Diaa Al-Fekr Journal for Research and Studies

مجلة ضياء الفكر للبحوث والدّراسات

Journal Homepage: https://ojs.diaalfekr.com/index.php/sjlb

Print ISSN: 3006-5356
Online ISSN: 3006-5364

Vol. 1, Issue 4, 2024, pp. 147 – 170

# التّعسّف في حقّ الادعاء في الدّعوى التّحكيميّة

# Abuse of the Right to Prosecute in Arbitration Claims

DOI: https://doi.org/10.71090/jeyzbm92

- الشاني، عبد الحسين وحيد. (٢٠٢٤). التّعسّف في حقّ الادعاء في الدّعوى التّحكيميّة، مجلة ضياء الفكر للبحوث والدّراسات، المجلد (١)، العدد (٤)، ص ص. ١٤٧ – ١٧٠. https://doi.org/10.71090/jeyzbm92

# التّعسّف في حقّ الادعاء في الدّعوى التّحكيميّة

# Abuse of the Right to Prosecute in Arbitration Claims

د. عبد الحسين وحيد الشاني*

AbdulHussein Wahid Al-Shani, PhD*

**الملخَّص:**

تندرج هذه الدّراسة "التّعسّف باستعمال حقّ الادعاء في الدّعوى التّحكيميّة" تحت طائفة أعمال حماية الحقّ الإجرائيّ من الاستعمال التّعسّفيّ لهذا الحقّ. وحقّ الادعاء هو حقّ كفله الدستور لكل فرد يكون في مركز قانوني معين، وهو كل ما يطالب به المدعي أو غيره أمام القضاء للحكم له به.

ومن صور التّعسّف باستعمال هذا الحقّ بشكل تعسفي المبالغة في الادعاءات والقيام بتضخيم مبالغ التعويضات بحيث لا تتناسب مطلقًا مع الأضرار التي حصلت له. أو إذا كان المدعي لا يعتقد بصحة دعواه لتأخير الفصل في الدّعوى أو قدمها وهو يعلم سبق الفصل فيها، أو ادعى التزوير في أوراق رسمية.

**الكلمات المفاتيح: التّعسّف، الحقّ، الادعاء، الدّعوى، التّحكيميّة.**

## Abstract:

This study, titled "Abuse of the Right to Prosecute in Arbitration Claims," falls under the category of actions aimed at protecting procedural rights from their abusive use. The right to prosecute is a right guaranteed by the constitution to every individual in a specific legal position, and it encompasses anything the plaintiff or others claim before the judiciary in order to obtain a judgment in their favor.

One form of the abusive exercise of this right include exaggerating claims and inflating the amounts of compensation demanded, such that they are completely disproportionate to the actual harm suffered. Abuse can also occur if the plaintiff does not believe in the validity of their claim, delays the resolution of the case, or files the claim knowing that it has already been adjudicated, or claims forgery of official documents.

**Keywords: Abuse of Rights, Right, Claim, Arbitration, Prosecute.**

* باحث دكتوراه، جامعة بيروت العربية.

Email: abdulhussein_alshani@hotmail.com

* PhD researcher, Beirut Arab University (BAU).

**المقدّمة:**

تطرح الدّراسة الحالية مشكلة حماية الخصم من خصمه المتعسف في استعمال حقّ التّحكيم حيث لا يوجد معيار محدّد يمكن التقيد به، فموقف التّحكيم التجاري الدولي يعالج هذه المسألة بحلول متفرقة كل حالة على حدة.

وقد وقع الخلاف بين المذهب الفردي الذي يعطي الطبيعة المطلقة لهذه الحقوق ويوفر الحصانة المطلقة التي تعفى من المسؤولية، والمذهب الاجتماعي الذي يرى في الحقّ هذا وظيفة اجتماعية، ويعطي الطبيعة المختلطة لهذه الحقوق التي تؤدي إلى حصانة محدودة. بحيث تسمح لهذه الحقوق بتأدية دورها في تحقيق الحماية القانونيّة للحقوق الموضوعية، وقد كتب لفكرة أن الحقّ ذو طبيعة مختلطة وأن له وظيفة اجتماعية، النجاح، ولذلك أصبح استعمال الحقّ مشروطًا بحسن النية، أي تقوم المسؤولية التقصيرية للخصم الذي يستخدم الحقّ الإجرائي بصورة تعسفية.

تبدو أهمية موضوع الدراسة "التّعسّف في حقّ الادعاء في الدّعوى التّحكيمية" من الناحية النظرية في أنّه يتعرّض لجانب مهم من جوانب القانون الإجرائي، وهو الجانب الخاصّ بحماية قواعد القانون الإجرائي من التّعسّف باستعمال الإجراءات التّحكيمية، بشكل لا يتفق مع الغاية التي رسمها القانون.

إنّ لجوء الخصوم إلى المماطلة والتسويف واستخدام الإجراءات التّحكيمية لتحقيق نوايا سيئة، يضرّ بتحقيق العدالة، حيث يؤدي بصاحب الحقّ إلى الإحجام عن اللجوء إلى التّحكيم، وهذه المسألة تؤدي إلى عدم استقرار المعاملات وتؤثر بشكل كبير على تطور التّجارة الدّولية، وازدهار المجتمع وتقدمه.

وتكتسب الدّراسة الحالية أهميّتها من أن المكتبة القانونيّة العربية تفتقر إلى بحث واحد أو دراسة أو رسالة أو أطروحة دكتوراه في مجال التّعسّف في التّحكيم، وهي بذلك محاولة لصياغة عملية لفكرة التّعسّف في التّحكيم وإيجاد المواطن والثغرات في القوانين الإجرائية التي تؤدّي للتّعسّف.

أمّا أهميّة الدّراسة من النّاحية العمليّة، فهي كثرة النزاعات في مجال التّجارة الدّولية بعد التّطوّر الهائل الذي شهدته التّجارة الدولية ورغبة الدول في إشباع الحاجات المادية لأفرادها، نظرًا لتطوّر أساليب النّقل والمواصلات، وإذا علمنا أنّ معظم عقود التّجارة بين الدول وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الاستثمار والإنشاءات تتضّمن بند تحكيمي، أو عقد تحكيمي ملحق بالعقد التجاري، فإن ذلك يؤدي إلى كثرة النزاعات التي يستوجب حلها عن طريق التّحكيم مع ما لنظام التّحكيم من مزايا يفتقدها القضاء.

وتأتي صعوبة البحث في موضوع التّعسّف من الحصانة التي يتمتع بها الخصم عند استعماله للحقّ الإجرائي سواءً أكان في التقاضي أم في التّحكيم، وهذه عقبة أمام اكتشاف التّعسّف. والصّعوبة الأخرى التي تواجه الباحث في موضوع التّعسّف هي النّقص الواضح وندرة الدّراسات التي تناولت موضوع التّعسّف في التّحكيم واستعمال الحقوق الإجرائيّة بشكل يتناسب والغاية التي من أجلها شُرّعت هذه الحقوق.

## الإشكاليّة وخطّة الدّراسة:

يثير موضوع التّعسّف في حقّ الادعاء في الدّعوى التّحكيميّة العديد من الأسئلة:

- ما هو مفهوم التّعسّف ومعياره وشروطه القانونيّة؟
- وإذا كان التّعسّف يلحق الحقّ، واستعماله، فما هو التّعسّف في حقّ الادعاء في إجراءات المحاكمة التّحكيميّة التي تتضمّن العديد من الحقوق الإجرائيّة؟

إنّ هذه الدّراسة سوف تجيب عن هذه الأسئلة، مستعينين بالمنهج التّحليلي للنّصوص القانونيّة سواءً كانت في الأنظمة القانونيّة الوطنيّة أو في المعاهدات الدّولية ولوائح مراكز التّحكيم، وإسقاطها على الحالات التّعسّفيّة وصورها.

وتبدأ إجراءات التّحكيم بعد استلام المدعى عليه "المحتكم ضده" طلب التّحكيم من المدعي "المحتكم" كتابةً عن طريق التبليغ ويسمى أيضًا "إخطار التّحكيم" Notice of Arbitration وغاية طلب التّحكيم هو الحصول على حكم تحكيمي ملزم من خلال إجراءات المحاكمة التّحكيميّة تظهر العديد من الحقوق التي أقرّها المشرّع لضمان الحصول على حكم عادل. حيث يظهر حقّ الادعاء "الدّعوى" لوجود المدعي في مركز قانوني معين.

وتحقيقًا للعدالة ينهض حقّ الرد أو الدفاع، والذي يستهدف ردّ الدّعوى – شكليًّا أو موضوعيًّا – أو ينكر حقّ المدعي في رفع الدّعوى أو صحّة ما اتخذه من إجراءات وبعد صدور الحكم التّحكيميّ يظهر حقّ الطّعن والتّنفيذ.

وقد يُساء استعمال هذه الحقوق جميعًا من قبل الخصم سيء النّية سواءً أكان مدعيًا أو مدعى عليه وذلك ما يُعرف بالتّعسّف باستعمال الحقّ وسوف نبحث التّعسّف في هذه الحقوق في مطلب واحد.

حقّ الادعاء في قانون أصول المحاكمات المدنيّة: هي السّلطة التي يمنحها القانون لصاحب الحقّ للحصول على حماية حقّه بواسطة القضاء، وهي على أصناف متعدّدة، فإذا كان الحقّ الذي لا دليل عليه حقّ ضائع فإنّ الحقّ الذي لا تحميه دعوى حقّ لم يولد بعد أو إنّه ولد ميتًا[١].

وإذا كانت الدّعوى تحمي حقّه الموضوعي فإنّها في نفس الوقت حقّ، هي حقّ دستوري، وحقّ إجرائي يمكن التّعسّف باستعماله، وقد حدّد المشرّع أسلوب استعمالها. وسوف نبحث في هذا المطلب، ماهية حقّ الادعاء، في الفرع الأوّل وصور التّعسّف باستعمال حقّ الادعاء بالفرع الثّاني.

- الفرع الأوّل: ماهية حقّ الادعاء.
- الفرع الثّاني: صور التّعسّف باستعمال حقّ الادعاء.

## الفرع الأوّل: ماهية حقّ الادعاء:

قد يدق التّمييز بين حقّ الادعاء وبين بعض الأفكار الإجرائية "كالدّعوى والمنازعة، والطّلب القضائيّ وقد يصل إلى حدّ الخلط بينهما. فما هو مفهوم حقّ الادعاء وما هي طبيعة حقّ الادعاء وموقف الفقه والقانون منه وذلك في:

- أوّلًا: مفهوم حقّ الادعاء.
- ثانيًا: طبيعة حقّ الادعاء وموقف الفقه والقانون منه.

### التّعريف بالحقّ:

يُعرف الحقّ "بأنّه ميزة يخوّلها القانون لشخص ما ويحميها بوسائله، ويعترف لصاحب الحقّ بالتّصرّف في حقّه بكافة التّصرّفات باعتباره مملوكًا له أو مستحقًّا له".

ويستمد هذا التّعريف بياناته من عناصر الحقّ الأساسيّة وخصائصه في الاستئثار، والتّسلط واحترام الغير له، والحماية القانونيّة، ولكن لا يتم احترام الغير للحقّ إلا بالحماية القانونيّة المقرّرة، والتي أبرز وسائلها الدّعوى، حيث كفلت جميع دساتير دول العالم الحقّ في الدّعوى، والذي أصبح مبدأً دستوريًّا، وأنّ لكلّ فرد الحقّ في الرّجوع إلى قاضيه الطّبيعي[٢].

---

[٢] ينظر: أ.د علي مصباح إبراهيم، الوافي في أصول المحاكمات المدنية ج١ ط١، بدون دار نشر، سنة ٢٠١١، بيروت، لبنان، ص٢١.

[١] تتعدد المذاهب في تعريف الحق، فالمذهب الشخصي ينظر إلى الحق من ناحية صاحبه "الشخصي" ويقوم على أساس أنّ أرادة صاحب الحق هي العنصر الجوهري في الحق ويعرفه بأنه "سلطة إرادية أو قدرة يخولها القانون للشخص". ومن أنصاره الفقيه ساليني، أما المذهب الموضوعي والذي من أبرز أنصاره الفقيه إهرنك، فينظر إلى الحق من خلال موضوعه ويعرفه بأنه المصلحة التي يحميها القانون فالعنصر الجوهري هي المصلحة أو الفائدة التي تعود على صاحب الحق ويضيف لها عنصراً

## أولاً: مفهوم حقّ الادعاء:

### ١- تعريف حقّ الادعاء:

يسمى كل ما يطالب به المدعي أو غيره، ممّن له حقّ المطالبة أمام القضاء، بالادعاء، وهو أيضًا محل الطّلب القضائي، وقد يستخدمه البعض بمعنى محتوى الطّلب أو السبب الذي دفع الطالب إلى تقديم طلبه. أما الطّلب القضائي فهو الإجراء الذي يتم به اللجوء إلى القضاء فالادعاء هو محل الطّلب القضائي وحيث أنّ الطالب يبغي من وراء مباشرة الطّلب القضائي غاية معينة[١]، وهي إما أنه يُطالب بمبلغ من النقود أو استرداد شيء أو تنفيذ عقد أو انحلاله أو اثبات نسب أو يُطالب بالاعتراف له بحقّ أو سلطة على شيء كالملكية أو الحيازة. وقد يُطالب بإجراءات تنفيذيّة أو تحفظيّة وبذلك يمكن تعريف الادعاء بأنّه النّتائج الاجتماعيّة والاقتصاديّة التي يتوخى المتقاضي الحصول عليها من القضاء.

### ٢- تمييز حَقّ الادعاء عن بعض الأفكار القانونيّة:

#### أ- تمييز حقّ الادعاء عن الدّعوى:

نصّت المادّة (٧) من قانون أصول المحاكمات اللبنانيّ، على تعريف الدّعوى: " الدّعوى هي الحقّ الذي يعود لكل ذي مطلب بأنّ يتقدم به إلى القضاء للحكم له بموضوعه[٢]. وهي بالنسبة للخصم الحقّ بأنّ يدلي بأسباب دفاع أو دفوع ترمي إلى دحض ذلك المطلب. ويكون حقّ الادعاء أو حقّ الدّفاع لكل شخصّ طبيعيّ أو معنويّ لبنانيّ أو أجنبيّ ".

وقد عرّفتها المادة (٢) من قانون المرافعات العراقي بأنّها: "طلب شخصّ حقّه من آخر أمام القضاء". وعرّفها الفقيه الأستاذ ديجي "حماية لقاعدة مقرّرة في القانون".

ومن التّعاريف أعلاه يتضح أنّ محل الدّعوى يختلف عن الادعاء من ناحية الموضوع فمحل الدّعوى أو موضوعها الحصول من القاضي على قرار في الادعاء المعروض عليه، وهي فكرة ذات طابع إجرائي

---

آخر هو الحماية القانونية، وبذلك يتكون الحق من عنصرين أحدهما موضوعي وهي المصلحة والآخر شكلي وهي الحماية القانونية. أما المذهب المختلط، فيجمع بين عنصري الإرادة والمصلحة، فيعرف الحق من ناحية صاحبه فيرون فيه عنصر الإرادة ومن ناحية موضوعية فيرون عنصر المصلحة، ولكن أنصار هذه النظرية اختلفوا حول تعليب أي من العنصرين على الآخر. أما النظرية الحديثة والتي يقول بها الفقيه دايان، فهي التي نصها في المتن أعلاه.

ينظر: أ. د. محمد حسن قاسم، ود. محمد السيد الفقي، أساسيات القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة نشر، ص١٥٢. ينظر كذلك: د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٢، ص١٩ وما يليها.

[٢] ينظر: د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني ط١، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٨٧، ص٨٧.

[٣] ينظر: المادة (٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣، والمادة (٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلات وينظر: كذلك: أ. د. فتحي والي، قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٦، ص٧١.

لا تتغير بتغير الدّعاوي، أما الادعاء فهو فكرة ذاتية وليست عامّة تختصّ بكل الدّعاوي[١].

والادعاء يتغيّر من متقاضي إلى آخر حسب قصده من تقديم الطّلب إلى القضاء فالادعاء هو محل الطّلب ويمتنع على القاضي تغيّير محل الطّلب أمّا محل الدّعوى فهو ثابت بالأصل. لذلك لا يصح الخلط بين الفكرتين والحديث عن محل الطّلب " الادعاء" على أنّه موضوع الدّعوى.

ويختلف الادعاء أيضًا عن محل النّزاع أو المنازعة المعروضة على القاضي لأنّ محل النّزاع هو مجموع الادعاءات التي يقدّمها المدعي أو الادعاءات المقابلة التي يقدّمها المدعي عليه وذلك أنّ محل النّزاع يتضمّن محل كل الطّلبات المقدّمة في القضية وفي ذلك نصّت المادة (١/٤) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد على "أنّ موضوع النّزاع يتحدّد بالادعاءات المتبادلة بين الأطراف"[٢].

**ب-تمييّز حقّ الادعاء عن أساس الادعاء "السّبب":**

قد يحدث الخلط في الفقه والقضاء بين محل "الادعاء" وأساس الادعاء الذي هو السّبب وقد أخذ البعض بجمع الفكرتين تحت مسمّى واحد هو المسألة المتنازع فيها سواءً كان ذلك في تحديد حُجيَّة الشيء المحكوم فيه أو تحديد سلطة القاضي بالنسبة للعناصر الموضوعيّة للطّلب القضائيّ ومع ذلك فقد ظلّت فكرة المحل متميزة عن السّبب على الرغم من أنّ قضاء النقض الفرنسي والمصري قد خلط بين الفكرتين في بعض الأحيان[٣].

ومع ذلك فإنّ الادعاء وأساسه "السّبب" يُمكن تميّزهما بما يلي:

١- يسهل التميّيز بين الفكرتين على المستوى النّظري فالادعاء يعني الشيء المدعى به، أمّا السّبب فهو الأسس التي يستند عليها الادعاء.

٢- على الرغم من أنّ الفكرتين تعتبر من الوقائع لا يدخل فيهم عنصر قانوني إلا أنّ وقائع السّبب وهي العناصر المكوّنة لفروض القاعدة القانونيّة المزمع تطبيقها وقائع عديدة غير متناهية لأنّها ترتبط بالسّلوك الإنسانيّ، أمّا وقائع الادعاء فهي محدّدة لأنّها ترجمة لحكم القاعدة القانونيّة

---

[٢] ينظر: د. ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، ج١، نظرية الدّعوى، بدون دار نشر، لسنة ١٩٧٧، ص٥٥. حيث يحدد خصائص الدّعوى بأنها حق استعمال أمر اختياري وليس إجبار فلصاحب الدّعوى الحرية المطلقة في أن يستعمل الدّعوى ويلجأ إلى القضاء لحماية حقه أو يسكت عن الاعتداء الواقع على حقه، ويعتبر الفقيه الألماني ايهرنغ أن رفع الدّعوى إلى القضاء لصيانة حق من الاعتداء عليه هو واجب على صاحب الحق، بغية احترام القوانين وتحقيقاً لاستقرار المجتمع. والدّعوى حق يمكن انتقاله إلى الغير عن طريق التفرغ أو الحواله كما تنتقل إلى الورثة بعد الوفاة إلا إذا كانت الدّعوى تتعلق بشخص صاحبها، كالطلاق أو دعوى النفقة الزوجية، وهناك من الدّعاوى لا تنتقل إلا بعد إقامتها وأصبحت تمثل قيمة مالية داخله في ذمته، كدعوى إبطال الهبه بسبب الجحود (م ٥٣٠ موجبات وعقود) ودعوى التعويض عن ضرر أدبي.

كما ويجوز التنازل عن الدّعوى ما دام أن الدّعوى تستند إلى حق موضوعي، فالتنازل عن هذا الحق يؤدي إلى زوال حق الدّعوى. والدّعوى حق ينقضي بالتقادم.

[٣] ينظر: نص المادة ١/٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد وتعديلاته المرقم ٤٨ لسنة ٢٠١١.

[١] ينظر: د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص٩١- ٩٥.

وهي تتراوح بين التّعويض، التزام بالردّ، أو تنفيذ عيني... الخ.

٣- يختلف الادعاء عن السّبب بانفصال الأفكار الفنيّة المرتبطة بهما فالقضاء بما لم يطلبه الخصوم فكرة تتصل بالمحل "الادعاء" وليس لها علاقة بالسّبب.

٤- لا يترتّب على تغيّير تكيف الوقائع التي تكون السّبب تغيّيرًا للسّبب، أمّا تكييف الادعاء يؤدّي إلى تغيّير الادعاء.

٥- تؤثّر فكرة النّظام العام على السّبب أكبر منها على الادعاء.

## ثانيًا: طبيعة حقّ الادعاء وموقف القانون منه:

### ١- طبيعة حقّ الادعاء:

اختلف الفقه في طبيعة حقّ الادعاء فذهب الفقه الألماني ورأي في الفقه الفرنسي إلى أنّ الطّابع القانونيّ هو الذي يسود محل الطّلب أو المنازعة "حقّ الادعاء" حيث يتحدّد المحل حسب هذا الفقه بالنظر إلى قاعدة قانونيّة حيث يحدد الطّالب في طلبه بشكل دقيق كل من المحل والسّبب.

وحسب ذلك إذا طالب شخص بمبلغ باعتباره تعويضًا، فإنّ العنصر القانوني يدخل في فكرة المحل، ونفس الأمر إذا كانت المطالبة بفسخ أو بطلان عقد زواج، فلا يمكن فصل محل الطّلب "الادعاء" عن القاعدة القانونيّة التي تقرّر هذه المسائل، فالمطالبة بحقّ الملكيّة، أو حقّ متفرّع منه أو الحيازة، هي أفكار قانونيّة وقد بّرر هذا الفقه صحّته بما يلي[١]:

– الحجّة الأولى: أنّ اعتبار محل الطّلب مجرد وقائع ومنع القاضي من المساس به يؤدّي إلى التّناقض في الأحوال التي يكون فيها للقاضي اختيار التّعويض الملائم أو الحالات التي يحكم فيها القاضي بدخل مرتب.

– الحجّة الثّانية: أنّ إعطاء الادعاء طابعًا ماديًّا "واقعيًّا" فقط هو خلط بين النّزاع ومحل المنازعة، وهي ذات النّزاع بعد عرضه على القاضي، فمحل النّزاع يكون ماديًّا كالمال المتنازع عليه أمّا محل المنازعة فهو مجموع محال الطّلبات "الادعاءات" والادعاء هو الوقائع القانونيّة التي يطالب الشّخصّ بتقريرها أو انشاؤها، فالنّزاع حول ملكيّة المال فإنّ محل النّزاع هو المال أمّا محل الطّلب "الادعاء" هو الآثار التي تترتّب على نقل الملكيّة.

أما الاتجاه الموسّع في الفقه الفرنسي فيرى أنّ الطابع الواقعيّ للمحل هو مسألة طبيعيّة، ويُعبّر أصحاب هذا الرأي بأنّ محل الطّلب "الادعاء" لا يقع إلا على مستوى الواقع.

[١] ينظر، د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، أمام القضاء المدني ط١، بدون مكان نشر، ١٩٨٧، ص٨٩.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه بأنّ الادعاء هو مجموعة النّتائج الواقعيّة التي تذكر في الطّلب القضائيّ الذي يتحدّد به نطاق الادعاءات ويجب على القاضي قبولها أو رفضها[١].

ويمثّل هذا الاتجاه موتولسكي الذي يُعدّ من أشد المتحمّسين لفكرة الطّابع الواقعي للبحث للعمل، فمحل الطّلب القضائيّ ليس إلّا واقعة، هي ما يطلبه مُقدم الطّلب، فتقديم طلب تعويض هو النّتائج الاجتماعيّة والاقتصاديّة التي تعود على طالب العمل القضائيّ، وهي دفع مبلغ من النّقود أم اعتبار هذا هو تعويض أم لا فهي مسألة قانون لا يختصّ بها الطّالب وإنّما من اختصاص القاضي.

وكذلك إذا قدم طلب بالطّلاق أو ثبوت نسب أو رد مال، فإنّ هذه المسائل لا تعتبر ادعاء لأنّها ترجمة قانونيّة للوقائع لا يقوم بها إلا القاضي.

ونحن نميل إلى الاتجاه الواسع في الفقه الفرنسي الذي يرى بأنّ طبيعة الادعاء هي واقع ليس إلّا، ذلك أنّ القول يعكس ذلك يعني ضرورة علم الأفراد بالنّواحي الفنيّة في القانون وأنّ الوصف القانوني للادعاء يجب أن يقيّد القاضي، والحقيقة أنّ القاضي غير مقيّد بالوصف القانوني الذي يسبغه الخصوم على ادعائهم، فالمحكمة تأخذ بالتكييف الصّحيح للقاضي دون أنّ يُعتبر ذلك تعديلًا للمحل.

ولكن استخلاصًا للمحل الصّحيح وتحييد القاضي بالنسبة للمحل والذي هي قاعدة من قواعد المرافعات الراسخة لا تستقيم إذا أسبغنا الصّفة القانونيّة على المحل. لذا فإنّ المحل "الادعاء هو مجرد واقع".

**٢- موقف القانون والفقه من طبيعة حقّ الادعاء:**

موقف القانون المرافعات المدنيّة الفرنسي الجديد من فكرة الادعاء استعمل قانون المرافعات الفرنسي الجديد، اصطلاح "الادعاء" باعتباره محل الطّلب القضائي، حيث تشير المادة (١/٤) إلى أنّ محل النّزاع يتحدد بالادعاءات المتبادلة بين الخصوم بينما تشير الفقرة الثانية من نفس المادة إلى أنّ هذه الادعاءات تتحدّد بصحيفة افتتاح الخصومة وبالطّلبات التي تقدم أثناء المرافعة، ويبدو التميّز بين الادعاء والطّلب واضحًا حينما ينصّ المشرّع الفرنسي على حظر تقديم ادعاءات جديدة في الاستئناف ولم ينصّ على حظر تقديم طلبات جديدة.

ومع حرص المشرّع الفرنسي على الدّقة في استعمال كلمة الادعاء والتّميّز بين الطّلب لكنه استعمل كلمة ادعاء بدلًا من طلب في بعض الحالات[٢].

---

[٢] ينظر، د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص٩٠.

[٣] نص المشرع الفرنسي في المادة ٥ من قانون الإجراءات المدنية الجديد على أنّه يجب على القاضي أنّ يفصل في كل ما يطلب منه وأنّ يفصل فقط في هذا المطلوب والمفروض أنّ يقول يجب على القاضي أنّ يفصل في كل المدعي به، وما استخدمه من لفظ الطلبات الإضافية في المادة (٦٣) من نفس القانون حين تعداد الطلبات

أمّا موقف الفقه المصري من فكرة الادعاء، فقد اتخذ الفقه المصري مواقف قيادية من فكرة الادعاء، فيذهب البعض إلى أنّ الدّعوى هي ادعاء أمام القضاء. وحجتهم في ذلك الاتفاق اللّغويّ للدّعوى، ويتماشى مع بعض التّغيرات المستخدمة في الدّعوى كرفعها وميولها أو تركها وقد ذهب البعض[١]، من أنصار هذا الاتجاه إلى أنّ مضمون الادعاء هو الطّلب القضائي أو موضوع الدّعوى، وطبقًا للتّشريع الفرنسي المعاصر والرأي الرّاجح في الفقه هو العكس أنّ الادعاء هو مضمون الطّلب.

فيما ذهب البعض الآخر إلى أنّ الادعاء حقّ يباشر بالطّلب القضائي شأنه شأن الدّعوى ثم ذهب بعد ذلك لقول بأنّ الادعاء جزء من الطّلب القضائي وأنّ الأخير يتضمّنه، وإذا كان الادعاء جزء من الطّلب القضائي صحيحًا فإنّ الادعاء هو حقّ غير صحيح ولا يتصوّر مباشرته بالطّلب لأنّ حقّ الدّعوى هو وحده الذي يباشر بالطّلب.

وذهب بعض الفقه المصري إلى أنّ الادعاء عنصر موضوعي في المطالبة القضائيّة أمّا عنصرها الشّكليّ فهو الإجراء الذي يباشر به الادعاء.

## الفرع الثاني: صور التّعسّف باستعمال حقّ الادعاء:

### مفهوم التّعسّف:

يعني البحث في مفهوم التّعسّف تعريفه، وتميزه عن المظاهر القانونيّة الأخرى.

### ١- تعريف التّعسّف:

لم يعرّف القانون المدني العراقي ولا القوانين المقارنة، التّعسّف باستعمال الحقّ، لكنه أكّد في المادتين السّادسة والسّابعة من القانون أعلاه وفي الباب التّمهيديّ على استعمال الحقوق ومسألة التّعسّف باستعمالها، وبذلك جعل مسألة التّعسّف باستعمالها مبدأً عامًّا يسري على استعمال الحقوق بشكل عام لا فرق بين حقّ عينيّ وحقّ شخصّيّ ولا حقّ موضوعي أو حقّ إجرائيّ ولا حقّ ماديّ أو حقّ معنويّ "ذهني"[٢].

فقد نصّت المادّة (٦) من القانون المدني العراقي بما يلي: "الجواز الشّرعيّ ينافي الضّمان، فمن استعمل حقّه استعمالًا جائزًا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر".

أمّا المادّة السّابعة فقد حدّدت معيار استعمال الحقّ بشكلٍ عام حيث نصّت: "من استعمل حقّه استعمالًا

المعارضة وكان الأوفق أن تسمى ادعاءات إضافية لأنّها تنصب دائماً على محل الطلب الأصلي. ينظر د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء امام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٩٠.

[٢] ينظر: أحمد مسلم، المرافعات،، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

[٣] إنّ قانون المرافعات المدنية العراقي كان جزءاً من القانون المدني قبل أنْ ينظم المشرع أحكامه في قانون مستقل.

غير جائر وجب عليه الضّمان". ويصبح استعمال الحقّ غير جائر في الأحوال التالية[١]:

أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير.

ب-إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهميّة بحيث لا تتناسب مطلقًا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة ولم يكتفِ المشرّع العراقي بذلك بل أورد لنظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ تطبيقات في قانون الإثبات، في نصّ المادتين (٥ و ١١٥/ ثانيًا)، وقد خلا قانون المرافعات العراقي من النصّ على نظريّة التّعسّف أمّا المشرّع المصري، فقد أورد نظريّة عامّة للتّعسف وذلك في المادة (٣) من قانون المرافعات المدنيّة والتّجاريّة وأورد لها تطبيقات متفرّقة.

أما التّعريف الفقهي للتّعسّف، فقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للتّعسّف في استعمال الحقّ، فتراوح تعريفهم للتّعسّف بين اعتقادهم بأنَّ التّعسّف هو خروج عن حدود الحقّ أو نوع من الخطأ التّقصيري.

وعليه يمكن تعريف التّعسّف في استعمال الحقّ "الانحراف عن الغاية المشروعة المتمثلة في المصلحة التي يبتغيها القانون من تنظيمه وحمايته للحقّ بحيث تتجاوز بشكل واضح وكبير ما يصيب الغير من ضرر أو استخدام الحقّ في غير ما شرّع له للإضرار بالغير[٢]، يرى الفيلسوف بلانيول أنّ الحقّ ينتهي عندما يبدأ التّعسّف فيجب أن لا يوجد الاستعمال التّعسّفي للحقّ لأنّ نفس الفعل لا يمكن أن يكون موافقًا للقانون ومخالف له في نفس الوقت والتّعسّف لا يقوم عند استعمال الحقّ وإنّما ينشئ عند تجاوز حدود هذا الحقّ الذي أقره ورسم حدوده المشرّع. أمّا المشرّع اللبناني فقد وضع معيار عام تضمنته المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقد حيث تنصّ على أنّه "يلزم أيضًا بالتّعويض من يضرّ الغير بتجاوزه في أثناء استعمال حقّه عن حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحقّ" ويلاحظ بأنّ المشرّع اللبناني وإن جاء بمبدأ عام للتّعسّف (الانحراف عن الغاية التي من أجلها شرع الحقّ) إلا أنّه جاء بمبدأ آخر هو حسن النية وقد أورد المشرّع بعض التّطبيقات لنظرة التّعسّف منها نصّ المادة ٢٤٨ قانون الموجبات والعقود بشأن الفسخ التّعسّفي للعقد والمادة ٥٨٤ موجبات وعقود والمادة ٨٢٢ موجبات وعقود.[٣]

---

[٢] ينظر نص المادتين (٦، ٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

[٣] ينظر: د. علي عبيد الحديدي، التّعسّف باستعمال الحق الإجرائي في الدّعوى المدنية، مرجع سابق، ص١٢٦.

[١] ينظر : د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، مرجع سابق، ص ٦٥٩.

**٢- تمييز التّعسّف عن المظاهر القانونيّة الأخرى:**

يكاد يختلط على البعض مفهوم التّعسّف مع بعض المفاهيم القانونيّة، فقد يقاضي أحدهم شخصًا آخر بدون وجه حقّ أو يحتال هذا الشّخص على القانون، أو يقوم ذات الشّخص بالغش في الإجراءات ويعتبر ذلك حقًّا له بموجب القانون وسوف نبحث ذلك في:

أ. التّعسّف والتقاضي بدون حقّ.

ب. التّعسّف والاحتيال على القانون.

ج. التّعسّف والغش الإجرائي.

د. التّعسّف وتجاوز حدود الحقّ.

**أ. التّعسّف والتّقاضي بدون حقّ:**

وكما عرفنا التّعسّف بأنّه الانحراف في استعمال الحقّ الإجرائي عن الغاية التي قررها المشرّع لاستعمال الحقّ وأنّه لا يرد إلا على استعمال الحقوق وغيرها من المراكز القانونيّة التي دون الحقوق في المرتبة مثل الرخص، أما التقاضي بدون حقّ، فهو كما واضح من عنوانه أي لا يوجد أي حقّ للمتقاضي في مقاضاة خصمه أي انعدام المصلحة القانونيّة من استعمال الحقّ، فشرط المصلحة المطالب بها أمام القضاء هو شرط متعلق بالنظام العام، وبذلك لا يجوز استعمال حقّ اللجوء إلى القضاء إلا أنْ يعترف القانون لمصالحهم بالحماية[١].

وبذلك يبدو الفرق واضحًا، فالتّعسّف يشترط وجود حقّ أو مركز قانوني مطالب به، يعترف القانون له بالحماية، ولكن ينحرف صاحب الحقّ باستعماله عن الغاية التي من أجلها شرّع هذا الحقّ وأعطيت الحماية له إمّا يستعمله بقصد الإضرار بالغير أو بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة أو تحقيق مصلحة ضئيلة لا تتناسب مع الضّرر الذي يسببه هذا الاستعمال للغير.

أما التّقاضي بدون حقّ، فإنَّ الشّخص لا يملك حقّ يعترف به القانون ويحميه، فالشّخص يلجأ للقضاء لتحقيق نوايا خبيثة منذ البداية.

**ب. التّعسّف والاحتيال على القانون:**

الاحتيال على القانون يعني التّهرب من تطبيق قاعدة قانونيّة آمرة عن طريق وضع تصرف أو

[٢] ينظر: المادتان (٩٧، ٩٨) من الدستور المصري وفق لآخر تعديلاته لعام ٢٠١٨، دار المطبوعات الجامعية القاهرة، ص٢٦-٢٧.

تصرفات قانونيّة في ظاهرها مطابقة للقاعدة القانونيّة ولكنها في الحقيقة وفي غايتها تخالف هذه القاعدة[١]، والشخص الذي يدفع بذلك، ليس له حقّ يحميه القانون وإنما يصطنع واقعاً مزيفاً يتحايل به على القانون، وفي العقود يتجنب المتعاقدان تطبيق قاعدة قانونيّة آمرة تتعلّق بالنّظام العام دون أن يخالفها كما لو في عقد الهبة حين يتفق المتعاقدان على أنّه عقد بيع، بينما التّعسّف يستند إلى حقّ تحميه الدّولة والقانون، فهو يقوم على عمل مشروع في البداية وينتهي بالتّعسّف وهو عمل غير مشروع. أمّا الاحتيال على القانون فإنه يبدأ بعمل غير مشروع منذ البداية.

**ج. التّعسّف والغش الإجرائي:**

الغش الإجرائي هو إيهام الغير بواقعة غير صحيحة بأنّها صحيحة، بقصد الإضرار به، فهو إخلال بواجب الصّدق والصّراحة، اللذين يفرضهما القانون على الأفراد، ويقع عند قيام الشّخص بتغيّير الحقيقة، بطرق ومسائل تدليسيّة وخداع الغير بالقول أو الفعل، فحين يتعلق التّعسّف باستعمال الحقّ في غير ما شرع له، ابتغاء تحقيق غاية أخرى، أو تحقيق مصلحة تتعارض مع مصلحة القانون[٢].

يكون الفرق واضحًا، فالتّعسّف في استعمال الحقّ، يكون للشّخص مصلحة ولو تافهة من ممارسة الحقّ، والإضرار بالغير قد يكون بالغًا وكبيرًا وبذلك لا يكون هذا موضعًا للغش، فالشّخص يستخدم حقّه الذي يحميه القانون.

**د. التّعسّف باستعمال الحقّ وتجاوز حدود الحقّ:**

للحقّ أوصاف وحدود، ينبغي على صاحب الحقّ عدم تجاوزها، واستعمال الحقّ في الحدود التي رسمها القانون. فتجاوز حدود الحقّ يعتبر خطأ يوجب المسؤولية، والتزام المخطئ بالتّعويض لمن أصابه الضّرر بسبب هذا التجاوز وذلك طبقًا للقواعد العامّة في المسؤولية والتي تقضي بأن كل من أخطأ أو سبب ضررًا للغير من جراء هذا الخطأ يلزمه التعويض.

ولغرض التّمييز بين التّعسّف وتجاوز حدود الحقّ، فالتجاوز عملًا غير مشروع منذ البداية، فالمشرّع يضع حدودًا موضوعيّة أو ماديّة لا بد على صاحب الحقّ أن يلتزم بها ويضمن عدم الخروج عنها، فتجاوز المالك حدود ملكيته ودخوله في ملك جاره يعتبر تجاوز لحدود حقّه في الملكية، ويشكل خطأً تقصيريًّا ويخضع لأحكام المسؤوليّة التّقصيريّة.

ويرى الفقيه الفرنسي بلانيوك أن التّعسّف باستعمال الحقّ هو خروج عن حدود الحقّ، فحيث ينتهي

---

[٢] ينظر: د. جميل الشرقاوي، نظرية البطلان في القانون المدني، جامعة القاهرة، ١٩٩٣، ص٣٠٠؛ د. سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي في التقاضي والتنفيذ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص١٣.

[٣] ينظر: د. سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي في التقاضي والتنفيذ، مصدر سابق، ص١٢.

الحقّ يبدأ التّعسّف[١]. ولكن غالبية الفقهاء يؤيدون التمييز بين التّعسّف باستعمال الحقّ، وتجاوز حدوده[٢].

أما التّعسّف باستعمار الحقّ فالشخص يمارس حقّاً مشروعاً منذ البداية بمقتضى حقّ شرعي له أو بمقتضى الإباحة، وإن هذا الحقّ له حماية أقرها المشرّع ولكن الشخص المتعسف يمارس هذا الحقّ على وجه يلحق الضرر بغيره أو يخالف الغاية التي من أجلها شرع هذا الحقّ. فالفعل يدخل في حدود مضمون الحقّ، فيكون مشروعاً في ذاته ولكنه يتقلب غلى عمل غير مشروع لانحراف وعيب في قصد صاحب الحقّ أو غرضه أي أن صاحب الحقّ ينحرف باستعمال حقّه عن الغرض الذي من أجله شُرع هذا الحقّ. مما يلحق ضرراً بالغير، وبذلك يمكن القول أن التّعسّف باستعمال الحقّ ذو نطاق شخصي أو في غرض ونية المتعسف بينما تجاوز حدود الحقّ ذو نطاق موضوعيّ "ماديّ" حيث يتجاوز الحدود التي عليه واجب احترامها والالتزام بها لأنّها مقرّرة من المشرّع.

إضافةً إلى أنّ تجاوز حدود الحقّ يشكل خطأً تقصيريًّا ويخضع مرتكبه لأحكام المسؤولية التقصيرية، أما التّعسّف باستعمال الحقّ فهو انحراف خارج نطاق الخطأ التّقصيري، إذ يمثّل التّعسّف باستعمال الحقّ عملًا أو تصرّفًا لا يكون إلا بقصد الإضرار بالغير، وهكذا يصبح الفرق واضحًا بين تجاوز حدود الحقّ والتّعسّف باستعمال الحقّ من حيث مشروعيّة العمل عند البداية، ومن حيث التّعويض[٣].

وينبغي على المتضرّر إثبات أنّ هذا الاستعمال بنية الإضرار، فمعيار التّعسّف هنا هو دافع الإضرار الذي دفع صاحب الحقّ لاستعمال السّلطات التي يخولها له هذا الحقّ. فالأصل أنّ الإنسان يكون حسن النّية، ويجوز إثبات قصد الاضرار بكافة طرق الإثبات، وجرى القضاء في أحكامه على استخلاص هذا القصد، من قرينه هي انعدام المصلحة في هذا الاستعمال أو تفاهتها قياسًا للضّرر الذي يسبّبه للغير. فالدّائن الذي يقيم دعوى إفلاس كيدية يكون متعسفًا باستعمال السّلطات التي خولها له القانون لاستيفاء حقّه، وكذلك طالب التّنفيذ الكيديّ والدّعاوى والدّفوع الكيديّة.

ويجري قضاء محكمة النّقض المصريّة على أنّ تقدير التّعسّف والغلو في استعمال الحقّ ممّا تستقل به محكمة الموضوع[٤].

وبذلك يختلف التّعسّف باستعمال الحقّ، عن تجاوز حدود الحقّ اختلافًا جوهريًّا حيث أن التّعسّف باستعمال الحقّ هو الانحراف عن الغاية التي من أجلها شُرّع هذا الحقّ بينما تجاوز حدود الحقّ، كما هو

---

[٢] ينظر: د. اسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٥٨، ص١٦٤.

[٣] ينظر: د. أنور سلطان، نظرية التّعسّف باستعمال حق الملكية، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٤٧، ص٧٨. د. أحمد حشمت ياوستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ط٢، ج١٤، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٤، ص٤٢٥. د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص٨١٢.

[٤] ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢٤٤.

[١] ينظر: حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٩/١٢/١٣ س٢٠، ص٣١٧.

واضح الامتداد إلى حقّ الغير.

**صور التّعسّف باستعمال حقّ الادعاء:**

تنحصر صور التّعسّف باستعمال حقّ الادعاء من قبل المدعي في المبالغة في الادعاءات سواءً كانت في الدّعوى القضائية أو الدّعوى التّحكيمية، وقد يقوم المدعي بإقامة الدّعوى من دون سبب أو أنّه لا يعتقد بصحّة دعواه، وإنّما أقامها من أجل التّهديد والابتزاز، ومن قبيل الادعاء الكيدي. ويعتبر من قبيل التّعسّف من يقيم دعوى سبق الفصل فيها.

**أولاً: المبالغة في الادعاءات:**

يعد من قبيل التّعسّف في التّحكيم قيام المدعي بادعاءات مبالغ فيها كالمدعي الذي يطالب خصمّه بمبالغ تعويضات لا تتناسب مطلقًا مع حقيقة الأضرار التي وقعت في حين حقيقة هذه الأضرار تافهة أو عديمة القيمة.

وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّ " المدعي يرتكب خطأً يؤدي إلى التّعسّف عندما يلجأ إلى القضاء ضد الموصي له بكل التّركة طالبًا ليس فقط ببطلان الوصية وإنّما التّصريح باستلام التّركة وبطلان كافة التّصرفات الناقلة للمُلكية التي تمّت بواسطة الموصي له، دون أنّ يقوم بدعوة المتصرف له في العقار بطريقة صحيحة في الخصومة وإجباره على رفع دعوى مستقلة للتّمسك بحقوقه وحصوله على وضع الأموال تحت الحراسة وهذا إجراء واضح الإفراط حيث حرمّ المشتري من حيازته لهذه الأموال[١].

وفي ذات الاتجاه، فإنّ قيام المدعي بتقدير قيمة الدّعوى بمبلغ قليل لغرض حرمان الخصم من درجة من درجات التقاضي يعدّ تعسّفًا باستعمال حقّ الادعاء، فإذا قدّر المدعي دعواه في عريضة الدّعوى بأقل من ألف دينار فإنّ الحكم الصّادر فيها يقبل الطّعن بطريق التّمييّز أمام محكمة الاستئناف بصفتها التّمييّزيّة. أمّا إذا قدّر المبلغ بأكثر من ألف دينار فإنّ الحكم الصّادر فيها يقبل الاستئناف أمام محكمة الاستئناف والتّمييّز أمام محكمة التّمييّز، وفي ذلك قضت محكمة التّمييّز العراقية حيث قالت "أنّ أحكام القانون المذكور تتعلّق بالنّظام العام فلا يجوز مخالفتها وعليه فإنّ رسم الدّعوى المذكور لا يخضع لمشيئة المدعي أو أطراف الدّعوى وأنّ للمحكمة الحقّ بإجراء المعاينة على العقار بمعرفة خبير لتقدير المنفعة المستوفية لأغراض الرسم إذا ما رأت أنّ التقدير الوارد في عريضة الدّعوى غير صحيح ولا يطابق الواقع

[٢] ينظر: cass. Civ. 7 novembre 1979, J. c.p. 1980 – IV – 26 ;civ 26 ; 2e , 2 octobre , 1984, Jcp 1984, IV , 338مشار اليه في د. إبراهيم امين النفياوي، التّعسّف في التقاضي، مرجع سابق، ص١٧٤، حيث يشير إلى الحكم أعلاه؛ ينظر ايضاً: د. أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٣٤٣.

وقد يكون الغرض من تقدير المدعي للدّعوى بقصد حرمان خصمه من طريق الطّعن بأحد الطّرق القانونيّة التي حددّها القانون؛ لذا قرّر قبول تصحيح القرار التّمييزي[١].

وقد تسنى لمحكمة استئناف القاهرة، الدائرة التجارية الأولى الفصل في الدّعوى التّحكيمية رقم (٣٩) لسنة ٣٠ قضائية، والتي تتلخص وقائعها في إبرام عقد بين الدولة الليبية وشركة محمد عبد المحسن الخرافي وهي شركة كويتية لإقامة مشروع استثماري سياحي "مشترك" وذلك طبقًا للقانون الليبي الخاصّ بتشجيع رؤوس الأموال الأجنبية، وقواعد الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية والتي تعد جزءًا لا يتجزأ من العقد.

وكذلك موافقة الدولة الليبية على التّحكيم وفق نظام الاتفاقية ونصّ العقد الذي وُقّع بتاريخ ٢٠٠٦/٦/٨ على التزام الطّرف الليبي بأنّ يسلّم الشّركة الكويتية أرض المشروع خالية من كل الشواغل مع ضمان خلوها من العوائق المادية والقانونيّة طيلة مدة الانتفاع البالغة تسعين سنة من تاريخ استلام أرض المشروع، كما نصّ العقد على التزام الشّركة الكويتيّة بتمويل إقامة المشروع وتشغيله الذي يتضمّن أيضًا فندق خمس نجوم، وشقق فندقية ومطاعم... الخ.

فوجئت الشّركة الكويتيّة بأنّ أرض المشروع محمّلة بالعديد من المشاكل والعوائق المادية والقانونيّة وأنّ الأجهزة الليبية المسؤولة عجزت عن تسليم أرض المشروع للشركة الكويتية بتاريخ شهر مايو أيار ٢٠١٠ ودون سابق إنذار ألغى وزير الاقتصاد الليبي الموافقة المسبقة "الاستثمارية" الممنوحة للشّركة الكويتية.

شرعت الشّركة الكويتية باتخاذ إجراءات التّحكيم وفقًا لشرط التّحكيم وتشكّلت هيئة التّحكيم من ثلاثة أعضاء، واتفق الأطراف على تطبيق القوانين الليبية على موضوع النزاع بما في ذلك قانون رؤوس الأموال الأجنبية وتعديلاته، على أنّ تحصل المحاكمة التّحكيميّة وفقًا للقواعد الإجرائية النافذة في مركز القاهرة الإقليمي للتّحكيم التّجاري الدّولي وفي مقره في القاهرة.

دفعت الشّركة الكويتية بأنّها لم يكن بإمكانها استصدار التراخيص المطلوبة، أو الرسومات والخرائط والتصاميم التفصيلية والجدول الزمني للإنجاز لأنّها لم تتسلم أرض المشروع خالية بدون عوائق مادية أو قانونيّة، وأنّ الدولة الليبية المضيفة للاستثمار هي وتابعيها ملزمة في كل الأحوال بحماية المستثمر الأجنبي "العربي" وأنّ الدولة الليبية هي المسؤولة وحدها عن عدم مباشرة أعمال المشروع وأنّ الدولة الليبية أنهت عملية الاستثمار بشكل تعسفي مماثل للتجميد والتدابير الأخرى.

والتي تحرّمها القوانين اللّيبية وقواعد الاتفاقية الموحدة، وهو الأمر الذي يرتّب مسؤوليّة الأجهزة

[١] ينظر، حكم محكمة التمييز العراقية المرقم ١١٨، موسعه، أولى، ٢٠٠١ في ٢٠٠٢/١/٣٠، غير منشور.

الليبية المحتكم ضدها، وبالغت في ادعاءاتها بالتعويض فقد طلبت التعويض عن الأضرار الأدبية والمادية المباشرة التي أصابتها من جراء التّعسّف في إنّهاء العقد وكما يلي:

١- طالبت بالتّعويض بأكثر من ٥٠ مليون دولار عن الأضرار الأدبية.

٢- طالبت بالتّعويض بأكثر من ثلاثين مليون دولار عن قيمة الخسائر والمصروفات المتكبّدة.

٣- طالبت بالتّعويض بأكثر من ملياري دولار عن الكسب الفائت لمدة العقد البالغة ٩٠ سنة مطروحًا منها مدة التنفيذ البالغة سبع سنين.

٤- وطالبت بفائدة مالية بمعدل ٤٪ سنويًّا عن إجمالي المبالغ المحكوم بها.

صدر الحكم التّحكيمي بتاريخ ٢٠١٣/٣/٢٢ لمصلحة الشّركة الكويتية وقد تضمنّ منطوق الحكم التّحكيمي إلزام الجهات الليبية بالتكافل والتضامن بدفع المبالغ المالية التالية:

- ٣٠ مليون دولار تعويضًا عن الأضرار الأدبية.
- ٥ مليون دولار قيمة الخسائر والمصروفات.
- ٩٠٠ مليون دولار تعويضًا عن الكسب الفائت.
- مليون وتسعمائة وأربعون ألف دولار عن رسوم ومصاريف التّحكيم.
- فائدة مالية على مجمل المبالغ المحكوم بها وقدرها ٤٪.

ولابدّ هنا من التعليق على هذه المبالغة في الادعاءات وهو من صلب بحثنا:

١- ادعت الشّركة الكويتية بالتّعويض عن الأضرار الأدبية بأكثر من ٥٠ خمسون مليون دولار وحكمت لها المحكمة التّحكيمية ب ٣٠ ثلاثون مليون دولار كتعويض عن الأضرار الأدبيّة والمعنويّة التي نتجت عن إنهاء العقد. فما هي الأضرار الأدبيّة والمعنويّة التي تضرّرت منها المدعية؟

في مجال المسؤوليّة المدنيّة، فالتعويض يعدّ أمرًا مرهونًا لزومًا لوقوع الضّرر بحيث يكون التّعويض متناسبًا مع الضّرر ومناسبًا لجبره، ويقاس الضّرر بمعايير أو أسس موضوعيّة تأخذ في الاعتبار الظروف الواقعية الملابسة، ويمثل التناسب في تقدير التّعويض قاعدة ثابتة من قواعد النّظام العام التي لا يجوز التّفريط بها لارتباطها الوثيق بمصالح وحقوق الأفراد.

فالأضرار المعنوية والأدبية دائمًا تنتج عن كوارث أو أخطاء جسيمة، كما لو أخطأ الطبيب أثناء توليده لسيدة، فأضرّ بالطّفل فسبّب له عاهة مستديمة، تؤرق أهله وذويه طيلة حياتهم أو تسبّب في مقتل شاب في مقتبل العمر نتيجة لخطأ طبيّ جسيم، أما في حالة إنهاء عقد لم يباشر به وسط ظروف سياسيّة واجتماعيّة صعبة، فقد تؤدّي إلى حرب أهلية كما هو الحال في هذه القضية لا مجال للحديث عن الأضرار

المعنويّة.

٢- ادعت المدعية الشّركة الكويتية بالتعويض عن الخسائر المادية ب ٥٥ مليون دولار وحكمت لها المحكمة التّحكيمية ب ٥ مليون دولار فما هي الخسائر الماديّة التي تحملتها المدعية؟

فالشّركة الكويتية المدعية لم تستلم موقع العمل "أرض المشروع" ويعني ذلك أنّ الشّركة لم تعمل خرائط ولا تصاميم ولا فحوصات تربة، ولا سكن أو مكاتب للمهندسين والعمال. فالمشروع يعدّ حبر على ورق وكانت الشّركة وقبل طلبها التّحكيم قد طلبت مبلغ ٥ مليون دولار كتسوية نهائية وتنهي العلاقة بين الطرفين. وما أنّ قدّمت طلب التّحكيم وخلال دعوى التّحكيم أخذ التّعويض يتصاعد بشكل دراماتيكي حيث رفعت مقدار التّعويض أكثر من مرّة بداية من ٥٥ مليون دولار ليصل إلى مليار ومئة وأربعة وأربعون دولار وليستقر في طلباتها الختاميّة إلى ما يزيد عن مليارين و٥٥ مليون دولار تعويضًا لها عن إنهاء المشروع. ومع الأسف فقد ساير الحكم التّحكيمي هذا السّلوك الصّادر عن الشّركة المُدعية وانقاد اليه وتعامل معه بجدية، وبمنطق عاجز وحجج واهية سقيمة، فصار الحكم سخيفًا كما وصفته محكمة استئناف القاهرة.

٣- بالغت الشّركة المدعية في طلب التعويض عن الكسب الفائت فطلبت التعويض بأكثر من مليار دولار وكانت عقيدة المحكمة التّحكيمية وسلطتها التقديرية بحسب ما جاء بنص الحكم التّحكيمي إلى أنّ معدل الخسارة التي لحقت بالشّركة المدعية من جراء الفرص الضائعة، والأكيدة والمحققة بسبب الإطاحة بالمشروع هو مبلغ ملياريّ (٢) مليار دولار هذا هو تقدير الهيئة التّحكيمية الذي جاء أكثر مما طالبت به الشّركة المدعية، فكانت الهيئة التّحكيمية "رأي الأغلبية" منحازة وملكيّة أكثر من الملك.

ويسترسل الحكم التّحكيمي بأنّ الهيئة التّحكيمية لم تتردد باستعمال الرأفة بعد استماعها لمرافعة المحامي الحاضر عن الطرف الليبي المدعي عليه.[١]

أنّ تقدير الحكم التّحكيمي للتّعويض ب ٩٠٠ مليون دولار عن الكسب الفائت يتسم بالتّعسّف والغلظة والإسراف الشديد ويخرج عن حدود المعقول ويشكل انتهاكًا خطيرًا لمبدأ التّناسب أو التّكافؤ بين التّعويض وبين الضّرر مهدرًا بذلك الحقوق والمراكز القانونيّة المتصلة بالدّعوى التّحكيمية بما يشكّل انتهاكًا وإخلالًا بالضّمانات المشروعة للمحاكمة المنصفة (العادلة).

ويجب عدم الخلط بين التّعويض عن الضّرر المباشر المحقّق الموجود في المستقبل وبين التّعويض المالي عن ما يسمى بالكسب الفائت المحتمل، فالكسب الفائت لا يكون عن ضرر سيقع حتمًا في المستقبل

[١] ينظر حكم محكمة مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ ٢٠١٣/٣/٢٢ والمنشورة في مجلة التحكيم العالمية لسنة ٢٠١٦، العددان ال ٣١ و ٣٢، بيروت، ص ٢٩، والمحامي الذي ترافع بخطاب بليغ عن الجانب الليبي هو الأستاذ الدكتور هشام صادق.

بل يبنى على فوات فرصة وقوعه فإذًا هناك فرق جوهري بين التّعويضين فهما أمران مختلفان، فلكلّ منهما، نِطاقه وضوابطه الحاكمة، فالكسب الفائت الناتج عن فوات الفرصة، ليس ضررًا مؤكدًا أو أمرًا محتومًا، بل أنّه مقرر فقط وخاصّة في ظروف البلد الصّعبة الطّاردة للسّياحة والتي تنذر بحرب أهلية وأنّ حساب الكسب الفائت الناتج عن فوات الفرصة ضررًا مؤكدًا ولمدة ٨٣ سنة ثلاث وثمانين سنة هي خطيئة كبرى اقترفتها المدعية وسايرتها هيئة التّحكيم فجاء حكمها المطعون فيه موصوفًا – بقوة – بالانحراف في استعمال السّلطة التّحكيمية وبتجاوزها. كما جاء بحكم محكمة استئناف القاهرة بعد أن تصدّت للحكم في الموضوع بعد أنّ أعادت الحكم إلى محكمة الاستئناف لمرتين، فردّت محكمة الاستئناف بعدم الاختصاص.

**ثانيًا: إذا كان المدعي لا يعتقد بصحّة دعواه أو سبق الفصل فيها أو ادعى التزوير:**

**١- إذا كان المدعي لا يعتقد بصحّة دعواه أو سبق الفصل فيها:**

أوجد المشرّع الحقّ في طلب الحماية القضائية، للحقوق والمراكز القانونيّة يشترط استعمالها من قبل صاحب الحقّ أو المركز القانوني وفق الغاية التي من أجلها شرع هذا الحقّ في طلب الحماية، فإذا ما استعمل صاحب الحقّ، طلب الحماية استعمالًا سيئًا أو يغيّر الغرض الذي شُرّع من أجله، عُدَّ صاحب الحقّ متعسّفًا في استعمال حقّ اللّجوء إلى القضاء أو التّحكيم، ومن صور هذا الاستعمال التّعسّفي، أنّ يقيم المدعي دعواه دون اعتقاد راسخ بصحّة دعواه مع قدر معقول من المبرّرات التي تؤيد صحّة هذا الاعتقاد، فإذا تبيّن أنّ المدعي لا يعتقد بصحّة ما يدعيه، فإنّ ذلك يعني بأنّ طلب الحماية القضائيّة أو التّحكيميّة، ليس له ما يبرّره، وأنّه لجأ إلى التّحكيم بسوء القصد منه الإضرار بخصمه ويكون بذلك متعسّفًا في دعواه، وفي ذلك نصّت محكمة النّقض الفرنسيّة "أنّ دعوى المدعي تكون تعسّفيّة إذ لم يكن لديه اعتقاد راسخ في صحّة دعواه[١].

وقد تتخذ صور تعسّف المدعي شكلًا آخر، وهو تحقيق هدف أو غرض خبيث في نفس المدعي، لذلك يقوم باستغلال إجراءات المرافعات لتعطيل الفصل في الدّعوى بإثارة الكثير من الطّلبات التي تحتاج إلى وقت طويل لتحقيقها أو إثارة المسائل الأولية التي تخرج عن اختصاص هيئة التّحكيم وقد يستغرق الفصل فيها مدة التّحكيم، وقد يطعن بأوراق يقدّمها المدعي عليه بالتزوير ممّا تضطر هيئة التّحكيم إلى إحالة الموضوع إلى القضاء، وعندما تصل القضية التّحكيميّة إلى القضاء فإنّ ذلك يعني انتهاء حسنات التّحكيم والغرض الذي من أجله ذهب الطّرفان إلى التّحكيم.

---

[١] ينظر: cass.civ.2e,20 juin 1984, JCP 1984. IV.211.

مشار إليه د. إبراهيم أمين التفيادي، التّعسّف في التقاضي، مرجع سابق، ص١٧٦، حيث يشير إلى حكم محكمة التمييز الفرنسية أعلاه.

ومن صور تعسّف المدعي هو توسيع نطاق الخصومة التّحكيميّة من جهة أشخاصها وهي وسيلة فعّالة لإرباك القضية التّحكيميّة وتعطيل الفصل فيها فالدّائنون يملكون التّدخل في خصومة التّحكيم ومراقبة تصرّف مدينهم ويجوز لهم التّمسّك باتفاق التّحكيم الذي أبرمه مدينهم وبذلك يستطيعون تحريك الإجراءات أمام هيئة التّحكيم[١].

ومن صور تعسّف المدعي، قيامه برفع دعوى، يثبت لاحقًا بأنّها تجديد لنزاع سابق تمّ الفصل فيه، أو الصّلح فيه بين نفس الأشخاص والمحل والسّبب من قبل القضاء أو التّحكيم، ممّا يشغل هيئة التّحكيم بادعاء كيدي الغرض منه إضاعة وقت وجهد الخصوم وهيئة التّحكيم.

وقد قضت محكمة التّمييز العراقية في ذلك "وجد أنّ الحكم المميّز صحيح وموافق للقانون ذلك لأنّ المدعي سبق وأنّ أقام الدّعوى البدائية لدى نفس المحكمة على المدعي عليها للمطالبة بأجر المثل من ١٩٩٤/١/٣١ وقد حسمت بتاريخ ٢٠٠٠/١٠/١٥ بالرد واكتسب الحكم الدرجة القطعية وأصبح حجة بما فصل فيه عن حقوق.

وذلك لاتحاد طرفي الدّعوى وتعلق الدّعوات بذات الحقّ محلًا وسببًا عملًا بأحكام المادة ١٠٥ من قانون الإثبات العراقي وإنّ المدّة الذي يداعي بها المدعي في هذه الدّعوى داخلة في نفس المدة التي سبق المطالبة بها ممّا لا يجوز النّظر فيها لسيق الفصل فيها، وهو ما قضي به الحكم المميّز لذا قرّر تصديقه[٢].

**٢- إذا ادعى المدعي بالتّزوير:**

الادعاء بالتزوير لتعطيل الفصل في الدّعوى من أكثر الوسائل التّعسّفية شيوعاً هو الادعاء بأن من أكثر الوسائل التّعسّفية شيوعاً هو الادعاء بأن الخصم الآخر "المدعى عليه" قد قام بتزوير دليل كتابي وقدمه في الدّعوى، وذلك لتعطيل الفصل فيها، أو يقصد الكيد أو للانتقام من الخصم الآخر. وبذلك يضطر المحكم لإحالة طلب الادعاء بالتّزوير إلى المحكمة المختصّة، وإيقاف إجراءات التّحكيم لحين الفصل في هذا الادعاء لأنّه يخرج عن اختصاص المحكم النّظر في دعاوي التّزوير لأنّها ممّا لا يجوز التّحكيم فيه، وعند ذلك تذهب كل حسنات التّحكيم بمجرد إحالة طلب الادعاء إلى القضاء، ولأنّ التّزوير يعتبر جريمة "جناية" فهي من النّظام العام، ويمكن للخصم سيئ النّية طرح هذا الادعاء في كل مراحل الدّعوى فيتربص هذا الخصم لحين وضوح اتجاه المحاكمة التّحكيميّة في غير صالحة فيقدّم هذا الادعاء لتعطيل الفصل في

---

[٢] ينظر: د. فهيمة أحمد علي القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠١٥، ص١٩٤.

(١) ينظر المادة ٦ من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة ٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة ٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية والمادة ٣ من قاانون اصول المحاكمات المدنية الأردني والمادة ١٢٠ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

الدّعوى وإطالة أمد التّحكيم وقد تنتهي بذلك مهلة التّحكيم. فيتخلص نهائيًا من التّحكيم، ولا يمكن تمديد مهلة التّحكيم إلّا باتفاق الطّرفين فيصبح مصير التّحكيم بيده، ومناط التّعسّف بالادعاء بالتّزوير هو أن يكون هذا الادعاء غير جديّ ولتحقيق مصلحة غير مشروعة، ولذلك يعتبر مدعي التّزوير بدون وجه حقّ متعسّفًا باستعمال حقّ الادعاء وعلى المحكمة التّأكّد من الادعاء بالتّزوير قبل الإحالة إلى المحكمة المختصّة فإذا استشفّ ومن خلال ظروف الدّعوى بأنّ دعوى التّزوير كيديّة، فباستطاعته رفض الادعاء ولا يكون ذلك إخلالًا بمبدأ حقّ الادعاء حيث قضت محكمة النّقض المصريّة بأنّه "إذا كان الطّاعن قد طلب في مذكرته الأخيرة بعد حجز القضية للحكم إعادة الدّعوى للمرافعة ليقرّر الطّعن بالتّزوير في محضر إعلان يأشره المحضر ورفضت المحكمة الاستجابة لهذا الطّلب استنادًا إلى أنّه قد انقضت مدة سنة من تاريخ رفع المعارضة في الحكم الغيابي دون أن يقرّر الادعاء بالتّزوير واستخلصت المحكمة من ذلك أنّه طلب كيدي يبغي من ورائه إطالة أمد التقاضي فإنّها لا تكون قد أخلت بحقّ الدّفاع[١].

## الخاتمة:

تندرج هذه الدّراسة "التّعسّف في حقّ الادعاء في الدّعوى التّحكيمية" تحت طائفة أعمال حماية الحقّ الإجرائي من الاستعمال التّعسّفي للحقّ، فالمشرّع وفي كافة الأنظمة القانونيّة، منع اقتضاء الأفراد حقّهم بأنفسهم وشرّع الحقّ الإجرائي، ونظم طريقة استعماله بشكلٍ لا يؤدّي إلى إحداث ضرر للغير.

وجاء ذلك بعد جهود مضنيه، تخلّلها صراع المذهب الفرديّ والاجتماعيّ، فالمذهب الفرديّ، الذي يرى أنّ الحقوق مطلقة بإمكان صاحبها استعمالها كيف ووقت ما يشاء حتى ولو أدّى ذلك إلى ضرر للغير، وبين المذهب الاجتماعيّ الذي يرى بأنّ الحقوق نسبية، وأنّ لها غاية اجتماعيّة، وما يترتّب عن ذلك بإجازة المسؤوليّة عن استخدام الحقّ بشكل تعسّفيّ، وقد انحسرت فكرة الحقوق المطلقة، والذي لا يسأل صاحبها عن استعمالها، وجاءت التّشريعات في كل النّظم القانونيّة، تؤكّد حقّ الأفراد في اللّجوء إلى السّلطة القضائيّة لحماية حقوقهم والدّفاع عنها، حيث نصّت المادّة ١/٧ من قانون أصول المحاكمات المدنيّة اللّبنانيّ على "الدّعوى هي الحقّ الذي يعود لكل ذي مطلب بأن يتقدّم به إلى القضاء للحكم له بموضوعه، ثم أقرّ حقّ الدّفاع في الفقرة ٢، وهي بالنّسبة للخصم الحقّ بأن يدلي بأسباب دفاع أو دفوع ترمي إلى دحض ذلك المطلب، وأعطت هذه المادّة أعلاه الحقّ في الادعاء والدّفاع لكل شخص طبيعيّ أو معنويّ لبنانيّ أو أجنبي. ثم اعتبرت هذا الحقّ دستوريًا لا يمكن للسّلطة القضائيّة أن تعتذر عن قبول حماية الحقّ الموضوعيّ،

(٨) حكم محكمة القض المصرية في ١٩٦٥/١١/١١، لسنة ١٦ ق، مشار إليه في د. إبراهيم عبد التواب، النظرية العامة للتعسف باستعمال الحق الإجرائي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٥، ص ٢٠٠.

حيث نصّت المادّة ٤ من قانون أصول المحاكمات المدنيّة اللّبنانيّ "لا يجوز للقاضي تحت طائلة اعتباره مستنكفًا عن إحقاق الحقّ:

١- أن يمتنع عن الحكم بحجة غموض النّصّ أو انتقائه.

٢- أن يتأخر بدون سبب عن إصدار الحكم.

وشرّعت هذه الدّراسة "التّعسّف في حقّ الادعاء في الدّعوى التّحكيميّة" بالتّعريف بمفهوم التّعسّف وشروطه القانونيّة، حيث عرفت هذه الدّراسة التّعسّف: وهو استعمال صاحب الحقّ المشرّع له في غير الغرض الذي من أجله شُرّع هذا الحقّ مما يلحق ضررًا بالغير"، وميّزت الدّراسة التّعسّف عن بعض المفاهيم القانونيّة مثل تجاوز حدود القانون فتجاوز حدود القانون عمل غير مشروع منذ البداية، بينما التّعسّف باستعمال الحقّ، هو عمل مشروع في البداية يؤدّي إلى الانحراف بالغاية التي من أجلها شرّع الحقّ، وكذلك ميّزت التّعسّف عن عدم القبول.

فالدّفع بعدم القبول هو وسيلة يستعين بها الخصم، وينكر بمقتضاها سلطة الخصم في استعمال الدّعوى، كأن يزعم انتفاء صفة الخصم أو صدور حكم بالموضوع يجوز حجية الأمر المقضي فيه دون التّعرّض لأصل الحقّ.

أما البطلان، فهو جزاء قانوني يوصف به المشرّع العمل المخالف لنموذجه القانوني الذي شرّعه، فإنّه وصف لسلوك الشّخصّ المخالف للنّموذج القانوني للعمل، سواءً تعلّق هذا السّلوك بمضمون النّموذج أو غايته أو تعلّق بعمل أو الامتناع عن العمل، وعليه يمكن وصف العمل المخالف بالبطلان.

أمّا ما يميّز التّعسّف عن الحكم على الخاسر بالمصاريف، مع أنّه في كثير من الأحيان يكون جزاء التّعسّف هو الحكم على الخاسر بالمصاريف إلّا أنّ الحكم على الخاسر بالمصاريف هو تقليد قديم في القانون الرومانيّ وانتقل إلى القانون الفرنسيّ، ومصدره أنّ الوفاء بالحقّ هو يجب أن يكون اختياريّ، إلّا أنّ امتناع الخصم عن الوفاء به اختياريًّا ولم يقرّ به وأشغل القضاء، أدّى إلى فرض هذا الجزاء وهو الحكم بالمصاريف وهو جزاء بأبسط صوره.

وكذلك يتميّز التّعسّف عن التّقاضي بدون حقّ، ويعني التّقاضي مع انعدام المصلحة القانونيّة، فالمشرّع أوجب استعمال الحقّ الإجرائي لمن يعترف القانون لمصالحهم بالحماية، أي أن يكونوا في مركز قانوني يعترف به القانون. أما التّعسّف باستعمال الحقّ هو وجود صاحب الحقّ في هذا المركز القانوني المعترف به لكنه يستعمله في غير ما شرّع من أجله ولا يرد التّعسّف إلا على استعمال الحقوق والرّخص.

ويتميّز التّعسّف باستعمال الحقّ كذلك عن الاحتيال على القانون ذلك بأنّ الاحتيال يعني التّهرب من تطبيق قاعدة قانونيّة آمرة عن طريق اصطناع تصرّف قانوني بشكل يؤدي ظاهره مطابقًا للقانون مع استهداف غاية أخرى مخالفة لهذه القاعدة وهو يمارس من قبل شخص ليس له حقّ أو رخصة.

ويتميّز أيضًا عن الغش الإجرائي بأنّ الغش هو إيهام الخصم أو الغير بواقعة غير صحيحة على أنّها صحيحة بقصد الإضرار، فهو إخلال بواجب الصّدق والمصارحة التي يتطلّبها القانون.

ثم بحثت هذه الدّراسة جزاء التّعسّف، ومنها الإجراءات الوقائيّة من التّعسّف والجزاءات المالية والجنائيّة، للحدّ من التّعسّف باستعمال الحقوق، وكان ذلك في مقدّمتها.

ثم بحثت الدّراسة التّعسّف في اتفاق التّحكيم وكيفيّة استغلال صياغته المعيبة للتّعسّف ونوايا الخصم سيء النّية في وضع صياغة ملتبسة غايته استعمالها لاحقًا للتّهرب من التّحكيم في حالة أن يكون التّحكيم في غير صالحه. ثم التّعسّف في إجراءات المحاكمة التّحكيميّة، فمن المعروف أنّ المحاكمة سواءً إن كانت في التّقاضي أو التّحكيم تشتمل على العديد من الحقوق الإجرائيّة، يمكن التّعسّف باستعمالها ابتداءً من حقّ الادعاء والذي يجد فيه الخصم سيء النيّة العديد من الطّرق الاحتيالية لاستخدامها سلاحًا يهدّد فيه خصمه، فإذا لم يكن له حقّ في الدّعوى فيعتبر متعسّفًا باستعمال الحقّ فيها، ثمّ لا بدّ للمشرّع من إعطاء حقّ الدّفاع للخصم الآخر تحقيقًا للعدالة، وكذلك يكون لهذا الحقّ العديد من الطّرق التّعسّفيّة يمكن استخدامها للمماطلة والتّهرّب من التّحكيم، أشارت لها الدّراسة، وبعد صدور الحكم التّحكيميّ، كان لا بد للمشرّع من إيجاد طريقة تضمن أن هذا الحكم صدر صحيحًا، موافقًا للقانون، ويحقّق العدالة فكان أن سمح المشرّع بحقّ الطّعن في الحكم وهذا الحقّ أيضًا يحمل بطياته الكثير من الطّرق الاحتيالية لاستعمال الحقّ في الطّعن بشكل تعسّفيّ لكي يحقّق الخصم سيء النّية مصلحة غير مشروعة، كأن يعين إجراءات التّحكيم من بدايتها ممّا يكلّف الخصم جهدًا ووقتًا ومالًا.

ولم يسلم حقّ التّنفيذ من الاستعمال التّعسّفي، حيث يقوم الخصم المدين سيء النيّة بمحاولات عديدة لكي يفلت من التّسليم بالحقّ الذي قضى به الحكم، فيلجأ إلى كافة الطّرق الاحتيالية، لكي لا ينفذ ما قضى به الحكم، وبعد أن وصلت الدّراسة إلى نهايتها لابد من تسجيل نتائجها كالآتي:

– كشفت الدراسة أنّ الخصم سيء النيّة قد يحصل على الحكم التّحكيمي، بطريق الغش أو الاحتيال والذي ينطلي في كثير من الأحيان على المحكمة التّحكيمية، فيصدر الحكم وهو لا يحقّق العدالة، ولدى محاولة معالجة ذلك عن طريق الطّعن به نجد أنّ كافة الأنظمة القانونيّة، لا تجعل من الغش أو الاحتيال أو الرّشوة

سببًا للطّعن، وأمام هذه المشكلة وغياب النّصّ القانونيّ الذي يعالج هذه الحالة أدى ببعض الأنظمة القضائيّة إلى معالجة هذه الحالات بطرق فرديّة واجتهادية، فذهب القضاء الفرنسي والقضاء اللبناني والقضاء المصري إلى الاستعانة بنظام الرجوع عن الأحكام الباته، ولكن هذه السابقة القضائية التي هي من تدبير القضاء الفرنسي تشترط خطأ المحكمة العليا الإجرائي، وإن ليس للخصم أي دخل في هذا الخطأ، ونفاد طرق الطّعن وأنّ هذا الخطأ الإجرائي يسبّب ضررًا جسيمًا للخصم، والحقيقة أنّ حالة التّدليس والغش والرّشوة في استصدار الحكم، لم تكن خطأ المحكمة العليا الإجرائيّ ولذلك لا يمكن الأخذ بهذه الطّريقة ثم طرح القضاء فكرة ضم حالة التّدليس والغش تحت سبب للطّعن موجود في كل قوانين التّحكيم وهو مخالفة النّظام العام مستندةً إلى أن هذه الأحكام التي صدرت بالغش والتّدليس مخالفة للنّظام العام.

– كشفت الدّراسة، عن إغفال معظم عقود الاتفاق على التّحكيم والتي تنظّم المنازعات المتعلقة بالعقد تضمين هذه العقود مسألة صحّة العقد، فإنّ الأطراف وهم يتوصلون بعد جهد جهيد إلى تنظيم العقد الأصلي، ثم وضع الشّرط التّحكيميّ يغفلون ذكر، أنّ المنازعات في صحّة العقد، مشمولة اتفاق التّحكيم فما أن يمضي الأطراف بتنفيذ العقد، وعند نشوب الخلاف يسرع الطّرف الذي لم تعدْ لديه مصلحة في الاستمرار بالتّحكيم إلى الطّعن بصحّة العقد، ليعرقل سير المحاكمة التّحكيمية ويخرج النّزاع من التّحكيم إلى قضاء الدّولة صاحب الولاية الأصلية في نظر المنازعات والمشكلة أنّ منازعات صحّة العقد، إذا لم تذكر في نطاق النّزاع المتفق عليه لا تكون المحكمة التّحكيميّة مختصة بنظرها، لذا لا يستطيع المحكم بالمضي في الفصل في المنازعة لعدم اختصاصه فيها.

– كشفت الدّراسة من أن معظم الأنظمة القانونيّة التي ضيّقت بالطّعن على أحكام التّحكيم وقصرتها على الطّعن بالبطلان لأسباب جاءت على سبيل الحصر "رغبة من المشرّع بالحفاظ على أهم ميزة لنظام التّحكيم وهي سرعة إعلان الحكم التّحكيمي مقارنة بالحكم القضائي"، ثم جعلت الطعن بالبطلان لا يسمح بالتّجريح بالحكم التّحكيميّ أو مس القضاء الذي يحتويه مُعلنة أنّ الطّعن بالبطلان ليس غايته تعديل الحكم وإنّما التّأكد من أنّ الحكم صدر وفق إجراءات صحيحة وأنّ المحكم له سلطة الفصل في النّزاع استنادًا لاتفاق التّحكيم.

وأمام هذا العجز في إيجاد نصّ قانوني صدرت أحكام القضاء معالجة كل حالة حسب ظروفها وكل محكمة حسب سلطتها التقديريّة، والحقيقة أن المحكمة لها السّلطة التّقديريّة في أن تصدر حكمًا استنادًا لمبادئ العدل أو الإنصاف أو ترد الطّعن، فتصبح الأمور فوضى لاختلاف الحلول حسب كل محكمة، لذا

نرى من الواجب أن تتضمّن تشريعات الدّول النّصّ على أنّ الغش والتّدليس والرّشوة تكون من ضمن الأسباب المخالفة للنّظام العام فتجوز حينئذ الطّعن عليها لهذا السّبب.

ذهب القضاء الفرنسي وعلى أعلى درجاته إلى تقرير إمكانية الطّعن بالبطلان على حكم التّحكيم بسبب الغش على الرّغم من أنّ هذا السّبب غير وارد على نحو الاستقلال كسبب للطّعن بالبطلان، فما يضير أن ينصّ المشرّع على ذلك في القانون ويقطع دابر الموضوع.

## قائمة المراجع والمصادر:


١- إبراهيم عبد التواب، النظرية العامة للتعسف باستعمال الحقّ الإجرائي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة.

٢- أحمد حشمت ياوستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ط٢، ج١٤، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٤.

٣- أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحقّ في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونيّة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

٤- أدوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، ج١، نظرية الدّعوى، بدون دار نشر، لسنة ١٩٧٧.

٥- إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحقّ، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٥٨.

٦- أنور سلطان، نظرية التّعسّف باستعمال حقّ الملكية، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٤٧.

٧- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

٨- جميل الشرقاوي، نظرية البطلان في القانون المدني، جامعة القاهرة، ١٩٩٣.

٩- حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٩/١٢/١٣ س٢٠، ص٣١٧.

١٠- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٢.

١١- سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي في التقاضي والتنفيذ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

١٢- عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونيّة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

١٣- عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٤- عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني ط١، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٨٧.

١٥- عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، أمام القضاء المدني ط١، بدون مكان نشر، ١٩٨٧.

١٦- علي مصباح إبراهيم، الوافي في أصول المحاكمات المدنية ج١ ط١، بدون دار نشر، سنة ٢٠١١، بيروت، لبنان.

١٧- فتحي والي، قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٦.

١٨- فهيمة أحمد علي القماري، أثر اتفاق التّحكيم بالنسبة للغير، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠١٥.

١٩- محمد حسن قاسم، ود. محمد السيد الفقي، أساسيات القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة نشر.