتبار أن رسومها أقل بكثير من رسوم غرفة التجارة الدولية[3].

---

[1] *Id.*

[2] *Budnitz, the High Cost of Mandatory Consumer Arbitration*, 67 Law & Contemp 133, 160 (2004).

[3] محكمة استئناف نيويورك، قضية *Brower v. Gateway. 2000, Inc.*, 246 A.D.2d 246, 254-255, 676 N.Y.S.2d 569 (1998)، بتاريخ 1998/8/13. يتعلق النزاع في هذه الدعوى بشراء مجموعة من الأفراد أجهزة حاسوب من إحدى الشركات، حيث رفع مجموعة من المشترين دعوى ضد البائع بسبب نزاعات تتعلق بعملية البيع وليس شرط التحكيم بحد ذاته، دفع البائع بشرط التحكيم الوارد في العقد. وجدت المحكمة أن قواعد إجراءات غرفة التجارة الدولية تفرض رسوماً قدرها (4000) دولار على المطالبات الصغيرة (أقل من 50000 دولار) وأن (2000) دولار منها غير قابلة للاسترداد حتى ولو تم الحكم لصالح المدعي، كما لاحظت بأن هذه الرسوم تفوق قيمة معظم سلع البائع . يجدر بالذكر بأن طبيعة المنازعات التي تنظرها غرفة التجارة الدولية عادة ما يكون موضوعها علاقات تجارية دولية أطرافها مؤسسات وشركات أو تجار. تأسيساً على ذلك، دفع المدعون

والأصل في القضاء الأمريكي هو تبني مبدأ تأييد اتفاق التحكيم، حيث إنه أقر هذا المبدأ أول مرة في حكم للمحكمة العليا الفيدرالية في قضية *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction*[1]. وورد في الحكم أن: "أي شكوك بشأن نطاق المسائل القابلة للتحكيم يجب أن تكون لصالح التحكيم سواء كانت المشكلة الماثلة هي صيغة العقد أو ادعاء التنازل عن اللجوء للقضاء وغيرها من الدفوع المتعلقة بقابلية النزاع للتحكيم". تأسيساً على هذا الحكم، تبنى القضاء الأمريكي مبدأ ترجيح أو تأييد صحة ونفاذ اتفاق التحكيم في الأحكام اللاحقة له[2].

سعت المحاكم للتوفيق بين مبدأين أساسيين في القضاء الأمريكي، الأول هو تأييد اتفاق التحكيم، والثاني ضمان ممارسة الأفراد لحق التقاضي وهو مبدأ دستوري عالمي. تحقيقاً لهذا التوفيق، تجنب القضاء الأمريكي الحكم ببطلان اتفاق التحكيم ومنح الأطراف حق اللجوء للقضاء للفصل في نزاعهم. بدلاً من ذلك، بحث عن وسائل يُبقي بها التحكيم كوسيلة توافق عليها الأطراف لفض النزاع، مع السعي لضمان وصول الأطراف للتحكيم والمطالبة بحقوقهم. تطبيقاً لذلك، بحث القضاء في حلول أخرى مثل توجيه الطرف الضعيف لطلب تخفيض رسوماً التحكيم من المؤسسات التحكيمية متى ما نصت قواعدها على ذلك أو باستبدال المؤسسة التحكيمية التي تفرض إجراءاتها رسوماً عالية مقارنة للنزاع القائم بمؤسسة أخرى تفرض رسوماً أقل، أو عن طريق تحميل الطرف الآخر المصاريف كما سبق بيانه سابقاً.

بوجود عنصر المفاجأة والذي يعد من عناصر انعدام الضمير الإجرائي الذي سبق التطرق له، ودفعوا ببطلان شرط التحكيم بناءً على عدم توقعهم إدراج البائع لشرط تحكيم يلزمهم باللجوء لغرفة التجارة الدولية باعتبارها مؤسسة تحكيمية غير متعارف عليها في فض المنازعات الخاصة بمسائل المستهلكين. غير أن المحكمة رفضت دفع المدعون بوجود عامل المفاجأة لأن المشترين تسلموا البضاعة وقد أرفقت بها الشروط القياسية الخاصة بالبائع والتي تنص على منح المشتري مهلة (30) يوماً من وقت وصول البضاعة مما يمكّن للمشتري خلالها من إجراء دراسة شاملة لمحتويات الشحنة بما في ذلك المستندات المرفقة، خاصة وأن الشروط القياسية تكونت من 3 صفحات فقط، أُفرد فيها عنوان مستقل لشرط التحكيم.

[1] حكم المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية، قضية *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983)، بتاريخ 1983/2/23.

[2] للتفصيل في تطور المبدأ، راجع Stephen L. Hayford, *Commercial Arbitration in the Supreme Court 1983–1995: A Sea Change*, 31 Wake Forest L. Rev. 1 (1996) ؛ راجع كذلك DP Pierce, *the Federal Arbitration Act: Conflicting Interpretations of its Scope*, 61 U. CIN. L. REV. 623, (1992).

بالرغم من هذه الأحكام التي جاءت في صالح الطرف الضعيف في العلاقة، إلا أن بعض المحاكم الأمريكية الأخرى رفضت الحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم الذي مرده غلو تكاليف التحكيم[1]، إلى أن صدر الحكم الشهير للمحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية في قضية *Green Tree Fin Randolph Corp.-Alabama v.*، بتاريخ 11 ديسمبر 2000[2] والذي نستعرضه في الفقرة اللاحقة، حيث رسخ هذا المبدأ لدى غالبية المحاكم الأمريكية، بالإضافة إلى وضع قواعد أخرى حول هذه المسألة ثار حولها الجدل مسبقاً.

- **معيار ارتفاع تكاليف التحكيم**

رأينا أن التكاليف المرتفعة التي تُفرض على الأطراف لتحريك دعواهم التحكيمية والاستمرار في إجراءاتها قد تؤدي للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم أو تعديله. غير أن التساؤل يثور حول المعيار الذي تتبعه المحكمة لاعتبار تلك التكاليف مرتفعة، ومن ثم الحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم. كما يثور تساؤل آخر فيما يخص السكوت عن تحديد مقدار التكاليف المفروضة على العلاقات التعاقدية، خاصة التي تبرم بين طرف مهيمن على العلاقة وطرف آخر ضعيف يفتقر لقوة التفاوض بشأن شروط العقد بما فيها شرط التحكيم كما هو الحال في العقود بين المقترض المستهلك مع البنوك أو المؤسسات المالية الأخرى، وسنحاول في الفقرات التالية تسليط الضوء على هذه المسائل.

أولاً: معيار خلو العقد من تحديد تكاليف التحكيم

ثار الجدل في قضية *Green Tree Fin Corp.-Alabama v. Randolph* حول ما إذا كان سكوت أطراف العقد عن تعيين المصاريف يعتبر في حد ذاته (*per se*) سبباً للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم. وتتحصل وقائع الدعوى في شراء Larketta Randolph لمنزل متنقل عن طريق قرض حصلت على تمويله من إحدى المؤسسات المالية وتدعى Green Tree، وتضمن العقد على

---

[1] راجع على سبيل المثال حكم محكمة جنوب نيويورك، قضية *Arakawa v. Japan Network Group*, 56 F. Supp. 2d 349, 351 (S.D.N.Y. 1999)، بتاريخ 1999/7/12. في هذا الحكم رفضت المحكمة دفع المدعي الذي يستند فيه على احدى الأحكام التي تبنت المبدأ (*Paladino v. Avnet Computer Technologies Inc.*, 134 F.3d 1054 (11th Cir. 1998)) واستشهدت بأحكام أخرى رفضت التدخل في اتفاق التحكيم بسبب تكاليف التحكيم المرتفعة.

[2] المحكمة العليا الأمريكية، قضية *Green Tree Financial Corp-Ala. v. Randolph*, 531 U.S. 79 (2001)، بتاريخ 2000/12/11.

شرط اللجوء للتحكيم دون تحديد الرسوم التي ستتحملها الأطراف فيما لو تم اللجوء إلى التحكيم. أقامت Randolph دعوى قضائية أمام المحكمة الصغرى الأمريكية على Green Tree مدعية إخلال الأخيرة بقانون الحقيقة في الإقراض (Truth in Lending Act) وقانون فرص الائتمان المتعادل (Equal Credit Opportunity Act) وهما قانونان ينظمان مسائل الاقتراض.

دفعت المدعي عليها بوجود شرط التحكيم وطلبت إحالة النزاع للتحكيم، قضت المحكمة الصغرى برفض الدعوى وبإحالة الأطراف للتحكيم. استأنفت المدعية الحكم أمام محكمة الاستئناف الأمريكية، قضت محكمة الاستئناف بأن اتفاق التحكيم أخفق في توفير الحد الأدنى من الضمانات التي يمكن للمدعية بموجبها الدفاع عن حقوقها القانونية التي يوفرها لها القانون[1]. لاحظت محكمة الاستئناف خلو العقد من تحديد مقدار النفقات والرسوم التي على الأطراف تحملها عند لجوئهم للتحكيم، بناءً على ذلك قررت عدم نفاذ الاتفاق لأنه يشكل "خطراً" يهدد قدرة المدعية على الدفاع عن حقوقها القانونية، وذلك بسبب تكاليف التحكيم "المرتفعة جداً"[2].

طعنت Green Tree في حكم محكمة الاستئناف، وعند نظرها للطعن، أرست المحكمة العليا الأمريكية مبدأين هامين:

المبدأ الأول: أن التكاليف المرتفعة للتحكيم التي تحول دون قدرة الخصم على الدفاع عن حقوقه يمكنها أن تؤدي إلى عدم نفاذ شرط التحكيم. فرغم أن هذا المبدأ تبنته العديد من المحاكم الصغرى ومحاكم الاستئناف إلا أنه يعد الحكم الأول الذي يصدر فيه مثل هذا الحكم من المحكمة العليا الفيدرالية مما جعل غالبية المحاكم تتبنى هذا المبدأ من بعد صدوره مع إشارتها لحكم المحكمة العليا كأساس للحكم3.

المبدأ الثاني: أن خلو الاتفاق من النص على مقدار تكاليف التحكيم في العقد لا يؤدي بحد ذاته إلى عدم نفاذ اتفاق التحكيم. وحمّلت المحكمة الطرف الذي يسعى للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم عبء إثبات عدم قدرته على الدفاع عن حقوقه بسبب ارتفاع التكاليف. بالإضافة إلى ذلك، اعتبرت المحكمة بأن "الخطر" الذي حكمت بموجبه محكمة الاستئناف بعدم نفاذ شرط التحكيم يقوم

---

[1] *Id.* at 79.

[2] *Id.*

[3] *Budnitz, the High Cost of Mandatory Arbitration, op. cit.,* p. 134.

على التخمين لا على الأدلة، وأن القول بخلاف ذلك من شأنه أن يقوّض سياسة "تأييد اتفاق التحكيم" مشيرة في هذا الصدد إلى الحكم الذي أرسى مبدأ تأييد اتفاق التحكيم *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction*.

تبنت معظم المحاكم الأمريكية المبادئ التي أقرتها المحكمة العليا في هذه الدعوى، سواء في قضايا المستهلك في المعاملات المصرفية[1]، أو في قضايا المستهلك مع مزويدي المنتجات والسلع

---

[1] راجع على سبيل المثال: حكم محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *American Heritage Life Insurance Co. v. Orr*, 294 F.3d 702, 712 (5th Cir. 2002) ، بتاريخ 2002/6/14، وورد في حكمها "عندما يفشل طرف في تحديد تكاليف التحكيم المفرطة، وبدلا من ذلك يخمن أن "خطراً" قائماً سيجعله مثقلاً بتكاليف إجراءات التحكيم العالية ، لا يكون على المحكمة ابطال اتفاق التحكيم"؛ راجع كذلك حكم المحكمة الجزئية للمنطقة الشمالية من ولاية كاليفورنيا، قضية *Acorn v. Household International*, Inc., 211 F. Supp. 2d 1160, 1173, 1174 (N.D. Cal. 2002)، بتاريخ 2002/6/21، وجاء في الحكم "تكاليف التحكيم تجعل النص عديم الضمير لأن الحاجة إلى دفع مثل هذه المبالغ الكبيرة من شأنها أن تردع العديد من المتقاضين من رفع الدعوى" كما ورد في حكمها: "في خلاصة القول، شرط التحكيم في القضية الماثلة يحتوي على العديد من الأحكام المنحازة، بما في ذلك....، والنصوص المتعلقة بالتكاليف. الأخذ بهذه المسائل جميعاً، تؤدي لنتيجة مفادها أن اتفاق التحكيم عديم الضمير تحت قانون ولاية كاليفورنيا، وبالتالي غير قابل للتنفيذ؛ كذلك حكم المحكمة الجزئية للمنطقة الشرقية من ولاية بنسيلفانيا، قضية *Dabney v. Option One Mortgage Cor*p., No. CIV. A. 00-5831, 2001 WL 410543 (E.D. Pa. Apr. 19, 2001) بتاريخ 2001/4/19، وتشير المحكمة إلى حكم *Green Tree* في تسبيبها للحكم حيث أوردت في حكمها "اعترفت المحاكم أن تكاليف التحكيم العالية يمكن أن تمنع أحد الخصوم من الدفاع عن حقوقه .... الطرف الذي يسعى لتجنب التحكيم يتحمل عبء إثبات أن احتمالات تكبده التكاليف العالية، بينما مجرد سكوت اتفاق التحكيم عن تحديد التكاليف والرسوم يعد غير كافٍ لجعله غير قابل للتنفيذ"؛ كذلك، حكم المحكمة الجزئية للمنطقة الجنوبية من ولاية ميسيسيبي، قضية *Bank One, N.A. v. Coates*, 125 F. Supp. 2d 819, 835 (S.D. Miss. 2001)، بتاريخ 2001/1/2، حيث رفضت المحكمة في هذه الدعوى طلب المقترض الحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم مستندة في حكمها إلى حكم المحكمة العليا، كما ورد في حكمها بأنه: "ذهبت المحكمة إلى أن الطرف الذي يسعى لإبطال اتفاق التحكيم على أساس أن التحكيم سيكون مكلفاً للغاية يتحمل عبء إثبات احتمال تكبد هذه التكاليف. إن بيان المدعى عليه بأنه سيكون عليه تحمل النفقات الخاصة به بما في ذلك أتعاب المحاماة، لم يقم على أساس صحيح"؛ راجع كذلك: حكم المحكمة الجزئية لمقاطعة جنوب نيويورك، قضية *Hale v. First USA Bank*, No. 00CIV5406JGK, 2001 WL 687371 (S.D.N.Y. June 19, 2001)، بتاريخ 2001/6/29؛ حكم المحكمة العليا لولاية ألباما، قضية *BankAmerica Housing Services v. Lee*, 833 So.2d 609

الأخرى[1]، وكذلك في القضايا العمالية بين العامل وصاحب العمل[2]. يجدر بالذكر أن هناك بعضاً من محاكم الولايات رفضت الاعتراف بالمبدأ الذي تبنته المحكمة العليا الأمريكية معتبرة أن الحكم الصادر في قضية Green Tree قد صدر بصدد نزاع ذي طبيعة فيدرالية (النزاعات التي تتعلق بأكثر من ولاية أمريكية)، وبناءً على ذلك قررت عدم انصراف ذلك الحكم إلى النزاعات الخاصة بكل ولاية على حدة. وتعد كل من ولايتي تكساس[3]، وايداهو[4] الأمريكية من المحاكم التي تبنى قضاؤها هذا الاتجاه.

بالرغم من أن المحكمة العليا قررت أن تكاليف التحكيم التي تحول دون قدرة أحد الأطراف على استعمال حقه في التقاضي يمكنها أن تكون أساساً للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم، إلا أنها لم

(Ala.2002)، بتاريخ 2002/4/26؛ حكم محكمة استئناف ولاية تينيسي، قضية *Pyburn v. Bill Heard Chevrolet*, 63 S.W.3d 351 (Tenn. Ct. App. 2001)، بتاريخ 2001/5/9.

[1] راجع على سبيل المثال: حكم المحكمة العليا لولاية ميسيسيبي، قضية *East Ford, Inc. v. Taylor*, 826 So. 2d 709 (Miss. 2002)، بتاريخ 2002/7/18؛ حكم محكمة استئناف واشنطن ، قضية *Mendez v. Palm Harbor Homes, Inc.*, 45 P.3d 594 (Wash. App. 2002)، بتاريخ 2002/5/2.

[2] ومثال ذلك، حكم المحكمة العليا لولاية تكساس، قضية *In Re Poly-America*, LP, 262 S.W.3d 337 (Tex. 2008)، بتاريخ 2008/8/28؛ كذلك حكم محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Cooper v. MRM Investment Co*, 367 F3d 493 (2004)، بتاريخ 2004/5/3. للمزيد من التفصيل في أثر حكم المحكمة العيا الأمريكية على القضايا العمالية، راجع Michael H. LeRoy & Peter Feuille, *When is Cost an Unlawful Barrier to Alternative Dispute Resolution? The Ever Green Tree of Mandatory Employment Arbitration?*, 50 UCLA L. Rev. 143 (2002).

[3] رفضت محكمة الاستئناف الأمريكية الاعتراف بالتكلفة العالية كسبب للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم عند تطبيقها لقانون ولاية تكساس الأمريكية في قضية *Pro Tech Industries, Inc. v. URS Corp.*, 377 F.3d 868, 873 (8th Cir. 2004)، الصادر بتاريخ 2004/7/27، وسببت المحكمة حكمها بأنه طالما المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Green Tree* عالجت مسألة حق لجوء الأطراف للمطالبة بحقوقهم وفقاً للقانون الفيدرالي، فإن الحكم لا ينصرف لقانون الولاية الذي لا يأخذ بهذاالمبدأ.

[4] راجع حكم المحكمة العليا لولاية ايداهو الأمريكية، قضية *Lovey v. Regence BlueShield of Idaho*, 72 P.3d 877, 885 (Idaho 2003)، بتاريخ 2003/6/18، حيث قضت في إلغائها لحكم المحكمة الصغرى التي استندت إلى حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Green Tree* بأنه: "لم يسبق لنا أبداً أن قضينا بأن التكلفة الباهظة للتحكيم يمكنها أن تكون أساساً لإبطال اتفاق التحكيم، ونحن نرفض أن نفعل ذلك في هذه الدعوى".

تبيّن متى يعد طرف اتفاق التحكيم غير قادر على ممارسة حق التقاضي بسبب هذه التكاليف[1]. بناءً على ذلك، اجتهد القضاء في تفسير القاعدة التي وضعتها المحكمة العليا. طبقت بعض المحاكم في سبيل ذلك معياراً شخصياً تنظر بموجبه في الظروف المالية للطرف الضعيف في كل قضية على حدة، بينما اعتمدت محاكم أخرى على البحث في الفارق بين تكلفة التحكيم والتكلفة التي سيتحملها الطرف الضعيف حال لجوئه إلى القضاء مع الأخذ بالاعتبار قدرة الطرف الضعيف على تحمل تكاليف التحكيم.

ثانياً: المعيار الشخصي

ينصب هذا المعيار على المقدرة المالية للمحتكم على دفع تكاليف التحكيم، حيث ينظر هذا المبدأ في الظروف المالية للمتعاقد كالوظيفة التي يشغلها والأعباء المالية التي يتحملها[2]. ومن المحاكم التي طبقت هذا المعيار على المعاملات المصرفية، المحكمة الجزئية للمنطقة الشمالية من ولاية إيلينوي في قضية *Phillips v. Associates Home Equity Services, Inc.*، الصادر حكمها بتاريخ 28 سبتمبر 2001[3].

قضت المحكمة في هذه الدعوى بعدم نفاذ شرط التحكيم الذي يفرض على المقترضة في قرض رهن عقاري اللجوء لجميعة التحكيم الأمريكية، وأسست المحكمة حكمها على معاناة المدعية من "ضائقة مالية شديدة". عولّت المحكمة في الوصول إلى قرارها على حكم المحكمة العليا في قضية *Green Tree* فيما يخص الاعتراف بعدم نفاذ شرط التحكيم بسبب تكاليف التحكيم العالية، وكذلك بالنسبة لإلزام من يدعي وجود مثل هذه التكاليف إثبات ذلك. غير أن المحكمة أشارت إلى أن المدعية في حكم *Green Tree* أخفقت في تقديم هذا الإثبات بينما المدعية في الدعوى الماثلة تقدمت بإثباتات من جمعية التحكيم الأمريكية على أنها ستضطر لدفع مبلغ (4000) دولار لمجرد

---

[1] Alderman, *op. cit.*, p. 60.

[2] راجع على سبيل المثال حكم محكمة استئناف نيويورك، قضية Camacho v. Holiday Homes, Inc., 167 F.Supp.2d 892, 894-895,897 (W.D.Va.2001)، بتاريخ 2001/10/26. حيث أسست المحكمة قرارها على ظروف المدعية المالية باعتبارها تعمل بشكل جزئي براتب محدود وتعيل 3 أبناء ومثقلة بقرض جامعي كبير.

[3] المحكمة الجزئية للمنطقة الشمالية لولاية إيلينوي، قضية *Phillips v. Associates Home Equity Services*, Inc., 179 F. Supp. 2d 840, 846 (N.D. Ill. 2001)، بتاريخ 2001/9/28.

تحريك الدعوى، إلى جانب أتعاب المحكم اليومية والتي يبلغ متوسطها اليومي (1800) دولار. وأشارت المحكمة إلى أن المدعية دللت على عجزها بتقديم شهادة تفيد معاناتها من ضائقة مالية شديدة، كما ورأت المحكمة بأنه لا سبيل للتشكيك في الحالة المالية للمدعية لا سيما في ضوء لجوئها للحصول على التمويل عن طريق القروض العقارية عالية المخاطر والتي يطلق عليها "Subprime Mortgage Loan"[1].

تعرض هذا الاتجاه لانتقاد بعض الفقه لما يحيط به من غموض، تأسيساً على أن تطبيق هذا المعيار يجعل من المستحيل على المستهلك أو الجهة المتعاقدة معه التوقع بشكل مسبق مدى انطباق المعيار على معاملتهم من عدمه، والذي قد يؤدي لازدياد الطعون في شرط التحكيم بسبب عدم اليقين مما يتعارض مع فعالية وحسن سير القضاء[2]. واعتبر البعض الآخر من منتقدي هذا المعيار أنه نهج يكشف عن نوع من العداء الذي يُظهره القضاء تجاه التحكيم، وأن القضاء قام بتطبيق مسألة ضمان قدرة الأفراد لممارسة حق التقاضي وفقاً لقدراتهم المالية بمنظور ضيق للغاية[3]. ودلل هذا الرأي على أن القضاء الأمريكي لا ينظر إلى مدى قدرة أطراف العقد على دفع الرسوم القضائية إلا في حالات استثنائية عندما يتعلق النزاع بحقوق أساسية للأفراد لا يمكن للأطراف المطالبة بها إلا عن طريق القضاء[4].

---

[1] تمنح هذه القروض للعملاء ذوي المقدرة الائتمانية الضعيفة كذوي الدخل المحدود أو العاطلين عن العمل، أو الذين يعانون من ظروف صحية تتطلب نفقات عالية ، وتكون عادة بأسعار فائدة عالية. تعد هذه القروض وما يعقبها من عمليات توريق لها من الأسباب الرئيسة للأزمة المالية العالمية الأخيرة 2007-2008 والتي لا تزال آثارها قائمة حتى اليوم. للتفصيل في هذه المسألة، راجع: Calem, Kevin Gillen, and Susan Wachter, *The Neighborhood Distribution of Subprime Mortgage Lending*, 29 J. Real Estate Financ. Econ. 393 (2004)؛ ولأثر هذه القروض على الأزمة العالمية راجع Dell'Ariccia, Igan D. and Laeven L., "*Credit Booms and Lending Standards : Evidence from the Subprime Mortgage Market*" IMF Working Paper, April 2008.

[2] *Budnitz, the High Cost of Mandatory Arbitration, op. cit.,* p. 155.

[3] Randall, *op. cit.*, pp. 201-202.

[4] ويضرب هذا الرأي مثالاً على ذلك حكم المحكمة العليا الأمريكية، قضية *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371, 385 (1970)، بتاريخ 1971/3/2، حيث قررت في حكمها أن المدعي العاجز عن الدفع في دعوى الطلاق له الحق في الوصول إلى المحكمة دون دفع الرسوم لأن مسائل الزواج من الحقوق الجوهرية، والطلاق لا يمكن الوصول له دون اللجوء للقضاء؛ وكذلك حكم المحكمة العليا الأمريكية، قضية *M.L.B. v.*

ويستند هذا الرأي إلى المقارنة بين الإعفاء في دعاوى التحكيم والإعفاء من الرسوم أمام قضاء الدولة، حيث يفرض القضاء على المتقاضين دفع الرسوم القضائية رغم تعلق النزاع مسائل تمس مصالح الأفراد كما هو الحال مع دعاوى الإفلاس، فالنزاع فيها لا يتعلق بحقوق أساسية لا يمكن الوصول لها إلا عن طريق القضاء، لأن المفلس يمكنه الوصول إلى اتفاقية تفاوض مع مجموعة الدائنين. وينطبق ذلك أيضاً في حالة الطعن في قرار عدم استحقاق الرعاية الاجتماعية، إلا أن القضاء لا يعفي أصحابها من دفع الرسوم القضائية لأنها لا تنطوي على حقوق جوهرية لا يمكن الوصول لها إلا عن طريق القضاء[1].

ثالثاً: الفارق بين تكاليف التحكيم والتقاضي

اعتمدت بعض المحاكم في تفسيرها لحكم المحكمة العليا الأمريكية على معيار أكثر موضوعية من معيار الاعتماد على الحالة المالية للطرف الضعيف في اتفاق التحكيم. تنظر المحكمة وفق هذا المعيار للفرق بين التكاليف التي سيتكبدها الطرف الضعيف في اتفاق التحكيم مع المصاريف التي سيكون عليه تحملها فيما لو لجأ إلى قضاء الدولة بصدد النزاع ذاته. فإذا كان الفارق بين المبلغين كبيراً بحيث يحول دون قدرة طرف العقد على اللجوء إلى التحكيم، فإن شرط التحكيم يكون غير نافذ[2]. بالرغم من ذلك، يُلاحظ يمكن بأن المحاكم عند تطبيقها لهذا المعيار تنظر كذلك إلى القدرة المالية للطرف الذي يطعن بشرط التحكيم، إلا أن هذا العامل لا يُعد عاملاً رئيسياً، حيث تنظر المحكمة إلى الفارق في التكلفة كعنصر أساسي، وتجعل من قدرة طرف اتفاق التحكيم على تحمّل تكاليف التحكيم عنصراً مكملاً لعقيدتها.

S.L.J., 519 U.S. 102 (1996)، بتاريخ 1996/12/16، حيث قررت المحكمة الإعفاء من الرسوم في دعوى إنهاء حقوق الوالدين (Termination of Parental Rights) تأسيساً على أن الإعفاء من الرسوم في القضاء المدني جائز عندما تكون المصالح الأساسية على المحك ويكون اللجوء للقضاء للمطالبة بها أمر إلزامي. وينتقد أصحاب هذا الرأي حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Green Tree* على أساس المفارقة بين الحقوق الأساسية التي يعفي القضاء بموجبها الأطراف من تحمل الرسوم كما هو الحال مع مسائل الأحوال الشخصية وبين حكم المحكمة العليا الذي ينصب موضوع النزاع فيها على منزل متنقل.

[1] Randall, *op. cit.*, pp. 201-202.

[2] *Budnitz, the High Cost of Mandatory Arbitration*, *op. cit.*, p. 155.

تطبيقاً لذلك، ورد في حكم المحكمة العليا لولاية تكساس الأمريكية في قضية *In re Olshan Foundation Repair Co., LLC*، الصادر حكمها في 23 مارس 2010[1]، بأن العديد من المحاكم في تفسيرها لحكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Green Tree* دأبت على النظر للفارق بين رسوم التحكيم ورسوم التقاضي وإلى ما إذا كان الفارق كبيراً من عدمه، مع وجود عوامل أخرى تؤخذ بنظر الاعتبار لتقرير ارتفاع تكاليف التحكيم، كالقيمة الفعلية للتحكيم مقارنة بالمبلغ الكلي المطالب به وقدرة المدعي على دفع رسوم ومصاريف التحكيم، ثم أردفت المحكمة إلى أن هذه العوامل تُعد قليلة الأهمية إذا كانت الرسوم القضائية أكثر تكلفة من رسوم التحكيم[2].

بالنسبة لوسائل الإثبات، أوضحت المحكمة أنه يجب ألا يُفهم بأن القضاء يُلزم الطرف الذي يدعى ارتفاع تكاليف التحكيم أنه يتوجب عليه وفي سبيل إثبات هذا الفارق أو إثبات عجزه عن سداد مصاريف التحكيم أن يباشر فعلاً في إجراءات التحكيم، لكنه يجب أن يقدم أدلة بالتكاليف المحتملة من خلال الفواتير، أو شهادة الخبراء، أو أي تقديرات أخرى للتكلفة يمكن للمحكمة الاعتماد عليها. فعلى سبيل المثال، قضت المحكمة العليا لولاية تكساس في قضية *in Re Poly-America* بعدم نفاذ شرط التحكيم معولة في ذلك على الشهادة الخاصة بالمدعي وتقرير الخبير المتضمن لتقديرات مفصلة للتكاليف المحتملة للتحكيم[3].

---

[1] المحكمة العليا لولاية تكساس الأمريكية، قضية *In re Olshan Foundation Repair Co., LLC*, 328 S.W.3d 883, 893 (Tex. 2010)، بتاريخ 2010/3/23.

[2] للمزيد من الأحكام التي أخذت بهذا المعيار، راجع: حكم المحكمة الجزئية لمنطقة شمالية نيويورك، قضية *Ball v. SFX Broadcasting, Inc.*, 165 F.Supp.2d 230, 240 (N.D.N.Y. 2001)، بتاريخ 2001/8/21، قضت المحكمة بأنه: "أثبتت كريستوفر أنها لا تستطيع أن تدفع الرسوم المفروضة عليها بموجب اتفاق التحكيم .... أثبتت كريستوفر بأنه من المرجح أنها ستكون مسئولة عن تكاليف تحكيم كبيرة لن تتكبدها في القضاء، بالتالي، فإن اتفاق التحكيم غير قابل للتنفيذ"؛ راجع كذلك حكم محكمة الاستئناف الأمريكية ، قضية *Bradford v. Rockwell Semiconductor Systems, Inc.*, 238 F.3d 549, 556 (4th Cir. 2001)، بتاريخ 2001/1/22، وقضت المحكمة بأنه "لا نستطيع أن نرى كيف يمكن منع المدعي من ممارسة حقه في التحكيم فقط لأنه سيدفع أتعاباً للمحكم، بينما التكلفة الإجمالية للتحكيم تساوي أو أقل من تكلفة التقاضي في المحكمة".

[3] حكم المحكمة العليا لولاية تكساس، قضية *In Re Poly-America*, LP, 262 S.W.3d 337 (Tex. 2008)، بتاريخ 2008/8/28.

بالرغم من أن هذا المعيار يعتبر أكثر تحديداً وقابلاً للتوقُّع بالنسبة للمعيار الشخصي، إلا أنه من غير الواضح حتى الآن مقدار الفارق بين تكلفة التحكيم والقضاء الذي تشترطه المحكمة لكي تعتبر التكلفة كبيرة بشكل يمنع الطرف الضعيف في اتفاق التحكيم من ممارسة حقه في اللجوء للتحكيم[1].

المبحث الرابع: الانحياز الواضح لصالح الطرف القوي كأساس للحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم

يسلّم الفقه بأن التساوي أو التكافؤ في الحقوق والالتزامات المتقابلة بين الأطراف لا يعد من الشروط الواجب توافرها في العقد، فإذا ترتب على العقد منح طرف ما منفعة أكبر من تلك التي حصل عليها الطرف الآخر، فإن ذلك في حد ذاته لا يؤدي للمساس بصحة العقد. ويستثنى من هذا المبدأ ما تجيزه بعض النظم القانونية من تعديل أو فسخ للعقد إذا ما اتسمت نصوصه باختلال جسيم في حالات محددة أو في حق أطراف معينة في العقد، ومثال ذلك حالة الغبن الذي يقترن بأحد عيوب الإرادة أو الغبن الفاحش في العقود المبرمة مع عديمي أو ناقصي الأهلية[2].

يطبق القضاء الأمريكي القاعدة العامة في العقود عند تطبيقه لنظرية انعدام الضمير، فالعقد لا يعتبر عديم الضمير لمجرد عدم مساواة أطرافه في المركز، ولا حتى بسبب عدم المساواة في توزيع نتائج المخاطر على الطرف الأضعف[3]. بالرغم من ذلك، فإن القضاء الأمريكي قد يتدخل بتعديل شرط التحكيم أو الحكم بعدم نفاذه إذا ما كان الانحياز من الجسامة إلى حد يهتز له الضمير[4]. فعدم المساواة لا يعد كافياً، غير أن عدم التناسب الجسيم في القوة التفاوضية جنباً إلى جنب مع صياغة الطرف القوي لشروط الاتفاق بصورة تصب لصالحه بشكل مفرط، يمكنه أن يمثل مؤشراً

---

[1] *Budnitz,the High Cost of Mandatory Arbitration, op. cit.,* pp. 155-156.

[2] المادة 99 من القانون المدني البحريني.

[3] المحكمة العليا لولاية تكساس، قضية *Southwestern Bell Tel. Co. v. DeLanney*, 809 S.W.2d 493, 498 (Tex. 1991)، بتاريخ 1991/3/6.

[4] المحكمة العليا لولاية نيو جيرسي، قضية *Delta Funding Corp. v. Harris*, 912 A.2d 104, 122 (N.J. 2006)، بتاريخ 2006/8/9.

على أن المعاملة تنطوي على عناصر الخداع والإكراه أو تثبت بأن الطرف الأضعف لم يملك بديلاً حقيقياً أو لم يقبل فعلاً بتلك الشروط غير العادلة[1].

ويعد الانحياز الواضح أحد صور انعدام الضمير الموضوعي في شرط التحكيم[2]. فقد سبق أن أوضحنا بأن القضاء الأمريكي يميز في تفسيره ونطاق تدخله بالنسبة لشرط التحكيم المبرم بين أطراف تتمتع بقوة تفاوضية متكافئة نسبياً والشرط الذي يبرم بين طرف ذي قوة تفاوضية متفوقة وآخر لا يمتلك أي قوة تفاوضية. وينطبق الحكم ذاته على العقد الذي يتضمن شروطاً منحازة بشكل جسيم فيما يخص نصوص التحكيم الواردة في العقد. فإذا كان الأصل هو أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن القضاء الأمريكي يضع في اعتباره الأطراف المتعاقدة وظروف التعاقد ونصوص العقد إذا ما اختلّت القوة التفاوضية كما هو الحال مع العقود المبرمة بين العميل والمصرف وبشكل خاص تلك العقود التي يبرمها المصرف مع العميل المستهلك.

تطبيقاً لذلك، ورد في حكم محكمة استئناف ولاية كاليفورنيا الأمريكية في قضية *Gutierrez v. Autowest, Inc.* الصادر حكمها في 9 ديسمبر 2003، والمتعلقة بانحياز شرط التحكيم، بأنه "عندما يفرض الطرف الذي يملك قوة تفاوضية متفوقة الشروط التعاقدية على الطرف الآخر، على المحاكم أن تقيّم بعناية الادعاءات القائمة على انحياز شرط واحد من هذه الشروط أو أكثر[3]". ولقد طبقت المحاكم الأمريكية مبدأ انعدام الضمير بسبب انحياز شرط التحكيم لصالح الطرف القوي في

---

[1] المحكمة العليا الاستئنافية لولاية فرجينيا الغربية، قضية *Troy Mining Corp. v. Itmann Coal Co.*, 176 W. Va. 599, 346 S.E.2d 749, 753 (1986)، بتاريخ 1986/3/20.

[2] Shelley McGill, *Consumer Arbitration Clause Enforcement: A Balanced Legislative Response*, 47(3) AM. Bus. L.J. 361, 381 (2010).

[3] محكمة استئناف ولاية كاليفورنيا، قضية *Gutierrez v. Autowest, Inc.* (2003) 114 Cal. App. 4th 77, 88، بتاريخ 2003/12/9.

علاقته مع المستهلك في العقود المصرفية[1]، والعقود الاستهلاكية المتعلقة بالسلع والخدمات المختلفة الأخرى[2]، وكذلك بالنسبة للدعاوى العمالية[3].

وينفرد المصرف غالباً بصياغة العقود التي يبرمها مع العميل والتي تُصاغ عادة على شكل عقد نموذجي. وتعمد العديد من المصارف الأمريكية لصياغة شرط التحكيم بنصوص لا تصب إلا في صالحها[4]. والانحياز في شرط التحكيم لصالح الطرف القوي غالباً ما يتعلق بالمسائل الإجرائية، ومن صوره استثناء بعض الإجراءات التي يمارسها المصرف ضد المدين من التحكيم كما هو الحال مع حق الاسترجاع، أو الحجز، أو منح المصرف خيار اللجوء للتحكيم أو القضاء، في حين يُحرم العميل من الإفادة من أي إجراء قانوني كفل له القانون ممارسته خارج إطار التحكيم. كذلك قد ينطبق الحكم إذا انفرد الطرف القوي باختيار هيئة التحكيم أو بالطعن بقرار التحكيم دون الطرف الضعيف، وسنتناول في الفقرات التالية تطبيقات قضائية لهذه الصور من الانحياز الواضح.

أولاً: استئثار المصرف باللجوء إلى القضاء وحرمان العميل من ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر:

يعد منح المصرف حق اللجوء للقضاء دون العميل من صور الانحياز الواضح إلى الطرف القوي، وبهذا الخصوص أصدرت محكمة استئناف كاليفورنيا في الدعوى *Vargas v. Sai Monrovia B, Inc.*[5] حكماً حديثاً يعالج أكثر من صورة لانحياز شرط التحكيم لصالح الطرف

---

[1] المحكمة العليا للاستئناف لولاية فرجينيا الغربية، قضية *Arnold v. United Companies Lending Corp.*, 511 S.E.2d 854 (W. Va. 1998)، بتاريخ 1998/12/11؛ المحكمة العليا للاستئناف لولاية فرجينيا الغربية، قضية *Orlando v. Finance One of W. Va., Inc.* 369 S.E.2d 882 (1988). بتاريخ 1988/5/20.

[2] المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا، قضية *Parrish v. Cingular Wireless, LLC,* 2005 WL 2420719 (Cal.App. 2005)، بتاريخ 2005/5/18.

[3] محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Nino v. Jewelry Exchange, Inc*, 609 F.3d 191 (3rd Cir. 2010)، بتاريخ 2010/6/5؛ محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Fitz v. NCR Corp.*, 118 Cal. App. 4th 702 (Cal. Ct. App. 2004)، بتاريخ 2004/4/27.

[4] *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 308.

[5] محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Vargas v. SAI Monrovia B, Inc.*, (2013) 216 Cal.App.4th 1269، بتاريخ 2013/6/4..

القوي. تتحصل وقائع الدعوى في إبرام جورج فارجاس وجوادالوبي كاركامو عقد شراء سيارة بالتقسيط من مؤسسة أسايل بي إم دبليو بمبلغ (25,900) دولار بتمويل قدره (28,721) دولار وبواقع قسط شهري مقداره (492) دولاراً. تضمن العقد والذي كان مطبوعاً ومعداً سلفاً شرط إحالة النزاعات الناشئة عن العقد إلى التحكيم، كما اشتمل على بند يجيز للبائع أن يحيل العقد إلى طرف ثالث، وقد تمت الإحالة بعد مدة قصيرة من إبرام العقد إلى بنك جي بي مورغان تشس[1].

واجه المشتريان بعد فترة وجيزة من الشراء عدة أعطال في السيارة، فرجعا على أسايل بي إم دبليو طالبين منها إصلاح تلك الأعطال، غير أن أسايل رفضت الاستجابة لطلبهما[2]. لجأ المشتريان للقضاء بإقامة دعوى ضد كل من أسايل بي ام دبليو وبنك جي بي مورغان تشس أمام المحكمة الصغرى لولاية كاليفورنيا مدعين مخالفة العديد من النصوص القانونية المتعلقة بعملية البيع إلى جانب الادعاء بأن شرط التحكيم هو عقد عديم الضمير. دفع كل من أسايل بي إم دبليو وبنك جي بي مورغان تشس (ويشير الحكم لهما مجتمعين باسم اسايل بي ام دبليو) بوجود شرط التحكيم وطالبا إحالة النزاع إلى التحكيم[3]. رفضت المحكمة طلب المدعيان وقضت لصالح أسايل بي ام دبليو (البائع والبنك) بإحالة النزاع للتحكيم، فطعن المدعيان أمام محكمة استئناف كاليفورنيا.

وجدت المحكمة أن شرط التحكيم اعتبر القرار الذي يصدره المحكم نهائياً وملزماً لجميع الأطراف، غير أنه استثنى من ذلك حالتين، الحالة الأولى هي إذا ما جاوز المبلغ المحكوم به (100) ألف دولار، والحالة الثانية إذا ما اشتمل الحكم على منح أمر زجري (injunctive relief)[4]. ويجوز لأي طرف عند تحقق إحدى الحالتين أن يطعن في الحكم عن طريق طلب يُقدم إلى هيئة تحكيم جديدة مكونة من ثلاثة محكمين. واستثنى العقد من التحكيم إجراءات المساعدة

---

[1] *Id.* at 1275.

[2] *Id.*

[3] *Id.* at 1275-1276, 1279.

[4] يعد الأمر الزجري (injunctive relief) من أنواع التدابير المؤقتة (interim measures)، والأمر الزجري هو أمر يصدره القضاء بالقيام بعمل معين أو الإمتناع عن عمل معين ولا يشمل الحكم بأداء مبالغ نقدية، ويُعد القضاء الإنجليزي هو المصدر التاريخي للأوامر الزجرية، للتفصيل في ذلك راجع Maraist, *Federal Injunctive Relief Against State Court Proceedings: The Significance of Dombrowski*, 48 Texas L. Rev. 535 (1970); Wang, William, *International arbitration: the need for uniform interim measures of relief*, 28 Brooklyn J of Int'l L, 1059 (2003).

الذاتية[1]، حيث نص على أنه "يحتفظ كل طرف بالحقوق المتعلقة بإجراءات المساعدة الذاتية مثل حق استرداد الحيازة[2]".

يُلاحظ أن محكمة الاستئناف لم تكتف بالاعتداد بالعبارات الشكلية للنص وما وفره من فرص متساوية لكلا الطرفين من حق في الاستئناف. فقد راعت المحكمة الاستئنافية طبيعة العقد ذي القوة التفاوضية المتباينة والأثر المترتب عليه من حقوق والتزامات متبادلة بين الأطراف، وفي النتيجة المحتملة عند إخلال أحد الأطراف بالتزاماته. وصولاً إلى ذلك، سعت محكمة الاستئناف إلى تحليل النصوص المتعلقة بالتحكيم بهدف تفسير ما تضمنته للوصول إلى الغرض الحقيقي وراء صياغة العديد من بنوده. واستندت في قرارها بتحقق انعدام الضمير الموضوعي القائم على الانحياز لصالح الطرف القوي إلى عدد من النصوص الواردة في شرط التحكيم.

ولذلك اعتبرت محكمة الاستئناف أن النصوص السالفة تمت صياغتها بشكل منحاز لصالح الطرف القوي وهما البائع والبنك المحال إليه العقد والذي يشير لهما الحكم مجتمعين باسم (اسايل بي ام دبليو) كما ذكرنا، وذلك على الوجه التالي:

1- **جواز استئناف قرار التحكيم عند تجاوز المبلغ المحكوم به (100) ألف دولار:** رغم أن شرط التحكيم منح كلا طرفي العقد حق استئناف قرار التحكيم إذا ما تجاوز المبلغ المحكوم به

---

[1] إجراءات المساعدة الذاتية أو (self-help remedies) هي حق الأفراد في التنفيذ على حقوقهم دون المرور عبر الإجراءات القانونية، ومن أمثلتها الشائعة الإجراءات المتخذة من قبل الملاك ضد المستأجرين مثل إخلاء المأجور، واسترداد حيازة البضائع المؤجرة أو المرهونة مثل السيارات والزوارق والمعدات باهظة الثمن. ولا يجوز مباشرة اجراء المساعدة الذاتية إلا حيث ينص القانون صراحة على منح هذا الحق. للتفصيل في إجراءات المساعدة الذاتية، راجع Brandon, *Self-Help: Extrajudicial Rights, Privileges and Remedies in Contemporary American Society*, 37 Vand. L. Rev. 845 (1984).

[2] استرداد الحيازة هو اجراء يسمح للمقرض أو البائع استرجاع الشيء المرهون أو المبيع من قبل المقترض أو المشتري عند التخلف عن السداد، حيث منح الباب التاسع من القانون التجاري الموحد الأمريكي المقرض أو البائع حق امتياز لتحصيل أمواله من قيمة الشيء المرهون أو المبيع عند تخلف المقترض أو المشتري عن السداد عن طريق استرداده ومن ثم بيعه. ويعد هذا الاجراء من صور المساعدة الذاتية التي بموجبها يباشرها المقرض أو البائع بنفسه أو عن طريق أحد الوكلاء المختصين في مجال استرداد الحيازة ويطلق عليه (Repossession Agent أو Repo Man). لمباشرة إجراء الاسترداد يشترط القانون التجاري الموحد في المادة 9- § U.C.C. 609 أن لا تؤدي الوسيلة المتبعة في الاسترداد إلى الإخلال بالسلم (breach of peace).

(100) ألف دولار، اعتبرت المحكمة أن هذا النوع من الأحكام يكون لصالح الطرف صاحب القوة التفاوضية العليا، وأنه يضع عبئاً لا مبرر له على الطرف الأضعف[1]. استعانت المحكمة في تدليلها على قرارها بحكمين لقضاء كاليفورنيا أحدهما صادر عن المحكمة العليا في دعوى عمالية والآخر لمحكمة الاستئناف في قضية بين طبيب ومريضته، غير أن الحكمين يتفقان في أسبابهما مع الدعوى الماثلة.

قررت المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا في الدعوى العمالية *Little v. Auto Stiegler Inc.*[2] الصادر حكمها بتاريخ 27 فبراير 2003 انعدام الضمير الموضوعي لشرط التحكيم بسبب انحيازه لصالح صاحب العمل. نص شرط التحكيم في تلك الدعوى على جواز استئناف قرار التحكيم من قبل أي الطرفين في حالة تجاوز المبلغ المحكوم به (50) ألف دولار[3]. سبّبت المحكمة قضاءها بأن الطرف الذي غالباً ما سيُحكم ضده بمثل هذا المبلغ في الدعاوى العمالية هو صاحب العمل وليس العامل، كما أكدت المحكمة وجوب الأخذ بعين الاعتبار حقيقة أن صاحب العمل هو الطرف الذي فرض اتفاق التحكيم بما في ذلك السقف الذي يمكن على أساسه استئناف قرار التحكيم. تأسيساً على ذلك، قررت المحكمة أنه من المنطقي الاستنتاج بأن صاحب العمل فرض هذا الحد مع العلم أو الاعتقاد بأنه سيكون المدعى عليه[4].

الحكم الآخر الذي أشارت له محكمة الاستئناف كان دعوى *Saika v. Gold*[5]، والصادر عن قضاء المحكمة ذاتها بتاريخ 30 سبتمبر 1996. قضت المحكمة في هذه الدعوى بعدم نفاذ شرط التحكيم المبرم بين طبيب وإحدى المرضى والذي وقّعته المريضة قبل خضوعها لإجراء تقشير الجلد الكيميائي لوجهها. ورد في الاتفاق أنه إذا ما تجاوز حكم التحكيم مبلغ (25) ألف دولار يكون لأي الطرفين طلب محاكمة جديدة من القضاء مع اعتبار حكم التحكيم

---

[1] *Vargas,* 216 Cal.App.4th at 1287.

[2] المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا، قضية *Little v. Auto Stiegler Inc.*, 29 Cal.4th 1064 (2003)، بتاريخ 2003/2/27.

[3] *Id.* at 1072.

[4] *Id.* at 1073.

[5] محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Saika v. Gold*, 49 Cal.App.4th 1074 (1996)، بتاريخ 1996/9/30.

لاغياً وباطلاً. لجأت المريضة إلى القضاء بعد إجراء العلاج بدعوى زعمت فيها وقوع خطأ طبي من الطبيب أدى لإصابتها بحروق شديدة. دفع الطبيب بوجود شرط التحكيم، وطلب إحالة الدعوى للتحكيم، وأجابته المحكمة، وأمرت بإحالتهما للتحكيم.

حكمت هيئة التحكيم لصالح المريضة بتعويض قدره (325) ألف دولار، فتقدم الطبيب بطلب إجراء محاكمة جديدة وفقاً للاتفاق المبرم مع المريضة. طالبت المريضة رفض الدعوى وتأييد قرار التحكيم، غير أن محكمة الدرجة الأولى قبلت طلب الطبيب رافضة بذلك طلبات الأولى. استأنفت المريضة الحكم، وقررت محكمة الاستئناف إلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى. اعتبرت المحكمة أن شرط المحاكمة من جديد في اتفاق التحكيم يسمح لأي طرف تجاهل نتائج التحكيم واللجوء للقضاء عند تجاوز المبلغ المحكوم به (25) ألف دولار، إلا أن الأثر العملي للنص هو إمالة الشرط لصالح الطبيب[1].

اعتبرت محكمة الاستئناف أن هذا الشرط يجعل من التحكيم إجراءً وهمياً بالنسبة لأحد الأطراف، مما يتعارض مع السياسة العامة المؤيدة للتحكيم بشكل كبير. وضحت المحكمة بأنه في حالة الخطأ الطبي، يتجاوز مبلغ التعويض عادة مبلغ (25) ألف دولار، عندئذ يملك للطبيب حق طلب محاكمة قضائية جديدة. في المقابل، تتعلق مطالبات الطبيب ضد المريض على الأرجح بمسائل الفواتير، ونادراً ما يكون من شأنها أن تؤدي لإصدار حكم يجاوز (25) ألف دولار. بالإضافة إلى ذلك، قللت المحكمة من أهمية إفادة المريضة من الشرط كما لو لم ترضَ المريضة بقرار التحكيم، واعتبرت المحكمة بأن مثل هذه الحالة تعد من الحالات التي يكاد يندر وقوعها عملياً[2].

بالرجوع للدعوى الأصلية والمتعلقة بعقد بيع وتمويل السيارة، رأت محكمة استئناف كاليفورنيا أن كلتا الدعوتين العمالية والدعوى الخاصة بالمريضة تماثل ظروفهما وأسباب صياغة بنود شرط التحكيم، وذلك فيما يتعلق بشرط استئناف قرار التحكيم الصادر ضد أسايل ي إم دبليو. وفي ذلك، ذهبت محكمة الاستئناف إلى أن ما وصل له الحُكمان السابقان من تحليل ينطبق على هذه الدعوى. أردفت المحكمة في توضيحها ذلك إلى أنه من النادر أن يصدر حكم بدفع

---

[1] *Id.* at 1076-1077.

[2] *Id.* at 1080.

مبلغ يزيد على (100) ألف دولار ضد مشتري سيارة بمبلغ بسبب إخلاله بعقد قيمته (28,721) دولار مما يعني عدم إفادته من حق الاستئناف إذا صدر قرار التحكيم ضده[1].

بينما أسايل بي إم دبليو هي التاجر، وذلك يعني أنها الطرف الأكثر عرضة لأن يحكم عليها بمثل هذا المبلغ لأن التزاماتها بموجب عقد البيع وقانون ولاية كاليفورنيا تتمثل في بيع سيارة في حالة صالحة للعمل. كما يجب عليها عدم ممارسة أي عمل تدليسي، وينبغي أن تمتثل لمختلف قوانين حماية المستهلك، والتي مخالفتها من المتصور أن تقود للحكم بتعويضات كبيرة يمكن أن تتجاوز بسهولة سقف المائة ألف دولار. أردفت المحكمة في قرارها إلى أنه لا يوجد أي مبرر لوضع حد المائة ألف دولار خلاف التقليل من مسؤولية المدعي عليها، وأن الشرط الذي كان سيعتبر متوازناً فعلاً هو الذي كان سيسمح للمدعيين باستئناف قرار التحكيم إذا ما صدر بأقل من (100) ألف دولار[2].

وأوردت محكمة الاستئناف في حكمها أن ثقة الأفراد بالتحكيم في جزء كبير منها تعتمد على فكرة أساسها هو أن التحكيم يعد بديلاً عادلاً للمحاكم، هذه الثقة يتم تقويضها بشكل واضح عندما ينص شرط التحكيم على أن انتصار طرف واحد في النزاع لا يعتد به. وأردف الحكم بأن وسيلة تسوية المنازعات البديلة يجب أن تكون بديلاً حقيقياً للتقاضي في المحاكم، لا عملية صورية من قبل طرف واحد ينتج عنها زيادة أحد الأطراف لمجموع تكاليف رفع الدعوى ضده[3].

2- **جواز استئناف الأمر الزجري:** أجاز العقد للطرفين استئناف قرار التحكيم إذا اشتمل على على أمر زجري[4]. وتظهر أهمية اللجوء إلى الأمر الزجري بشكل جلي في الدعاوى الخاصة بالمستهلكين[5]. هذا وقد خصص القانون المدني لولاية كاليفورنيا مجموعة من النصوص

---

[1] *Vargas,* 216 Cal.App.4th at 1289-1290.

[2] *Id.* at 1290.

[3] *Id.* at 1289.

[4] *Id.* at 1290.

[5] محكمة استئناف ولاية كاليفورنيا، قضية *Barquis v. Merchants Collection Assn.*, 7 Cal.3d 94, 107 (Cal. 1972) ، بتاريخ 1972/5/10.

خاصة بحماية المستهلك[1]، حيث توفر هذه الأحكام حماية واسعة للمشتري عن طريق حصوله على أوامر زجرية من المحكمة تشمل إصلاح واستبدال الأجزاء المتعطلة من المبيع دون إنذار البائع[2]. لذلك، يعد الأمر الزجري من التدابير المهمة لحماية المستهلكين في مواجهة المزيد من الأعمال غير القانونية من قبل المدعي عليه[3].

وصفت محكمة الاستئناف النص الذي يسمح باستئناف الأمر الزجري بالشرط القاسي أكثر من اللازم (unduly harsh) لما لهذه الأوامر من أهمية جوهرية في دعاوى المستهلكين، فالمشتري وليس التاجر هو عادة من يسعى للحصول على الأمر الزجري[4]. تدليلاً على رأيها، افترضت المحكمة تقدم المدعيان بطلب أمر زجري ضد أسايل بي إم دبليو، ووجد المحكّم أن مصالح المدعيين ستصاب بضرر لا يمكن درئه حال عدم إصدار الأمر الزجري، فإذا ما منح المحكم للمدعيين الأمر الزجري، فإن شرط التحكيم يسمح لأسايل بي إم دبليو تأخير أثر الأمر الزجري عن طريق استئنافه أمام لجنة تحكيم مكونه من ثلاثة أعضاء[5].

بناءً على ذلك، قررت المحكمة أن نص الاستئناف المتعلق بالأمر الزجري لا يصب إلا في صالح أسايل بي إم دبليو مما يجعل الشرط متحيزاً ومُقوّضاً للغرض وراء وضع قوانين حماية المستهلكين والأهداف المرجوة من العملية التحكيمية[6].

3- **استثناء سلطة المحكم من المساعدة الذاتية:** استثنى العقد صراحة تدابير المساعدة الذاتية من الخضوع لإجراءات التحكيم بما في ذلك حق الاسترداد. اعتبرت محكمة الاستئناف أن أسايل بي إم دبليو استثنت هذا الإجراء والذي قد يكون أهم إجراء بالنسبة لها في حين أن

---

[1] نظم القانون المدني لولاية كاليفورنيا مجموعة من النصوص لحماية المستهلك وتنص المادة 1750 من القانون على تسمية هذا الجزء باسم "Consumers Legal Remedies Act" والذي يتكون من 35 مادة (1750-1784) وتتعلق بحماية المستهلك عن طريق تنظيم الطرق غير المشروعة والممارسات غير العادلة أو التدليسية التي يقوم بها التاجر عند بيع أو تأجير السلع أو الخدمات للمستهلك.

[2] المادة 1782 (3) من القانون المدني لولاية كاليفورنيا لعام 1872.

[3] المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا، قضية *People v. Pacific Land Research Co.* (1977) 20 Cal.3d 10, 20، بتاريخ 1977/9/29.

[4] *Vargas,* 216 Cal.App.4th at 1290.

[5] *Id.* at 1291.

[6] *Id.*

المدعيين لا يملكان أي إجراء ذاتي فعال ضدها، ولم يتم استثناء أي من التدابير الخاصة بهما من التحكيم[1]. بل إن الإجراء الأكثر أهمية بالنسبة لهما وهو الأمر الزجري يخضع للتحكيم والمدعيان هما الطرف الأكثر احتمالاً للسعي للحصول على الأمر الزجري ضد أسايل بي إم دبليو وليس العكس بالعكس[2].

أكدت المحكمة أنها لا تعتبر استثناء إجراءات المساعدة الذاتية من التحكيم في حدّ ذاته عديم الضمير، لكن ما يقلقها هو أن شرط التحكيم يستثني الإجراء الأكثر أهمية بالنسبة لأسايل بي إم دبليو لكنه لا يستثنى أياً من الإجراءات القانونية التي منحها القانون للمدعيين، وعلى وجه الخصوص الأمر الزجري. بالإضافة إلى ذلك، فإن الأمر الزجري يمكن تعطيله عن طريق النص الوارد في العقد والذي يجيز استئناف الحكم بالأمر الزجري، بالتالي، فإن هذه النصوص مجتمعة تخلق تمييزاً جائر ولا مبرر له[3]. أردفت المحكمة بأنه لا يمكن لأسايل بي إم دبليو تبرير استثناء المساعدة الذاتية من التحكيم والتي لا يملك منها المشتري شيئاً، في حين تشترط أن يتم إجراء الأمر الزجري وهو العلاج الأهم بالنسبة للمدعيين عن طريق التحكيم.

دللت المحكمة على الضرر الجسيم الذي يمكن أن ينال الطرف الضعيف بسبب صياغة الطرف القوي لهذا الشرط بدعوى أخرى[4]. وقائع تلك الدعوى تشير إلى أن سجلات البنك الذي أحيل إليه عقد بيع السيارة أظهرت تخلف المشتري عن سداد الأقساط، وكان ذلك مردّه وجود أخطاء مادية في أجهزة حاسوب البنك المحال إليه. أصر البنك على موقفه بالرغم من قيام المشتري بإبراز المستندات المثبتة لسداد الأقساط لدى موظفي البنك، غير أن البنك اعتمد بشكل كامل على بيانات الحاسوب ذات الأخطاء المادية، وبناءً عليها قرر ممارسة حق استرداد السيارة.

---

[1] *Id.* at 1295.

[2] *Id.*

[3] *Id.* at 1295-1296.

[4] محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Varela v. Wells Fargo Bank* (1971) 15 Cal.App.3d 741, 744-745, 749-750، بتاريخ 1971/3/2.

الراجح أن في مثل هذه الحالة سيسعى المشتري للحصول على أمر زجري لمنع البنك من مباشرة الاسترداد، غير أنه وبموجب الدعوى الماثلة سيتعذر عليه التقدم بمثل هذا الطلب للقضاء، ومن ثم سيكون السبيل الوحيد المتاح أمامه هو تقديم الطلب لدى هيئة التحكيم. ونجاح المشتري في الحصول على الأمر الزجري من هيئة التحكيم لمنع البنك من الاسترداد يمكن أن يليه استئناف من قبل البنك أمام لجنة من ثلاثة محكمين، فيكون للبنك في مثل هذه الحالة مباشرة عملية الاسترداد بسهولة وقبل فترة طويلة من الانتهاء من استئناف الأمر الزجري، فنكون بذلك تركنا المشتري طوال هذه الفترة بدون أي وسيلة نقل[1].

أورد الحكم بأن العديد من أحكام هذا القضاء اعتبرت شرط التحكيم عديم الضمير إذا ما أخضع للتحكيم المطالبات التي يُرجّح أن يلجأ لها الطرف الأضعف، ولكنه في الوقت ذاته يعفي من التحكيم المطالبات التي غالباً ما يلجأ لها الطرف الأقوى[2]. وضح الحكم بأن العلة في هذه الأحكام تتوافر في هذه الدعوى، وبالتالي بتوجب تطبيق هذه القاعدة على الدعوى الماثلة، فالعقد يفرض التحكيم على إحدى أهم الإجراءات التي يمكن للمدعيين اللجوء إليها بينما يعفي من التحكيم الإجراء الجوهري لأسايل والمتمثل في المساعدة الذاتية.

تأسيساً على جميع النصوص التي وجدتها المحكمة منحازة بشكل جسيم في شرط التحكيم والتي وصفت محكمة الاستئناف انعدام الضمير فيها بأنه "متغلغل"[3]، قررت المحكمة إلغاء حكم

---

[1] *Vargas*, 216 Cal.App.4th at 1297.

[2] أشار الحكم إلى الأحكام التالية: حكم محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Baker v. Osborne Development Corp.*, 159 Cal.App.4th 884, 896 (2008)، بتاريخ 2008/1/31؛ حكم محكمة استئناف كاليفونيا، قضية *Fitz v. NCR Corp.*, 118 Cal.App. 4th 702 (Cal.Ct.App. 2004)، بتاريخ 2004/4/27؛ حكم محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Mercuro v. Superior Court,* 96 Cal.App.4th 167, 174 (2002)، بتاريخ 2002/2/13؛ حكم محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, 24 Cal.4th 83, 117 (2000)، بتاريخ 2000/8/24؛ حكم محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Stirlen v. Supercuts, Inc.* 51 Cal.App.4th 1519, 1528–1529, 1539–1542 (1997)، بتاريخ 1997/1/9.

[3] أوردت المحكمة في وصفها لشرط التحكيم بأن: "The provision is permeated by unconscionability"

الدرجة الأولى بإلزام الأطراف باللجوء للتحكيم، وأوجبت نظر النزاع من قبل قضاء الدولة لا التحكيم[1].

ثانياً: انفراد المصرف بتعيين المحكم

يعد انفراد الطرف القوي باختيار المحكم من صور الانحياز الواضح في شرط التحكيم[2]، فرغم أنه وحسب الأصل يكون للأطراف حرية الاتفاق على الكيفية التي يتم فيها تعيين هيئة التحكيم[3]. غير أن هذه الحرية ليست مطلقة بل هي حرية نسبية، فالمحكم يجب أن تتوافر فيه معايير دنيا من المعرفة والنزاهة والتحلي بالأخلاق المطلوبة بشكل مشابه لما هو عليه القاضي في قضاء الدولة[4]. وشددت المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية على الدور الرقابي الذي يلعبه القضاء في ضمان حياد المحكم مقارِنة في ذلك بين الرقابة على نزاهة المحكمين والقضاة، حيث اعتبرت أن المحاكم يجب أن تكون أكثر دقة في رقابتها على الأولى، ومرد ذلك هو أن المحكمين يتمتعون بحرية واسعة في تعيين القانون وتحديد الوقائع كما أن أحكامهم لا تخضع للاستئناف[5].

ويتدخل القضاء الأمريكي إذا ما استغل الطرف القوي سلطته في العقد للسيطرة على عملية تكوين هيئة التحكيم، بل ويشكّك صراحة بنزاهة هذه العقود كما سيأتي بيانه. ونورد مثالاً لإحدى الأحكام العمالية التي عمد صاحب العمل للسيطرة على عملية تكوين هيئة التحكيم، وذلك لتشابه هذه الدعاوى مع دعاوى العميل المستهلك مع المصرف في العلة والمتمثلة في حماية القضاء للطرف الضعيف في العلاقة العقدية كما سبق بيانه. صدر حكم محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية في

---

[1] *Vargas* , Cal.App.4th at 1300.

[2] David Horton, *Unconscionability Wars*, 106 Nw. U. L. Rev. 387,396 (2012); Christopher R. Drahozal, *"Unfair" Arbitration Clauses*, 2001 U. ILL. L. Rev. 695, 716 (2001).

[3] المادة 2/11 من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني؛ المادة 5 من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لعام 1925؛ المادة 1/16 من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1966.

[4] المحكمة العليا لولاية أوكلاهوما الأمريكية، قضية *Voss v. City of Oklahoma City*, 1980 OK 148, 618 P.2d 925, 927، بتاريخ 1980/10/7.

[5] المحكمة العليا الأمريكية، قضية *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental. Casualty. Co.*, 393 U.S. 145, 149 (1968)، بتاريخ 1986/11/18.

الدعوى العمالية *Hooters of America, Inc. v. Phillips* بتاريخ 8 أبريل 1999[1]. منح شرط التحكيم في العقد كل طرف حق تعيين محكماً واحداً، ومن ثمّ يعين المحكمان محكماً ثالثاً. غير أنه يتوجب اختيار المحكم المعين من قبل العامل إلى جانب المحكم الثالث من قائمة أعدها صاحب العمل سلفاً.

أوردت محكمة الاستئناف في حكمها بأن تصور الحياد في هذا الشرط يعد مثيراً للدهشة، واعتبرت النص يعطي الطرف القوي سيطرة على هيئة التحكيم بكاملها[2]. واستعانت المحكمة في تعزيز عقيدتها برأي أهل الخبرة حيث أجمع خبراء التحكيم على أن المشكلة الرئيسة في أحكام العقد تكمن في الشرط الذي مُنح بموجبه الطرف القوي سيطرة كاملة على اختيار هيئة التحكيم. وقد وصف أحد الخبراء[3] النص بأنه من أكثر شروط التحكيم انعداماً للعدالة[4]، وأكد خبيران آخران[5] رفضهما نظر نزاع يشتمل على مثل هذا الشرط، وشدّد أحدهما على أن مؤسسات التحكيم ذات السمعة لن تقبل الاشراف على نزاعات تحكمها مثل هذه النصوص المنحازة[6].

ولم تخرج جمعيتا تحكيم بارزتان في أمريكا عن هذا الاتجاه، حيث ذكرت الأكاديمية الوطنية للمحكمين[7] أن هذا الشرط ينتهك المفاهيم الأساسية للعدالة وسلامة عملية التحكيم. بينما ذهبت جمعية تسوية المنازعات[8] إلى أنه "من الصعب أن نتصور طريقة أكثر ظلماً في اختيار هيئة

---

[1] محكمة الاستئناف الأمريكية، قضية *Hooters of America, Inc. v. Phillips,* 173 F.3d 933 (4th Cir. 1999)، بتاريخ 1999/4/8.

[2] *Id.* at 939.

[3] لويس مالتبي (مدير جمعية التحكيم الأمريكية والرئيس المشارك في اللجنة الاستشارية الوطنية بشأن العمالة لدى الجمعية ذاتها).

[4] *Hooters* , 173 F.3d at 939.

[5] دينيس نولان (محكم وأستاذ جامعي)، وجورج نيكولا (محكم ورئيس الأكاديمية الوطنية للمحكمين).

[6] *Hooters* , 173 F.3d at 939.

[7] الأكاديمية الوطنية الأمريكية للمحكمين (National Academy of Arbitrators) هي مؤسسة تحكيم أمريكية غير ربحية تعني بالمسائل العمالية تأسست في الولايات المتحدة في عام 1947.

[8] جمعية تسوية المنازعات (Association for Conflict Resolution) هي منظمة مهنية غير ربحية تهدف لتعزيز فهم الجمهور لتسوية المنازعات. وقد أشار لها الحكم باسم جمعية المحترفين لتسوية المنازعات (Society of Professionals in Dispute Resolution) ، حيث أنها قامت بتغيير أسمها لاحقاً. للمزيد راجع موقع الجمعية على الرابط التالي: http://www.imis100us2.com/acr/acr/default.aspx

التحكيم" واصفة النص بشديد الانحياز مع صعوبة التسليم بأن الغرض منه هو الإنصاف[1]. انتهت المحكمة إلى أن الطرف القوي فشل تماماً في أداء واجباته التعاقدية واصفة إياه بأنه سعى لإنشاء "نظام صوري" لا يستحق أن يطلق عليه وصف تحكيم[2].

إن تدخل القضاء بسبب انحياز شرط التحكيم لا يعني وجوب تساوي حقوق والتزامات الطرف القوي في العلاقة مع الطرف الضعيف، فقد أكد القضاء الأمريكي في أكثر من حكم له بعد اشتراط تماثل أو تقابل حقوق والتزامات الأطراف الخاصة بشرط التحكيم في العقد[3]. فإذا كان العقد يلقي التزاماً على طرف ما في اتفاق التحكيم، فإن هذا لا يعني وجوب أن يكون هناك التزام على الطرف الآخر يماثل ويقابل ذلك الالتزام[4]. غير أن التباين في حقوق الأطراف المتعاقدة يجب أن لا يكون منحازاً وبشكل جسيم لصالح الطرف الذي صاغ العقد فهو في هذه الحالة يجعل من الاتفاق عديم الضمير[5].

فتدخُّل القضاء في الدعاوى السالفة التي قضت فيها المحكمة بعدم نفاذ شرط التحكيم كان سبب الحكم استغلال الطرف القوي لمركزه التفاوضي في العلاقة العقدية بهدف فرض شروط منحازة بشكل جسيم لا تصب إلا في مصلحته على حساب الطرف الضعيف. فالشرط يعتبر منحازاً حينما يحرم طرفاً واحداً من كل فوائد الاتفاق أو يجرده من الإجراءات التي يمكنه اللجوء لها عند تحقق إخلال الطرف الآخر[6]. وتقيّم المحكمة شروط العقد ككل للوصول إلى ذلك، فقد يمنح الطرف القوي نفسه حقاً دون أن يقابله حق مماثل للطرف الضعيف كحق الحجز على الشيء المرهون، فيكون

---

[1] *Hooters* , 173 F.3d at 939.

[2] *Id.* at 940.

[3] المحكمة العليا لولاية ألباما الأمريكية، قضية *Northcom, Ltd. v. James*, 694 So.2d 1329 (Ala.1997)، بتاريخ 1997/5/9؛ محكمة استئناف نيويورك، قضية *Sablosky v. Edward S. Gordon Co.*, 73 N.Y. 2d 133, 538 N.Y.S. 2d 51 (1989)6، بتاريخ 1989/2/21.

[4] المحكمة العليا لولاية ألباما الأمريكية، قضية *Marcrum v. Embry*, 291 Ala. 400, 403, 282 So.2d 49, 51 (1973)، بتاريخ 1973/8/30.

[5] محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية، قضية *Ticknor v. Choice Hotels Int'l, Inc.*, 265 F.3d 931, 940 (9th Cir.2001)، بتاريخ 2001/9/12.

[6] المحكمة العليا لولاية ميسيسيبي، قضية *Covenant Health & Rehab. of Picayune, LP v. Estate of Moulds ex rel. Braddock*, 14 So. 3d 695 (Miss. 2009) ، بتاريخ 2009/8/6.

على عميل المصرف اللجوء إلى التحكيم فيما يخص جميع إجراءات النزاع بينما يحتفظ الطرف القوي باللجوء للتحكيم والقضاء معاً بالنسبة للمسائل المتعلقة بالرهن كحق الحجز.

وتأسيساً على ذلك احتفظت المؤسسة المالية المُقرضة في قضية *Lackey v. Green Tree Financial Corp.*[1] بحق اختيار اللجوء للتحكيم أو القضاء لتنفيذ الالتزامات المضمونة بالمنزل المرهون والحجز على المنزل. وقضت محكمة استئناف كاليفورنيا بعدم صحة ما قضت به محكمة الدرجة الأولى من عدم نفاذ شرط التحكيم والذي أسست حكمها فيه على اعتبار النص السابق نصاً منحازاً لصالح المؤسسة المقرضة، وبالتالي وصفت الشرط بأنه عديم الضمير.

وأوردت محكمة الاستئناف في حكمها بأنه في المعاملات المضمونة بالرهون يتحمل المقرضون مخاطر أكبر، وذلك مردّه تعزيز قدرتهم على حماية القرض عن طريق الوسائل القانونية لاسترداد وبيع الشيء المرهون عند تخلف المدين عن السداد[2]. وأردفت المحكمة بأن هذه الوسائل توفر إجراءات محددة لحماية ضمانات الأطراف وهي حماية خاصة بكلا الطرفين يتم تسهيلها عن طريق إجراءات التنفيذ المنصوص عليها في القانون. بناءً على ذلك، خلصت المحكمة إلى أن شرط التحكيم يرتبط بشكل صحيح بالمخاطر التجارية[3].

وقضت محكمة استئناف كاليفورنيا في الدعوى *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services*[4] بأنه يمكن لاتفاق التحكيم أن يوفر "هامش أمان" (margin of safety) يمنح فيه الطرف صاحب القوة التفاوضية العالية نوعاً من الحماية الزائدة بناءً على حاجة تجارية مشروعة دون أن يعتبر الشرط عديم الضمير. غير أن المحكمة أكدت بأن واقع العمل التجاري الذي يخلق حاجة خاصة لمثل هذه الميزة يجب أن يتم تفسيره في العقد نفسه[5].

---

[1] محكمة استئناف كاليفورنيا الجنوبية، قضية *Lackey v. Green Tree Financial Corp.*, 330 S.C. 388, 498 S.E.2d 898, 905 (S.C. Ct. App. 1998)، بتاريخ 1998/3/16.

[2] *Id.* at 401.

[3] راجع حكم مشابه للمحكمة الصغرى في ولاية ألباما، قضية *Goodwin v. Ford Motor Credit Co.*, 970 F. Supp. 1007, 1015 (M.D.Ala.1997)، بتاريخ 1997/7/17.

[4] محكمة استئناف كاليفورنيا، قضية *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, 24 Cal. 4th 83 (2000)، بتاريخ 2000/8/24.

[5] *Id.* at 117.

الفصل الثالث

تقييم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل

ينتمي غالبية المتعاملين مع المصارف لفئة المستهلكين، غير أن المصارف تبرم أيضاً عقوداً مع الشركات والمؤسسات التجارية المختلفة وكذلك الحكومات. بناءً على ذلك، سنحاول في هذا المبحث تقييم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل في مبحثين، نخصص الأول لاتفاق التحكيم بين المصرف والعميل المستهلك، والثاني لاتفاق التحكيم بين المصرف والعميل التاجر.

المبحث الأول: تقييم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل المستهلك

الفكرة السائدة هي أن المصارف تفضل القضاء على التحكيم في فض منازعاتها مع عملائها[1]. فمحل التزام العميل هو عادة مبلغ محدد من النقود بالنسبة لعقود لا تتسم بالتعقيد، باعتبار أنها غالباً ترجع إلى تخلف العميل عن السداد، ولا يحتاج المصرف في ذلك إلى تعيين لجنة تحكيم متخصصة للنظر في هذه المسائل وإصدار قرارات بشأنها[2]. ورغم أن الفكرة التقليدية هي أن التحكيم يعد أقل تكلفة من القضاء، غير أنه في منازعات التحكيم في المعاملات المصرفية، فإن ذلك ليس هو القاعدة بل قد يكون الاستثناء[3]، خاصة في بعض النظم التي لا توفر مؤسساتها التحكيمية آليات لإلغاء أو تخفيض رسوم التكلفة للطرف العاجز عن الدفع كما هو في البحرين[4].

---

[1] Park William, *Arbitration in Banking and Finance*, *op. cit.*, p. 142.

[2] Otto Sandrock, *Is International Arbitration Inept to Solve Disputes Arising out of International Loan Agreements?*, 11 J. Int'l. Arb. 33, 34 (1994).

[3] *Budnitz*, *Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 313.

[4] رأينا مسبقاً أن بعض مؤسسات التحكيم الشهيرة في الولايات المتحدة الأمريكية مثل الجمعية الأمريكية للتحكيم توفر مثل هذه التسهيلات.

وبالرغم من ذلك، فإن إدراج المصارف لشرط التحكيم في معاملاتها مع العملاء يعد شائعاً جداً في النظام الأمريكي والذي تلجأ له غالبية المصارف الأمريكية[1]. كما وقد لاحظنا بأن التشريعات الأوروبية تمنع أو تنظم شرط التحكيم في المعاملات المصرفية بوضع قيود صارمة على المصارف، لذا لا ينتشر اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع في تلك الدول، فإذا وُجد اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية، فإنه يكون غالباً بعد قيام النزاع[2].

ويثور التساؤل حول سبب هذا الانتشار الواسع لشرط التحكيم في العقود النموذجية للمصارف في الولايات المتحدة الأمريكية بالرغم من الفكرة التقليدية المتعلقة بأفضلية القضاء على التحكيم بالنسبة للمصارف. وما يثير الغرابة أكثر هو ما توصل إليه الباحثون من أن العديد من المصارف التي أدرجت شرط التحكيم في عقودها مع المستهلكين، كان القضاء هو وسيلتها المفضلة لتسوية منازعاتها مع الشركات الأخرى وليس التحكيم[3].

والمصرف يمكنه أن يبرم اتفاق التحكيم مع العميل بصورة سابقة على قيام النزاع، كما وقد يبرم هذا الاتفاق في وقت لاحق بعد أن يثور النزاع بينهما. غير أننا بعد دراسة الحماية القانونية والقضائية تجلت لنا عدة أمور. الأول: تفضيل المصارف والشركات الأخرى المتعاملة مع العملاء لإبرام اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع دون اللاحق وبشكل خاص في صورة شرط تحكيم وارد في العقد المصرفي. الثاني: الحماية الواسعة التي سعت النظم المختلفة لتوفيرها للمستهلك بالنسبة لشرط التحكيم في العقود التجارية المختلفة بما فيها المعاملات المصرفية. الأمر الثالث: يتمثل في

---

[1] Jean R. Sternlight & Elizabeth J. Jensen, *Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?*, 67 Law & Contemp. Probs. 75, 75 (2004).

[2] Jean R. Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration*, *op. cit.*, p.1647.

[3] راجع على سبيل المثال: Theodore Eisenberg, Geoffrey P. Miller, & Emily Sherwin, *Arbitration's Summer Soldiers: An Empirical Study of Arbitration Clauses in Consumer and Nonconsumer Contracts*, 41 U. Mich. J. L. Reform, 871 (2008)، حيث أجريت دراسة على مجموعة من الشركات بما فيها العديد من المصارف وأظهرت الدراسة بأن ثلاثة أرباع هذه الشركات استخدمت شرط التحكيم في عقودها مع المستهلكين، بينما العقود غير الاستهلاكية أبرمت بخصوصها اتفاق تحكيم بنسبة تقل عن 10 بالمئة من تلك العقود.

وجود علاقة بين هذه الحماية وتفضيل المصارف للتحكيم السابق على قيام النزاع، فكلما قلت القيود على المصرف ازداد الضرر المحتمل وقوعه على المستهلك.

وبموجب ذلك، خلصنا إلى عدم ملائمة التحكيم السابق على قيام النزاع بين المصرف والعميل المستهلك مما أظهر لنا الحاجة لتدخل المشرع البحريني لحماية العميل المستهلك في اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع مع المصرف. بناءً على ذلك، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، ندرس في الأول عدم ملاءمة شرط التحكيم بين المصرف والعميل المستهلك، وفي المطلب الثاني سنحاول البحث في مدى الحاجة لتدخل المشرع البحريني لتنظيم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل المستهلك.

المطلب الأول: عدم ملاءمة شرط التحكيم بين المصرف والعميل المستهلك

يعد شرط التحكيم الوارد في العقود النموذجية للمصارف محل نظر لعدة أسباب، أولها عدم توافر الإرادة الكاملة للعميل عند توقيعه على العقد المصرفي الوارد فيه شرط التحكيم لما تنطوي عليه هذه العقود من صفة إذعانية، حيث تنتفي فيها قدرة العميل على التفاوض بشأن بنود تلك العقود بما فيها شرط التحكيم. بالإضافة إلى ذلك، فإن الدفع بوجود سوق تنافسية يتيح للعميل اختيار التعاقد مع مصارف أخرى لا تلزم الأطراف بالتحكيم تعد فكرة قاصرة، ومرد ذلك عدم إحاطة العميل بجميع بنود العقد النموذجي وعدم امتلاكه للخبرة القانونية المطلوبة. وقد أثبتت التجارب العملية بأن لجوء المصارف إلى إدراج شرط التحكيم في عقودها يُفيد المصرف على حساب العميل.

لذا، حاولنا تركيز الأسباب الرئيسة لعدم ملاءمة اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع في ثلاثة أسباب، الأول هي عدم توافر القبول لدى العميل المستهلك، ويتمثل السبب الثاني في عدم كفاية وجود السوق التنافسية لحماية العميل، والثالث في اختلال القوة التفاوضية بين العميل المستهلك والمصرف والتي غالباً ما تصب في مصلحة المصرف دون العميل، وهو ما سنسلط الضوء عليه في الثلاثة أفرع التالية.

الفرع الأول: صعوبة ضمان وجود الرضا الصحيح في شرط التحكيم في العقود المصرفية

رأينا فيما تقدم بأن الفقه والقضاء الأمريكي والفرنسي وبشكل عام دول الاتحاد الأوروبي يعتبرون شرط التحكيم الوارد في العقد المصرفي من عقود الإذعان. وإن افترضنا بأن شرط التحكيم

في العقد المصرفي لا يتسم بالإذعان وفقاً لما قرره القضاء البحريني[1]، ففي جميع الأحوال، فإن شرط التحكيم الذي يدرجه المصرف في عقده النموذجي ليس محلاً لمساومة العميل بالتعديل أو الحذف أياً كانت التسمية التي ستطلق عليه. بل إن تجريد هذا العقد من صفة الإذعان وعجز القضاء البحريني عن مد الحماية القانونية له إذا ما اقترن بشروط تعسفية، يعني أن احتمال الضرر الذي قد يلحق العميل في هذه العقود أكبر مما هو عليه في باقي النظم لِما توفره قوانينها وقضاؤها من حماية واسعة للعميل المستهلك.

ويرى بعض المدافعين عن التحكيم أنه يجب منح المستهلك حرية إبرام اتفاق التحكيم لما يتسم به من مميزات كالتحرر من النصوص القانونية وتعقيد الإجراءات وفاعليته باعتباره وسيلة نافعة للمجتمع ككل[2]. خاصة وأن العقود ذات الطبيعة الإذعانية تعد شائعة خارج مجال التحكيم، فلا ضرر على المستهلك وبشكل خاص في ظل الأنظمة التي تسمح للقضاء بإبطال الشروط التعسفية[3]. وبالرغم من أن عقود الإذعان بحد ذاتها لا تعد غير صحيحة[4]، وينطبق ذلك على شرط التحكيم أيضاً[5]، كما وأن عقود الإذعان منتشرة على نطاق واسع في مختلف المعاملات، غير أن أثر ذلك يختلف في التحكيم، فالتحكيم هو وسيلة فض منازعات تسلب القضاء اختصاصه، وتمنح المتعاقدين حرية واسعة في التحرر من النصوص الموضوعية والإجرائية.

فحرية تحديد القواعد التي تحكم اتفاق التحكيم الوارد في المعاملات المصرفية كتعيين مكان التحكيم، ورسوم التحكيم، والمؤسسة التحكيمية التي ستدير العملية التحكيمية، وحق الطعن

---

[1] أنظر صفحة 149-150 من البحث.

[2] Melvin A. Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 Stan L. R. 211, 211 (1995); Lee Goldman, *My Way and the Highway: The Law and Economics of Choice of Forum Clauses in Consumer Form Contracts*, 86 Nw. U. L. REV. 700 (1992) 700, 714-715 (1992).

[3] Stephen J. Ware, *Consumer Arbitration as Exceptional Consumer Law* (With a Contractualist Reply to Carrington & Haagen), 29 MCGEORGE L. REV. 195, 200 (1998).

[4] المحكمة العليا لولاية آيوا الأمريكية، قضية *Home Federal Savings Loan Ass'n v. Campney*, 357 N.W.2d 613, 615 (Iowa 1984)، بتاريخ 1984/12/17.

[5] المحكمة العليا لولاية ميسيسيبي الأمريكية، قضية *East Ford, Inc. v. Taylor*, 826 So.2d 709, 713 (Miss.2002)، بتاريخ 2002/7/18.

بالاستئناف ستكون جميعها من سلطة المصرف الذي سينفرد بتحديدها وليس الطرفين[1]. في حين أنه في عقود الإذعان الأخرى التي لا تشتمل على شرط تحكيم، يتكفل القانون بتحديد هذه المسائل كتعيين المحكمة المختصة بنظر الدعوى والرسوم المفروضة لا الطرف ذي القوة التفاوضية المتفوقة، مما يعني خضوع تلك العقود لرقابة القضاء بشكل أوسع مما هو عليه في التحكيم في المعاملات المصرفية.

وتأسيساً على ذلك، يمكن القول بأن القانون البحريني يمنح المصرف سلطة التحكم بمجموعة من الحقوق الأساسية للعميل الضعيف بما في ذلك تجريده منها دون توفير أي حماية له إذا ما انطوى شرط التحكيم على نصوص تعسفية، حيث يرفع القضاء البحريني يده عن التدخل وفقاً للمفهوم الضيق الذي تبناه بالنسبة لعقود الإذعان ولا تكفي قواعد عيوب الإرادة لحماية العميل في هذا الشأن. فشرط التحكيم في المعاملات المصرفية هو شريعة المتعاقدين وفقاً للنظرية التي تبناها القضاء البحريني دون تحديد حالات خاصة لبسط رقابته على شرط التحكيم بهدف حماية الطرف الضعيف في العلاقة. فالقانون البحريني كما رأينا لم يمنع أو يقيد شرط التحكيم في المعاملات المصرفية كما هو الحال مع دول الاتحاد الأوروبي، كما ولم يوفر للعميل رقابة قضائية لاحقة كما جرى عليه النظام الأمريكي.

أما بالنسبة للحجة القائلة بوجوب منح المستهلكين حرية اختيار اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي، فإن هذه الحرية قد تصدق على العقود المبرمة بين الأطراف التي تمتهن التجارة، ولا يمكن قياس هذه الحرية بتلك التي يمتلكها المستهلك عند إبرامه للعقد الذي يشتمل على شرط تحكيم كعقد القرض مثلاً[2]. فاتفاق التحكيم يبرم عادة بين أطراف ينتمون لذات المجال المهني، وإن القبول الواسع للتحكيم ورواجه في القرن الماضي كان بصدد علاقات يملك كلا الطرفين فيها دراية بالقواعد والأعراف التي تحكم المهنة محل العقد الأصلي، فيلجئون للتحكيم كوسيلة لحفظ وتعزيز علاقتهما، بينما في التحكيم في المعاملات المصرفية يكون العميل غريباً على مضمون الأعمال المصرفية

---

[1] Christopher R. Drahozal, *"Unfair" Arbitration Clauses*, *op. cit.*, p. 705.

[2] Jean Sternlight, *Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitratio*, *op. cit.*, p. 676.

وأعرافها، بما في ذلك عقودها النموذجية التي يتم فرضها عليه من قبل صاحب المهنة وهو المصرف، فهي في الواقع تُفرض على أفراد يحملون مصالح تختلف عن أصحاب تلك المهنة[1].

علاوة على ذلك، فإنه من غير المنطقي الدفع بأن معظم المستهلكين يقرأون فعلاً ويعون العقود النموذجية وبشكل خاص بالنسبة للشرط الذي يحيل اتفاقهم للتحكيم. فالكثير من المستهلكين المتعاملين مع المصرف يجهلون النصوص الواردة فيه الخاصة بشرط التحكيم الواردة في العقد[2]. فغالباً تنصرف عناية العميل لمسائل أخرى يعتبرها جوهرية في العقد كالقيمة المالية التي سيلتزم بها، وحتى في حالة قراءة العميل لشرط التحكيم، فإنه يفتقر للخبرة القانونية فيما يتعلق بماهية التحكيم والآثار المترتبة عليه[3]. فجوهر العقود النموذجية أنها غير قابلة للتفاوض[4]. وقد أقرت المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية بأنه لا يمكن في سبيل الدفاع عن عقد الإذعان الادعاء بتوافر حرية حقيقية للطرف المذعَن[5].

الفرع الثاني: عدم كفاية السوق التنافسية لحماية العميل

يرتبط الرد على هذا الدفع بالسبب السابق، فوفقاً للنظرية الاقتصادية، تمنح السوق التنافسية المتعاقد فرصة اختيار الاتفاق مع التاجر صاحب الشروط التعاقدية الأفضل. ويدعي أصحاب نظرية السوق الحرة المدافعين عن العقود النموذجية بأنه في حالة إبرام عقود تنطوي على شروط تعسفية مع المستهلك كأن تكون منحازة لصالح التاجر، فإن التجار الآخرين سيقدمون شروط تعاقدية أفضل، وذلك في سبيل جذب اولئك المستهلكين[6]. ويرى بعض المدافعين عن شرط التحكيم الوارد

---

[1] G. Shell, *The Role of Public Law in Private Dispute Resolution: Reflections on Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, 26 AM. Bus. L. J. 397, 418 (1988).

[2] Pew Charitable Trusts, *op. cit.*, p. 1.

[3] Melvin A. Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract,* 47 STAN. L. REV. 211, 241-243 (1995).

[4] Michael I. Meyerson, *The Efficient Consumer Form Contract: Law and Economics Meets the Real World,* 24 GA. L. REV. 583, 599 (1990); Lee Goldman, *op. cit.*, p.717-718.

[5] المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية، قضية *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1990) ، بتاريخ 1991/4/17.

[6] Michael I. Meyerson, *op. cit.*, 594-595.

في العقود النموذجية مع المستهلك أنه في حال افتراض شيوع شرط التحكيم في عقود المستهلكين، فإن ذلك يعد مؤشراً على ما يقدمه التحكيم من كفاءة، وما يحققه من سرعة وانخفاض في الكلفة بالنسبة لجميع الأطراف[1].

تقوم هذه النظرية على افتراض أن العميل الذي يلجأ للمصرف للحصول على بطاقة ائتمان أو قرض يقرأ جميع البنود الواردة في العقد النموذجي قبل توقيعه والذي قد يتكون من مجموعة من الصفحات. قد يعتبر البعض أن العميل مقصر لعدم أخذه العناية والحيطة اللازمين عند التعاقد. غير أن هناك فارقاً جوهرياً بين العقود المختلفة التي يبرمها المستهلك والعقد الذي يشتمل على شرط تحكيم كما سبق توضيحه، فالآثار المترتبة على شرط التحكيم من إقصاء للحماية القضائية التي يتمتع بها العميل إلى جانب ما قد يرتبه من كلفة عالية مقارنة بمحل العقد الأصلي يمكن أن يفضي إلى منع العميل من تحريك أي دعوى ضد المصرف، مما يعني معه حرمانه من حق التقاضي بشكل كامل.

ويصعب الدفع بأن العميل اختار متعمداً عدم قراءة العقد، وبالتالي وجوب تحمله الأثر المترتب على إهماله، ومرد ذلك ارتفاع كلفة الحصول على المعلومات وفهمها في الاقتصاد الحديث المعقد[2]. بالإضافة إلى ذلك، فإنه لو افترضنا بأن العميل قرأ فعلاً جميع البنود الواردة في العقد، فإن النظرية الاقتصادية للسوق الحرة تفترض أن العميل فهم واستطاع تقييم ماهية وآثار شرط التحكيم السلبية والإيجابية، وهذا غالباً غير صحيح[3]. كما أنه من غير المرجح قيام جمعيات حماية المستهلك بتوفير الموارد اللازمة لإطلاق حملة توعوية للمستهلكين في هذه المسائل، كما أن مثل هذه الحملات قد تحد من تحقيق أهدافها جهود المصارف ومؤسسات التحكيم التي تسعى للترويج لمزايا التحكيم[4].

---

[1] Patricia Sturdevant & Dwight Golann, *Face Off: Should Binding Arbitration Clauses Be Prohibited In Consumer Contracts*? 1 Desp. Resol. Mag 4, 5-6 Summer 1994.

[2] Jean Sternlight, *Panacea or Corporate Tool?*, *op. cit.*, p. 689.

[3] Patricia Sturdevant & Dwight Golann, *op. cit.*, p. 4; Jean Sternlight, *Panacea or Corporate Tool?*, *op. cit.*, p. 688.

[4] *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 332.

بناءً على ذلك، فإنه يصعب التمسك بحجة السوق التنافسية طالما أن العميل لا يملك المعلومات الكافية حول التحكيم[1]. ولحصول المستهلك على مثل هذه المعلومات، فليس عليه فقط قراءة كل ما ورد في العقد المصرفي، بل إنه سيحتاج في الغالب إلى استشارة قانونية، لذا، فإنه نظراً لمعرفة المستهلك المحدودة وأمله في عدم حاجته لمقاضاة المصرف، وأيضاً نظراً لصعوبة التفاوض حول شروط بديلة، فإن المستهلك الرشيد لن يحاول الإلمام بمعظم العقود النموذجية[2]. علاوة على ذلك، فإن السوق التنافسية بين المصارف والتي بموجبها سيبحث العميل عن الشروط الأفضل تعد محدودة، ويعود ذلك لقلة عدد المصارف، هذا إلى جانب عمليات الاندماج والاستحواذ التي تخضع لها العديد من المصارف بين الحين والآخر، لذا فإن فكرة المنافسة تعد ضيقة في مجال التحكيم في المعاملات المصرفية[3].

الفرع الثالث: اختلال القوة التفاوضية تحقق مصلحة المصرف وليس العميل

يعتبر بعض المدافعين عن التحكيم مع المستهلك أنه بغض النظر عما إذا كان اتفاق التحكيم ورد في صورة عقد إذعان، وكذلك في حالة احتمال عدم علم المستهلك بأنه أصبح طرفاً في اتفاق تحكيم بموجب العقد الأصلي، فإن التحكيم في جميع الأحوال يخدم مصلحته. ومردّ ذلك ما يتميز به التحكيم من سرعة في الإجراءات ونهائية وقلة تكلفة مقارنة بالقضاء كما وصفه على سبيل المثال أحد القضاة السابقين للمحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية[4]. وادعى مؤيدو التحكيم بأن قلة تكلفة التحكيم ستؤدي إلى منح الأفراد العاجزين عن تحريك دعاواهم لدى القضاء العادي، فرصة تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم، خاصة وأن إصدار القرار بشكل أسرع يسمح للأطراف باستغلال وقتهم بشكل أكثر إنتاجاً[5]. وباعتبار أن شرط التحكيم في العقود الاستهلاكية يؤدي إلى تقليل تكاليف

---

[1] *Id.*, p. 331.

[2] Jean Sternlight, *Panacea or Corporate Tool?*, *op. cit.*, p. 689-690.

[3] *Budnitz*, *Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 331.

[4] Warren E. Burger, *Isn't There A Better Way?*, 68 A.B.A. J. 274 (1982).

[5] Ann C. McGinley, *Rethinking Civil Rights and Employment at Will: Toward a Coherent National Discharge Policy*, 57 Ohio St. L.J. 1443 (1996); Joun T. Dunlop, *Report and Recommendations of the Commission on the Future of Worker-Management Relations*, U.S. Department of Labor and Department of Commerce, Washington DC, 25-26 (1994).

التشغيل بالنسبة للتجار، فإن هذا يفترض معه تخفيض التاجر لقيمة السلعة أو الخدمة المقدمة للمستهلك[1]. ويؤكد بعض مؤيدي التحكيم بأن الطبيعة الخاصة والأكثر تصالحية للتحكيم يمكنها أن تساعد في كثير من الأحيان جميع الأطراف على حماية سمعتهم والحفاظ على العلاقة فيما بينهم[2].

ويلاحظ بأن هذه الحجج التي يتحاجج بها مؤيدو التحكيم تفتقر إلى إثباتات جازمة سيّما الادعاء بأن التحكيم هو أسرع وأقل تكلفة وبشكل خاص بالنسبة للعميل المستهلك. فعادة ما يشير الشراح لمميزات التحكيم مع المستهلك من زاوية مصلحة التاجر[3] بما في ذلك المصارف[4]. من ناحية أخرى، فإن الدراسات التجريبية عجزت عن الجزم بأن التحكيم يعتبر أفضل بالنسبة للمستهلك مقارنة بالقضاء، فقد أخفقت بعض الدراسات في الوصول إلى نتيجة فحواها أن التحكيم أفضل من القضاء بسبب ما حصلت عليه من نتائج متفاوتة[5].

وتزداد الصعوبة في الوصول لنتائج حاسمة حول أفضلية التحكيم في ظل صفة الخصوصية التي تتسم بها إجراءات التحكيم[6]، بل إن بعض الدراسات التجريبية المحدودة أثبتت أن التحكيم يعد أكثر تكلفة من القضاء[7]. وأظهرت دراسات تجريبية أخرى بأن الفكرة السائدة هي أن التحكيم أسرع

---

[1] المحكمة العليا لولاية مكسيكو، قضية *In re Olshan Foundation Repair Co.*, 328 S.W.3d 883, 892-893 (Tex. 2010)، بتاريخ 2010/3/23.

[2] Stephen Goldberg, Frank E.A. Sander, & Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, (2d ed. 1992).

[3] James L. Guill, Edward A. Slavin, *Rush to Unfairness: The Downside of ADR*, 28 Judges' J. 8 (1989); Henry P. De Vries, International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts, 57 TUL. L. REV 42, 53 (1982).

[4] Umar Aimhanosi Oseni, *op. cit.*, 14.

[5] Deborah R. Hensler, *A Glass Hal/Full, A Glass Half Empty: The Use of Alternative Dispute Resolution in Mass Personal Injury Litigation*, 73 TEX. L. REV. 1587, 1593 (1995).

[6] Jean R. Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration*, *op. cit.*, p.1658; Christopher R. Drahozal, *"Unfair" Arbitration Clauses*, *op. cit.*, p. 721.

[7] James W. Hughes & Edward A. Snyder, *Litigation and Settlement Under the English and American Rules: Theory and Evidence,* 38 J.L. & EcON. 225, 248 (1995).

وأقل تكلفة من القضاء، غير أن المتعاملين بالتحكيم فعلاً عارضوا هذه الفكرة، ويزداد هذا الاعتراض كلما ازدادت خبرتهم في التحكيم[1].

وأثبتت إحدى الدراسات الخاصة بإدراج شرط التحكيم في الحسابات الجارية للعملاء بأن غالبية العملاء بعد توضيح التحكيم لهم اعتبروا التحكيم وسيلة غير مقبولة كبديل عن القضاء[2]. وتكلفة مطالبات عميل المصرف عن طريق التحكيم قد تجاوز التكلفة التي سيتكبدها أمام القضاء بشكل كبير[3]، فالتحكيم غالباً ما ينطوي على رسوم عالية كرسوم عملية التحكيم نفسها، فضلاً عن رسوم المحكم التي تُحسب أحياناً بشكل يومي[4]. علاوة على ذلك، فإنه لا شك بأن دعاوى العميل في مواجهة المصرف تعد أقل تكلفة خاصة إذا ما لجأ المتقاضي لرفعها عن طريق الدعوى الجماعية[5] في النظم التي تجيز مثل هذه الدعاوى. بناءً على ذلك، فإن التحكيم يبدو غير مناسب في هذه الحالات، لأن إحدى مميزات التحكيم الرئيسة غير متحققة.

لذا، فإنه وإن افترضنا بأن نظام التحكيم مع المستهلك يصب في مصلحة المجتمع لما يتسم به من مميزات، فإن هذه المكاسب الاجتماعية للتحكيم تؤدي لعدم المساواة التوزيعية لهذه المكاسب وتحقق عدم العدالة، فإن افترضنا جدلاً بأن التحكيم مع المستهلك أفضل للمجتمع ككل، فهو في جميع الأحوال ليس أفضل للمستهلك[6]، والذي تنتمي له شريحة كبيرة من عملاء المصارف[7]. لذا، فإنه لا يكفي أيضاً لدعم شرط التحكيم الوارد في العقود المبرمة مع المستهلك الضعيف القول بأن هذه العقود يُفضل اللجوء لها لأن التفاوض بصدد كل عقد على حدة يعد مكلفاً للغاية بالنسبة لكل

---

[1] Thomas Stipanowich, *Rethinking American Arbitration*, 63 IND. L.J. 425, 452-476 (1988).

[2] Pew Charitable Trusts, *op. cit.*, p. 8.

[3] Alderman, *op. cit.*, p. 60.

[4] أنظر على سبيل المثال المادة 1/32 من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية والتي تنص على: "تدفع أتعاب المحكمين استناداً لمعدل أتعابهم، الذي يضعه المسئول الإداري (المسجل أو مدير الدعوى) بالتنسيق مع الأطراف والمحكمين، ويتم تحديد هذا المعدل على أساس يومي أو على أساس ساعات العميل"؛ أنظر كذلك البند R-51 و R-53 من إجراءات تسوية المنازعات للجمعية الأمريكية للتحكيم لعام 2000 والتي تفصل في رسوم المحكم والمقدّرة على أساس يومي.

[5] *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 313.

[6] Jean Sternlight, *Panacea or Corporate Tool?, op. cit.*, p. 679.

[7] *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 313.

من التاجر والمستهلك[1]. وأثبتت التطبيقات العملية التي بحثنا فيها سابقاً والخاصة بالتحكيم في المنازعات المصرفية وغيرها من العقود الشبيهة المبرمة بين طرف قوي وآخر ضعيف كالمستهلك بأن إدراج شرط التحكيم في العقود المصرفية لا يخدم مصلحة العميل بل كثيراً ما يؤدي للإضرار بها.

من ناحية أخرى، فإنه لا يبدو بأن التحكيم يعد أسرع وأقل تكلفة بالنسبة للمصارف. فالدائن عادة يمكنه اللجوء للتقاضي لتحصيل مطالبته بتكلفة أقل مما كان سيتكبده في التحكيم[2]. كما وأن المصارف التي تمتلك حقاً عينياً على ممتلكات المدين يكون رفع الدعوى أمام القضاء الذي تقع فيه هذه التأمينات أكثر يسراً بالنسبة له، كما وأن القضاء عادة يوفر إجراءات سريعة للمطالبات الخاصة بالأوراق التجارية كالشيك بدون رصيد[3]. ويثور السؤال في هذا الصدد عن سبب هذا الانتشار الواسع لشرط التحكيم في العقود النموذجية للمصارف وغيرها من الشركات طالما أن استيفاء المصرف لحقه عن طريق القضاء بصفة عامة هو الوسيلة الأفضل.

أظهرت التطبيقات القضائية والعقود المصرفية وغيرها من العقود المتضمنة شرط تحكيم مع المستهلك أن الشركات بما فيها المصارف تلجأ للتحكيم لا لمميزاته بل لما يمكنها أن تحققه من مكاسب على حساب العميل. وتحقق ذلك إما عن طريق السعي لعرقلة العميل من رفع دعاوى التحكيم ضدها أو من الانضمام لإجراءات التحكيم التي ترفعها تلك الشركات، أو عن طريق تخفيض المبالغ المحكوم بها لصالح العميل. بناءً على ذلك، سنحاول في الفقرات التالية دراسة استغلال المصرف مركزه التعاقدي على حساب المستهلك، والأثر المترتب على توازن القوة التفاوضية في التحكيم على الوجه التالي.

أولاً: استغلال المصرف مركزه التعاقدي على حساب المستهلك

يعد تحقيق الربح هو الهدف الرئيس وراء تأسيس الشركات التجارية ومنها المصارف. ووفقاً للنظرية الاقتصادية، فإن الشركات التجارية تسعى في أعمالها التي تمارسها إلى تعظيم الربح

---

[1] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 230 (4th ed. 1992); Larry E. Ribstein, *Choosing Law By Contract*, 18 J. Corp. L. 245 (1993).

[2] *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 313.

[3] Prak, *Mark, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 142.

"profit-maximizing" وتقليل الخسائر المحتملة[1]. ويرى البعض بأنه من ضمن الآليات التي تسعى من خلالها لتحقيق الربح أو تجنب الخسائر هو صياغة شرط التحكيم في عقودها مع المستهلكين[2]، بما في ذلك المصارف[3].

وقد يكون من الطبيعي تصور سعي الشركات التجارية في جميع تصرفاتها للحصول على الربح وتقليل الخسارة، بل أن ذلك يعد حقاً مشروعاً يعترف به المشرع لهذه الكيانات. غير أن المشكلة تثور إذا ما تعارضت هذه الأهداف مع النظام العام أو مبادئ العدالة أو قُصد منها تقويض حقوق أطراف العلاقة التي كفلها الدستور كحق التقاضي. وأظهرت التطبيقات العملية بأن المصرف كطرف قوي قد يستخدم منهجين مترابطين للإفادة من شرط التحكيم على حساب العميل المستهلك، الأول عن طريق إعاقة العميل من رفع الدعوى ضده، والثاني بتخفيض المبالغ المحكوم بها لصالح العميل ضده، وسنحاول بيان هذه المسائل في الفقرات التالية.

1- إعاقة العميل من رفع الدعوى ضد المصرف

سعت العديد من المؤسسات المصرفية وغيرها من الشركات التجارية في تعاملاتها إلى تثبيط العميل المستهلك من تحريك دعوى التحكيم ضدها، وذلك بمضاعفة تكاليف التحكيم المفروضة على العميل عن طريق اختيار مراكز تحكيم بعيدة تسبب إرهاقاً كبيراً للمستهلك من أجل اللجوء إليها، أو من خلال اختيار مراكز تحكيم أو محكمين يتسمون بالكلفة العالية مقارنة بطبيعة العقد. بالإضافة إلى ذلك، عمدت المصارف إلى منع العميل من رفع الدعوى الجماعية ضدها، فالدعوى الجماعية تعد إحدى الوسائل التي تشجع الطرف الضعيف العاجز مالياً على اللجوء إلى القضاء لتحريك الدعاوى ضد المصرف. لذا، فإن المصارف سعت أيضاً لإدراج نص ضمن بنود التحكيم يتنازل فيه

---

[1] James D. Gwartney & Richard L. Stroup, *Economics: Private and Public Choice* 532-539, 595-598 (7th ed. 1995).

[2] Christopher R. Drahozal & Quentin R. Wittrock, *Franchising, Arbitration, and the Future of the Class Action*, 3 entrepreneurial Bus. L. J. 276, (2009); Alderman, *op. cit.*, p. 62; Jean Sternlight, *Panacea or Corporate Tool?*, *op. cit.*, p. 680.

[3] *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 285; Park William, *Arbitration in Banking and Finance*, *op. cit.*, p. 146-148.

المستهلك عن رفع الدعوى الجماعية عن طريق التحكيم مما يؤدي لتثبيطه عن تحريك دعوى التحكيم ضد المصرف، وسنحاول بيان هذه المسائل في الفقرات التالية:

أ- بُعد مكان التحكيم وارتفاع تكلفة العملية التحكيمية

يصعب التسليم بأن مصرفاً في البحرين أو الولايات المتحدة الأمريكية يعمد لإدراج شرط تحكيم يلزم بموجبه العميل اللجوء لغرفة التجارة الدولية الواقع مقرها في باريس للمنازعات الناشئة عن بطاقات الإئتمان التي يصدرها المصرف لعملائه دون أن يتوقع المصرف بأن العميل سيصعب عليه تكبد هذه المصاريف حال رغبته في رفع دعوى ضده. وقد أثبتت الدراسات بأن بعض الشركات في عقودها مع المستهلكين تختار بشكل منهجي مكان تحكيم بعيداً من أجل ثني الأفراد عن تقديم مطالباتهم ضدها[1]. كما أظهرت دراسة أخرى تتعلق بالقروض المفترسة[2] في الرهن العقاري بأن القروض المفترسة غالباً ما تتضمن شروط تحكيم تجبر المقترضين على التحكيم في أماكن بعيدة بالنسبة للمقترض[3]. فإذا عجز المستهلك عن توكيل محامٍ لذلك المكان البعيد أو عن السفر بنفسه إليه، فإنه قد يتخلى عن مطالبته[4].

ولم يضع المشرع البحريني أية قيود على حرية المصرف باعتباره طرفاً قوياً ينفرد بصياغة شرط التحكيم في تحديد مكان التحكيم، كما لا يملك القضاء البحريني فرض رقابته على هذه العقود في ظل الموقف الذي تبناه باعتبار شرط التحكيم في العقود النموذجية للمصرف خارج نطاق عقود الإذعان كما سبق بيانه. لذا، فإن الحرية التي يمتلكها المصرف في ظل القانون البحريني لمنع العميل من المطالبة بحقوقه عن طريق رفع دعوى التحكيم تعد أوسع من النظام الأمريكي الذي يمنح العميل رقابة لاحقة عن طريق مبدأ انعدام الضمير، ولا شك في أن الفارق أكبر مع أنظمة دول الاتحاد الأوروبي التي تتحفظ عموماً على اتفاق التحكيم مع العميل السابق على قيام النزاع وفقاً لما سبق بيانه.

---

[1] Edward A. Purcell, Jr., *Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court*, 40 UCLA L. Rev. 423, 453-454 (1992).

[2] لمفهوم الإقراض المفترس أنظر صفحة 171 هامش 1 من البحث.

[3] Anne-Marie Motto, *Comment, Skirting the Law: How Predatory Mortgage Lenders are Destroying the American Dream*, 18 Ga. St. U. L. Rev. 859, 866 (2002).

[4] Lee Goldman, *op. cit.*, p.712.

بالإضافة إلى ذلك، فإن المصرف قد يسعى لثني العميل عن رفع الدعوى التحكيمية ضده عن طريق اختيار مراكز تحكيم أو محكمين تتسم رسومهم بالتكلفة المرتفعة مقارنة بدعوى العميل ومقدرته المالية بوصفه مستهلكاً. فالقاضي لا يتقاضى أجراً من العميل مقابل توليه الدعوى[1]، كما وأن القوانين تنظم عادة حالات إعفاء من هم في حالة عجز عن دفع الرسوم القضائية[2]. وقد لاحظنا في عدد من الدعاوى التي سبق وأن عرضناها بأن القضاء الأمريكي يتدخل في حالة ارتفاع رسوم التحكيم مقارنة بالقضاء وكذلك في حالة عجز الطرف الضعيف عن دفع تكاليف التحكيم، غير أن تطبيق ذلك في البحرين قد يتعذر في ظل اختلاف الأنظمة القانونية، كعدم وجود نظرية انعدام الضمير أو ما يقوم مقامها، وفي ظل النظرة القضائية لمفهوم عقود الإذعان لدى القضاء البحريني.

ب- حرمان العميل من رفع الدعوى الجماعية

رغم أن مطالبات المصارف في مواجهة عملائها والتي تتمثل غالباً في تخلف المدين عن السداد لا تستدعي اللجوء للتحكيم وما يتضمنه من إجراءات، غير أن سعي المصارف للحد من مسئولياتهم القانونية كانت أحد الأسباب الرئيسة وراء الانتشار الواسع للتحكيم في المعاملات المصرفية في أمريكا[3]، وبشكل خاص في ظل حرية التعاقد بالنسبة لمثل هذه العقود مقارنة بالدول الأوروبية. وقد أظهرت الدراسات بأن الشركات التجارية بما فيها عدد كبير من المصارف التي تنص في عقودها على إحالة النزاعات المستقبلية للتحكيم تورد شرطاً تمنع بموجبه العميل من استخدام حقه في رفع الدعوى الجماعية "Class Action"[4]، حيث ينص العقد على تنازل العميل

---

[1] Alderman, *op. cit.*, p. 60.

[2] المادة 10 من المرسوم بقانون رقم (3) لسنة 1972 بشأن الرسوم القضائية والتي تنص على أن "يجوز بقرار يصدر من وزير العدل بعد موافقة مجلس الوزراء تعديل الرسوم القضائية المبينة في الجداول المرافقة لهذا القانون بالحذف أو النقص أو الزيادة ، كما يجوز لوزير العدل بقرار يصدره أن يؤجل أو يعفى من الرسوم القضائية كلها أو بعضها من يثبت عجزه عن دفعها".

[3] Park William, *Arbitration in Banking and Finance, op. cit.*, p. 310; *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 268-272.

[4] تسمح الدعوى الجماعية في النظام الأمريكي لمجموعة من الأفراد وعادة ما يكونون من فئة المستهلكين مقاضاة الشركات التجارية الكبيرة، وقد كان المسمى الشائع لها يرادف المصطلح العربي وهو "group litigation" أو "group action litigation". وتختلف هذه الدعوى عما هو معمول به في دول القانون المدني والتي تمنح هذا الاختصاص لشخص اعتباري كجمعيات حماية المستهلك. للتفصيل في ذلك راجع Stephen C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*,Yale Univ. Press, (1987).

عن اللجوء لهذه الدعوى. فعلى سبيل المثال، كشفت إحدى الدراسات المتعلقة بشرط التحكيم في الحسابات الجارية والتي أجريت على أضخم المصارف الأمريكية بأن المصارف تلجأ إلى إدراج نص تمنع فيه العميل من تحريك الدعوى الجماعية في العقود التي تشتمل على شرط تحكيم بنسبة 75 في المئة، تقابلها نسبة 2 في المئة في العقود التي لا تشتمل على شرط تحكيم[1].

ويثور التساؤل حول الميزة التي يحققها المصرف عند حرمانه العميل من حق رفع الدعوى الجماعية. تحقق الدعوى الجماعية للعميل عدة فوائد، أهمها تمكينه من تحريك الدعوى في القضايا التي لا تعود على العميل بالفائدة إذا ما قورنت بالوقت والتكلفة التي سيتكبدها العميل لمقاضاة المصرف[2]. فعلى سبيل المثال، تقدم مجموعة من العملاء ضد أحد المصارف الضخمة ويدعى تشيس مانهاتن في عام 2000 يتهمونه بإلزامهم دفع رسوم وفوائد تأخيرية رغم سدادهم في الميعاد المحدد. وقد كان المبلغ الذي خسره كل عميل يعد رمزياً (أقل من 50 دولار للعميل الواحد)، وقضت المحكمة للعملاء بتعويض يفوق (22) مليون دولار أمريكي[3].

أعقب قضية مصرف مانهاتن دعوتان تتطابقان في الأسباب مع الدعوى الأولى، في الدعوى الأولى وافق سيتي بنك على دفع مبلغ (45) مليون دولار للعملاء في دعوى جماعية، ووافقت مؤسسة بروفيديانا المالية في الدعوى الثانية على دفع مبلغ (300) مليون دولار لعملائها[4]. تُظهر الأمثلة السابقة أهمية الدعوى الجماعية وفائدتها بالنسبة للعميل الذي يكون في مركز ضعيف في العلاقة العقدية مع المصرف، كما تعد وسيلة لردع المؤسسات الضخمة من انتهاك القانون وذلك لعدم صعوبة تحريك الدعوى وتوفير وسائل الدفاع القانونية اللازمة، وبالتالي الحكم على هذه المصارف بدفع تعويضات ضخمة إذا ما صدر الحكم بإخلالهم بالتزاماتهم.

بالإضافة إلى ذلك، وجدت المصارف في التحكيم ومنع الدعوى الجماعية وسيلة للحفاظ على سمعتها لما يتمتع به التحكيم من خصوصية، إلى جانب تفادي توعية العملاء لأي أحكام ضدها،

---

[1] Pew Charitable Trusts, *op. cit.*, p. 4.

[2] Yvonne W. Rosmarin & Daniel A Edelman, *Consumer Class Actions : a Practical Litigation Guide* 15 (2d ed.1990).

[3] *Chase in $22 Million Credit Card Settlement*, N.Y. TIMES, Sept. 21, 2000, C6.

[4] *Id.*

ومن ثم عدم تشجيع العملاء على رفع الدعاوى الخاصة بالعقود المصرفية المماثلة[1]. ذلك أن العلنية من سمات القضاء، ونشر مثل هذه الأحكام تجعل من العملاء أكثر دراية بالقوانين والأعراف السائدة والأحكام الصادرة بشأنها. ونُلاحظ في هذا الصدد قصوراً لدى المشرع البحريني بالنسبة لحماية العميل المستهلك، فالقانون البحريني لم يجز للأطراف من فئة معينة كالمستهلكين رفع دعوى جماعية كما هو في النظام الأمريكي، ومن ناحية أخرى لم يرد في القانون المدني البحريني نص يسمح للشخصيات الاعتبارية كجمعية حماية المستهلك بتمثيل المستهلكين أمام القضاء.

ورغم صدور قانون حماية المستهلك البحريني حديثاً بموجب القانون رقم 35 لسنة 2012، إلا أنه خلا من منح أي جهة صلاحية تمثيل المستهلكين، حيث اكتفى بالنص على صلاحية إدارة حماية المستهلك بتلقي شكاوى كل من المستهلكين والجمعيات والتحقيق فيها والنظر في الخلافات الناشئة بين المزود والمستهلك والسعي لتسويتها ودياً[2]. لذا، نرى بأن قانون المستهلك البحريني الحالي يحتاج لتعديل يمنح بموجبه جهة معينة تمثل المستهلكين في الدعاوى أمام القضاء أسوة بالقوانين الأخرى كقانون حماية المستهلك المصري[3] والإماراتي[4] والفرنسي[5].

2- تخفيض المصرف للمبالغ المحكوم بها لصالح العميل

يرى البعض أنه يمكن للشركات التجارية التي تنفرد بصياغة اتفاق التحكيم مع المستهلك أن تقلل نسبة خسارتها في حال رفع العميل الدعوى ضدها فعلاً، وذلك عن طريق نظرية اللاعبين المتكررين. فالمؤسسات والشركات التجارية كالبنوك تستخدم التقاضي أكثر من الأفراد العاديين كالمستهلكين سواء تمثلت وسيلة التقاضي في محاكم الدولة أو الوسائل البديلة لتسوية النزاع

---

[1] *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.,* p. 271.

[2] المادة 11 من قانون حماية المستهلك البحريني.

[3] تنص المادة 23 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 على أنه: "مع عدم الإخلال باختصاص الجمعيات التي تنشأ لحماية المستهلك طبقاً لقانون الجمعيات الأهلية يكون لها الاختصاصات التالية: أ) حق مباشرة الدعاوى التي تتعلق بمصالح المستهلكين أو التدخل فيها".

[4] منحت المادة 17 من قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم 24 لسنة 2006 إدارة حماية المستهلك سلطة تمثيل المستهلك أمام القضاء ولدى أية جهة أخرى يقررها القانون. وأجازت المادة 6/4 من القانون ذاته لجمعيات حماية المستهلك تقديم الشكوى أمام إدارة حماية المستهلك باعتبار الجمعية ممثلة للمستهلك.

[5] أجازت المادة L411-1 من قانون حماية المستهلك الفرنسي لجمعيات حماية المستهلك تمثيل الأخير أمام القضاء.

كالوساطة والتحكيم والتوفيق وغيرها. كتب مارك جالانتر في عام 1974 موضوعه الشهير[1] الذي يناقش استخدام فئة معينة للنظام القضائي بشكل متكرر وأطلق على هذه الفئة تسمية اللاعبين المتكررين (repeat players)، بينما أطلق على الفئة التي قلما تتعامل مع هذا النظام بأصحاب الطلقة الواحدة (one-shotters)[2].

تتلخص فكرة جالانتر في أن الفئة النشطة في المجال القضائي وعادة ما تكون ذات قوة اقتصادية ضخمة ومصادر قانونية واسعة يمكنها مضاعفة مكاسبها في الدعاوى القضائية التي تشارك فيها على المدى الطويل، أما الفئة التي قلما تلجأ للتقاضي، فإن اهتمامها ومصلحتها يرتكزان على كسب القضية الواحدة. يري جالانتر أن اللاعبين المتكررين يمكنهم استخدام نظام التقاضي لصالحهم، ولصد الجهود الجادة التي يسعى لها خصومهم في القضاء لتغيير القواعد القانونية كتحقيق التكافؤ الاقتصادي أو إعادة التوزيع الاجتماعي[3]. وفق نظرية جالانتر، يعمد اللاعبون المتكررون لتقوية صلاتهم وتعزيز الثقة بينهم وبين موظفي المحاكم وشاغلي الوظائف المؤسسة ذوي الصلة، وينطبق ذلك على ممثلي بعض اللاعبين المتكررين، فهم يطورون خبراتهم الفنية وعلاقاتهم بشاغلي الوظائف المؤسسية، وسمعتهم تسمح لهم بأن يلعبوا دور الوسطاء أو الحراس لنظام الدولة ككل[4].

ويمكن للاعبين المتكررين توقع المشاكل القانونية وتسهل عليهم في كثير من الأحيان هيكلة المعاملات وإعداد سجل لتبرير أعمالهم، فهم يطورون خبراتهم، ويملكون الوصول للمتخصصين المتمرسين في التعامل مع أنواع معينة من القضايا. فعلى سبيل المثال، قد تتوقع إحدى صانعات السيارات رفع دعاوى ضدها بالنسبة لإحدى قطع غيارها أو نظام ما قامت بصنعه. بناءً على ذلك،

---

[1] لازالت المقالة التي كتبها جالانتر Marc Galanter, *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculationson the Limits of Legal Change,* 9 Law & Society Review 95, 97 (1974) تصنف ضمن أكثر المواضيع القانونية التي اشتشهد بها الفقه الغربي، ففي آخر تقييم للكتب والمقالات الأمريكية في عام 2012 احتلت المرتبة 37، راجع في ذلك Fred R. Shapiro & Michelle Pearse, *the Most-Cited Law Review Articles of All Time*, 110 Michigan Law Review 1483, 1490 (2012).

[2] *Id.*, p. 97 .

[3] *Id.*, p. 103-104.

[4] *Id.*, p. 100-101, 123-124.

تقوم الجهة المصنعة بتطوير الإستراتيجيات القانونية والاستثمار في العديد من البحوث التي تعزز دفاعها عن نفسها[1].

استعان الكثير من الباحثين والكتاب بفكرة وأسانيد جالانتر كأحد أسباب رفض التحكيم بين الطرف القوي الذي ينفرد بصياغة شرط التحكيم والطرف الضعيف الذي يخضع لهذه الشروط دون أية مساومة. وبغض النظر عن صحة نظرية اللاعبين المتكررين، فإنه لا يمكن إنكار أن مظاهر فكرة جالانتر تعد أكثر وضوحاً إذا ما طبقناها على التحكيم في المعاملات المصرفية. فإذا كانت محور دراسة جالانتر ترتكز على النظام القضائي التابع للدولة والدور الذي يمكن أن يلعبه اللاعبون المتكررون في المجال القضائي، وما يملكونه من ثقلٍ اقتصادي وقانوني واجتماعي في مواجهة أطراف أخرى قد لا تملك شيئاً من ذلك، فإن هذا الوصف يظهر بشكل أكثر جلاءً في شرط التحكيم الذي يعدّه المصرف بشكل مسبق مع عملائه.

فالشركات الكبيرة تسعى لتحسين النتائج على المدى الطويل أكثر من المستهلك الذي يرتكز جل اهتمامه عادة على دعوى واحدة، فعلى سبيل المثال، في حالة مقاضاة أحد المستهلكين للمصرف بسبب دعوى بسيطة نسبياً، فإن الخطر الذي قد يلحق المستهلك يعد بسيطاً إلى حد ما، لذا ستكون الموارد التي يكرسها في الدعوى متناسبة مع قيمة مطالبته[2]. أما بالنسبة للمصرف، فإن الضرر الذي قد يلحقه يكون بدرجة عالية باعتبار أنه سيكون مهدداً في مواجهة عدد كبير من العملاء الذين أبرموا عقوداً مشابهة للعقد محل النزاع. لذلك، تعد الموارد التي يخصصها المصرف للدفاع عن تلك الدعوى أكبر بكثير مما يوفره المستهلك لدعواه، فاللاعب المتكرر سيلعب دوراً أقوى من المستهلك لأن الخطر الذي يتعرض له أكبر[3].

وغالباً، فإن المستهلك البسيط سيُعين أحد المحامين حديثي التخرج ذوي الخبرة المحدودة نسبياً، في حين أن الشركة تحتفظ عادة بأكبر مكاتب المحاماة المتخصصة في الدفاع عن مثل تلك الدعاوى[4]. ويمكن للشركات والمؤسسات الضخمة التي تلجأ للتحكيم بشكل مستمر التعلم من تجاربها

---

[1] Joel B. Grossman, Herbert M. Kritzer, & Stewart Macaulay, *Do the "Haves" Still Come Out Ahead?*, 33 Law & Society Review 803, 803-804 (1999).

[2] Alderman, *op. cit.*, p. 61.

[3] *Id.*

[4] *Id.*

السابقة ويمكنها الحصول على المعلومات المطلوبة بيسر مما سيؤدي إلى عدم تكافؤ المنافسة في الدعوى بين الشركات الضخمة والطرف الضعيف[1].

بالإضافة إلى ذلك، فإن هذه الشركات تمتلك فرصاً لتطوير علاقتها مع شاغلي الوظائف المؤسسية في مجال التحكيم، بينما بالنسبة للمستهلكين في العمليات المصرفية، فإن التحكيم عادة ما يكون أمراً غير مألوف بالنسبة لهم ولا يملكون فرصة اكتساب المعرفة من عمليات مماثلة خاصة في ظل ما تحاط به العملية التحكيمية من سرية[2]. ويعتقد البعض بأنه يمكن للمصارف الاستفادة من التحكيم بوصفهم لاعبين متكررين، وذلك على حساب العميل خاصة في ظل ما يمكن أن يسلبه شرط التحكيم من المستهلك من حقوق كالضمانات الإجرائية وحقوق الاستئناف التي غالبا ما تكون ذات قيمة كبيرة بالنسبة له[3].

يعدُّ حياد المحكم مسألة جوهرية وبشكل خاص في الحالات التي يفرض فيها التحكيم من قبل الطرف ذي القوة التفاوضية المتفوقة على الطرف الضعيف، فالطرف القوي كالمصرف يمكنه أن يشكل مصدر دخل مستمر بالنسبة للمحكم مما يؤدي في النهاية لتضارب المصالح[4]. ويعتقد البعض بأنه يمكن للطرف القوي كلاعب متكرر في مجال التحكيم وبجانب ما يملكه من معلومات أن يتوصل لمحكم يميل لصالحه[5]. ويرى هذا الرأي بأن اللاعبين المتكررين الذين يكونون عادة من

---

[1] Sarah Rudolph Cole, *Incentives and Arbitration: The Case Against Enforcement of Executory Arbitration Agreements Between Employers and Employees,* 64 UMKC L. REV. 449, 447-449 (1996); Alan Scott Rau, *Integrity in Private Judging,* 38 S. TEx. L. REV. 485, 521-29 (1997)

[2] Johanna Harrington, *To Litigate or Arbitrate? No Matter—The Credit Card Industry is Deciding for You*, 2001 J. Disp. Resol. 101, 104 (2001).

[3] Alderman, *op. cit.*, p. 61.

[4] *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 294.

[5] Christine M. Reilly, *Achieving Knowing and Voluntary Consent in Pre-Dispute Mandatory Arbitration Agreements at the Contracting Stage of Employment*, 90 Cal. L. Rev. 1203, 1250 (2002).

الشركات يحصلون على منفعة من المحكمين على حساب العميل سواءً كان ذلك بقصد أو بدون قصد، فالعديد من المحكمين يسعون للاحتفاظ بالشركات التي تقوم بتعيينهم بشكل دائم[1].

بناءً على ذلك، فإنه حتى لو افترضنا أن اختيار المحكمين يتم بشكل مشترك بين الطرفين، فإن التحيز المنهجي ضد العملاء حسب هذا الرأي قد يستمر، ومرد ذلك أن العملاء عادة ما يظهرون مرة واحدة فقط في منتديات التحكيم، بعكس الشركات التي تظهر في صورة اللاعب المتكرر في هذا المجال[2]. وإذا سلمنا بهذا الرأي، فإن الأمر قد يزداد سوءاً في الحالات التي يتكفل المصرف من تلقاء نفسه بدفع كامل رسوم التحكيم سواء كان ذلك بأمر من المحكمة أو بخيار المصرف من تلقاء نفسه كما هو الحال في القضايا التي بحثنا فيها سلفاً. فاحتمال تضارب المصالح يصبح في أشد حالاته حيث الشركات الكبيرة التي تتعامل مع مؤسسات التحكيم مراراً وتكراراً هي من تنفرد بتزويدها بإيراداتها اللازمة[3].

انتقد بعض الشراح الرأي المُشكك في عدالة المحكمين ومؤسسات التحكيم، مقللاً في ذلك من الدور الذي يمكن أن تلعبه الشركات الضخمة باعتبارها لاعباً متكرراً في العملية التحكيمية. ودفع هذا الرأي بأن حجة اللاعب المتكرر تتجاهل بشكل كامل رغبة مؤسسات التحكيم في تجنب الظهور بمظهر المتحيز بسبب عدم حياد المحكمين الذين تستعين بهم، فالمؤسسات التي تكتسب سمعة عدم عدالة محكميها أو تحيزهم تخاطر بفقدان المصداقية، وهو ما تُعوّل عليه المحاكم للاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها، والحكم بتنفيذ قرارات التحكيم تعد من المسائل الجوهرية لنجاح المؤسسات التحكيمية ومن عوامل جذب الشركات لها[4]. وغني عن القول بأن مؤسسات التحكيم والمحكمين ينكرون بشدة

---

[1] Lorne B. Sheren, *an Examination Of Arbitration Clauses In Consumer Contracts*, 14 Seton Hall University School of Law 51, 66 (Fall 2002); Jean R. Sternlight, *Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration,* 74 WASH. U. L.Q. 637, 685 (1996); Christine M. Reilly, *op. cit.*, p. 1250.

[2] Jeremy Senderowicz, *Consumer Arbitration and Freedom of Contract: A Proposal to Facilitate Consumers' Informed Consent to Arbitration Clauses in Form Contracts*, 32 Colum. J.L. & Soc. Probs. 275, 277 (1998-1999).

[3] *Budnitz, the High Cost of Mandatory Arbitration, op. cit.,* p.138, n 22.

[4] Christopher R. Drahozal, *"Unfair" Arbitration Clauses, op. cit.,* p. 752.

هذا الاتهام بالتحيز، بالإضافة إلى ذلك، فإن مؤسسات التحكيم تؤكد أنها لا تملك أي تأثير مباشر على المحكمين لديهم[1].

حاول العديد من الباحثين القيام بدراسات تجريبية للوصول إلى مدى صحة نظرية اللاعبين المتكررين في التحكيم بين الطرف القوي كالمصارف والشركات الأخرى وأرباب العمل وبين الطرف الضعيف كالعميل المستهلك والعامل. رغم محدودية هذه الدراسات، وبالتالي صعوبة الوصول لنتيجة حاسمة في هذا الشأن، فإن النتائج المتاحة تدعم نظرية اللاعبين المتكررين، وذلك أن اللجوء للتحكيم من قبل الطرف القوي يمكنه أن يعود بفائدة خاصة على هذا الطرف على حساب الطرف الضعيف كالعميل.

وسنحاول أن نسلط الضوء في الفقرات التالية على الدراسات والدعاوى المتعلقة بالتحكيم بين الطرف القوي كلاعب متكرر وهم المصارف وغيرهم من مزودي الخدمات المالية، وأرباب العمل، ومزودي الخدمات الطبية، في علاقاتهم التحكيمية بالطرف الضعيف، وهم العميل المستهلك والعامل والمريض. ووصولاً لنتائج أكثر شمولاً، نورد الحالتين الأخيرتين باعتبارهما تشتركان في العلّة ذاتها مع التحكيم بين المصرف والعميل والمتمثلة في لجوء الطرف القوي للتحكيم بشكل مستمر ودائم، بينما قلما يلجأ الطرف الضعيف لهذه الوسيلة لتسوية منازعاته على الأقل مقارنة بالطرف القوي.

أ- دراسة في التحكيم في المعاملات المصرفية: المنتدى الوطني للتحكيم

تأسس المنتدى الوطني للتحكيم (National Arbitration Forum) أو (NAF) في عام 1986، ومقره مدينة مينيابوليس بولاية مينيسوتا وهو من أشهر مؤسسات التحكيم في أمريكا. وتحتفظ الشركة بفريق مكون من أكثر من 1600 عضو من المحكمين والوسطاء يضمون العديد من المحامين والقضاة السابقين في جميع أنحاء الولايات المتحدة، وفي 35 دولة أخرى خارج أمريكا. وقد كان المنتدى أحد أضخم مؤسسات التحكيم المختصة بدعاوى الديون الاستهلاكية في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث نظر خلال عام 2006 حوالي 214 ألف قضية تحكيم تتعلق بالديون الاستهلاكية[2].

---

[1] Jean Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration, op. cit.*, p.1650.

[2] Complaint, *Minnesota v. National Arbitration Forum, Inc.*, No. 27-CV-09-18559 (Minn. Dist. Ct. July 14, 2009).

رغم السمعة العالمية التي حظي بها المنتدى في قضايا التحكيم، ثار الجدل حول علاقة المنتدى باللاعبين المتكررين في دعاوى التحكيم التي تسوّى أمامه، وبشكل خاص الدعاوى ذات الطبيعة المصرفية كالقروض الاستهلاكية وبطاقات الائتمان. وظل هذا الجدل قائماً حتى صدر قرار بتوقف المنتدى عن إدارة نزاعات التحكيم في الدعاوى الاستهلاكية كجزء من مرسوم الموافقة مع المحامي العام لولاية مينيسوتا، وسبب هذا القرار هو علاقة المنتدى المشبوهة مع شركات تحصيل الديون وهو ما سنحاول عرضه في الفقرات التالية:

i. دراسة بابليك سيتيزن:

أجرت البابليك سيتيزن – وهي إحدى مجموعات الدفاع عن المستهلك غير الربحية– دراسة في سبتمبر 2007، كان موضوعها شرط التحكيم الذي تدرجه المصارف والمؤسسات المالية الأخرى في عقود بطاقات الإئتمان[1]. ركزت الدراسة بشكل شديد على المنتدى الوطني للتحكيم، وتوصل التقرير والذي يحمل عنوان "فخ التحكيم" إلى أن دعاوى المنتدى الخاصة بولاية كاليفورنيا في الفترة ما بين يناير 2003 و مارس 2007 التي صدر بشأنها قرار تحكيم بلغت 19,294 قراراً.

لاحظت الدراسة أنه عند إصدار هذه الأحكام، نشطت مجموعة صغيرة من المحكمين لا يتجاوز عددهم 28 محكماً، حيث نظر هؤلاء المحكمين بمعظم تلك الدعاوى الخاصة بالمنتدى (17,265) دعوى، أي ما يعادل 89.5 في المئة من مجموع تلك الدعاوى. أصدرت تلك المجموعة أحكامها لصالح المؤسسات المالية ضد المستهلكين بنسبة 95 في المئة، وقد تصدّر تلك المجموعة النشطة أحد المحكمين والذي أصدر لصالح المؤسسات المالية 1332 حكماً أي ما يعادل 97 في المئة من الدعاوى التي نظرها[2].

انتهت الدراسة إلى أن التحكيم يصب في مصلحة الشركات لا المستهلكين، وتوصلت الدراسة إلى أن المنتدى الوطني للتحكيم ينحاز لصالح المؤسسات المالية ضد العميل[3]. واعتبرت الدراسة أن وجود اللاعبين المتكررين المتعاملين مع المنتدى يعد عاملاً محفزاً لمؤسسات التحكيم التي تصيغ

---

[1] Public Citizen, *The Arbitration Trap: How Credit Card Companies Ensnare Consumers*, September 2007, available at: www.citizen.org/documents/ArbitrationTrap.pdf .

[2] *Id.* at 15.

[3] *Id.* at 32-33.

شرط التحكيم بشكل يجعل من شرط التحكيم وسيلة تصب في مصلحة الشركات على حساب المستهلك، ومن الأمثلة التي دللت عليها الدراسة أن 53 في المئة من مجموع الدعاوى التي نظرها المنتدى في ولاية كاليفورنيا تخص مصرفاً واحداً فقط[1].

ركزت الدراسة على مقارنة نسبة ربح المصارف والمستهلكين في قضايا التحكيم التي صدرت بشأنها قرارات تحكيمية. غير أننا نؤيد الرأي القائل بأنه لا يمكن الجزم بأن هذا المعيار في حد ذاته، وهو نتيجة ربح الدعوى، يمكنه أن يقدم دليلاً حاسماً على تحيز المنتدى لصالح اللاعبين المتكررين، فخسارة المدينين بنسبة عالية قد يكون مردّها مجرد تحريك المصارف لعدد كبير من الدعاوى بسبب تخلف المدينين عن السداد[2].

ii. قضية *Richert v. Nat'l Arbitration Forum, LLC.*

تقدمت إحدى الموظفات السابقات لدى المنتدى الوطني للتحكيم بدعوى عمالية ضد المنتدى في ابريل 2009[3]، أي بعد عامين من الدراسة السابقة. وجهت الموظفة والتي كانت تشغل منصب مدير اتهامها للمنتدى الوطني للتحكيم بالتمييز في التوظيف، وبارتكاب الممارسات التجارية المخادعة والاحتيال على المستهلكين. ادعت الموظفة انحياز المنتدى الوطني للتحكيم إلى عملاء معينين وهم مجموعة من الشركات الضخمة التي ينظر المنتدى في قضاياهم، وحسب الدعوى، كانت المدعي عليها تطلق على هذه الشركات تسمية "الأطراف الشهيرة".

أوردت المدعية العديد من الاتهامات ضد المنتدى، ووفقاً للمدعية فإن من جملة الانتهاكات التي مارسها المنتدى الوطني بالنسبة لعلاقته بالأطراف الشهيرة هو حيلولته دون تلقي بعض المحكمين لمذكرات المستهلكين، وذلك عن طريق تعمد عدم إحالة ردود المستهلكين التي يتقدمون بها على إشعارات التحكيم. وحسب إجراءات تحكيم المنتدى، إذا لم يقم المستهلك بالرد على الإشعار، فإن الطرف الآخر يربح دعوى التحكيم تلقائياً. بالإضافة إلى ذلك، عقدت إدارة المنتدى العديد من

---

[1] *Id.* at 33-34.

[2] Thomas Carbonneau, *Arguments in Favor of the Triumph of Arbitration*, 10 Cardozo J. Conflict Resol. 395, 402 (2009).

[3] *Richert v. Nat'l Arbitration Forum, LLC.*, 09-cv-00763 (D. Minn. 2009)، المحكمة الصغرى ولولاية مينيسوتا، قضية بتاريخ 2009/4/2.

الاجتماعات أصدرت فيها تعليمات لاستدعاء المحكمين في فترة ما قبل صدور قرار المحكم، وكانت تطلب منهم تغيير القرارات الصادرة ضد الأطراف الشهيرة.

اتهمت المدعية أيضاً إدارة المنتدى الوطني بعقدها لاجتماعات توجه فيها الموظفين للتأكد من أن المحكمين الذين أصدروا أحكاماً ضد طرف شهير لم يتم تعيينهم في أي قضايا أخرى لاحقة. إلى جانب ذلك، اتهمت المدعية قيام المنتدى بصياغة استمارات وشهادات وهمية للأطراف الشهيرة، بما في ذلك وضع التوقيعات الإلكترونية المخزنة للأطراف الشهيرة على هذه الوثائق، واستدعاء المحكمين للأطراف الشهيرة من أجل أن يقوموا بالاستفسار من محاميهم عن الكيفية التي ينبغي أن يتم الفصل فيها بصدد مسألة معينة، بالإضافة إلى إصدار المنتدى أحكاماً دون أي مشورة مسبقة مع المحكمين.

لم تتقدم المدعية بأدلة كافية للمحكمة تثبت فيها ادعاءاتها، لذا، فإن هذه الدعوى فاقمت من الضجة الإعلامية ضد المنتدى في قضايا المستهلكين دون أن تؤدي لتحقيق أي أثر قانوني مباشر. غير أن هذه الدعوى، إلى جانب الدراسات السابقة، قد تكون ساهمت بشكل كبير في لفت انتباه الحكومة الأمريكية إلى أنشطة المنتدى والذي أدى إلى إقامة ولاية مينيسوتا دعوى ضد المنتدى انتهت بوقف نظر المنتدى لجميع الدعاوى المصرفية مع المستهلكين.

iii. قضية ولاية مينيسوتا ضد المنتدى الوطني للتحكيم:

أقامت ولاية مينيسوتا في يوليو 2009 (أي بعد ثلاثة أشهر من القضية السابقة) دعوى ضد المنتدى الوطني للتحكيم عن طريق المحامي العام للولاية[1]. اتهمت المحامي العام المنتدى بالاحتيال على المستهلكين والقيام بالممارسات التجارية المضللة والإعلانات الكاذبة[2]. كشفت دعوى الولاية أن المنتدى الوطني للتحكيم وهو أكبر مؤسسة تحكيمية لتسوية منازعات المستهلكين على مستوى

---

[1] تقدمت المحامي العام لولاية مينيسوتا لوري سوانسون بتاريخ الدعوى 14 يوليو 2009 بدعوى عن الولاية لدى محكمة مينيسوتا الصغرى، Complaint, *State of Minnesota v. National. Arbitration Forum Inc.*, No 27-CV-09-. 18550 (Minn. Dist. Ct. July 14, 2009). الدعوى متوافرة على الموقع الحكومي الرسمي التابع للمحامي العام للولاية على الرابط التالي:
http://www.ag.state.mn.us/pdf/pressreleases/signedfiledcomplaintarbitrationcompany.pdf

[2] *Id.* 3.

الولايات المتحدة الأمريكية ليس مؤسسة تحكيم مستقلة كما كان يدعي بل إنه مرتبط قانونياً بكبرى الشركات المالية لتحصيل الديون المصرفية.

حسب الدعوى المقامة من ولاية مينيسوتا، قامت شركة استثمارات تدعى اكسيريتف (Accretive) بعمليتين في الفترة ما بين عامي 2006-2007. في الصفقة الأولى، أسست اكسيريتف عدة صناديق أسهم خاصة[1] تحت اسم "أغورا" وتعني "المنتدى" باللغة اليونانية. استثمرت اكسيريتف مبلغ (42) مليون دولار في المنتدى الوطني للتحكيم في مقابل الاستحواذ على نسبة (40) في المئة من حق الملكية إلى جانب اكتساب حقوق السيطرة على المنتدى الوطني للتحكيم. في الصفقة الثانية، استحوذت اكسيريتف على ثلاثة من أكبر شركات المحاماة لتحصيل الديون في الولايات المتحدة الأمريكية[2]، ودمجتها في مكتب محاماة ضخم تحت اسم مان براكن (Mann Bracken) وساهمت اكسيريتف في إحالة غالبية دعاوى التحكيم إلى براكن، بالإضافة إلى أن 216 ألف مطالبات تحصيل للديون من التي نظرها المنتدى خلال عام 2006 وتعادل حوالي (60) في المئة من مجموع المطالبات التي أدارها المنتدى تم إيداعها من قبل شركة براكن للمحاماة المرتبط مالياً بالمنتدى[3].

أسست اكسيريتف بعد ذلك وكالة تحصيل ديون باسم أكسيانت (Axiant) والتي حصلت على عمليات تحصيل الديون من مكتب مان براكن، غير أن المنتدى أخفى انتماءه لهذه العمليات من خلال حذف بعض النصوص المثبتة لوجود مثل هذه العلاقات من سجلاته، وأيضاً عن طريق إتباعه لتركيبة هيكلية معقدة ومبهمة[4]. من خلال هذه العمليات، سيطرت مجموعة صناديق الاستثمار الخاصة بأكسيريتف في وقت واحد على واحدة من أكبر شركات محصلي الديون في البلاد،

---

[1] صناديق الأسهم الخاصة هو نظام للاستثمار الجماعي للأسهم، ولا يتم تداول هذه الأسهم في الأسواق المالية مثل شركات المساهمة المغلقة والشركات ذات المسؤولية المحدودة، الاستثمارات الخاصة يكون غالباً هدفها الاستحواذ على حصة مسيطرة في إحدى أو مجموعة من الشركات لإعادة هيكلتها. للتفصيل في ذلك، أنظر J. Lerner, *Money chasing deals? The impact of fund inflows on private* & Gompers *equity valuations*, 55 Journal of Financial Economics 281 (2000).

[2] مكاتب المحاماة الثلاثة هي Mann Bracken of Georgia، و Wolpoff & Abramson of the District of Columbia، وكذلك Eskanos & Adler of California.

[3] Complaint, *State of Minnesota v. National. Arbitration Forum Inc.*, p. 2-3.

[4] *Id.*

وأصبحت تابعة للمنتدى الوطني للتحكيم وهو أكبر مؤسسة تحكيم لتحصيل ديون المستهلكين في الولايات المتحدة الأمريكية.

ارتبط المنتدى بعلاقات وطيدة بالمصارف والشركات المالية الأخرى، وقد دأب المنتدى على استخدام عدد من التكتيكات لتشجيع تلك الشركات على تقديم مطالباتها التحكيمية لدى المنتدى[1]. كان المنتدى يتكفل بصياغة شرط التحكيم للمصارف، ويقدم استشارات قانونية للشركات الدائنة فيما يتعلق بالتحكيم ويحيلها إلى شركات تحصيل الديون بما في ذلك مان براكن، بالإضافة إلى مشاركته في صياغة الدعاوى المرفوعة ضد المستهلكين، كما كان يدفع عمولة لمدرائه نظير إقناعهم المصارف على إدراج شرط التحكيم في عقودهم[2].

كشفت دعوى الولاية سعي المنتدى لجذب وإغراء المؤسسات المالية على حساب المستهلك في سبيل انفراد المنتدى بنظر دعاوى العديد من المؤسسات المالية كلاعبين متكررين، حيث تُقدّر بعضها بعشرات أو مئات الآلاف كما اتضح لنا من الدراسة التي أعدتها البابلك سيتيزن. فعلى سبيل المثال قّدم المنتدى الوطني عرضاً على شرائح البوربوينت إلى إحدى شركة الخدمات المالية، احتوى العرض على جدول بعنوان "ردود الفعل على التحكيم، كما رواها ممثلو خدمة العملاء"[3]. تكوّن العرض من عدة ملاحظات حول التحكيم يتم من خلالها استقطاب وتشجيع المصارف على التعاقد مع المنتدى كلاعبين متكررين، ذكرت إحدى الملاحظات التي أعدها المنتدى بأن العميل لا يعرف ما يمكن توقّعه من التحكيم، ويكون أكثر استعداداً للدفع، كما ذكرت ملاحظة أخرى بأن الدائن يملك كل النفوذ في التحكيم والعميل لا يملك في الواقع أي خيار[4].

توصلت المحامي العام لولاية مينيسوتا لتسوية مع المنتدى الوطني للتحكيم بعد أقل من أسبوع من دعوى الولاية ضد المنتدى، قضت التسوية بتوقف المنتدى عن إدارة، أو نظر، أو المشاركة بأي شكل من الأشكال في دعاوى التحكيم الخاصة ببطاقات الائتمان وغيرها من دعاوى المستهلكين

---

[1] *Id.* 13.

[2] *Id.* 32-33.

[3] *Id.* 35.

[4] *Id.*

الخاصة بتحصيل الديون[1]. بالإضافة إلى ذلك صدر قرار بإغلاق شركة تحصيل الديون أكسيانت التابعة لأكسيريتف[2]. بعد أربعة أيام من صدور قرار وقف المنتدى الوطني للتحكيم عن نظر هذه المنازعات، أصدرت الجمعية الأمريكية للتحكيم[3] قراراً بالتوقف عن إدارة جميع قضايا التحكيم المستقبلية الخاصة بتحصيل الديون[4].

تشترك بعض أنواع العقود التي تتضمن شرطاً في الانتقادات الموجهة للتحكيم في المعاملات المصرفية، ومنها نظرية اللاعبين المتكررين. ومن هذه العقود، العقود العمالية بين رب العمل والعامل، والعقود الطبية المبرمة بين مزوّد خدمة الرعاية الطبية والمريض. لذا سنحاول أن نسلط الضوء في الفقرات التالية على هذين النوعين من دعاوى التحكيم والدراسات التي أجريت بشأنها فيما يخص اللاعبين المتكررين في سبيل الوصول إلى تقييم أكثر وضوحاً.

ب- دراسة في التحكيم في المنازعات العمالية

أُجريت دراسة في عام 1998 خاصة بشرط التحكيم في المنازعات العمالية فيما يتعلق بقواعد جمعية التحكيم الأمريكية[5]. ووفقا للدراسة، عند ممارسة رب العمل للتحكيم للمرة الأولى، فإن الموظف يربح الدعوى بنسبة 70 في المئة، في حين أنه عندما يكون رب العمل لاعباً متكرراً في التحكيم، فإن نسبة ربح العامل للدعوى هي 16 في المئة، وقد اعتبرت الدراسة لاعباً متكرراً استخدام

---

[1] تمت التسوية في 19 يوليو 2009، بيان صحافي أصدرته المحامي العام لولاية مينيسوتا، متوافر على الموقع الرسمي لمحامي الولاية على الرابط التالي:
http://www.ag.state.mn.us/consumer/pressrelease/120119accretivehealth.asp .

[2] المرجع السابق.

[3] وترتبط الجمعية الأمريكية للتحكيم مع غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية باتفاق شراكة حيث تم اطلاق غرفة تسوية المنازعات بمبادرة من وزارة العدل والشؤون الإسلامية بالشراكة مع جمعية التحكيم الأمريكية غرفة تسوية المنازعات هي المنطقة الحرة الأولى في العالم للتحكيم والوساطة. أنظر في ذلك: جريدة أخبار الخليج البحرينية، العدد 11617 بتاريخ 2010/1/12.

[4] Christopher R. Drahozal & Samantha Zyontz, *Creditor Claims in Arbitration and in Court*, 7 Hastings Bus. L.J. 77, 78 (2011).

[5] Lisa B. Bingham, *On Repeat Players, Adhesive Contracts, and the Use of Statistics in Judicial Review of Employment Arbitration Awards,* 29 McGEORGE L. REV. 223 (1998).

رب العمل للتحكيم أكثر من مرة[1]. وجدت الدراسة أيضاً أن مبلغ التعويض الذي يحصل عليه الموظف ينخفض بشكل كبير عند تكرار استخدام رب العمل للتحكيم، كما أظهرت الدراسة أنه كلما تكرر لجوء صاحب العمل لتسوية النزاع لمحكم ما، فإن نسبة ربح صاحب العمل للدعوى تتضاعف[2].

ج- دراسة في التحكيم في مجال الرعاية الطبية

ربطت المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا في قضية *Engalla v. Permanente Medical Group Inc.*[3] الصادر حكمها بتاريخ 30 يونيو 1997 بين سيطرة إحدى المؤسسات الطبية الكبرى على صياغة شرط التحكيم وانتظام لجوء المؤسسة الطبية للتحكيم كلاعب متكرر، وقد أبدت المحكمة قلقها من هذه المسألة. استعانت المحكمة في هذه الدعوى بدراسة إحصائية تتعلق بالتحكيم لدى المؤسسة الطبية[4]. توصلت الدراسة إلى ممارسة المؤسسة الطبية للسلوك الاحتيالي في شرط التحكيم، حيث وجدت أن المؤسسة الطبية تقوم بالتلاعب في نظام التحكيم من خلال التأخير المتعمد في اختيار المحكم الثالث، مما ينتج عنه صعوبة تسوية النزاع في وقت مناسب، وفي عدة حالات توفي صاحب المطالبة خلال فترة التأخير[5].

أظهرت الدراسة بأنه بدلاً من مدة الستين يوماً لاختيار المحكم الثالث المنصوص عليها في العقد، وكذلك في المواد الترويجية للمؤسسة، فإن المؤسسة كانت تؤجل هذه الإجراءات، فقد كان يستغرق متوسط مدة تعيين المحكم الثالث 674 يوماً، بينما كانت تستغرق المدة المطلوبة لبدء جلسات التحكيم 863 يوماً (أي ما يقارب السنتين ونصف السنة) وذلك بالنسبة إلى 99 في المئة من دعاوى التحكيم الخاصة بها، في حين أن الدعوى القضائية في تلك الولاية تصل فيها القضية إلى المحاكمة في غضون عشرة أشهر[6]. وكانت المؤسسة الطبية تدير عملية التحكيم بنفسها، حيث

---

[1] *Id.* 234.

[2] *Id.*

[3] المحكمة العليا لولاية كاليفونيا الأمريكية، قضية *Engalla v. Permanente Medical Group Inc.*, 15. Cal.4th 951 (1997)، بتاريخ 1997/6/30.

[4] *Id.* at 967.

[5] *Id.* at 968.

[6] *Id.* at 967-968.

تكونت هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين يختار المريض محكماً والمستشفى محكماً، بينما كانت تنفرد المؤسسة الطبية بتعيين المحكم الثالث، وهذا بخلاف ما ينص عليه شرط التحكيم الوارد في العقد، كما كانت المؤسسة الطبية تستخدم مستشارها الخاص لإدارة جميع إجراءات دعوى التحكيم دون أن تكشف للطرف الآخر هذه المسائل[1].

أشارت المحكمة العليا إلى ظهور الشركات الكبرى التي تتحكم بصياغة اتفاق التحكيم في صورة اللاعب المتكرر، وقد استعانت المحكمة العليا بالعبارة التي أطلقها الفقه "اللاعبون المتكررون". أبدت المحكمة قلقها بشأن عقود التحكيم المبرمة خارج إطار منازعات علاقة التاجر بالتاجر، وهي المنازعات في المعاملات الاستهلاكية كدعوى الرعاية الصحية الماثلة، وكذلك في الدعاوى العمالية باعتبارها دعاوى قد ينتج عنها حالات لانعدام العدالة تنشأ بموجب شرط التحكيم الوارد في هذه العقود[2]. واعتبرت المحكمة أن قيام فرضية اختيار الطرفين للتحكيم كآلية لفض المنازعات بحرية لا يمكنها أن تكون أكثر من ضرب من الخيال[3].

وأردفت المحكمة في توضيح ذلك بأن النموذج التقليدي لاتفاقات التحكيم هي التي تبرم بين الشركات التجارية الكبيرة والتي تمتلك كل منها قدرة على التفاوض على قدم المساواة، بينما يبرم المستهلك أو العامل اتفاق التحكيم مذعناً والخيار الوحيد أمامه هو قبول التحكيم أو التخلي عن العقد برمته[4]. أبدت المحكمة العليا قلقها إزاء حقيقة أن المؤسسات التجارية تفرض شرط التحكيم كلاعب متكرر في نظام التحكيم بينما المستهلك أو الموظف لا يمكنهم لعب هذا الدور، وأن ذلك قد يؤثر على المحكمين بوعي أو دون وعي في قراراتهم لصالح المؤسسات والشركات التجارية التي تقوم بتعيينهم بشكل منتظم[5].

بعد تسليط الضوء على رأي الفقه والدراسات والدعاوى ذات الصلة في مسألة اللاعبين المتكررين، فإننا نرى بأنه يصعب التسليم بأن المؤسسات التحكيمية والمحكمين يتسمون بعدم الحياد بصفة عامة. كما ولا يمكن تعميم الأمثلة السابقة على جميع علاقات التحكيم المبرمة مع طرف قوي

---

[1] *Id.* at 962-965.

[2] *Id.* at 987-988.

[3] *Id.* at 988.

[4] *Id.*

[5] *Id.*

كالمصرف وآخر ضعيف كالعميل، غير أنه في الوقت نفسه لا يمكن إقصاء هذه الوقائع ونكران إمكانية تكرارها وسهولة استغلال ما يقدمه التحكيم من حرية إزاء الاختلال الجسيم في القوة التفاوضية للأطراف وإزاء الحرية الواسعة التي يمنحها التشريع والقضاء لمثل هذه العقود وبشكل خاص في ظل القضاء البحريني.

ونظرية اللاعبين المتكررين تعكس فكرة منطقية، فالشركات هدفها الرئيس الربح، والمحكمون يعملون نظير مبلغ مالي. غير أن هذا لا يعني فساد المحكمين أو المؤسسات التحكيمية، ولكن في الوقت نفسه، هناك دائماً من ينتهك مبادئ العدالة خاصة في سبيل تعظيم الربح. ومن أجل ذلك، فإن المشرعين في الدول المختلفة وضعوا القوانين ونظموا علاقات الأفراد والشركات، وقرروا جزاءات في حالات انتهاك المبادئ التي يسترعيها الشارع[1].

فإذا نظرنا من ناحية أخرى إلى القانون البحريني، وجدناه يخلو من أية نصوص تشريعية توفر أية حماية لفئة ضعيفة من الأفراد كالعملاء المستهلكين الذين لا تتناسب قدراتهم ووعيهم مع طبيعة اتفاق التحكيم الذي يبرم مع مؤسسات مالية ضخمة كالبنوك بما تملكه من تفوق اقتصادي كبير وخبرات قانونية عالية، كما ويحجم القضاء البحريني عن القيام بما هو مطلوب منه لتوفير هذه الحماية لتلك الفئة كما فعل القضاء الأمريكي مثلاً. ونكرر القول بأنه لا يمكن التشكيك بنزاهة المحكمين أو المؤسسات التحكيمية، غير أن هذا الوضع محل شبهة أو على الأقل موضع إغراء للإخلال بالمثل العليا في العدالة خاصة في ظل القانون البحريني، وكما ذهب الفقه وقضاء المحكمة العليا الأمريكية، فإن ذلك قد يؤدي لانحياز تلك المؤسسات أو المحكمين إلى الطرف القوي في عقد التحكيم بقصد أو دون قصد.

ثانياً: أثر توازن القوة التفاوضية في اتفاق التحكيم

انتقد الفقه بشكل واسع اتفاق التحكيم المبرم قبل قيام النزاع بين طرف قوي في العلاقة كالمصرف وآخر ضعيف كالعميل وبشكل خاص بالنسبة لاتفاقات التحكيم التي ترد على شكل شرط تحكيم في العقود النموذجية للمؤسسات والشركات المختلفة. غير أن هذا الاعتراض لا يعني بأن مصدر الانتقاد هو عدم اللجوء للقضاء أو أن التحكيم في حد ذاته يعد نظاماً غير عادل، ولكن

---

[1] أنظر على سبيل المثال المادة 361، والمادة 362 من قانون الشركات البحريني رقم (21) لسنة 2001.

مميزات التحكيم وطبيعته لا تتناسبان لجعله وسيلة تسوية منازعات بين طرف قوي كالشركات التجارية الضخمة والمستهلك الضعيف في العلاقة[1].

ويمكن للأطراف أصحاب القوة التفاوضية المتوازنة اللجوء لأنظمة تحكيم معينة بصورة تحقق نجاحاً واسعاً ورضى أكبر للطرفين مقارنة باتفاق التحكيم المبرم بين المصارف والعملاء. فكثيراً ما يشارك ممثلون عن المهنة التي تنتمي لها هذه المؤسسات في صياغة قواعد التحكيم الخاصة بتلك الصناعات[2]، وذلك بهدف تلبية احتياجات أطراف الصناعة وتحقيق أعلى كفاءة ممكنة لقواعد التحكيم وفقاً لطبيعة كل صناعة. نحاول في الفقرات التالية بيان الأثر المترتب على توازن القوة التفاوضية لتسوية المنازعات خارج ساحة القضاء، وذلك من خلال تسليط الضوء على بعض التطبيقات العملية لهذه القواعد، وقد اخترنا مجموعة تطبيقية من الولايات المتحدة الأمريكية نظراً لانتشار التحكيم في المعاملات المصرفية الواسع فيها وما صاحبه من نقد كبير، لذا فضلنا أن نبحث في تطبيقات تتعلق بتكافؤ أطراف العلاقة في الدولة ذاتها للوصول إلى مقارنة أكثر دقة.

1- المعهد الدولي لمنع وتسوية المنازعات[3]

تأسس المعهد الدولي لمنع وتسوية المنازعات من قبل أكبر 500 شركة على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية بهدف تبني قواعد تسوية منازعات بشكل توافقي بين الشركات بما يتناسب وطبيعة نزاعاتها، وُضعت قواعد تحكيم المعهد من خلال عملية تشاركية تضم ممثلين قانونيين عن الشركات الخمسمائة. وعند توقيع أي شركة على "بيان سياسة الشركة" فإنها توافق على تسوية المنازعات بموجب قواعد المعهد، وبدايةً وقع البيان ثلاثمائة شركة أمريكية تضم بينها عدد من الخمسمائة شركة المؤسسة[4]، ويضم المعهد اليوم أكثر من 4000 شركة[1]. بالإضافة إلى ذلك، قام المعهد بطباعة

---

[1] Jean R. Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration*, *op. cit.*, p. 1673-1674.

[2] Bryant G. Garthy, *Tilting The Justice System: From ADR As Idealistic Movement To A Segmented Market in Dispute Resolution*, 18 Ga. St. U.L. Rev. 927, 930 (2002).

[3] المعهد الدولي لمنع وتسوية المنازعات "International Institute for Conflict Prevention & Resolution" ويطلق عليه عادة CPR Institute هو منظمة غير ربحية مقرها في مدينة نيويورك وتتمثل مهمتها في إدارة المنازعات التجارية الدولية وتعزيز قواعد تسوية المنازعات.

[4] Julio Cesar Betancourt & Jason A. Crook, *ADR, Arbitration, and Mediation: a Collection of Essays*, AuthorHouse 44 (2014).

دليل خاص بالتحكيم التجاري للشركات والذي وُضع من قبل لجنة ضمت ممثلي أعضاء المعهد ومحامي أكبر خمسمائة شركة السالفة والمؤسسات القانونية التي تمثلها[2].

يتضح من تأسيس ومنهج وضع قواعد تسوية المنازعات الخاص بالمعهد سلطة ودور الشركات الضخمة في وضع قواعد التحكيم والأثر الذي يمكن أن تحققه عملية التفاوض بين الأطراف بالنسبة لقواعد التحكيم الموضوعية والإجرائية، حيث يمكن الوصول إلى نظام ملائم لجميع الأطراف. بينما العميل في التحكيم في المعاملات المصرفية لا يملك من هذه المفاوضات شيئاً، فهو لا يلعب أي دور في قواعد التحكيم التي غالباً وضعت لخدمة التحكيم التجاري بشكل ينظر من زاوية الشركات التجارية ومصالحها لا المستهلكين، فبالتالي ينحصر دور العميل على توقيع العقد المصرفي ليكون طرفاً في اتفاق تحكيم لا يخدم مصلحته في الغالب.

2- نادي تجار الألماس[3]

وضع كبار التجار المهيمنين على صناعة الألماس في الولايات المتحدة الأمريكية في عام 1992 مجموعة قواعد دقيقة ومفصلة لتسوية المنازعات بين المنتمين لنادي تجار الألماس، تضم هذه القواعد أحكام خاصة بالتحكيم ما قبل قيام النزاع وأحكام أخرى خاصة بالتوفيق[4]. ويشترط للانضمام للنادي الخضوع لهذه القواعد[5]. ولوحظ بأن القواعد الإجرائية للتحكيم صيغت بشكل يمنح

---

[1] Corporate Pledge, Corporate Policy Statement on Alternatives to Litigation, available at: http://www.cpradr.org/PracticeAreas/ADRPledges/CorporatePledgeSigners.aspx last visited: 1/8/2014.

[2] Thomas J. Stipanowich & Peter H. Kaskell, *Commercial arbitration at its best: Successful strategies for business users*, American Bar Association 379 (2001).

[3] نادي تجارة الألماس "Diamond Dealers Club" أو "DDC" هو أكبر تجمع لتجار صناعة الألماس في الولايات المتحدة الأمريكية ومقره ولاية نيويورك، أسس عام 1931 ويضم 2000 عضو من صُناع وتجار الجملة والسماسرة في صناعة الألماس. للتفصيل في ذلك، راجع الموقع الرسمي لنادي تجارة الألماس .http://www.nyddc.com/about-the-ddc1.html

[4] Lisa Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 J. Legal Studies 115 (1992).

[5] *Id.* 126.

الأطراف المتنازعة سيطرة على عملية التسوية وإيجاد حوافز مالية للتسوية[1]. انضم العديد من تجار الألماس غير الأعضاء في النادي لأحكام قواعد تسوية المنازعات الخاص بالنادي، ومرد ذلك كفاءة ودقة قواعد التسوية الخاص به، بالإضافة لما يتمتع به التحكيم من مميزات تتناسب وطبيعة الصناعة من حفاظ على سمعة التجار[2]، وهو ما يعد ذا أهمية جوهرية بالنسبة لكلا الطرفين المتنازعين.

3- تسوية منازعات صناعة القطن

يوجد مصدران رئيسان للتحكيم في صناعة القطن في الولايات المتحدة الأمريكية، الأول هو مجلس الاستئناف (Board of Appeals) والذي تم إنشاؤه من قبل الجمعية الأمريكية لشاحني القطن (American Cotton Shippers Association) وهي جمعية تجارية تمثل تجار القطن، ومعهد صناعة الغزل والنسيج الأمريكي (American Textile Manufacturers Institute) وهو جمعية تجارية تمثل أصحاب مصانع القطن، ويختص المجلس بشكل رئيس في فض المنازعات بين كل من تجار القطن ومصانع القطن[3]. المصدر الثاني للتحكيم هو محكمة تحكيم ممفيس لتبادل القطن (Memphis Cotton Exchange) وتختص في المنازعات بين تجار القطن بعضهم ببعض[4].

العضوية في نظام فض المنازعات الخاص بجمعيات صناعة القطن المذكورة ليست إلزامية، ولكن يشترط للانضمام لهذه الجمعيات قبول نظام تسوية المنازعات الخاص بها، ونظراً لأهمية هذه الجمعيات والمميزات التي يتمتع بها أعضاؤها، فإن تجار وصانعي القطن يفضلون الانضمام لها، وبالتالي لنظام التحكيم الخاص بها[5]. تتم تسوية دعاوى التحكيم الخاصة بمجلس الاستئناف الخاص بفض المنازعات بين تجار ومصانع القطن عن طريق محكم فرد، ويُعيَّن المحكم من قبل الجمعيتين

---

[1] *Id.* 124.

[2] *Id.* 126.

[3] Ronald J. Gilson, Charles F. Sabel & Robert E. Scott, *Contract and Innovation: The Limited Role of Generalist Courts in the Evolution of Novel Contractual Forms*, 88 New York University Law Review 170 (2013).

[4] *Id.*

[5] Lisa Bernstein, *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation. Through Rules, Norms, and Institutions*, 99 MICH. L. REV. 1724, 1769-1770 (2001).

السابق ذكرهما بوصفهما جهات تمثل كل طرف متنازع، وتظل هوية كلا الطرفين غير معروفتين حتى بالنسبة للمجلس نفسه بحيث تُشطب هذه الهويات من جميع الوثائق والأدلة ذات الصلة، وذلك في سبيل ضمان أعلى مستوى من الحياد والاستقلال[1].

بالنسبة لعملية فض النزاع لدى محكمة تحكيم ممفيس لتبادل القطن والخاصة بمنازعات تجار القطن، فإن هيئة التحكيم تتكون من سبعة محكمين يعينهم مجلس إدارة ممفيس[2]. ويُلاحظ بأن صفة الإجماع على قرارات هيئة التحكيم هي الغالبة، ففي الفترة بين 1991-1994 نظرت محكمة التحكيم في اثنين وتسعين نزاعاً، أربعة من هذه النزاعات فقط لم تصدر بإجماع المحكمين السبعة[3]. وتعد مرحلة التفاوض والمساومة السابقة على العقد بين الطرفين إحدى أسباب نجاح عملية تسوية النزاع لهذه المعاملات[4]. ويتسم نظام التحكيم الخاص بصناعة القطن بالسرعة والتكلفة المنخفضة، لذا، فإنه عادة ما يحترم الأطراف قرارات التحكيم الصادرة ويقومون بتنفيذها طوعاً[5].

توضح الأمثلة السابقة الأثر المترتب على تقاسم السيطرة عند تكوين نظام فض النزاع، ودور الشركات والمؤسسات الاقتصادية الضخمة في وضع قواعد التحكيم، حيث إنه من المنطقي أن تسبق عملية إصدار قواعد تحكيمية ما، مرحلة استشارات تشارك فيها كبرى الجهات التي من أجلها توضع هذه النصوص لتحكم علاقاتها، وذلك بهدف التوصل لقواعد متوازنة ذات كفاءة عالية، تغطي احتياجات جميع الأطراف. فعلى سبيل المثال، تنص قواعد التحكيم عادة على عدم جواز استئناف قرار المحكم، وسبب ذلك هو أن هذه القواعد وضعت من أجل التجار الذين يعتبر عامل الوقت بالنسبة لهم من المسائل الجوهرية، في حين أن وسيلة الاستئناف هي أداة مهمة بالنسبة للعميل.

بالإضافة إلى ذلك، فإن عامل السرية الذي تتسم به إجراءات التحكيم تحقق هنا مصلحة كلا الطرفين في الحفاظ على سمعتهم التجارية، في حين أنه بالنسبة للتحكيم في المعاملات المصرفية مع العميل المستهلك تصب السرية غالباً في صالح المصرف فقط، مع احتمال إلحاق هذه السمة

---

[1] *Id.* 1728, 1744.

[2] *Id.* 1728.

[3] *Id.* 1744 n.90.

[4] *Id.* 1731-1739.

[5] *Id.* 1725.

الضرر بالعميل أكثر مما قد تفيده[1]. فبالنسبة للمصرف، يمكن لعلانية المحاكمة في القضاء أن تؤثر سلباً على ثقة العملاء في مؤسساتهم المالية، كما وأنها قد تكشف عن بعض المعاملات والإجراءات المصرفية التي تفضل المصارف الحفاظ على الخصوصية بشأنها ولو كانت شرعية[2].

من ناحية أخرى، الأحكام الصادرة بشأن إخلال المصرف بالتزاماته كارتكاب الغش وغيرها من المخالفات، تعمل علانيتها على تنبيه باقي المستهلكين لمثل هذه الممارسات، بينما السرية تؤدي إلى حرمان المستهلك من الوصول لتلك المعلومات، هذا بالإضافة لمضاعفة التكلفة على المستهلك لحيازة المعلومات المطلوبة، كما وأن السرية يمكنها أن تقوض الرقابة الحكومية على أنظمة حماية المستهلك وحُسن تطبيقها وضمان قيام سوق عادل للمستهلكين[3]. تأسيساً على كل ما سبق، يتضح لنا بأن تطبيق قواعد التحكيم التي وُضعت أساساً لتحكم علاقات تجارية متكافئة لا يبدو تطبقيها أبداً مناسباً على عميل المصرف ذي المركز التفاوضي الضعيف.

المطلب الثاني: اقتراح تقييد اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل المستهلك

راعت النظم القانونية في قوانين العديد من الدول كما رأينا الطبيعة الخاصة للتحكيم السابق على قيام النزاع بين المصرف كطرف قوي في العلاقة التعاقدية مع العميل الضعيف. ورغم اختلاف هذه النظم والوسائل التي وفرت بموجبها الحماية للعميل، غير أنها اتفقت في وضع قيود وضوابط على اتفاق التحكيم حماية للطرف الضعيف. وعلى العكس من ذلك، وجدنا قصوراً في القانون البحريني لحماية العميل بخصوص مثل هذه العلاقة، فالنصوص التشريعية البحرينية لم تضع قيوداً على شرط التحكيم في المعاملات المصرفية مع المستهلك كما فعلت العديد من النظم، كما ونفض القضاء يده عن توفير أية حماية لمثل هذه العقود وفق ما درسنا سابقاً.

ورغم إقرارنا بأن تحقيق الشركات والمؤسسات في الدولة للربح يعد عاملاً مساهماً في التنمية الاقتصادية للبلدان، غير أن ذلك بلا شك يجب أن لا يكون على حساب العدالة الاجتماعية أو حصول عدم المساواة الفاحشة في توزيع المكاسب. لذا، فإننا نرى وجوب تدخل المشرع البحريني إما بتغيير مفهومه لعقود الإذعان وحالات تدخل القضاء والتي يجب أن تشمل العقود المبرمة بين التاجر

---

[1] أنظر صفحة 220 من البحث.

[2] *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 285.

[3] *Id.*, p. 313, 327-328.

كالمصرف والمستهلك كالعميل، بحيث يجرد هذا المشرع تعريف عقد الإذعان من اشتراط أن يكون محله من السلع الضرورية واحتكار التاجر لها أسوة بالاتجاه الأمريكي والفرنسي السابق بيانهما، ثم يمنح المشرع البحريني القضاء سلطة فرض رقابة على العقود المعدة سلفاً من قبل طرف ذي قوة تفاوضية عالية لإبرامها مع طرف آخر ضعيف لا يملك سوى قبول أو رفض هذه العقود.

كما ويمكن للمشرع منع التحكيم السابق على قيام النزاع بين التاجر والعميل كما فعلت العديد من التشريعات الأوروبية التي سبق عرضها وهو الحل الذي نميل له. وتتبقى في هذه الحالة للمصرف وسيلة أخرى يمكنه اللجوء للتحكيم من خلالها وهي الاتفاق على التحكيم مع العميل المستهلك بعد قيام النزاع. وبصفة عامة، فإنه لا اعتراض على إبرام اتفاق التحكيم اللاحق على قيام النزاع مع الطرف الضعيف، حيث يُبرم الاتفاق مع إحاطة الأطراف بطبيعة النزاع وعملية التحكيم ذات الصلة [1]. وبحظر الاتفاق السابق وإجازة اللاحق منه، فإن كلا الطرفين سيملكان حرية اختيار وسيلة التسوية الأنسب لهما بعد قيام النزاع[2]. فذلك يمنح الأطرف بما فيهم العميل المستهلك إرادة حرة حقيقة في اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية منازعاته[3]. وكما هو معلوم، فإن الإرادة الحرة هذه تعد من أسس ومقومات التحكيم. وتبنت هذا الاتجاه دول الاتحاد الأوروبي عموماً[4]، وهو ما ينادي به جانب كبير من الفقه الأمريكي والذي أدى بدوره لتقدم الكونغرس الأمريكي في مايو 2011 بمشروع قانون يمنع التحكيم السابق على قيام النزاع مع المستهلكين كما عرضنا سابقاً.

---

[1] Burton S. J., *New Judicial Hostility to Arbitration: Federal Preemption, Contract Unconscionability, and Agreements to Arbitrate*, The. J. Disp. Resol., 469, 471 f. 11 (2006); Drahozal Christopher R. & Raymond J. Friel, *Consumer Arbitration in the European Union and the United States,* 28 *NCJ Int'l L. & Com. Reg.* 357, 386 (2002).

[2] David S. Schwartz, *op. cit.*, p. 119.

[3] Jean Braucher, *Common Sense and Contracts Symposium: The Gateway Thread—AALS Contracts Listserv*, 16 Touro L. Rev. 1147, 1167 (2000).

[4] Jean R. Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration*, *op. cit.*, p.1647-1648; ozal Christopher R. & Raymond J. Friel, *Consumer Arbitration in the European Union*, *op. cit.*, p. 366.

وقد يدفع البعض لإبقاء الوضع القانوني كما هو عليه بأن التحكيم في المعاملات المصرفية غير منتشر بشكل واسع في البحرين، غير أن هذه لا ينفي الضرر الذي يمكن أن يلحق بالعملاء لو تم اللجوء له ولو بصورة ضيقة، وهو ما دفع العديد من الدول للتدخل بتنظيم مثل هذه العقود، فكما وفر المشرع البحريني الحماية للمؤمن رغم عدم انتشار التحكيم في عقود التأمين إلا أن مصلحة الطرف الضعيف كانت محل رعاية المشرع[1]. ولا تكفي في هذا الشأن قواعد عيوب الإرادة كالغلط والاستغلال لأنها تعجز في حالات كثيرة عن حماية العميل المستهلك وبشكل خاص في ظل نظرية الاختصاص بالاختصاص التي تمنح المحكم دون القاضي سلطة التحقق من صحة اتفاق التحكيم[2].

وتأسيساً على ذلك، فإننا نرى بأنه تحقيقاً لأهداف الشارع بإرساء المصلحة الاجتماعية والتي يحققها عن طريق سن القوانين المختلفة، وتسليماً بالمنطق القانوني الخاص بطبيعة التحكيم وما يفترض فيه من توافر إرادة حرة لوجوده والاعتراف به كعقد صحيح ومكتمل الإركان، فإنه ينبغي أن يتدخل المشرع البحريني بمنع شرط التحكيم الذي تضعها المصارف في العقود التي تبرمها مع المستهلك أو تقييده على أقل تقدير عن طريق منح القضاء سلطة واسعة تسمح له بالتدخل في هذه العقود عند تحقق التعسف بشأنها كما هو الحال مع النظام الإنجليزي والفرنسي وغيرهما.

---

[1] أنظر صفحة 168 هامش 1 من البحث.

[2] يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص أو competence-competence منح المحكم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه، وقد تبنى قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني هذا المبدأ المادة 16(1) والتي تنص على أن: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق تحكيم أو بصحته". للتفصيل في المبدأ راجع: Barcelo III J. J., *Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction-Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective,* 36 *Vand. J. Transnat'l L.*, 1115 (2003)؛ راجع كذلك Rosen Janet A., *Arbitration under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence de la Competence*, 17 Fordham Int'l LJ 599 (1993).

المبحث الثاني: تقييم اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل التاجر

إن اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل التاجر لا يختلف في شروط انعقاده والآثار النظرية المترتبة عليه مع اتفاق التحكيم مع العميل المستهلك. غير أنه وكما بحثنا سلفاً، فإن قواعد التحكيم ما وضعت أساساً إلا لتأسيس نظام يحكم علاقة التجار بعضهم ببعض، وبناءً عليه، روعيت المصالح التي يهدف طرفا العلاقة التجارية لتحقيقها وحمايتها.

والتحكيم بين المصرف والتاجر يحقق عدداً من المميزات، وبخلاف الترتيب في كتابات الشراح المتعلقة بالتحكيم، فقد أرجأنا الكلام عن هذه المميزات لدارستها في جزء متأخر من البحث، ومرد ذلك أننا لم نؤيد التحكيم في المعاملات المصرفية مع العميل المستهلك، حيث وجدنا مثالبه تفوق محاسنه، وهذا يتطلب منا تقييم علاقة المصرف بالمستهلك في اتفاق التحكيم وعلاقته مع التاجر بشكل منفصل. ولتقييم التحكيم بين المصرف والتاجر وجب علينا ابتداءً تعيين المقصود بالتاجر وهو ما سنبحثه في الفرع الأول، ومن ثم نحاول تسليط الضوء على مميزات اتفاق التحكيم بين المصرف والتاجر في الفرع الثاني.

والتاجر قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، والشخص الطبيعي التاجر هو كل شخص يتمتع بالأهلية التجارية يزاول على وجه الاحتراف عملاً تجارياً باسمه ولحسابه[1]. ويقصد بالاحتراف ممارسة النشاط التجاري بصورة معتادة ودائمة من أجل تحقيق غرض معين[2]. أما الشخص المعنوي التاجر فهو كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية أياً كان غرضها[3]. والشركات التي نظمها قانون الشركات البحريني[4] هي شركة التضامن، وشركة التوصية

---

[1] المادة 1/9 من قانون التجارة البحريني رقم (7) لسنة 1987.

[2] د. باسم محمد صالح عبدالله، شرح القانون التجاري البحريني، جامعة العلوم التطبيقية، ط2، البحرين 2009، ص 102.

[3] المادة 2/9 من قانون التجارة البحريني.

[4] المادة 2 من قانون الشركات التجارية البحريني.

البسيطة، وشركة المحاصة، والشركة المساهمة، وشركات التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسئولية المحدودة، وشركة الشخص الواحد والشركة القابضة[1].

وعرف المشرع الإنجليزي التاجر بأنه الشخص الذي يعمل لأغراض تتعلق بأعمال تجارته، سواءً زاول العمل بنفسه أو عن طريق شخص آخر يتصرف باسم التاجر أو نيابة عنه، كما ويعد تاجراً الشخص الذي يتصرف باسم أو نيابة عن التاجر[2]، وعرفته قواعد الاتحاد الأوروبي في القانون التوجيهي للممارسات التجارية غير العادلة على أنه أي شخص طبيعي أو اعتباري، يمارس الأعمال التجارية التي يشملها هذا التوجيه، يعمل لأغراض تتعلق بتجارته وأعماله التجارية، أو حرفته أو مهنته، وأي شخص يتصرف باسم أو نيابة عن التاجر[3].

وتتعدد مميزات اتفاق التحكيم بين المصرف والعميل التاجر وذلك بخلاف الاتفاق مع العميل المستهلك، وتتمثل أهم هذه المميزات في حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، وسرية إجراءات التحكيم، ونهائية الحكم، والحياد، وتنفيذ الحكم، والخبرة والكفاءة المصرفية، وتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية على معاملات الصيرفة الإسلامية. ونعرض هذه المميزات على الوجه التالي:

أولاً: حرية اختيار القانون الواجب التطبيق

يتيح اتفاق التحكيم لأطرافه حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، مما يسمح للمصرف باختيار القانون الأكثر ملاءمة لطبيعة المنازعة. بالإضافة إلى ذلك، يملك الطرفان حرية واسعة في تحديد الكيفية التي تسير فيها إجراءات التحكيم مما يمنحهم مرونة أكثر في تسوية المنازعة المصرفية[4]. فطبيعة العقود المصرفية وما يؤثر فيها من تغييرات في الأسعار كسعر الصرف وقيمة السلع والفوائد المترتبة يمكنها أن تلحق ضرراً بالغاً بالمصرف أو الطرف الآخر،

---

[1] للتفصيل في ماهية الشركات التجارية وخصائصها راجع: د. محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية، مرجع سابق.

[2] المادة 7 من قواعد حماية المستهلك الإنجليزي لعام 2014.

[3] المادة 2(ب) من القانون التوجيهي للممارسات التجارية غير العادلة للاتحاد الأوروبي رقم 2005/29/EC لعام 2005.

[4] د. نجيب أحمد عبدالله الجبلي، اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية، البيئة القانونية والمالية للقطاع المصرفي اليمني، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد 26، 2002، ص34.

وبالتالي يمكن للطرفين اختيار الإجراء الأكثر مرونة لتسوية معاملاتهم المصرفية دون التقيد بالإجراءات التي يفرضها القانون الذي يُلزم به القاضي مما يساهم في تجنيب هذه الأضرار[1].

ثانياً: سرية إجراءات التحكيم

تحقق السرية التي تتسم بها العملية التحكيمية مصلحة أطراف العلاقة التجارية في الحفاظ على سمعتهم[2]، بما في ذلك المصارف[3]. وكما سبق أن ذكرنا، فإن علانية المحاكمة يمكنها أن تؤثر سلباً في ثقة العملاء في مؤسساتهم المالية، كما تعد السرية إحدى الانتقادات الموجهة للتحكيم في المعاملات المصرفية مع العميل المستهلك. وإذ إننا نستبعد هنا المستهلك من تقييم العملية التحكيمية مع المصرف، فإن سمة السرية تعد ميزة مهمة في اتفاق التحكيم في المعاملة المصرفية. ففي اتفاق التحكيم بين المصارف والتجار كالشركات المختلفة، يسعى كل طرف للحفاظ على سمعته التجارية، ولا يصعب على الشركات والمؤسسات التجارية الوصول للمعلومات التي يمكن أن تحتاجها في دعواها، وذلك بخلاف ما سبق تناوله في التحكيم بين المصرف والعميل المستهلك، لذا فإن عامل السرية يخدم مصلحة كلا الطرفين.

فبالنسبة للمصرف يمكن لانتشار خبر معين أن ينتج بلبلة في الأسواق واضطراب الاقتصاد[4]. كما قد يؤدي للتشهير بسمعة الأطراف[5]، ويعد ذلك محل عناية لدى كلا الطرفين وليس المصرف فقط. وتظهر أهمية السرية بشكل خاص في إبرام المصارف للعقود المتعلقة بالمشاريع الضخمة كعقود نقل التكنولوجيا أو تراخيص استغلال براءات الاختراع وما يتصل بها من أسرار صناعية، حيث يصبح التحكيم فيها أمراً ضرورياً للحفاظ على سرية تلك الأعمال[6]. بالإضافة إلى أن هذه

---

[1] د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص13.

[2] د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص13-14؛ د. حسني المصري، مرجع سابق، ص9؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص15.

[3] د. نجيب أحمد عبدالله الجبلي، اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق ص34؛ د. ناريمان عبدالقادر، مرجع سابق، ص 16؛ د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص 62؛ *Budnitz, Arbitration of Disputes between Consumers, op. cit.*, p. 285.

[4] د. محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص 62.

[5] د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 9.

[6] د. ناريمان عبدالقادر، مرجع سابق، ص16.

العلانية يمكنها أن تضاعف من حدّة الخصومة بين الأطراف، بينما في التحكيم، تساهم السرية في التخفيف من هذه الخصومة وبالتالي في استمرار العلاقة بين الأطراف المتنازعة[1].

ثالثاً: نهائية الحكم

تعد نهائية قرار التحكيم بعدم قابليته للطعن فيه بطرق الطعن العادية وسيلة مهمة بالنسبة للمصرف لحسم النزاع وعدم إطالة أمده استقراراً للمعاملات. وقد رأينا بأن كلاً من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني وقواعد غرفة البحرين لتسوية منازعات الاستثمار اعتبرتا قرار التحكيم نهائياً[2]. كما لاحظنا سابقاً بأن المصارف تميل للنص على نهائية الحكم في عقودها. ويُعاب على نهائية قرار التحكيم بأن مراجعة الأخطاء التي يمكن أن تشوب الحكم تعد محدودة، حيث تقتصر على الحالات التي تحددها قواعد التحكيم، مما قد يحرم الأطراف فرصة تصحيحها بموجب الوسائل القانونية المتاحة كما هو متبع بالنسبة للأحكام الصادرة عن القضاء[3].

بالرغم من ذلك، يبدو أن المصارف باعتبارها شركات تجارية، فإنها تميل لسمة النهائية وما توفره من تجنب إطالة النزاع وتوفير النفقات على اختيار استئناف الحكم وما يكفله من رقابة أوسع على الأحكام. فقد أثبتت إحدى الدراسات التجريبية بأن المتعاملين في التجارة يفضلون نهائية قرار التحكيم ولو كان ذلك على حساب قدرتهم على استئناف الحكم[4]. ويعزز من ذلك عناية المصرف في اختيار المحكم المناسب والذي عادة ما يكون أكثر تخصصاً في مجال المعاملات المصرفية من القاضي العادي، كما ويلعب تعدد المحكمين إلى جانب كفاءتهم وخاصة بالنسبة لرئيس هيئة التحكيم دوراً فعالاً في ضمان الحصول على أحكام تحكيم عادلة في منازعات المصرف [5].

---

[1] د. نجيب أحمد عبدالله الجبلي، اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق ص34؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص14؛ محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص 63؛ Born G., *op. cit.*, p. 87.

[2] أنظر صفحة 17 من البحث.

[3] Born G., *op. cit.*, p. 82.

[4] Christian Bühring-Uhle, *A Survey on Arbitration and Settlement in International Business Disputes* in Christopher R. Drahozal and Richard W. Naimark (eds), *Towards a Science of International Arbitration* 25-35 (2005).

[5] د. ناريمان عبدالقادر، مرجع سابق، ص15-16.

رابعاً: الحياد

توفر كافة النظم في الدول المختلفة سلطة قضائية لتفصل في المنازعات المختلفة، وتسعى هذه النظم لتأسيس جهاز قضائي يتمتع بالنزاهة والحياد في فصل المنازعات. وتظهر أهمية الحياد في التحكيم بشكل خاص في المنازعات ذات الطابع الدولي بالنسبة للأطراف[1]، فالمصرف المتعاقد مع شركة أجنبية قد يتخوف من عدم توافر الحياد التام في قضاء دولة خصمه[2] وينطبق الحكم ذاته على موقف الخصم[3]، وقد يصل هذا التشكيك إلى أقصى مراحله بالنسبة للدول المعروف قضاؤها بعدم الحياد بسبب انتشار الفساد والمحسوبية مما يستحيل معه قبول المصرف للخضوع إلى قضاء هذه الدول[4].

بالإضافة إلى ذلك، قد لا تجد المصارف التي تمتلكها الحكومات في الخضوع لقضاء دولة أخرى وسيلة ملائمة لتسوية منازعاتها، فيكون التحكيم بالنسبة لها وسيلة أكثر قبولاً في تسوية منازعاتها[5]. وبالمثل بالنسبة للمصرف الذي يتعاقد مع إحدى الشركات التابعة لدولة ما، فقد يشكك المصرف في توافر الحياد التام في نزاع ينظره قضاء دولة ضد حكومته، خاصة في ظل تزايد تعامل المصارف مع الأسواق الناشئة وحكومات الدول[6]. لذا، فقد يفضل المصرف اللجوء للتحكيم، حيث يمكن للأطراف تعيين هيئة تحكيم من جنسية تختلف عن جنسية أطراف النزاع[7].

---

[1] Christian Bühring-Uhle, *op. cit.*, p.33.

[2] Park William, *Arbitration in Banking and Finance*, *op. cit.*, p.

[3] Born G., *op. cit.*, p. 72-73.

[4] راجع على سبيل المثال دراسة خاصة بفساد القضاء في نيجيريا: Oko O, *Seeking justice in transitional societies: an analysis of the problems and failures of the judiciary in Nigeria*, 31 Brook. J. Int'l L. 9 (2005)؛ وكذلك في الصين: Orts E. W., *Rule of Law in China*, 34 The Vand. J. Transnatl. L. 43 (2001).

[5] د. ناريمان عبدالقادر، مرجع سابق، ص 17.

[6] Ashurst, *Use of Arbitration in Financial Transactions*, LLP 5 October 2013.

[7] Born G., *op. cit.*, p. 73.

خامساً: تنفيذ الحكم

تلعب اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها لعام 1958 دور كبير في فعالية التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المصرفية[1]. ومرد ذلك ما يترتب على الانضمام للاتفاقية من التزام الدولة باعتراف قضائها لحكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه[2] وإلزام أطراف الاتفاق باللجوء للتحكيم دون القضاء[3]. كما ويعزز من أهمية التحكيم العدد الواسع للدول المنضمة للاتفاقية بما فيها البحرين التي انضمت إليها في عام 1988[4]. فآليات التنفيذ غير الجديرة بالثقة ستؤدي إلى ركود اقتصاد الدول التي تسعى للاعتماد على رؤوس الأموال الأجنبية[5].

سادساً: الخبرة والكفاءة المصرفية

يُمكّن التحكيم المصرف من تسوية منازعاته لدى جهات متخصصة في محل النزاع[6]. ذلك أن قضاء العديد من الدول يقصرها وجود محاكم وطنية متخصصة لتسوية المنازعات المالية ذات التفاصيل المعقدة. فبعض الدول يملك قضاؤها الوطني خبرة محدودة أو تدريباً متواضعاً في تسوية المنازعات التجارية المعقدة، مما يؤدي لصعوبة إحاطته بجميع جوانب النزاع[7]. فبعض المعاملات المصرفية تحتاج إلى خبرة خاصة يتعذر الحصول عليها في القضاء[8]. بالإضافة إلى ذلك، فإن تعدد النشاطات والمعاملات وتغيرها من وقت لآخر يؤدي إلى صعوبة مواكبة تطور الأدوات المالية

---

[1] د. ناريمان عبدالقادر، مرجع سابق، ص 17.

[2] المادة 3 من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها لعام 1988.

[3] المادة 2 من اتفاقية نيويورك.

[4] حتى عام 2013 وصل عدد أعضاء اتفاقية نيويورك 149 دولة، انضمت البحرين للاتفاقية في 6 أبريل 1988 وأصدرت بموجبه المرسوم بقانون رقم (14) لسنة 1988 بالموافقة على الانضمام للاتفاقية. الدول العربية غير العضو في الاتفاقية: العراق، واليمن، وليبيا، والسودان والصومال لقائمة الدول الأعضاء وتواريخ انضمامها راجع: http://www.newyorkconvention.org/contracting-states/list-of-contracting-states.

[5] Park William, *Arbitration in Banking and Finance*, *op. cit.*, p. 143.

[6] د. نجيب أحمد عبدالله الجبلي، اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية، مرجع سابق، ص34.

[7] Born G., *op. cit.*, p. 78-79; Ashurst, *op. cit.*, p. 5.

[8] Park William, *Arbitration in Banking and Finance*, *op. cit.*, p. 143.

المختلفة، وبالتالي قلة المصرفيين المتخصصين فيها، وهو ما يمكن الاستعاضة به باللجوء لتسوية النزاع عن طريق التحكيم[1].

سابعاً: تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية على معاملات الصيرفة الإسلامية

يرتبط هذا الجزء في شق منه بالفقرة السابقة، حيث يرى جانب كبير من الشراح بأن التحكيم في معاملات الصيرفة الإسلامية يعد حاجة ملحة لما يوفره من خبرات في المعاملات المصرفية الإسلامية يصعب على القضاء مجاراتها، لاسيما في الدول الغربية التي لا تأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية[2]. ويعتبر البعض، بالإضافة إلى ذلك بأن طبيعة عمل الصيرفة الإسلامية والتي لا تقوم على الفوائد الربوية كما هو الحال مع البنوك التقليدية يجعل الضرر المترتب على التأخير في تسوية المنازعة المصرفية أكبر بكثير مما هو عليه في منازعات المصارف التقليدية، ذلك أن المصارف الإسلامية تحظر نظمها تقاضي غرامات تأخيرية عند تأخر المدين في السداد بخلاف المصارف التقليدية التي يمكنها الحصول على مثل هذه الغرامات كتعويض للضرر بسبب تأخر تسوية النزاع لدى القضاء، لذا، فإن التحكيم يلبي حاجة ضرورية للمصرف لقدرته على تسوية النزاع بشكل أسرع[3].

---

[1] د. ناريمان عبدالقادر، مرجع سابق، ص 15.

[2] أنظر على سبيل المثال: د. كمال طه، التحكيم حاجة شرعية وضرورة عصرية، المؤتمر السنوي لفقهاء الشريعة- مؤتمر التحكيم: ضوابط وإجراءات، الكويت، 31 أكتوبر – 3 نوفمبر 2010؛ عبدالرحمن ريحان، تسوية المنازعات المصرفية الإسلامية من خلال التحكيم، المؤتمر الدولي الخامس حول الصيرفة الإسلامية والتمويل الإسلامي، 15-16 يونيو 2010، كوالالمبور، ماليزيا؛ Oseni U. A., *Dispute resolution in Islamic banking and finance: current trends and future perspectives*, International Conference on Islamic Financial Services: Emerging Opportunities for Law/Economic Reforms of the Developing Nations, University of Ilorin, Kwara State, Nigeria (6-8 October 2009)؛ Manaf U. A., Markom R. & Ali H. M., The *Development of Islamic Finance Alternative Dispute Resolution Framework in Malaysia*, 8(1) International Business Management, 1 (2014).

[3] د. عبدالستار الخويلدي في تصريح له لجريدة الشرق الأوسط اللندنية بعنوان: أمين عام المركز الإسلامي للمصالحة والتحكيم: المؤسسات المالية الإسلامية بحاجة إلى صيغة التحكيم في فض المنازعات، جريدة الشرق الأوسط، العدد 10346، 27 مارس 2007، متوافر أيضاً على الرابط التالي:

ويعتبر القطاع المصرفي الإسلامي أسرع القطاعات المالية نمواً[1]. فوفقاً لدراسة أعدها صندوق النقد العربي يبلغ معدل نمو المصارف الإسلامية نسبة 20% سنوياً[2]. وعلى المستوى العالمي، ارتفع عدد المؤسسات المالية الإسلامية في العالم من مؤسسة واحدة في عام 1975 إلى أكثر من 400 مؤسسة في عام 2011[3]، كما وبلغت قيمة الأصول المالية الإسلامية في العام نفسه 1.3 تريليون دولار[4] بزيادة قدرها 150% على مدى الخمس السنوات الماضية[5]. وتستضيف مملكة البحرين أكبر تجمع من المؤسسات المالية الإسلامية في الشرق الأوسط من بينها (26) مصرفًا إسلاميًا بالإضافة لسوق نشط خاص بالسندات الإسلامية[6].

وإزاء هذا النمو السريع ودور قطاع الصيرفة الإسلامية في تنمية الاقتصاد العربي والعالمي، فإننا نؤيد الرأي القائل بأهمية التحكيم في مجال الصيرفة الإسلامية، غير أن هذا الرأي مقيد بتحفظنا على اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع بين المصرف والعميل المستهلك. لذا، فإنه يمكن للمصرف الإسلامي الاتفاق على اللجوء للتحكيم مع العملاء المستهلكين بعد قيام النزاع، كما يمكنه إبرام الاتفاق مع التجار كالشركات التجارية المختلفة سواءً كان ذلك قبل قيام النزاع أو في وقت لاحق عليه.

وإذا كانت هناك حاجة للتحكيم في معاملات المصارف الإسلامية لعدم توافر امتلاك الكثير من القضاة للخبرة اللازمة في أدوات الصيرفة الإسلامية[7]، فإن هذه الحاجة تصبح ملحة بالنسبة

.http://classic.aawsat.com/details.asp?section=58&article=412288&issueno=10346

[1] عزالدين أبوبكر علي، التحكيم في منازعات الصيرفة الإسلامية في القانون الليبي-الواقع والآفاق، المؤتمر الدولي الخامس حول الصيرفة الإسلامية والتمويل الإسلامي، 15-16 يونيو 2010، كوالالمبور، ماليزيا، ص2.

2 نمو الصيرفة الإسلامية 20% منذ عام 2000، جريدة أخبار الخليج البحرينية،العدد 12862، 10 يونيو 2013، ص16.

[3] Butt Irfan, et al., *Barriers to adoption of Islamic banking in Pakistan*, 2(3) Journal of Islamic Marketing 259, 260 (2011).

[4] ويعادل التريليون 1000 مليار أو مليون مليون.

[5] TheCityUK's UK Islamic Finance Secretariat (UKIFS), *Islamic Finance Report 2013*, 2 (2013).

[6] مصرف البحرين المركزي، القطاع المالي، الخدمات المالية الإسلامية، متوافر على الرابط التالي: http://www.cbb.gov.bh/ar/page_1.php?p=islamic_finance

[7] Umar Aimhanosi Oseni, *op. cit.*, p. 2.

للعقود التي تُبرم في دول لا يطبق قضاؤها أحكام الشريعة الإسلامية. فالصيرفة الإسلامية أصبحت اليوم منتشرة بشكل ملحوظ في الدول الغربية مثل أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية[1]. غير أن طبيعة النظم القضائية لتلك الدول جنباً إلى جنب مع عدم الإلمام الكافي بأحكام الشريعة الإسلامية يمكن أن يؤدي لتطبيق أحكام تخالف المبادئ الأساسية لأدوات الصيرفة الإسلامية، وهو ما سيتضح لنا في الفقرات اللاحقة.

وتُظهر الدراسات بأنه حتى عام 2012 بلغ عدد المصارف الإسلامية في بريطانيا (22) مصرفاً[2]، ويفوق عدد المسلمين فيها مليونين و700 ألف مسلم[3]. وكثيراً ما يفضل أطراف المعاملات الإسلامية اختيار القانون الإنجليزي، أو قانون نيويورك في عقودهم، ويرى البعض أن بعض المتعاملين في مجال الصيرفة الإسلامية يهدفون من اختيار قوانين وقضاء هذه البلدان لتطبيق العقد، كما وردت نصوصه ولو خالف العقد الإسلامي شروطه الشرعية الجوهرية، مما يساعد بدوره على التهرب من أحكام الشريعة الإسلامية ومخالفتها[4].

وقد أثبتت التطبيقات العملية أهمية التحكيم بالنسبة للمعاملات المصرفية الإسلامية في هذه الدول، ومرد ذلك ما يمكن أن يترتب عليه من أحكام تخالف أسس هذه العقود والحكم بنفاذ عقود باطلة، في حين كان يمكن تجنب مثل هذه النتيجة لو تمت تسوية النزاع عن طريق التحكيم في هذه البلدان. ولبيان ذلك، نورد مثالاً لذلك قضية تتعلق بعقد مرابحة نظرها القضاء الإنجليزي في قضية *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd v Symphony Gems*

---

[1] El Qorchi M, *Islamic finance gears up*, 42(4) Finance and Development 46, 46 (2005).

[2] TheCityUK's UK Islamic Finance Secretariat, *op. cit.*, p. 4.

[3] Office for National Statistics, 2011 Census: KS209EW Religion, local authorities in England and Wales, available at: http://www.ons.gov.uk/ons/rel/census/2011-census/key-statistics-for-local-authorities-in-england-and-wales/rft-table-ks209ew.xls.

[4] Moghul U. F. & Ahmed A. A., ., *op. cit.*, p. 150.

NV and others[1] الصادر حكمها عن المحكمة العليا الإنجليزية بتاريخ 13 فبراير 2002. وتُعد هذه الدعوى الأولى التي ينظر فيها القضاء الإنجليزي عقداً من عقود الصيرفة الإسلامية[2].

أبرمت الشركة الإسلامية للاستثمار الخليجي (وسيشار إليها لاحقاً بالشركة الإسلامية) مع شركة سيمفوني للأحجار الكريمة (وسيشار إليها لاحقاً بسيمفوني) عقد بيع مرابحة[3]. ويعتبر عقد المرابحة من أكثر صيغ التمويل انتشاراً لدى المصارف الإسلامية[4]. ويفترض في عقد المرابحة أن يحدد العميل سلعة معينة (كسيارة مثلاً)، وبسبب عجزه عن سداد قيمتها يتقدم للمصرف الإسلامي طالباً منه شراء تلك السلعة، وبعد أن تدخل السلعة مُلك المصرف، يقوم المصرف بدوره ببيعها على العميل مضيفاً لقيمة السلعة الربح الخاص به[5]. ويعد تملك المصرف للسلعة قبل بيعها للعميل إحدى الشروط الأساسية لعقد المرابحة وإلا أُعتبر تصرف البنك بيعاً لما لا يملك[6].

بموجب العقد المبرم بين الشركة الإسلامية وسيمفوني، يلتزم سيموفني بسداد كامل قيمة السلعة التي يختارها بغض النظر عما إذا كانت الملكية أو البضاعة قد نقلت فعلاً للشركة الإسلامية أو لسيمفوني نفسه[7]. بالإضافة إلى ذلك، لا تتحمل الشركة الإسلامية أية مسئولية تتعلق بحالة السلعة ومطابقتها للمواصفات أو أي ترتيبات أخرى يمكن أن تتم بين سيمفوني والمورّد الذي اتفقت معه

---

[1] المحكمة العليا الإنجليزية، *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd v. Symphony Gems NV and others* [2002] All ER (D) 171 (Feb)، بتاريخ 2002/2/13، أشار لتفاصيل الدعوى: المرجع السابق.

[2] Oseni, *op. cit.*, p. 6.

[3] ويعّرف فقهاء الشريعة بيوع المرابحة على أنها: "بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح معلوم"، راجع في ذلك: د. محمد محمود مكاوي، الاستثمار في البنوك الإسلامية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2013، ص 190.

[4] د. عبد الستار أبوغدة، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية–الجزء الثالث، دار عكاظ، ط 1، المملكة العربية السعودية، 2002، ص 302؛ د. محمد محمود مكاوي، مرجع سابق، ص195.

[5] د. محمد محمود مكاوي، مرجع سابق، ص 191–196.

[6] د. صبري مصطفى حسن السبك، القرض المصرفي كصورة من صور الائتمان وأداة للتمويل–دراسة مقارنة بين التعامل المصرفي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص276 وما بعدها.

[7] Moghul & Ahmed, *op. cit.*, p. 186.

الشركة الإسلامية، وحدد العقد القانون الإنجليزي باعتباره القانون الواجب التطبيق، بالإضافة إلى منح الاختصاص الحصري للمحاكم الإنجليزية للنظر في أي نزاع يتعلق بالعقد[1].

عيّن سيموفني أحد الموردين والذي قدمت له الشركة الإسلامية قيمة البضاعة، ثار بعد ذلك النزاع بين الشركة الإسلامية وسيمفوني بسبب عدم سداد الأخير للمبالغ المتفق عليها بموجب العقد حيث تخلف المورد المُعين من قبل سيمفوني عن تزويد السلعة، فامتنع سيمفوني عن تسليم الشركة الإسلامية المبالغ المتفق عليها، بناءً على ذلك، أقامت الشركة الإسلامية دعوى ضد سيمفوني واثنين من ضامنيه أمام القضاء الإنجليزي[2].

استعان القضاء الإنجليزي باثنين من الخبراء في مجال الشريعة الإسلامية، توصل الخبيران بعد دراسة عقد الطرفين إلى أن العقد لا يملك الخصائص الأساسية لعقد المرابحة[3]. فقد تجنبت الشركة الإسلامية المخاطر المختلفة المترتبة على انتقال الملكية لها، كما تجاهلت الحقوق الأساسية الأخرى للمشتري مثل رفضه للبضاعة في حالة تعيبها[4]. اعتبرت المحكمة الإنجليزية العقد صحيح بالرغم من رأي الخبراء معوّلة في ذلك على اختيار الأطراف للقانون الإنجليزي ليحكم النزاع. فقد راجعت المحكمة تكوين العقد من منظور القانون الإنجليزي وليس الشريعة الإسلامية، بناءً على ذلك، قررت المحكمة بأن عقد المرابحة الماثل أمامها يعد عقداً صحيحاً نافذاً بموجب القانون الإنجليزي[5].

اعتنق القضاء الإنجليزي في أحكام لاحقة المبدأ ذاته، ففي قضية *Beximco Pharmaceuticals Ltd & Ors v. Shamil Bank of Bahrain EC*[6] الصادر عن المحكمة العليا الإنجليزية بتاريخ 28 يناير 2004، قضت المحكمة بصحة عقد مرابحة بالرغم من تسليم المحكمة بمخالفته للشريعة. بموجب الدعوى، أبرم بنك الشامل البحريني عقد مرابحة مع شركة

---

[1] *Id.*, p. 185-186.

[2] *Id.*, p. 187.

[3] *Id.*, p. 186-187.

[4] *Id.*, p. 189.

[5] Ahmad A. U. F., *Theory and practice of modern Islamic finance: the case analysis from Australia*, 199 (2009).

[6] [2004] EWCA Civ 19.

بكسمكو، نص العقد في البند الخاص بالقانون الواجب التطبيق على اختصاص القضاء الإنجليزي وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، بأن يحكم العقد ويُفسر بموجب القانون الإنجليزي[1].

إثر قيام النزاع بين الطرفين، دفع المدعى عليه بأن العقد هو عبارة عن عقد تمويل وبأنه لا يتفق مع عقود المرابحة الإسلامية، ذلك أن نصوصه تنطوي على ربا مستتر[2]. أقرت المحكمة بأنه في حال تسليمها بصحة العبارة التي تشير لمراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء باعتباره اختياراً للقانون الواجب التطبيق على النزاع، لنجح المدعى عليه في دعواه، بالرغم من ذلك، تجاهلت المحكمة دفع المدعى عليه وقضت بصحة العقد تأسيساً على اختيار القانون الإنجليزي ليحكم النزاع والذي يجيز مثل هذه العقود[3].

اعتمدت المحكمة في تفسيرها للنزاع على اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي تسمح بتطبيق نظام قانوني واحد ليحكم العقد[4]، كما اشترطت الاتفاقية أن يكون القانون المختار تابعاً لدولة ما[5]. [6] ووفقاً للمحكمة، إذا كان قصد الأطراف قد اتجه إلى اختيار أحكام الشريعة الإسلامية لتحكم العقد، فإن المتعاقدين قد فشلوا في ذلك، حيث كان عليهم تحديد قانون أجنبي ما أو تقنين معين[7]. وشددت المحكمة على أن تمسك المدعى عليه بأن قواعد الشريعة الإسلامية الأساسية المتعلقة بهذه الدعوى ليست محل جدل فقهي يعد دفعاً غير كافٍ[8].

---

[1] وفقاً للمحكمة فقد نص العقد على: "Subject to the principles of the Glorious Sharia'a, this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England".

[2] *Id.*, at 27.

[3] *Beximco Pharmaceuticals Ltd*, at 55.

[4] أشارت المحكمة للمادة 1/3 من اتفاقية روما لشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. ولم تنص المادة صراحة على اختيار قانون واحد فقط، بل نصت على عبارة "القانون المختار من الأطراف".

[5] المادة 1/1 من اتفاقية روما.

[6] *Id.*, at 40.

[7] *Id.*, at 51.

[8] *Id.*, at 52.

تعد مثل هذه الدعاوى شاهداً على الأهمية الكبيرة للتحكيم في المعاملات المصرفية الإسلامية، فوفقاً لأحكام الشريعة والتي كان يفترض أن تطبق على الاتفاق، فإن العقد كان سيعتبر باطلاً أو فاسداً حسب المدرسة الفقهية التي بموجبها يتم تفسير الاتفاق[1]، كما قد يُحكم باللجوء للحيلة في إبرام العقد[2]. بالتالي، فإن نظر القضاء الغربي لدعاوى المصارف الإسلامية التي بدأت تنتشر في تلك البلدان يمكنه أن يؤدي إلى تطبيق قواعد تخالف المبادئ الأساسية في تلك المعاملات، هذا إلى جانب سهولة تملص وانحراف البعض عن القواعد واجبة التطبيق.

إن الاهتمام باختيار التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصيرفة الإسلامية يجب أن يولى اهتماماً من اللجان الشرعية للمصارف الإسلامية التي يفترض فيها التدقيق على أنشطة هذه المصارف والتي أظهرت عدم تطبيق الشريعة الإسلامية في بعض الحالات. فإذا ما أراد المصرف التهرب أو استخدام الحيلة باختيار القانون والقضاء الإنجليزي، أو إذا ما تذرع بوجود تلك المصارف في البلدان غربية، فإنه سيصعب عليه ذلك في ظل تسوية النزاع وفقاً لأحكام الشريعة عن طريق التحكيم. ولا حاجة بعد ذلك لاختيار القضاء أو القانون الإنجليزي ليحكم النزاع طالما أن النزاع تحكمه قواعد الشريعة الإسلامية، وسيُفض عن طريق التحكيم.

---

[1] لا يفرق جمهور الفقه الإسلامي بين العقد الفاسد والباطل، في حين فرق الحنفية بين العقد الباطل والفاسد في المعاملات دون العبادات، واعتبر الحنفية العقد الباطل هو ما حُرم أصله، بينما الفاسد هو ما شُرّع أصله ولكنه مختل في بعض جوانبه، للتفصيل في ذلك، راجع: مجلة البحوث العلمية، العدد 95 ، ذو القعدة 1432هـ - صفر 1433هـ، الجزء رقم 95، المملكة العربية السعودية، ص225-239.

[2] Moghul & Ahmed, *op. cit.*, p. 190.

الخاتمة

تناولنا موضوع التحكيم في المعاملات المصرفية في بابين، خصصنا الأول منه لماهية التحكيم في المعاملات المصرفية حيث تطرقنا فيه لمفهوم التحكيم في المعاملات المصرفية وطبيعته وأنواعه من خلال بيان المقصود باتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية وخصائصه وتمييزه عن غيره من وسائل تسوية المنازعات المشابهة له، وعرضنا خلاله عرض أهم المستجدات التي قال بها الشراح وصدرت عن القضاء. كما ودرسنا فيه الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية وأنواع التحكيم في المعاملات المصرفية، والتي توصلنا من خلالها إلى أن المشرع البحريني فرض التحكيم جبراً على المتعاملين في المعاملات المصرفية فيما يتعلق بحالات محددة بما يخالف الدستور البحريني وما يكفله من حق في التقاضي، وبما يتناقض مع الطبيعة الرضائية لاتفاق التحكيم. كما ولاحظنا بأن مصرف البحرين المركزي أصدر مئات القواعد الملزمة للمتعاملين بلغة أجنبية دون أن يعمل على ترجمتها إلى اللغة العربية وهي اللغة الرسمية للدولة مما يعد معه قصور في تحقيق قاعدة العلم بالقانون.

كما وتم تناول انعقاد اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية من خلال بيان شروطه الموضوعية والشكلية في اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية. وعرضنا أيضاً آثار اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية من حيث الأشخاص وتبين لنا من خلاله أن الأصل هو نسبية أثر اتفاق التحكيم مع إمكانية امتدادها لغير الموقعين على اتفاق التحكيم المصرفي أو للموقع الغير طرف في الاتفاق في بعض الحالات، وكذلك آثار اتفاق التحكيم من حيث الموضوع مع بيان توجه المشرع البحريني بصددها.

وعرضنا في الباب الثاني الحماية القانونية والقضائية لاتفاق التحكيم المبرم بين المصرف والعميل وتقييمه، ورأينا من خلاله بأن اتفاق التحكيم في المعاملات المصرفية يلقى اهتمام كبير لدى التشريع والقضاء في العديد من الدول كالولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة وفرنسا، كما وتبين لنا الاختلاف في مفهوم عقود الإذعان لدى هذه الدول والقضاء البحريني، وهذا الاختلاف جعل الحماية التي يحظى بها العميل غير كافية.

التوصيات:

نخلص من هذا البحث إلى عدد من التوصيات على النحو التالي:

1- إلغاء التحكيم الإجباري المنصوص عليه في كل من المجلد السادس الصادر عن مصرف البحرين المركزي الخاص بالتعامل في سوق رأس المال، وفي المادة 9 من القانون رقم 30 لسنة 2009 بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية لعدم دستوريتهما وعدم توافقهما مع طبيعة التحكيم وجوهره.

2- ضرورة قيام مصرف البحرين المركزي بترجمة القواعد القانونية الصادرة منه إلى اللغة العربية وإصدار تلك القواعد بهذه اللغة مستقبلاً، لما في ذلك من تيسير لتطبيقها واتساقها مع ما هو معمول به في الدولة من قاعدة إصدار القوانين واللوائح باللغة الرسمية للبلد.

3- لزوم إعادة النظر في مفهوم عقود الإذعان من جانب المشرع والقضاء بما يتناسب مع التطورات التي حصلت بشأن مفهوم هذا العقد من جانب المشرعين والقضاء في الدول المتقدمة.

4- منح القضاء سلطة أوسع في الرقابة على اتفاق التحكيم المبرم بين المصرف والعميل المستهلك لتوفير حماية أفضل للطرف الضعيف في هذه العلاقة بما يحقق العدالة.

5- منع اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع بين المصرف والعميل المستهلك لما فيه من إجحاف بحق الطرف الأخير في ذلك الاتفاق.

المراجع العربية

أولاً: الكتب والدوريات

إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة 3، العدد 2، 1079.

أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

أحمد السيد صاوى، التحكيم: طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2002.

أحمد شرف الدين، نظرية الإلزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام- المصادر الإرادية، جامعة عين شمس، مصر، 2003.

باسم محمد صالح عبدالله، شرح القانون التجاري البحريني، جامعة العلوم التطبيقية، ط 2، البحرين 2009.

حازم حسن جمعة، المشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون لدولي، جامعة عين شمس، مصر، 1980.

حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، 1996

حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2006.

خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الثاني، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999.

رمزي محمد علي دراز، أحكام السكوت في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان- دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط2، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992.

سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ط 4، دار النهضة العربية، 2005.

صبري مصطفى حسن السبك، القرض المصرفي كصورة من صور الائتمان وأداة للتمويل-دراسة مقارنة بين التعامل المصرفي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.

طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، ط1، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة، 2001.

عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وفي العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج2، جامعة الكويت، الكويت، 1970.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، منشأة المعارف، 2004.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982

عبد الستار أبوغدة، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية-الجزء الثالث، دار عكاظ، ط 1، المملكة العربية السعودية، 2002.

عزالدين أبوبكر علي، التحكيم في منازعات الصيرفة الإسلامية في القانون الليبي-الواقع والآفاق، المؤتمر الدولي الخامس حول الصيرفة الإسلامية والتمويل الإسلامي، 15-16 يونيو 2010، كوالالمبور، ماليزيا.

عزمي عبد الفتاح عطية عطية، قانون التحكيم الكويتي، ط 2، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 2012

عزيز العكيلي ، شرح القانون التجاري، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، 2001

عصام حنفي محمود، القانون التجاري الجزء الأول (الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجاري - شركات الأشخاص)، جامعة بنها، مصر، 2008.

عوض الله شيبة الحمد السيد، القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين: الجنسية، مركز الأجانب، الموطن، جامعة البحرين، البحرين، 2007.

عوض شيبة الحمد السيد، القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، تنازع القوانين- الاختصاص القضائي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، جامعة البحرين، ط2007،1.

فاضل حمه صالح الزهاوي، المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار، دار الحكمة للطباعة والنشر، أربيل، 1990

فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993،

فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007

فلاح بن موسى الزهراني، التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية.

كمال طه، التحكيم حاجة شرعية وضرورة عصرية، المؤتمر السنوي لفقهاء الشريعة- مؤتمر التحكيم: ضوابط وإجراءات، الكويت، 31 أكتوبر- 3 نوفمبر 2010.

محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي-دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

محمد محمود مكاوي، الاستثمار في البنوك الإسلامية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2013.

محمود السيد عمر التحيوى، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي دارسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

محمود مختار أحمد بريري، القواعد الخاصة بالشيك وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، بدون بلد للنشر، 1997

موسى خليل متري، التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2010، دورة 26.

ناريمان عبدالقادر، التحكيم والصيغة النموذجية له وأنواع عقود البنوك التي يمكن أن يدرج فيها، الأعمال الكاملة للملتقى الدولي لمركز الدراسات القانونية والقضائية مع المعهد العالي للقضاء، تونس، أبريل 1998.

نبيل أحمد عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011

نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المكتب الجامعي الحديث، 2006.

نجيب أحمد عبدالله الجبلي، اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية، البيئة القانونية والمالية للقطاع المصرفي اليمني، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد 26، 2002.

نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي، الوسيط في قانون المرافعات–دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2014.

هاشم صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، الإسكندرية، 1987.

ياسر أحمد الصيرفي، بحث بعنوان اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ضوء مقتضيات التجارة الدولية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"، أبوظبي، من 21–23 أبريل 2008.

ثانياً: الأحكام القضائية

محكمة التمييز البحرينية، الطعنان رقم 112 و132 لسنة 2003.

محكمة التمييز القطرية، الطعن رقم 85 لسنة 2010، جلسة 2010/6/1.

المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 104 لسنة 20 ق، بتاريخ 1999/7/3، مكتب فني 9، الجريدة الرسمية عدد 28 بتاريخ 15 يوليو 1999.

المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 13 لسنة 15 ق، بتاريخ 1994/12/17، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، ج 6، ص 408.

المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 15 لسنة 27 قضائية، بتاريخ 2006/12/10.

المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 380 لسنة 23 ق، بتاريخ 2003/5/11.

المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 50 لسنة 22 قضائية، جلسة 2002/12/15، ج10، ص 763.

المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 55 لسنة 23 ق، بتاريخ 2002/1/13، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، ج 10، ص 119.

المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 65 لسنة 18 ق. دستورية، بتاريخ 2000/1/6، مكتب فني 9، ص 814.

محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 208 لسنة 21، جلسة 1954/4/22، مجموعة المكتب الفني، السنة 5، ص 788.

محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1004 لسنة 61 قضائية، جلسة 1997/12/27، مجموعة المكتب الفني 48، ج2، ص 1547؛ المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 15 لسنة 27 قضائية، بتاريخ 2006/12/10.

محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 255 لسنة 27 قضائية، جلسة 1963/6/27، مجموعة المكتب الفني 14، ص 946.

محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 2660 لسنة 59 قضائية، جلسة 1996/3/27، مجموعة المكتب الفني 47، ج1، ص 558.

محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 275 لسنة 36 ق، جلسة 1971/2/16، مجموعة المكتب الفني، السنة 22، ص 179.

محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 291 لسنة قضائية 70، تاريخ الجلسة 2001/6/17، مجموعة المكتب الفني 52، ص 900.

محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 396 لسنة 37، جلسة 1974/3/12، مجموعة المكتب الفني، السنة 25، ص 452.

محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 4791 لسنة 71ق، بتاريخ 2002/11/24، مكتب فني 53، ص 1082.

محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 749 لسنة 46، جلسة 1982/1/2، مجموعة المكتب الفني، السنة 33، ص 50.

المراجع الأجنبية

أولاً: الكتب والمجلات القانونية

Acadimie de Droit International de La Haye, *Recueil Des Cours, 1989-V*, Martinus Nijhoff Publishers (1990).

Aeberli Peter, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map,* 21 Arbitration International 253, 299 (2005).

Ahmad A. U. F., *Theory and practice of modern Islamic finance: the case analysis from Australia*, (2009).

Alderman, Richard M., *Pre-Dispute Mandatory Arbitration in Consumer Contracts: A Call for Reform,* 5 Journal of Texas Consumer Law, 58 (2002).

American Arbitration Association, *AAA Handbook on Mediation*, Juris Publishing Inc (2010).

Amy J. Schmitz, *American Exceptionalism in Consumer Arbitration*. 10 Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. 81 (2012)

Ann C. McGinley, *Rethinking Civil Rights and Employment at Will: Toward a Coherent National Discharge Policy*, 57 Ohio St. L.J. 1443 (1996).

Ann Krueger, *Trade Creation and Trade Diversion under NAFTA*, National Bureau of Economic Research (NBER) Working Paper no. 7429 Cambridge (1999).

Anne Deighton, Alan S. Milward, *Widening, deepening and acceleration: the European Economic Community 1957-1963*, Baden-Baden Nomos (1999).

Anne-Marie Motto, *Comment, Skirting the Law: How Predatory Mortgage Lenders are Destroying the American Dream*, 18 Ga. St. U. L. Rev. 859, 866 (2002).

Antoine Pillet, Traité pratique de droit international privé, Paris : Librairie de la soc. du Recueil Sirey (1923-1924).

Ashurst Ashurst, *Use of Arbitration in Financial Transactions*, LLP 5 October 2013.

August Reinisch, A, European court practice concerning State immunity from enforcement measures, 17 European Journal of International Law 803 (2006).

Bader Reece W., *Securities Arbitration: Practice and Forms*, JurisNet (1991).

Bansal Ashwini, *Arbitration & ADR*, Universal Law Publishing (2005).

Barcelo III J. J., *Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction-Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective,* 36 *Vand. J. Transnat'l L.*, 1115 (2003).

Barker J., *International Mediation – A Better Alternative for the Resolution of Commercial Disputes: Guidelines for a US Negotiator Involved in an International Commercial Mediation with Mexicans*, 19 Loy. LA Int'l & Comp. LJ, 1 (1996).

Bělohlávek A. J., *Rome convention-Rome I regulation: commentary; new EU conflict-of-laws rules for contractual obligations*, Juris Publishing Inc, (2010).

Beraudo, J. P., *Case Law on Articles 5, 8, and 16 of the UNCITRAL Model Arbitration Law*, 23 Journal of International Arbitration (2006).

Berg A. J. van den, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, Erasmus Universiteit Rotterdam (1981).

Berger B. & Kellerhals F., *International and domestic arbitration in Switzerland.* Sweet & Maxwell, Thomson Reuters (2010).

Bhatia V. K., Candlin C., & Gotti, M. (Eds.), *Discourse and Practice in International Commercial Arbitration: Issues, Challenges and Prospects*, Ashgate Publishing Ltd (2012).

Born G., *International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing*, Kluwer law international (2010).

Born G., *The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective*, 26 SAcLJ 814 (2014).

Born G., *International commercial arbitration*, Vol. 1, The Hague: Kluwer Law International (2009).

Brandon, *Self-Help: Extrajudicial Rights, Privileges and Remedies in Contemporary American Society*, 37 Vand. L. Rev. 845 (1984).

Brekoulakis S. L., *Arbitration and third parties*, QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON (2008).

Broches Aron, *Commentary on the UNCITRAL model law on international commercial* arbitration. Kluwer (1990).

Bryant G. Garthy, *Tilting The Justice System: From ADR As Idealistic Movement To A Segmented Market in Dispute Resolution*, 18 Ga. St. U.L. Rev. 927, 930 (2002).

Budnitz Mark E., *Arbitration of Disputes between Consumers and Financial Institutions: A Serious Threat to* Consumer *Protection*, 10 Ohio St. J. on Disp. Resol. 267 (1995).

Bühring-Uhle C., Kirchhoff L. & Scherer G., *Arbitration and mediation in international business*, Kluwer Law International (2006).

Burnett R. & Bath V., *Law of International Business in Australasia*, Federation Press (2009).

Burton S. J., *New Judicial Hostility to Arbitration: Federal Preemption, Contract Unconscionability, and Agreements to Arbitrate*, The. J. Disp. Resol., 469 (2006).

Butt Irfan, et al., *Barriers to adoption of Islamic banking in Pakistan*, 2(3) Journal of Islamic Marketing 259 (2011).

Carbonneau T. E., & Janson F, *Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability, 2* Tul. J. Int'l & Comp. L. (1994).

Carbonneau T. E., *Carbonneau on International Arbitration: Collected Essays*, Juris Publishing, Inc. (2011)

Carlos Jiménez Piernas, *The Legal Practice in International Law and European Community Law: A Spanish Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers (2007).

Carrie Menkel-Meadow, Do the 'Haves' Come Out Ahead in Alternative Judicial Systems?: Repeat Players in ADR, 15 Ohio J. Dispute Res. 19 (Fall 1999)

Carrington Paul D., *Regulating Dispute Resolution Provisions in Adhesion Contracts*, 35 Harvard Journal on Legislation 225 (1998).

Charles J Johnson., *Corporate Finance and the Securities Laws*, Aspen Publishers 4th ed. (2006)

Chester Brown & Kate Miles, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press (2011).

Chevallier-Govers C. & Harun R. (Eds.), *Malaysia and the European Union: Perspectives for the Twenty-first Century*,32 LIT Verlag Münster, (2011).

Christian Bühring-Uhle, *A Survey on Arbitration and Settlement in International Business Disputes* in Christopher R. Drahozal and Richard W. Naimark (eds), *Towards a Science of International Arbitration* 25-35 (2005).

Christine M. Reilly, *Achieving Knowing and Voluntary Consent in Pre-Dispute Mandatory Arbitration Agreements at the Contracting Stage of Employment*, 90 Cal. L. Rev. 1203 (2002).

Christopher R. Drahozal & Quentin R. Wittrock, *Franchising, Arbitration, and the Future of the Class Action*, 3 entrepreneurial Bus. L. J. 276, (2009).

Christopher R. Drahozal & Samantha Zyontz, *Creditor Claims in Arbitration and in Court*, 7 Hastings Bus. L.J. 77 (2011).

Clare J. Anthony, *Enforcement of the arbitration clause in Brazilian loan agreements*, Int'l Fin. L. Rev. 18 (1982).

Cook T. M., & Garcia A. I., *International intellectual property arbitration* (Vol. 2), Kluwer Law International (2010).

David D. Caron & Seth Schreiberg, Antic*ipating the 2009 U.S. "Fairness in Arbitration Act"*, 2 World Arb. & Mediation Rev. 15 (2008).

David Horton, *Unconscionability Wars*, 106 Nw. U. L. Rev. 387,396 (2012);

Davis K. R., *Model for Arbitration Law: Autonomy, Cooperation and Curtailment of State Power*, 26 Fordham Urb. LJ, 167 (1998).

Deborah R. Hensler, *A Glass Hal/Full, A Glass Half Empty: The Use of Alternative Dispute Resolution in Mass Personal Injury Litigation*, 73 TEX. L. REV. 1587, 1593 (1995).

Dennis Campbell & Christian T. Campbell, *International Liability of Corporate Directors,* (Vol. 2), Juris Publishing, Inc. (2011).

Derains Yves & Eric A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International (2005).

Douglas G. Baird & Robert Weisberg, *Rules, Standards, and the Battle of the Forms:A Reassessment of §2-207*, 68 Virginia Law Review, 1219 (Sep., 1982).

Drahozal Christopher R. & Raymond J. Friel, *Consumer Arbitration in the European Union and the United States,* 28 *NCJ Int'l L. & Com. Reg.* 357 (2002).

Drahozal Christopher R., *Unfair Arbitration Clauses* U. Ill. L. Rev. 695 (2001).

Drahozal Christopher R. (ed.), *Towards a science of international arbitration: collected empirical research*, Kluwer Law International (2005).

Edgerton William W. (Eds.), *Recommended Contract Practices for Underground Construction*, SME (2008).

Edward A. Purcell, Jr., Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court, 40 UCLA L. Rev. 423 (1992).

Edwin W. Patterson, *The Delivery of a Life-Insurance Policy,* 33 HARV. L. REV. 198, 222 (1919).

El Qorchi M, *Islamic finance gears up*, 42(4) Finance and Development, 46 (2005).

Eric De Brabandere, *P.R.I.M.E. Finance: The Role and Function of the New Arbitral Institution for the Settlement of Financial Disputes in The Hague*, 16 ASIL Insights 1 (Feb 2012).

Essvale Corporation Limited, *Business Knowledge for IT in Investment Banking: A Complete Handbook for IT Professionals*, Essvale Corporation Limited (2006).

Eugene F. Fama & Kenneth R. French, *Business conditions and expected returns on stocks and bonds,* 25 Journal of financial economics 23-49 (1989).

Federico Ortino, *Investment Treaty Law: Current Issues Volume II : Nationality and Investment Treaty Claims, Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law*, BIICL (2007).

Finizio Steven, Wendy Miles & Kate Davies, *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2013*, Global Legal Group Ltd, 10th Edition, 282 (2013).

Fouchard P., Gaillard E. & Goldman B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, (No. 394) Litec (1996).

Fouchard Philippe, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz (1965).

Fred R. Shapiro & Michelle Pearse, *the Most-Cited Law Review Articles of All Time*, Michigan Law Review 110, 1483 (2012).

Freyer Dana H., *Practical Considerations in Drafting Dispute Resolution Provisions in International Commercial Contracts–A US Perspective*, 15 Journal of International Arbitration 7 (1998).

Friedland Paul D., *Arbitration clauses for international contracts,* Juris Publishing, Inc (2007).

G. Cornu, La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, in Travaux de l'Association H. Capitant (1973).

Gadanecz, B., *The syndicated loan market: structure, development and implications*, BIS Quarterly Review 75 (2004).

Gerald Spindler& Fritjof Börner, E-Commerce Law in Europe and the USA, Springer, Berlin (2002).

Girot Clarisse, User Protection in IT Contracts, A Comparative Study of the Protection of the User Against Defective Performance in Information Technology. Netherlands, Kluwer law International (2001).

Girsberger D. & Hausmaninger C., As*signment of Rights and Agreement to Arbitrate*, 8 Arbitration International, 121 (1992).

Gloukoviezoff Georges, *France Country Report Stage II*, Lyon: Laboratoire de la Firme et des Institutions (LEFI), Université Lyon (2007).

Goldberg Victor P., *The Battle of the Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule*, 76 Or. L. Rev. 155, 164 (1997).

Goldberg, Stephen B., Frank E.A. Sander & Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, (2d ed. *1992*).

Goldman B., *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, Kluwer law international (1999).

Goode Roy, *Usage and its reception in transnational commercial law,* 46 International and Comparative Law Quarterly 1 (1997).

Gregory Squires & Sally O'Connor, (1998) "Fringe Banking in Milwaukee: The Rise of Check Cashing Businesses and the Emergence of a Two-Tiered Banking System, Urban Affairs Review 34(1): 126-163. Survey of Consumer Finances (1998).

Gregory Squires & Sally O'Connor, Fringe banking in Milwaukee: the rise of check cashing businesses and the emergence of a two-tiered banking system. Urban Affairs Review. 1998;34:126-163.

Gruson Michael, *Forum-Selection Clauses in International and Interstate Commercial Agreements*, U. Ill. L. Rev.133 (1982).

H. Schulte-Noelke, C. Twigg-Flesner & M. Ebers (eds.), EC consumer law compendium : The Consumer Acquis and its transposition in the Member States, Munich (2008).

Hannigan Brenda, *Company law*, Oxford University Press (2012).

Hanotiau Bernard, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer International Law 152 (2005).

Hassan K. & Mahlknecht M., *Islamic capital markets: products and strategies*, 609 John Wiley & Sons (2011).

Henry P. De Vries, International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts, 57 TUL. L. REV 42 (1982)

Herbert Kronke, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International (2010).

Heuman L., & Jarvin S. (Eds.), *The swedish arbitration act of 1999 five years on: A critical review of strengths and weaknesses,* Juris Publishing, Inc. (2006).

Hondius Ewoud,The Notion of Consumer: European Union versus Member States, 28 Sydney Law Review, 89 (2006)

Hosking J. M., *Non-Signatories and International Arbitration in the United States: The Quest for Consent*, 20 Arbitration International, 289 (2004).

Hunt, P., & Kennedy, J., *Financial derivatives in theory and practice,* John Wiley & Sons (2004).

ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) Including Model Forms, ICC Publication No. 758 (2010).

Igbokwe Virtus Chukwutoo, *Public Policy and Privatised Justice: the setting aside of arbitral awards by National Courts of the Arbitral Situs*, Diss, University of British Columbia (1998).

ILC, *Yearbook of the International Law Commission, 1952*, vol. II, document A/CN.4/59, (1952).

IMA, *Wiley CMA Learning System Exam Review 2013, Financial Decision Making, Test Bank*, John Wiley & Sons (2012).

James D. Gwartney & Richard L. Stroup, *Economics: Private and Public Choice* (7th ed. 1995).

James L. Guill, Edward A. Slavin, *Rush to Unfairness: The Downside of ADR*, 28 Judges' J. 8 (1989).

Janakiramanan Sundaram, *Derivatives and Risk Management*, Pearson Education India (2011).

Jarvin S. & Magnusson A. (Eds.), *International arbitration court decisions*, Juris Publishing, Inc. (2008).

Jean Braucher, *Common Sense and Contracts Symposium: The Gateway Thread—AALS Contracts Listserv*, 16 Touro L. Rev. 1147 (2000).

Jean-Louis D., Gerald H. P. & Jean, R., *French arbitration law and practice: A dynamic civil law approach to international arbitration*, Kluwer Law International (2009).

Jeremy Senderowicz, *Consumer Arbitration and Freedom of Contract: A Proposal to Facilitate Consumers' Informed Consent to Arbitration Clauses in Form Contracts*, 32 Colum. J.L. & Soc. Probs. 275 (1998-1999).

Joel B. Grossman, Herbert M. Kritzer, & Stewart Macaulay, *Do the "Haves" Still Come Out Ahead?*, 33 Law & Society Review 803 (1999).

Johanna Harrington, *To Litigate or Arbitrate? No Matter—The Credit Card Industry is Deciding for You*, 2001 J. Disp. Resol. 101, (2001).

Johnson Charles J., *Corporate Finance and the Securities Laws*, 4th ed., Aspen Publisher (2006).

Johnston Jason S., *The return of bargain: an economic theory of how standard form contracts enable cooperative negotiation between businesses and consumers*, 104 Mich. L. Rev. 857 (2006).

Jones D., Is *Expert Determination a 'Final and Binding' Alternative*? 63 ARBITRATION-LONDON 213 (1997).

Joun T. Dunlop, *Report and Recommendations of the Commission on the Future of Worker-Management Relations*, U.S. Department of Labor and Department of Commerce, Washington DC, (1994)

Juan Carlos Hatchondo & Leonardo Martinez, *Legal Protection to Foreign Investors*, 97 Economic Quarterly 175 (Second Quarter 2011)

Julie A. Reich, *French and American Approaches to Contract Formation and Enforceability: A Comparative Perspective*, 12 Tulsa J. Comp. & Int'l L. 357 (2005).

Julio Cesar Betancourt & Jason A. Crook, *ADR, Arbitration, and Mediation: a Collection of Essays*, AuthorHouse 44 (2014).

Kathleen C. Engel & Patricia A. McCoy, Turning a Blind Eye: Wall Street Finance of Predatory Lending, 75 FORDHAM L. REV. 2039 (2007).

Kaufmann-Kohler G. & Stucki, B. (Eds.), *International arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners*, Kluwer Law International (2004).

Keating, Daniel, *Exploring the Battle of the Forms in Action*, Michigan Law Review 2678 (2000).

Kempson E., Atkinson A. & Pilley O., *Policy level response to financial exclusion in developed economies: lessons for developing countries*. University of Bristol: The Personal Finance Research Centre (2004).

Klaus Peter Berger & Center for Transnational Law, *Private dispute resolution in international business: Negotiation, mediation, arbitration* (Vol. 1), Kluwer Law International (2006).

Kolb R., & Overdahl J. A. (Eds.), *Financial derivatives: pricing and risk management*, (Vol. 5), John Wiley & Sons (2009).

Krista Nadakavukaren Schefer, *International Investment Law: Text, Cases and Materials*, Edward Elgar Publishing (2013).

Kurkela, M. & Turunen S., *Due process in international commercial arbitration*. Oxford University Press (2010).

Lainé A., *De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères*, 26 J.D.i. (Clunet) 641 (1899).

Landau T., The Requirement of A Written Form for An Arbitration Agreement: When 'Written'Means 'Oral'. *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* (2003).

Larry E. Ribstein, *Choosing Law By Contract*, 18 J. Corp. L. 245 (1993).

Lauren Edelman & Mark Suchman, *When the 'Haves' Hold Court: The Internalization of Disputing in Organizational Fields*, 33 Law & Society Rev. 941 (1999).

Lawrence W. Newma & Colin Ong, *Interim Measures in International Arbitration*, Juris Publishing Inc (2014).

Lederman Leandr, *Viva Zapata: Toward a Rational System of Forum-Selection Clause Enforcement in Diversity Cases*, 66 NYUL Rev. 422 (1991).

Lee Goldman, *My Way and the Highway: The Law and Economics of Choice of Forum Clauses in Consumer Form Contracts*, 86 Nw. U. L. REV. 700 (1992) 700, (1992).

Lew J. D., *Applicable law in international commercial arbitration. A study in commercial arbitration awards*, Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications and Leiden: Sijthoff & Noordhoff (1978).

Lew J. D., Mistelis L. A. & Kröll S., *Comparative international commercial arbitration*, Kluwer Law International (2003).

Li W., *Government Loan, Guarantee, and Grant Programs: An Evaluation*, Federal Reserve Bank of Richmond Economic Quarterly, vol. 84, no. 4 (1998).

Lisa B. Bingham, *On Repeat Players, Adhesive Contracts, and the Use of Statistics in Judicial Review of Employment Arbitration Awards*, 29 McGEORGE L. REV. 223 (1998).

Lisa Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 J. Legal Studies (1992)

Lisa Bernstein, *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation. Through Rules, Norms, and Institutions*, 99 MICH. L. REV. 1724 (2001)

Lisa Bingham, *Employment Arbitration: The Repeat Player Effect*, 1 Employee Rts. & Employment Pol'y J. 189 (1997).

Ljungqvist, M. Richardson; "The Investment Behaviour of Private Equity Fund Managers"; NYU Stern Working Paper; 2003

Lorne B. Sheren, *An Examination Of Arbitration Clauses In Consumer Contracts*, 14 Seton Hall University School of Law 51 (Fall 2002)

Loukas A. Mistelis, *Concise Arbitration*, Kluwer Law International (2010).

Lyons James, *Arbitration: The Slower, More Expensive Alternative*? Am. Law. (Jan.–Feb. 1985).

Manaf U. A., Markom R. & Ali H. M., *The Development of Islamic Finance Alternative Dispute Resolution Framework in Malaysia*, 8(1) International Business Management 1 (2014).

Maraist, *Federal Injunctive Relief Against State Court Proceedings: The Significance of* Dombrowski, 48 Texas L. Rev. 535 (1970).

Marc Galanter, *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculationson the Limits of Legal Change,* 9 Law & Society Review 95 (1974).

Marston D. L., Final *and Binding Expert Determination as an ADR Technique*, 18 International Construction Law Review, 213 (2001).

Martin Valasek & Frédéric Wilson, *Distinguishing Expert Determination from Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective*, 29 Arbitration International 64 (2013).

Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, Juris Publishing Inc., (3rd ed. 2014).

Melvin A. Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 Stan L. R. 211, 211 (1995).

Melvin A. Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 STAN. L. REV. 211, 241-243 (1995).

Mentschikoff S., *Commercial arbitration*, Columbia Law Review, 846 (1961).

Merlin Philippe Antoine, Rcueil *alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, Vol. 8, Garnery 143-149 (1830).

Michael I. Meyerson, *The Efficient Consumer Form Contract: Law and Economics Meets the Real World*, 24 GA. L. REV. 583, (1990).;

Michael J. Moser, *Dispute Resolution in China*, Juris Publishing Inc (2012).

Miles Barbara L., *The Canadian financial system,* Nova Publishers (2003).

Mo Zhang, *Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy*, 41 Akron L. Rev. 123 (2008).

Moens Gabriel, *International Trade and Business Law Review*, Vol. 8, Cavendish Publishing (2003).

Moghul U. F. & Ahmed A. A., *Contractual Forms in Islamic Finance Law and Islamic Inv. Co. of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems NV & (and) Ors.: A First Impression of Islamic Finance*, 27 Fordham Int'l LJ, 150 (2003).

Morel R., *Traité élémentaire de procédure civile*, 2 ed., Paris, Sirey (1949).

Moses M. L., *The principles and practice of international commercial arbitration*, Cambridge University Press (2012).

Motulsky, H., *Etudes et notes sur l'arbitrage,* Paris Dalloz (1974).

Mullineux Andrew W. & Victor Murinde (eds), *Handbook of international banking*, Edward Elgar Publishing, 262 (2003).

Myriam Gilles & Gary Friedman, *After Class: Aggregate Litigation in the Wake of AT&T Mobility v Concepcion*, 79 U Chi L Rev 623 (2012).

Naon, Horacio A. Grigera, *Choice-of-law problems in international commercial arbitration* (Vol. 29), Mohr Siebeck (1992).

NautaDutilh, Gerard Meijer & Bo Ra Hoebeke, *The new Dutch Arbitration Act and the new NAI Arbitration Rules*, Association of Corporate Counsel, (15 January 2015).

Noussia Kyriaki, *Reinsurance Arbitrations*, Springer Berlin (2014).

Nussbaum A., (Ed.), *International Year Book on Civil and Commercial Arbitration*, Oxford University Press (1928).

Oko O, *Seeking justice in transitional societies: an analysis of the problems and failures of the judiciary in Nigeria*, 31 Brook. J. Int'l L. (2005).

Onyema E., *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Routledge (2010).

Orts E. W., *Rule of Law in China*, 34 The Vand. J. Transnatl. L. 43 (2001).

Oseni Umar A., Craig R. Nethercott & David M. Eisenberg (eds), *Islamic finance: law and practice*, 36 European Journal of Law and Economics, 231, 233 (2013).

Oseni, Umar A., *Dispute Resolution in Islamic Banking and Finance: Current Trends and Future Perspectives*, International Conference on Islamic Financial Services: Emerging Opportunities for Law and Economic Reforms of the Developing Nations, University of Ilorin, Kwara, (2009).

Otto Sandrock, Is International Arbitration Inept to Solve Disputes Arising out of International Loan Agreements?, 11 J. Int'l. Arb. 33 (1994).

Oxford Business Group, *The Report: Bahrain 2008*, Annual Business Economic and Political Review (2008).

Park William W., *Arbitration in Banking and Finance*, 2 YB Int'l Fin. & Econ. L. 141 (1997).

Park William W., *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*, Oxford University Press (2012).

Patocchi P. M. and Scherer M., *Swiss International Arbitration Law Reports (2007-2009)*, Vols.1-3, Juris Publishing, New York 2012.

Patricia Sturdevant & Dwight Golann, *Face Off: Should Binding Arbitration Clauses Be Prohibited In Consumer Contracts*? Desp. Resol. Mag 4, 5-6 Summer 1994.

Patrick Devlin, *The Relation Between Commercial Law and Commercial Practice*, 14 MoD. L. REV. 249 (1951).

Paul D. Carrington & Paul H. Haagen, *Contract and Jurisdiction*, 1996 SUP. Ct. Rev. 331 (1996).

Paulsson Jan, *The idea of arbitration*, Oxford University Press (2013).

Pestrichelli J. & Ferbert W., *Buy and Hedge: The 5 Iron Rules for Investing Over the Long Term*, Pearson Education (2011).

Peter B. Rutledge & Anna W. Howard, *Arbitrating Disputes Between Companies and Individuals: Lessons from Abroad*, 65 DISP. RES. J. 30 , 2010

Pew Charitable Trusts, Banking on Arbitration: Big Banks, Consumers, and Checking Account Dispute Resolution (Nov. 2012)

Philippe Bärtsch & Dorothee Schramm, *Arbitration Law of Switzerland: Practice & Procedure*, Juris Publishing, Inc. (2014).

Pieter Sanders, *The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation,* Kluwer law international (2d ed. 2004).

Pillet A., *Traite pratique de droit international prive*, (J. Allier/Sirey, Grenoble – Paris 1923).

Pillet A., *Traité pratique de droit international privé,* Impr. J. Allier 537 (1924).

Pointon Gerald H., *ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures*, (Vol. 2.) Kluwer Law International, (2011).

Poon Gary P., *The corporate counsel's guide to mediation*, American Bar Association (2010).

Poudret, Jean-François & Sébastien Besson, *Comparative law of international arbitration,* Sweet & Maxwell (2007).

Rau Alan Scott, *The Culture of American Arbitration and the Lessons of ADR*, 40 Tex. Int'l LJ 449 (2004).

Redfern Alan, *Law and practice of international commercial arbitration*, Sweet & Maxwell (2004).

Richard A. Epstein, *Contract – Freedom and Restraint: Liberty, Property, and the Law*. Routledge (2013)

Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, (4th ed. 1992).

Roebuck D. & de Fumichon B. D. L., *Roman arbitration*, Holo Books (2004).

Romano C., Alter K & Shany Y, (Eds.), (2013), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press.

Ronald J. Gilson, Charles F. Sabel & Robert E. Scott, *Contract and Innovation: The Limited Role of Generalist Courts in the Evolution of Novel Contractual Forms*, 88 New York University Law Review 170 (2013).

Rosen Janet A., *Arbitration under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence de la Competence*, 17 Fordham Int'l LJ 599 (1993).

Rossmanith H. P. (Ed.), *Structural Failure: Technical, Legal and Insurance Aspects* (Vol. 1) CRC Pressj, 100 (1995).

Rubellin-Devichi, J. & Vincent, J.,*L'arbitrage: nature juridique, droit interne et droit international privé*. Librairie générale de droit et de jurisprudence (1965).

Rubino-Sammartano M, *International arbitration law and practice*, Kluwer law internationall (2001).

Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. Chi. L. Rev. 1203 (2003).

Samuel Adam, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian*, Dutch, English, French, Swedish, US, and West German Law (1989).

Sauser-Hall G, *L'arbitrage en droit international prívé,* 44-I Ann IDI 469 (1952).

Schäfer, Erik, Herman Verbist, and Christophe Imhoos, *ICC arbitration in practice,* Kluwer Law International (2005).

Schöll Michael, *Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit Suisse*, 24 ASA Bulletin 621 (2006).

Schwartz David S., *Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumer Rights Claims in an Age of Compelled Arbitration*, 1997 Wisc. L.R. 33 (1997).

Schwebel Stephen M., *International arbitration: three salient problems*, Grotius (1987).

Shell Richard, *The Role of Public Law in Private Dispute Resolution: Reflections on Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, 26 AM. Bus. L. J. 397 (1988).

Shelley McGill, Consumer *Arbitration Clause Enforcement: A Balanced Legislative Response*, 47(3) AM. Bus. L.J. 361 (2010).

Silberman L, *International Arbitration: Comments from a Critic*, 13 Am. Rev. Int'l Arb. 9 (2002).

Smith J. A., *Capacity in the Conflict of Laws: A Comparative Study,* International and 1 Comparative Law Quarterly, 446 (1952).

Sornarajah Muthucumaraswamy, *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press (2010).

Sparka F., *Jurisdiction and arbitration clauses in maritime transport documents: A comparative analysis* (Vol. 19), Springer Science & Business Media (2010).

Spencer D & Brogan M, *Mediation law and practice*, Cambridge University Press (2006).

Steingruber M. Andrea, *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press (2012).

Stephen C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action,* (Yale Univ. Press, (1987).

Stephen J. Ware, *Consumer Arbitration as Exceptional Consumer Law* (With a Contractualist Reply to Carrington & Haagen), 29 MCGEORGE L. REV. 195 (1998).

Stephen L. Hayford, *Commercial Arbitration in the Supreme Court 1983–1995: A Sea Change*, 31 Wake Forest L. Rev. 1 (1996).

Sternlight Jean R. & Elizabeth J. Jensen, *Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?*, 67 Law & Contemp. Probs. 75 (2004).

Sternlight Jean R., *As Mandatory Binding Arbitration Meets the Class Action, Will the Class Action Survive?*, 42 Wm. & Mary L. Rev. 1 (2000).

Sternlight Jean R., *Creeping Mandatory Arbitration: Is it Just?*, 57 Stan. L. Rev. 1631, 1638 (2005).

Sternlight Jean R., *Rethinking the Constitutionality of the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration: A Fresh Assessment of Jury Trial, Separation of Powers, and Due Process Concerns,* 72 Tul. L. Rev. 1 (1997).

Sternlight Jean R., *Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration, 74 Wash. U. L.Q. 637, (*1996).

Stipanowich T., *Rethinking American Arbitration,* 63 Indiana Law Journal 425, 438-440 (1987).

Subedi Surya P., *International investment law: reconciling policy and principle*, Bloomsbury Publishing (2012).

Susan Randall, *Judicial Attitudes Toward Arbitration and the Resurgence of Unconscionability*, 52 Buffalo Law Review, 185 (2004).

Synková S, *Courts' Inquiry Into Arbitral Jurisdiction at the Pre-award Stage*, Department of Law, Business and Social Sciences, Aarhus University (2012).

Tay Catherine Swee Kian, *Resolving Disputes by Arbitration: What You Need to Know*, NUS Press (1998).

Theodore Eisenberg, Geoffrey P. Miller, & Emily Sherwin, *Arbitration's Summer Soldiers: An Empirical Study of Arbitration Clauses in Consumer and Nonconsumer Contracts*, 41 U. Mich. J. L. Reform, 871 (2008).

Thomas Carbonneau, *Arguments in Favor of the Triumph of Arbitration*, 10 Cardozo J. Conflict Resol. 395 (2009)

Thomas J. Stipanowich & Peter H. Kaskell, *Commercial arbitration at its best : Successful strategies for business users*, American Bar Association 379 (2001).

Thomas J. Stipanowich, *Rethinking American Arbitration*, 63 IND. L.J. 425, 460 (1988).

Todd D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 Harv. L. Rev. 1174 (1983).

Tye Kenneth A.& Jerrold M. Novotne, *Schools in transition: The practitioner as change agent*, Tata McGraw-Hill Education (1975).

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, United Nations 3 (May 2013).

Van Den Berg (Ed.), *Yearbook Commercial Arbitration Vol XXXIII 2008* (Vol. 33), Kluwer law international (2009).

Van den Berg A. J. (Ed.), *International commercial arbitration: important contemporary questions*, (No. 11), Kluwer Law International (2003).

Von Mehren A. T., *The" Battle of the Forms": A Comparative View*, The American Journal of Comparative Law, 265 (1990).

Von Mehren, Arthur Taylor. "The" Battle of the Forms": A Comparative View." *The American Journal of Comparative Law* (1990): 265-298.

Waddams Stephen, *Unconscionability in Contracts*, 39 Mod. L. Rev. 369, (1976).

Wang, William, *International arbitration: the need for uniform interim measures of relief*, (2003) 28 Brooklyn J of Int'l L, 1059 (2003).

Warren E. Burger, *Isn't There A Better Way?*, 68 A.B.A. J. 274 (1982).

William A. Orme, *Understanding NAFTA: Mexico, Free Trade, and the New North America*, Austin University of Texas Press (1996).

XXIX Y. B. Com. Arb. 119-120 (2004).

Yvonne W. Rosmarin & Daniel A Edelman, *Consumer Class Actions : a Practical Litigation Guide* (2d ed.1990)

ثانياً: الأحكام القضائية وقرارات التحكيم

Acquaire v. Canada Dry Bottling, 906 F.Supp. 819, 826 (E.D.N.Y. 1995).

All-Union Foreign Trade Association "Sojuznefteexport" v. Joc Oil, Ltd., Award of 9 July 1984 in Case No. 109/1980, The Foreign Trade Arbitration Commission of the USSR Chamber of Commerce and Industry, XVIII YBCA 92 (1993).

Arakawa v. Japan Network Group, 56 F. Supp. 2d 349, 351 (S.D.N.Y. 1999)

Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc., 24 Cal. 4th 83 (Cal. 2000).

Arnold v. United Companies Lending Corp., 511 S.E.2d 854 (W. Va. 1998).

Asset Allocation and Management Company v. Western Employers Insurance Company, 892 F.2d 566 (7th Cir. 1989).

AT&T Corporation and another v Saudi Cable Company, [2000] EWCA Civ 154.

Axa Re v. Ace Global Markets Ltd. [2006] EWHC 216 (Comm).

Baillie v. Processing Solutions, LLC, No. A125167 (May 27, 2010).

Baker v. Osborne Development Corp., 159 Cal.App.4th 884, 896 (2008).

Banque de Paris et des Pays-Bas v. Amoco Oil Co., 573 F Supp. 1464, (S.D.N.Y. 1983).

Barquis v. Merchants Collection Assn., 7 Cal.3d 94, 107 (Cal. 1972)

Benincasa v. Dentalkit Srl, C-269/95: [1997] ECR I-3767, [1997] ILPr 559.

Beximco Pharmaceuticals Ltd & Ors v. Shamil Bank of Bahrain EC [2004] EWCA Civ 19.

Bishop v. We Care Hair Development Corp., 738 N.E.2d 610 (111. App. Ct. 2000).

Blue Tee Corp. v. Koehring Co., 999 F.2d 633, 636 (2d Cir. 1993).

Board of Governors, FRS v. Dimension Financial Corp., 474 U.S. 361 (1986).

Bothell and Bothell v. Hitachi Zosen Corp. 97 F.Supp. 2d 1048 (Wash. 2000).

Brower v. Gateway. 2000, Inc., 246 A.D.2d 246, 251, 676 N.Y.S.2d 569 (1998).

Brown v. Genesis Health Care Corp., 724 S.E.2d 250 (W.Va. 2011).

Brown v. MHN Gov't Servs., Inc., 178 Wn.2d 258, 264, 306 P.3d 948 (2013).

C04/174HR, Netherlands Hoge Raad, Judgmenet of 20 January 2006.

Camacho v. Holiday Homes, Inc., 167 F.Supp.2d 892, 895 (W.D.Va.2001).

Caparo Group Ltd v. Fagor Arrasate Sociedad Cooperativa [2000] ADRLJ 254.

Caplin Enterprises, Inc. v Arrington, May 7, 2013, Nos. 2011-CA-01332-COA, 2011-CA-01932-COA.

Cargo Lately Laden on Board The Fehmarn v.Fehmarn (The Fehmarn) [1958] 1 WLR 159.

Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute, 499 U.S. 585 (1990).

Coastal States Trading, Inc. v. Zenith *Nav., SA*, 446 F.Supp. 330, 341 (S.D.N.Y. 1977).

Commonwealth Coatings Corp. v. Continental. Casualty. Co., 393 U.S. 145 (1968).

Compania Espanola De Petroleos, S.A. v. Nereus Shipping S.A., 527 F.2d 966, at 973 (2d Cir. 1975).

Coop Int'l Pte Ltd. v. Ebel SA, [1998], Y.B. XXVI Comm. Arb. 839 (2001).

Cordova v. World Fin. Corp. of N.M., 208 P.3d 901, (N.M. 2009).

Corey v. New York Stock Exchange, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).

Cott UK Ltd v. FE Barber Ltd , [1997] 3 All ER 540.

Cottage Club Estates Ltd v. Woodside Estates Co (Amersham) Ltd, 2 KB 463 [1928].

Cour de cassation, 9 April 2002,2003 Rev. arb. 104.

Cour de cassation, *Banque Worms*, Civ. I p. 1, judgment of 5 January 1999.

Cour de cassation, *Cimat v. CSA* Rev. Arb. 2003, 397.

Cour de cassation, Civ. II. 4 April 2002, *Barbot v. Bouygues.*

Cour de cassation, Civ. Le,2000 RTD Com. 596, judgment of 8 February 2000.

Cour de cassation, com., 6 May 1965. Bull. Civ., III, p. 270.

Cour de cassation, *Ets Raumond Gosset v. Carapelli*, JCP G 1963, 11, 13. 7 May 1963.

Cour de Cassation, Req. 16 January 1861, *Lizardi c. Chaize et autres, Dalloz Periodique*, 1861.1.193 Cf. Capotorti, "La capacité en droit international privé", RCADI 1 10 (1963-III), 158 ff., at 222 ff.

Cour de cassation, *Société Taurus Films v. Les Film duJeudi*, Rev. Arb. 280 (2000).

Cour de cassation, Trib. civ. Seine, June 12, 1963, *Harielle v. Sadek,* 91 J.D.I. 285 (1964).

Cour de cassation, *Ury v Galeries Lafayette*, 2e Civ, 13 April 1972, (1975) Rev arb 235.

Cour d'Appel, Paris, 24 February 1994, *Ministry of Public Works v. Bec Frères.*

Cour d'Appel of Paris, 6 July 1995, Rev. Arb. 1997, 85.

Cour d'Appel of Paris, 8 October 1998, Rev. Arb. 1999, 350.

Cour d'Appel of Paris, 25 November 1999, *SA Burkinabe des ciments et mate'riaux v. Société des ciments d'Abidjan*, Rev Arb 165 (2001) 168.

Covenant Health & Rehab. of Picayune, LP v. Estate of Moulds ex rel. Braddock, 14 So. 3d 695 (Miss. 2009).

Dalimpex Ltd. v. Janicki, 64 O.R. 3d 737, CanLII 34234 (ON C.A.) (2003).

Dean Witter Reynolds, Inc. v. Superior Court , 211. Cal.App.3d 758 (1989).

Delta Funding Corp. v. Harris, 912 A.2d 104, 122 (N.J. 2006).

Development Bank of Philippines v. Chemtex Fibers, Inc, 617 F. Supp. 55 (S.D.N.Y 1985).

Ditto v. Re/MAX Preferred Properties, Inc., 861 P.2d 1000, 1002 (Okl.App.1993)

Dobbins v. Hawk's Enters.,. 198 F.3d 715 (8th Cir. 1999)

Dow Chemical France v. Isover Saint Gobain, Sept. 23, 1982 Interim Award, IX Y.B. Comm. Arb. 131 (1984).

East Ford, Inc. v. Taylor, 826 So.2d 709 (Miss.2002).

Elberon Bathing Co. v. Ambassador Insurance Co., 77 N.J. 1(1978).

EM Ltd. v. Republic of Argentina, 473 F.3d 463 (2d Cir. 2007).

Engalla v. Permanente Medical Group Inc., 15. Cal.4th 951 (1997).

Entergy Mississippi, Inc. v. Burdette Gin Co., 726 So.2d 1202, 1208 (Miss.1998).

Federal Bulk Carriers Inc v. C Itoh & Co Ltd (The Federal Bulker), [1989].

Ferris v. Plaister, 34 NSWLR. 474 (1994).

Fiona Trust & Holding Corp & Ors v Privalov & Ors, [2007] UKHL 40.

Fitz v. NCR Corp., 118 Cal. App. 4th 702 (Cal. Ct. App. 2004).

Flight Training International v. International Fire Training Equipment Ltd. [2004] EWHC 721 (Comm) [2004] EWHC 721 (Comm).

Flores v. Transamerica HomeFirst, Inc., 113 Cal. Rptr. 2d 376 (Cal. Ct. App. 2001).

Folkways Music Publishers, Inc. v. Weiss, 989 F.2d 108, 111 (2d Cir. 1993).

France v. Patrice Di Pinto, C-361/89 [1991] ECR I-1189 [1993] CMLR 399.

Fyrnetics (H.K.) Ltd. v. Quantum Group, Inc., 293 F.3d 1023, 1029 (7th Cir.2002)

Gatton v. T-Mobile USA, Inc., 152 Cal.App.4th 571, 61 Cal.Rptr.3d 344 (2007).

German Reichsgericht , Judgment of 30 April 1890, 1890 JW 202, 203.

Goodwin v. Ford Motor Credit Co., 970 F. Supp. 1007, 1015 (M.D.Ala.1997).

Granitalia v. Agenzia Marittima Sorrentina, XXVII YBCA 506 (2002).

Green Tree Fin Corp.-Alabama v. Randolph, 531 U.S. 79 (2000).

Gruber v. Bay Wa AG, C-464/01 [2005] ECR 1-439.

Grundstad v. Ritt, 106 F.3d 201 (7th Cir.1997).

Guangdong New Technology Import & Export Corp. Jiangmen Branch v. Chiu Shing trading as B.C. Property & Trading Company, XVIII YBCA ARB. 385 (1993).

Gutierrez v. Autowest, Inc., (2003) 114 Cal. App. 4th 77

Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576 (2008).

Harbour Assurance Co (Uk) Ltd v. Kansa General International Insurance Co Ltd [1993] 1 QB 701.

Hart Enterprises Int, Inc v. Anhui Provincial Import & Export Corp, 888 Fed Supp 587-591 (SDNY 1995).

Heinhuis v. Venture Assocs., Inc., 959 F.2d 551 (5th Cir. 1992).

Hellenic Lines v. Louis Dreyfus Corp., 372 F.2d 753, 1967 A.M.C. 213 (2nd Cir. 1967),

Hensel v. Cargill, Inc., 198 F.3d 245, 1999 WL 993775 (6th Cir. 1999).

Home Federal Savings Loan Ass'n v. Campney, 357 N.W.2d 613, 615 (Iowa 1984).

Hooters of America, Inc. v. Phillips, 173 F.3d 933 (4th Cir. 1999).

Hughes Training, Inc. v. Cook, 254 F.3d 588, 593 (5th Cir.2001).

In re Alamo Lumber Co., 23 S.W.3d 577 (Tex C.t. App. 2000).

In re Cotton Yarn Antitrust Litigation, No. 05-2392, 2007 WL 2965586 (4th Cir. Oct. 12, 2007).

In re Knepp, 229 B.R. 821, 838 (Bankr.N.D.Ala.1999)

In re Olshan Foundation Repair Co., 328 S.W.3d 883 (Tex. 2010).

Indian Oil Corp v. Van Oil Inc, [1991] 2 Lloyd's Rep 634 .

Inex Film and Sté Interexport v. Universal Pictures, Court of Appeal Paris, 16 March 1978.

Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd v. Symphony Gems NV and others [2002] All ER (D) 171 (Feb).

Jack B. Anglin Co., Inc. v Tipps, 842 S.W. 2d 266, 272 (Tex. 1992).

Jacob v. Seaboard, Inc., 28 Conn.App. 270, 610 A.2d 189 (1992).

Jefferson Credit Corp. v. Marcano, 302 N.Y.S.2d 390 (Civ. Ct. N.Y. 1969).

Johnson v. Circuit City Stores, 148 F.3d 373 (4th Cir. 1998).

Joo Seng Hong Kong Co. *v. S.S. Unibulkfir*, 493 F. Supp. 35 (S.D. N.Y. 1980).

Judgemenet of 20 January 2006, C04/174HR, Netherlands Hoge Raad.

Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International, Ltd., 186 F.3d 210 (2nd Cir. 1999).

Kinney v. United Healthcare Services,. Inc., 70 Cal.App.4th 1322, 1329, 83. Cal.Rptr.2d 348, 352 (1999).

Kochert v. Adagen Medical Int'l, Inc., 491 F.3d 674 (7th Cir. 2007).

Kvaerner, ASA v. Bank of Tokyo-Mitsubishi, Ltd., 210 F.3d 262 (4th Cir. 2000).

Lackey v. Green Tree Financial Corp., 330 S.C. 388, 498 S.E.2d 898, 905 (S.C. Ct. App. 1998).

Landale Development Limited v. Zhen Heng Development Limited, Supreme Court of Hong Kong, 12 January 1990.

Little v. Auto Stiegler Inc., 29 Cal.4th 1064 (2003).

Lovey v. Regence BlueShield of Idaho, 72 P.3d 877 (Idaho 2003).

Lytle v. CitiFinancial Services, Inc., 810 A.2d 643 (Pa. Super. 2002).

M. Sylvain Ledee, et al., v. Ceramiche Ragno, et al., 684 F.2d 184 (1982).

Macdonald Estates plc v NCP [2009] CSIH 79A.

Marcrum v. Embry, 291 Ala. 400, 403, 282 So.2d 49, 51 (1973);

Massaro Electric Company v. CMG — Construction Management Group, 689 N.Y.S.2d 361, 362 (N.Y. Dist. Ct. 1999).

Matter of Calvin Klein Co., 88 AD2d 503 [1982].

Maxum Foundations, Inc. v. Salus Corp., 779 F.2d 974 (4th Cir.1985).

McKenzie Check Advance of Miss. v. Hardy, 866 So. 2d 446 (Miss. 2004).

Meadows Indemnity Company, Ltd. v. Baccala & Shoop Insurance Services, Inc., 760 F. Supp. 1036 (E.D.N.Y. 1991).

Mendez v. Palm Harbor Homes, Inc., 111 Wn. App. 446, 471 45 P.3d 594 (2002).

Mercantile Home Bank & Trust Co. v. United States, 8 Cir., 96 F.2d 655.

Mercuro v. Superior Court (2002) 96 Cal.App.4th 167, 174.

Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Haydu, 637 F.2d 391 (5th Cir. 1981).

Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985).

Morris v. Redwood Empire Bancorp, 27 Cal. Rptr. 3d 797 (Cal. Ct. App. 2005).

Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp., 460 U.S. 1, 24 (1983)

Motorola Credit Corp. v. Uzan, 388 F.3d 39 (2d Cir. 2004).

Mutuelle Fraternelle d'Assurances v. Chetouane, [2001] Rev. de l'arb. 178 (Cour d'appel de Paris, 2000.

Nanisivik Mines Ltd. v. FCRS Shipping Ltd., [1994] 2 FC 662 (FCA) ["Nanisivik"].

Neal v. State Farm Ins. Cos., 188 Cal. App. 2d 690, 694, 10 Cal. Rptr. 781, 784 (1961).

Nikko Hotels (UK) Ltd .v MEPC plc, [1991] 2 EGLR 103.

Nino v. Jewelry Exchange, Inc, 609 F.3d 191 (3rd Cir. 2010).

NJW 1952, 1296 (German Bundesgerchtshof).

NJW 1960, 1462 (German Bundesgerchtshof)

NJW 1971, 943 (Oberlandesgericht Zweibrücken).

Northcom, Ltd. v. James, 694 So.2d 1329 (Ala.1997).

Oberlandesgericht Naumburg, Germany, 10 Sch 01/05, 20 May 2005.

Omaha v. Omaha Water Co., 218 U. 8. 180 (1910).

Orlando v. Finance One of W. Va., Inc. 369 S.E.2d 882 (1988).

Owners of the Annefield v. Owners of Cargo Lately Laden on Board the Annefield, [1971] 1 All E.R. 394. 406.

Ozsoy Tarim Sanayi Ve Ticaret Ltd. (Izmir) v. All Foods SA (Buenos Aires) (Turkish S. Ct.)

Painewebber Incorporated v. Michael J. Bybyk and Joyce O. Bybyk, 81 F.3d 1193 (2d Cir. 1996).

Paladino v. Avnet Computer Technologies Inc., 134 F.3d 1054 (11th Cir. 1998)

Parrish v. Cingular Wireless,. LLC, 28 Cal. Rptr. 3d 802 (2005),

Patterson v ITT Consumer Financial Corp., 14 Cal. App. 4th 1659, 18 Cal Rptr 2d 563 (Cal App. 1993).

Patterson v. ITT Consumer, Financial Corp., 18 Cal. Rptr.2d 563 (Cal. Ct. App. 1993).

People v. Pacific Land Research Co. (1977) 20 Cal.3d 10.

Perera v. Siegel Trading Co., 951 F.2d 780 (7th Cir.1992).

Petersen Farms Inc v C&M Farming Ltd [2004] EWHC 121 (Comm).

PetroKazakhstan Inc. v. Lukoil Overseas Kumkol B.V., 2005 ABQB 789 (Alberta Q.B.).

Pinedo v. Premium Tobacco Stores, Inc. 85 Cal.App.4th 774 (2000).

Pinnacle Museum Tower Assn. v. Pinnacle Market Development (US), LLC, 55 Cal. 4th 223 (2012).

Portland Gen. Elec. Co. v. U.S. Bank Trust Nat'l Ass'n, 218 F.3d 1085 (9th Cir.2000).

Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395 (1967).

Progressive Casualty Insurance Co. v. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela, 991 F.2d 42 (2d Cir. 1993).

Publicis Communication v. True North Communications Inc., 132 F.3d 363 (7th Cir. 1997).

R.J. O'Brien & Assoc., Inc. v. Pipkin, 64 F.3d 257 (7th Cir. 1995).

Remy Amerique, Inc. v. Touzet Distribution, S.A.R.L., 816 F. Supp. 213 (S.D.N.Y. 1993).

Richardson v. Mellish [1924], 229.

Riley v. Kingsley Underwriting Agencies, Ltd., 969 F.2d 953, 957 (10th Cir. 1992)

Robert Lawrence Co. v. Devonshire Fabrics, Inc., 271 F. 2d 402, 411 (2d Cir. 1959).

Rollins, Inc. v. Foster, 991 F. Supp. 1426 (M.D. Ala. 1998),

Ryan Beck v. Fakih, 268 F. Supp. 2d 210 (E.D.N.Y. 2003).

S+L+H S.p.A. v. Miller-St. Nazianz, Inc., 988 F.2d 1518, 1522-23 (7th Cir. 1993).

Sablosky v. Edward S. Gordon Co., 73 N.Y. 2d 133, 538 N.Y.S. 2d 516, (1989).

Saika v. Gold, (1996) 49 Cal.App.4th 1074, 1079.

Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506 (1974).

Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen G.m.b.H. v. Voest Alpine Intertrading G.m.b.H. (The 'Jay Bola'), [1997] 2 Lloyd's Rep. 279.

Seine, June 12, 1963, *Harielle v. Sadek*, 91 J.D.I. 285 (1964).

Shankle v. B-G Maintenance Management of Colorado, Inc., 163 F.3D 1230 (10TH CIR. 1999).

Shoalhaven City Council v. Firedam Civil Engineering Pty Ltd [2011] HCA 38.

Sonatrach Petroleum v. Ferrell International [2002] 1 All ER (Comm) 627.

Sonic-Calabasas A, Inc. v. Moreno, 311 P.3d 184 (Cal. 2013).

Southwestern Bell Tel. Co. v. DeLanney, 809 S.W.2d 493, 498 (Tex. 1991).

Spray Holdings, Ltd. v. Pali Fin. Group, Inc., 269 F. Supp.2d 356 (S.D.N.Y. 2003).

Stellar Shipping Co LLC v. Hudson Shipping Lines [2010] EWHC 2985 (Comm).

Stirlen v. Supercuts, Inc. (1997) 51 Cal.App.4th 1519, 1528-1529, 1539-1542.

Sutcliffe v. Thackrah, [1974] AC 727.

Swiss Federal Tribunal, 2 October 1931 DFT 57 I 295, 304*ff.*

Swiss Federal Tribunal, 24 ASA Bull. 621 (2006).

Swiss Federal Tribunal, 28 January 1938, DFT 64 I 39, 44.

Swiss Federal Tribunal, 29 January 1996, 14 ASA Bull. 496 (1996).

Swiss Federal Tribunal, 9 May 2001, (2002) 20 ASA Bull. 80.

Swiss Federal Tribunal, *Tobler c. Justizkommission des Kantons Schwyz*, 7 October 1933, DFT 62 I 230, 233.

Swiss Federal Tribunal, *Tradax Export SA v Amoco Iran Oil Company*, 7 February 1984, XI YBCA ARB. 532 (1986).

Thyssen Canada Ltd. v. Mariana (The) (C.A.), [2000] 3 F.C. 398.

Ticknor v. Choice Hotels Int'l, Inc., 265 F.3d 931 (9th Cir.2001).

Tradax Export SA v. Amoco Iran Oil Company, 7 February 1984, 11 YBCA 532 (1986).

Troy Mining Corp. v. Itmann Coal Co., 176 W. Va. 599, 346 S.E.2d 749 (1986).

Varela v. Wells Fargo Bank 15 Cal.App.3d 741 (1971)

Vargas v. SAI Monrovia B, Inc., (2013) 216 Cal.App.4th 1269.

Verolme Botlek B.V. (The Netherlands) v. Lee C. Moore Corporation (USA) (N.D. Okla. 1995) XXI Y.B. COM. ARB. 824 (1996).

Vicksburg Partners, L.P. v. Stephens, 911. So.2d 507 (Miss. 2005)

Voss v. City of Oklahoma City, 1980 OK 148, 618 P.2d 925

Abstract

This research deals with the arbitration agreement in banking transactions in accordance with the provisions of Bahraini law, which has been studied in two parts, the first part has presented the essence of the arbitration in banking transactions, it explained the meaning of arbitration agreement in banking transactions, its most important characteristics, and distinguishes it from other similar alternative disputes resolution, in addition to the legal nature of the arbitration agreement in banking transactions with the attempt to present the most important jurisprudential ideas and judicial decisions relating. Besides, the thereto types of arbitration in banking transactions, particularly the compulsory arbitration imposed by the Bahraini legislator on the dealers of certain banking transactions which violates article 20(f) of the Bahraini Constitution, and contradicts with the nature of arbitration and its essence. The conclusion of the arbitration agreement in banking transactions in term of both objective and subjective conditions was also addressed, in addition to the effects of the arbitration agreement in banking transactions and the recent judicial opinions in several countries in this regard.

Part two covers the legal and judicial protection to the dealers with the banks in arbitration agreement in in many countries that have preceded us in arbitration in banking transactions, the legislative treatment of arbitration agreement in banking transactions between the weak party and the party with higher bargaining power such as banks was studied. Also, the judicial treatment of this agreement between the bank and the customers was addressed, where it was found that the views of the judiciary in many developed countries overruled the traditional formulas of respecting the will of the parties to the contract in order to protect the weaker party. For this reason the judiciary deleted many articles of the banking arbitration agreement in favor of those who deal with banks. This attitude has no reflection on the legislative and judicial situation in Bahrain.

UNIVERSITY OF BAHRAIN

College of Law

Department of Private Law

Arbitration in Banking Disputes According to Bahraini Law "A Comparative Study"

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the (Ph.D.) Degree in Private Law

Submitted by

Manal Moh'd Saleh Al-Sayed

University number: 19963090

Supervised by

Dr. Fadhel Al-Zahawi

Associate Professor

University of Bahrain

Kingdom of Bahrain

May 2015