

## الإشكاليات القانونية التي تثار بشأن أهلية إبرام اتفاق التحكيم

الدكتورة/ فاطمة خالد المحسن

قسم القانون العام

كلية الحقوق - جامعة الكويت

### ملخص:

على الرغم من أن للتحكيم مميزات كثيرة، إلا أن اللجوء إليه من قبل المهتمين لا يزال محل تردد كبير، ويرجع السبب في ذلك إلى التخوف من دعوى البطلان الأصلية على حكم التحكيم والتي نظمها المشرع الكويتي في قانون المرافعات، ولعل السبب الأكثر شيوعاً لكي يوصم حكم التحكيم بعبث يؤدي إلى إمكانية الحكم ببطلانه من قبل القضاء الكويتي هو عدم توفر الأهلية المطلوبة فيمن يبرم اتفاق التحكيم، مما قد يؤدي إلى بطلان هذا الاتفاق أو قابليته للإبطال. وعلى الرغم من أن مسألة الأهلية تعتبر من أساسيات صحة الرضاء الصادر من طرفي عقد التحكيم، إلا أن الأخطاء كثيرة في هذا المجال، فعلى صعيد الأشخاص الطبيعية، فإن هذا البحث سيناقش أهلية إبرام اتفاق التحكيم بالنسبة للقاصر و القاصر المأذون له بالإدارة، والبالغ الذي يعترض أهليته عارض ما، والوكيل الاتفاقي عن البالغ. وأما على صعيد الأشخاص الاعتبارية، فإن هذا البحث سيناقش مدى صلاحية أجهزة الدولة الحكومية في إبرام اتفاقات التحكيم باعتبارها أشخاصاً عامة من جهة، وكذلك مدى صلاحيات الممثل القانوني عن جميع أنواع الشركات التجارية في إبرام اتفاق التحكيم، من جهة أخرى.

### المقدمة

نبدأ باسم الله الرحمن الرحيم، نحمده ونستعين به ونستغفره، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله، عليه أفضل الصلاة والسلام.

وبعد،

عرف التحكيم في دولة الكويت تشريعياً - باعتباره طريقاً موازياً لقضاء الدولة لفض المنازعات - منذ العام ١٩٨٠<sup>(١)</sup>، إلا أن الأنظار تعود إليه مؤخراً بسبب السياسات

(١) تم تنظيم التحكيم بموجب المرسوم بقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية وتحديدًا في الباب الثاني عشر والذي يحتوي على المواد من ١٧٣ - ١٨٨.

المتبناة حديثاً والتي تعزز فكرة تحويل دولة الكويت إلى مركز مالي وتجاري عالمي من خلال تشجيع استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية من جهة، وتعزيز دور القطاع الخاص المحلي من جهة أخرى. وعلى الرغم من أن للتحكيم مميزات كثيرة لا تخفى على المشتغلين في المجال التجاري - ومنها على سبيل المثال سرعة إجراءات التقاضي، وسرية جلسات التحكيم، والتخصص الفني للمحكّمين، واطمئنان العنصر الأجنبي له بالمقارنة مع القضاء الوطني - إلا أن النص عليه في العقود (كشرط) أو الاتفاق عليه استقلالاً (كمشاركة) لا يزال محل تردد، ولأنني قد وفقت - بفضل الله تعالى - للعمل في مجال التحكيم المحلي في الكويت لفترة ما كمحكمة ومدربة، فقد علمت أن أكثر ما قد يمنع المعنيين من الإقدام على التحكيم هو (دعوى البطلان الأصلية على حكم التحكيم) والتي نص عليها المشرع الكويتي في قانون المرافعات في المادة ١٨٦ منه. وبعد البحث عن الأسباب التي تؤدي إلى إمكانية أن يوصم حكم المحكم بعبث قد يؤدي إلى الحكم ببطلانه من قبل القضاء وجدت أن السبب الأكثر شيوعاً هو عدم توفر الأهلية المطلوبة فيمن يبرم اتفاق التحكيم، مما يؤدي إلى بطلان هذا الاتفاق أو قابليته للإبطال، ومن ثم المطالبة ببطلان حكم التحكيم الذي صدر بناء عليه. وقد يبدو هذا السبب للوهلة الأولى سبباً غريباً باعتبار أن تحقق الأهلية المطلوبة فيمن يقدم على التصرف القانوني يعتبر من المسلمات القانونية التي لا يعقل أن تشكل معضلة قانونية عند بحثها، ولكن الواقع العملي أثبت عكس ذلك؛ حيث إن تحديد الأهلية يدق أكثر في حالة عندما لا يبرم الشخص - طبيعياً كان أم اعتبارياً - اتفاق التحكيم بنفسه، إنما من خلال الممثل عنه، وهنا تظهر الحاجة إلى إيجاد الحلول لعدد من المشكلات المرتبطة بهذا الممثل القانوني، منها مثلاً تحديد نوع الوكالة بالنسبة للوكيل عن الشخص الطبيعي، وتحديد من هو القيادي في الجهاز الحكومي الذي يملك أن يتفق على التحكيم بالنيابة عن الدولة، وتحديد من هو الممثل عن الشركة التجارية، وهل التحكيم يدخل من ضمن صلاحياته من عدمه. هذه الأمور وغيرها مما له علاقة بالأهلية المطلوبة فيمن يبرم اتفاق التحكيم سيعالجها البحث في ضوء أحكام محكمة التمييز الكويتية، وتطبيق القوانين ذات الصلة ومنها قانون الشركات الجديد الصادر في ٢٠١٦.

### سبب اختيار موضوع البحث

من المأمول أن يكون هذا البحث بمثابة المرجع لكل من يرغب في الخوض في تجربة التحكيم من خلال التحقق من مدى توافر الأهلية القانونية المطلوبة فيمن يبرم اتفاق التحكيم حتى يأتي التحكيم بثماره المرجوة، وحتى لا تنقلب ميزة السرعة في إجراءاته - والتي من المفترض أن تكون عامل جذب - إلى طريق لضياع الوقت والجهد والمال.

فبالنسبة للمحکم، فعليه التأكّد من أن طرفي خصومة التحكيم عندما اتفقا على التحكيم كانا يملكان الأهلية القانونية التي تخولهما ذلك، وبناءً عليه يقرر المضي قدماً في التحكيم أو رفضه؛ ذلك أن استمراره في التحكيم رغم معرفته بإمكانية إثارة مسألة بطلان الحكم الذي سيصدر منه لاحقاً يؤدي إلى التأثير سلباً على سمعته المهنية في سوق العمل فيما لو كان يعمل في التحكيم الحر، أو إضعاف سمعة المؤسسة التحكيمية التي ينتمي إليها فيما لو كان التحكيم مؤسسياً.

وأما عن المحتكمين (طرفي التحكيم)، فإن أياً منهما لن يرغب في أن يحكم القضاء لاحقاً ببطلان حكم التحكيم الذي صدر بناءً على اتفاقهما الباطل أو القابل للإبطال بسبب تخلف الأهلية المطلوبة في كليهما أو في أحدهما، خاصة أن الواقع العملي يخبرنا أن المحكوم ضده في الدعوى التحكيمية - باعتبار أن نتيجة التحكيم جاءت بغير هواه - سيستغل مسألة الأهلية للمطالبة ببطلان حكم التحكيم الذي كان يعلم أساساً ببطلان الاتفاق المستند عليه، ولكنه أجل إثارة هذه المسألة أملاً في أن يصدر الحكم لصالحه.

### حدود البحث

تزر المکتبات العربية بالكثير من المراجع التي تفصل في موضوع التحكيم من ناحية قواعده الموضوعية والإجرائية، كشرح المقصود منه وتمييزه عن الأنظمة الشبيهة به، وشرح صور الاتفاق عليه (الشرط والمشاركة)، وشرح عناصر الاتفاق عليه (من أشخاص ومحل وسبب)، وكل ما يتعلق بهيئة التحكيم وخصومة التحكيم وحكم التحكيم. وهذا كله يخرج عن نطاق بحثنا هذا.

إنما يتمحور هذا البحث حول (بطلان حكم التحكيم)، وتحديدًا حول سبب واحد من أسباب بطلان حكم التحكيم ألا وهو (بطلان اتفاق التحكيم أو قابليته للإبطال)، ولزيد من التحديد فإن هذا البحث سيناقش سبباً واحداً من أسباب بطلان اتفاق التحكيم أو قابليته للإبطال وهو (عدم توفر الأهلية المطلوبة لإبرام اتفاق التحكيم).

وعليه، فإن بطلان اتفاق التحكيم أو قابليته للإبطال لعيب في الأهلية القانونية المطلوبة تعد مسألة ذات صلة وثيقة بركن الرضاء في العقد، فلا يتصور انعقاد اتفاق التحكيم دون توافر الرضاء باللجوء إليه، أي وجود إيجاب وقبول صريحين من طرفي الاتفاق، وتطابقهما على اتخاذ التحكيم وسيلة للفصل في المنازعات الناشئة فعلاً أو

التي ستنشأ في المستقبل<sup>(٢)</sup>. وهذا كله فيما لو كان الاتفاق على التحكيم قد صدر من أشخاص طبيعية، و عليه، فإن كل ما يتعلق بأهلية الأشخاص الطبيعية عند إبرام اتفاق التحكيم سيكون محل نقاش في المبحث الأول من هذا البحث تحت عنوان «أهلية إبرام اتفاق التحكيم من قبل الشخص الطبيعي».

و تجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم يتطلب بالضرورة محاولة إسباغ التكييف القانوني الصحيح عليه من حيث مدى إمكانية اعتباره من قبيل أعمال الإدارة، أم اعتباره من قبيل أعمال التصرف، والتي تتطلب عندئذ تحديد نوع هذا التصرف فيما لو كان ضاراً أو نافعاً أو دائراً بين النفع والضرر، حتى يمكن ترتيب الأثر القانوني عليه فيما لو أقدم عليه ناقص الأهلية (من حيث بطلانه أو قابليته للإبطال)، الأمر الذي قد يؤدي بدوره إلى بطلان حكم التحكيم الذي استند عليه هذا الاتفاق، وهو ما سنسلط الضوء عليه في المطلب الأول من المبحث الأول تحت عنوان «أهلية إبرام الصغير لاتفاق التحكيم». هذا إلى جانب ضرورة البحث في الحالات الأخرى التي تؤثر على أهلية الشخص الطبيعي البالغ عند إبرام اتفاق التحكيم، إلى جانب ضرورة البحث في الحالة التي يوكل فيها الشخص الطبيعي آخر لكي يبرم اتفاق التحكيم بالنيابة عنه، وهو ما سنسلط الضوء عليه في المطلب الثاني من المبحث الأول تحت عنوان «أهلية إبرام من بلغ سن الرشد لاتفاق التحكيم».

كما أن الرضاء على اتفاق التحكيم يختلف فيما لو كان أحد طرفي الاتفاق شخصاً اعتبارياً، وهو ما سنخصص له المبحث الثاني من هذا البحث تحت عنوان «أهلية إبرام اتفاق التحكيم من قبل الشخص الاعتباري». أما فيما يتعلق بالشخص الاعتباري العام، فيثور التساؤل حول مدى إمكانية إقدام أجهزة الدولة على التحكيم والتخلي عن ميزة القضاء الإداري الذي ما وجد أصلاً إلا لكي يفصل في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، مع مراعاة خصوصية وجودها في العقد، وهو ما سنخصص له المطلب الأول من المبحث الثاني تحت عنوان «أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم».

(٢) والرضاء على التحكيم يختلف فيما لو كان اتفاق التحكيم قد جاء بشكل شرط أو مشاركة، ففي حالة شرط التحكيم - وهو بند يرد في العقد الأصلي مع جملة البنود الأخرى - فإن رضاء الطرفين في إبرام هذا العقد ينصرف إلى جميع بنوده بما في ذلك شرط التحكيم، أما لو كان اتفاق التحكيم قد جاء بشكل مشاركة - أي اتفاق مستقل ولاحق على نشوء النزاع بشأن تنفيذ العقد الأصلي - فإن الأمر يتطلب حصول رضاء جديد من قبل الأطراف؛ لأنه يعتبر في ذاته عقداً جديداً منفصلاً عن العقد الأصلي. انظر في هذا المعنى: خالد محمد العميرة، التحكيم المؤسسي: دراسة مقارنة بين التحكيم المؤسسي الدولي والتحكيم المؤسسي الوطني، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، ص ١٤٧.

ولأن التحكيم يجد له رواجاً في الأوساط التجارية، فإن الواقع العملي يقرر حقيقة أن الشركات التجارية هي الأكثر إقداماً على إبرام اتفاقات التحكيم من باقي الأشخاص الاعتبارية الخاصة. ولذلك، فإننا في هذا البحث سنسلط الضوء على مَنْ يمثل الشركات التجارية في إبرام اتفاق التحكيم (دون غيرها من الأشخاص الاعتبارية الخاصة)، وهو ما سنخصص له المطلب الثاني من المبحث الثاني تحت عنوان «أهلية الشركات التجارية لإبرام اتفاق التحكيم».

#### خطة البحث

وعليه، يتكون هذا البحث بخلاف المقدمة من مبحثين وخاتمة.

المبحث الأول: أهلية إبرام اتفاق التحكيم من قبل الشخص الطبيعي.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أهلية إبرام الصغير لاتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: أهلية إبرام مَنْ بلغ سن الرشد لاتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: أهلية إبرام اتفاق التحكيم من قبل الشخص الاعتباري.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: أهلية الشركات التجارية لإبرام اتفاق التحكيم.

## المبحث الأول

### أهلية إبرام اتفاق التحكيم من قبل الشخص الطبيعي

إن صلاحية الشخص الطبيعي لمباشرة التصرفات القانونية تتوقف بشكل عام - وفقاً للقواعد العامة - على مدى ما يتمتع به من إدراك وتمييز؛ ولذلك ربط المشرع ما بين درجة التمييز التي يتمتع بها الفرد واستحقاقه لأهلية الأداء (أهلية التصرف كما يطلق عليها بعض الفقه) <sup>(٣)</sup>، فلجأ إلى السن التي يبلغها هذا الفرد كمعيار لتحديد مدى توافر التمييز لديه الذي يؤهله لإدراك تبعات التصرف القانوني الذي يقدم عليه. وقد قسم المشرع المراحل العمرية التي يمر بها الفرد في حياته إلى ثلاث مراحل، وحدد حكم التصرفات القانونية التي يبرمها في كل مرحلة عمرية منها. تتمثل المرحلة الأولى في الفترة ما قبل سن السابعة حيث ينعدم فيها التمييز. أما المرحلة الثانية فتبدأ من سن السابعة إلى ما قبل الواحد والعشرين (سن الرشد) حيث يتوافر قدر من التمييز دون أن يصل إلى حد الاكتمال، ويصل الشخص للمرحلة الثالثة عند اكتمال التمييز ببلوغه سن الرشد.

وقد جاءت المادة ٣/١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي صريحة الدلالة على ضرورة توافر أهلية التصرف فيمن يقدم على إبرام اتفاق التحكيم عندما قررت بأنه: «لا يصح التحكيم إلا ممن يملك أهلية التصرف في الحق محل النزاع»، أي أن المشرع الكويتي استلزم الأهلية المدنية الكاملة لإمكانية إبرام اتفاق التحكيم. <sup>(٤)</sup>

وعليه، سنتناول في هذا المبحث مدى أهلية الشخص الطبيعي (صلاحيته القانونية) لإبرام اتفاق التحكيم وفقاً للمراحل العمرية الثلاث المشار إليها أعلاه، وما

(٣) يقصد بأهلية الأداء صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي تنشئ الحقوق له وعليه، وهي تختلف عن أهلية الوجوب والتي يقصد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات دون تدخل إرادي منه لإنشائها.

انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي (الجزء الثاني): نظرية الحق، ١٩٩٧، ص ١٧٠ - ١٧٤.

(٤) تجدر الإشارة إلى أن معظم قوانين التحكيم لدول مجلس التعاون تتضمن نصوصاً شبيهة للنص أعلاه. انظر: عبدالله عيسى الرمح، التحكيم في مجلس التعاون الخليجي، الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ١١٢.

يرتبه القانون من نتائج على هذا الاتفاق عند إبرامه في كل مرحلة منها،<sup>(٥)</sup> مع التطرق لجميع الاستثناءات التي ترد على أهلية الأداء في هذا المجال على النحو التالي:

المطلب الأول: أهلية إبرام الصغير لاتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: أهلية إبرام من بلغ سن الرشد لاتفاق التحكيم.

(٥) تجدر الإشارة هنا إلى أن هذا التقسيم يجد أساسه في أحكام الشريعة الإسلامية. وأرغب هنا في الإشارة إلى دراسة باللغة الإنجليزية تتحدث عن موضوع أهلية الأشخاص في إبرام اتفاقيات التحكيم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وهي:

Samir Saleh, Commercial Arbitration in the Arab Middle East, A Study in Shari'a and Statute Law, Chapter Four: Capacity of parties to enter into Arbitration Agreements, Incapacitated Individuals, Legal Entities. Non - Muslim Parties. Page 26 - 34.

## المطلب الأول

### أهلية إبرام الصغير لاتفاق التحكيم

قد يقدم الصغير على إبرام التصرفات القانونية والتي قد يكون منها اتفاق التحكيم، وهو في ذلك إما أن يبرم الاتفاق بنفسه (وهو ما سنتناوله في الفرع الأول من هذا المطلب)، أو من خلال الغير (وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب). وعليه، فإن هذا المطلب سينقسم إلى فرعين على النحو التالي:

- الفرع الأول: إبرام الصغير لاتفاق التحكيم بنفسه
- الفرع الثاني: إبرام اتفاق التحكيم من قبل ولي الصغير أو الوصي عنه بشأن منازعة تتعلق في ماله
- الفرع الأول: إبرام الصغير لاتفاق التحكيم بنفسه

هذا الصغير الذي يقدم على إبرام التصرفات القانونية بنفسه - والتي قد يكون منها اتفاق التحكيم - إما أن يكون صغيراً (غير مميز)، أو أن يكون صغيراً (مميزاً)، حيث يختلف حكم القانون في الحالتين على نحو ما سنفصله على التوالي.

أما عن قيام الصغير (غير المميز) بالاتفاق على التحكيم بنفسه فنقول الآتي:

تطبيقاً للقواعد العامة، يشوب البطلان المطلق العقد متى تخلف فيه أحد أركان انعقاده الأساسية وهي الرضا (أولاً)<sup>(٦)</sup>، والمحل (ثانياً)<sup>(٧)</sup>، والسبب (ثالثاً)<sup>(٨)</sup>، والشكل (رابعاً) في العقود الشكلية<sup>(٩)</sup>، فلا يقوم العقد عندئذ ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً<sup>(١٠)</sup> وما يهمنا تحديداً في هذا البحث هو الركن الأول من أركان انعقاد العقد ألا وهو ركن

(٦) يقصد بالرضا توافر إرادة التعاقد لدى كل من طرفيه وارتباط الإرادتين بما يحقق الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

(٧) ينصرف مفهوم محل العقد إلى محل الالتزامات التي يفرضها العقد على طرفيه، وسيلي تفصيل ذلك بعد قليل.

(٨) يقصد بالسبب المقابل الذي من أجله ارتضى المدين الالتزام، وأن يكون الباعث الدافع إلى التعاقد غير مخالف للنظام العام والآداب.

(٩) يقصد بالعقد الشكلي العقد الذي لا يكفي لإبرامه مجرد التراضي، وهو الأصل في إبرام العقود، وإنما يتطلب أن يفرغ هذا التراضي في شكل معين يفرضه القانون أو يتفق عليه المتعاقدان كالكتابة. انظر في شكل العقد: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٥٩ و ص ١٥٣ - ١٥٦.

(١٠) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٣٤٤.

الرضاء، وقد اعتبرت القواعد العامة في القانون المدني التصرفات التي يبرمها عديم الأهلية ممن لم يصل إلى سن التمييز (أقل من سبع سنوات) باطلة بطلاناً مطلقاً لانعدام الرضاء لديه،<sup>(١١)</sup> وإن كانت نافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة الصادرة له دون قيود أو تكليف، وذلك أن الهبة تحتاج إلى قبول حتى ولو كانت خالصة، والصغير غير المميز تنعدم لديه أهلية الأداء.<sup>(١٢)</sup> وهو ذات الحكم الذي يسري على اتفاق التحكيم (من باب أولى) فيما لو أبرمه عديم الأهلية باعتبار أن التحكيم لا يعتبر من التصرفات النافعة له نفعاً محضاً، كما سنتعرض له بالتفصيل في الصفحات القادمة، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم - بطلان اتفاق التحكيم الذي يبرمه الصغير غير المميز - قد لا ينصرف بالضرورة إلى اتفاق التحكيم فيما لو أبرمه من ينوب عن هذا الصغير غير المميز لحسابه، كما سيلي بيانه تفصيلاً في الفرع الثاني من هذا المطلب.

أما عن قيام الصغير (المميز) بالاتفاق على التحكيم بنفسه، فعلى خلاف حالة الصغير (غير المميز) التي لم نجد فيها الكثير ليكتب، حيث ومما لا جدال فيه أن جميع تصرفاته تقع منه باطلة بطلاناً مطلقاً، فإن الأمر يختلف فيما لو كان هذا الصغير (مميزاً)، أي ناقص الأهلية وليس عديمها، وهو محل نقاشنا هنا.

تتمثل مرحلة نقص الأهلية بالمرحلة العمرية التي يكون فيها الإدراك قد بدأ ولكنه لم يكتمل، وقد حددها المشرع بسن السابعة إلى ما قبل الواحد والعشرين، فقد فصلت القواعد العامة في أحكام التصرفات التي يبرمها ناقص الأهلية عندما بينت أن حكمها يتوقف على تكييفها، فلو كانت هذه التصرفات نافعة له نفعاً محضاً - وهي تلك التصرفات التي يترتب عليها إثراء للمميز الصغير، بأن تزيد من حقوقه أو تنقص من التزاماته دون مقابل من جانبه - فإنها تقع منه صحيحة، ومن أمثلتها: قبول الصغير للهبة الصادرة إليه<sup>(١٣)</sup>. أما لو كانت هذه التصرفات ضارة بالصغير المميز ضرراً محضاً - أي تزيد من التزاماته أو تنتقص من حقوقه دون مقابل - فإنها تقع منه باطلة بطلاناً مطلقاً، ومن أمثلتها: هبة الصغير لأمواله، أو إبراء مدينه، أو كفالته لدين الغير، أو تعهده بالوفاء بهذا

(١١) تنص المادة ٨٦ من القانون المدني الكويتي على أنه: «١- أهلية الصغير غير المميز لأداء التصرفات معدومة، وتقع كل تصرفاته باطلة. ٢- وكل من لم يكمل السابعة من عمره يعتبر غير مميز.»

(١٢) انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي (الجزء الثاني): نظرية الحق، ١٩٩٧، ص ١٧٧.

(١٣) المرجع السابق، ص ١٨٠.

الدين<sup>(١٤)</sup>. أما عن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر- وهي التي يأخذ فيها الصغير المميز مقابل ما يعطي فتحتمل النفع والضرر أي الربح والخسارة - فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحته، ومن أمثلة هذه التصرفات: البيع، والإيجار، والشركة، والمقايضة<sup>(١٥)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن بعض الفقه قد ذهب إلى القول بأن اتفاق التحكيم يعتبر (ذا طبيعة خاصة)<sup>(١٦)</sup>. فمن جهة، لا يمكن إخضاعه لأي نوع من أنواع التصرفات (سواء النافعة أو الضارة أو الدائرة بين النفع والضرر) وذلك باعتبار أن أعمال التصرف يقصد بها تلك التي تؤدي إلى خروج المال من ذمة مالكة، بينما يتعذر التكهّن مسبقاً فيما لو كان اتفاق التحكيم سيؤدي إلى ذلك من عدمه، كما يضيف هذا الرأي بأن اتفاق التحكيم لا يمكن اعتباره أيضاً من قبيل أعمال الإدارة؛ لأنه لا يهدف إلى إدارة المال واستثماره، ولذلك فهو يعتبره عملاً (ذا طبيعة خاصة).

أما عن كون اتفاق التحكيم لا يعتبر من قبيل أعمال الإدارة، بل من أعمال التصرف، فهو ما يمكن استنتاجه من نص المادة ٧٠٢ من القانون المدني الكويتي عندما ضربت أمثله لعدد من التصرفات، وأكدت أنها ليست من أعمال الإدارة، واستلزمت بشأن إبرامها من قبل الغير لحساب الأصيل وكالة خاصة، وكان من بينها التحكيم<sup>(١٧)</sup>. وهو ما أكدت عليه أيضاً محكمة التمييز الكويتية عندما قررت في أحد أحكامها الآتي:

«وقد أوجبت المادة ٧٠٢ من القانون المدني صدور وكالة خاصة بقبول التحكيم بوصفه تصرفاً ليس من أعمال الإدارة، ولا يكفي في ذلك الوكالة العامة؛ إذ إنها لا تخول الوكيل الصفة إلا في أعمال الإدارة..»<sup>(١٨)</sup>

(١٤) انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ١٨١.

(١٥) تنص المادة ٨٧ من القانون المدني الكويتي على أن: «١- تصرفات الصغير المميز صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، وباطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً. ٢- أما تصرفاته الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر، فتقع قابلة للإبطال لمصلحته، ما لم تلحقها الإجازة ممن له ولاية إجرائها عنه ابتداءً، أو منه هو بعد بلوغه سن الرشد، وذلك مع مراعاة ما تقضي به النصوص التالية وغيرها من أحكام القانون. ٣- ويعتبر الصغير مميزاً من سن التمييز إلى بلوغه سن الرشد.»

(١٦) حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، ٢٠١٤، ص ٤٩ - ٥١.

(١٧) تنص المادة ٧٠٢ من القانون المدني الكويتي على الآتي:

«لأبد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في التبرعات والبيع والصلح والرهن والإقرار والتحكيم، وكذلك في توجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.»

سنتناول شرح المادة أعلاه لاحقاً عند الحديث عن سلطة الوكيل الطبيعي في إبرام اتفاق التحكيم بالنيابة عن الأصيل، وذلك في الفرع الثاني من المطلب الثاني من هذا المبحث (المبحث الأول).  
(١٨) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٥٨٨ لسنة ٢٠١١ تجاري/١ الصادر في ٢٠١٢/٢/١٤.

وعليه، فإن كلاً من المشرع الكويتي ويؤيده في ذلك القضاء الكويتي يؤكدان بأن اتفاق التحكيم يعتبر من قبيل أعمال التصرف، فهو وإن لم يكن يؤدي في ذاته إلى انتقال المال من الذمة المالية للشخص إلى الذمة المالية لشخص آخر، إلا أنه (قد يؤدي) إلى ذلك كنتيجة احتمالية، وهو ما يمكن أن نطلق عليه مصطلح (أعمال التصرف بحسب المال).

أما وقد انتهينا إلى أن اتفاق التحكيم يعتبر من قبيل التصرفات، فإن الأمر يستلزم الآن تحديد أي نوع من التصرفات يندرج تحتها. ونحن نرى بأن القول بأن اتفاق التحكيم سيكون نافعا للصغير المميز نفعاً محضاً يفترض - جديلاً - بأن حكم التحكيم سيصدر مؤيداً لجميع طلباته، والقول بأن اتفاق التحكيم سيكون ضاراً به ضرراً محضاً يفترض - جديلاً - بأن حكم التحكيم سيصدر بتأييد جميع طلبات خصمه<sup>(١٩)</sup>. والقول بأن اتفاق التحكيم يعتبر دائراً بين النفع والضرر يفترض - جديلاً - بأن حكم التحكيم سيقضي بجزء من طلبات كل من طرفي الدعوى التحكيمية<sup>(٢٠)</sup>. وفي جميع الحالات السابقة لا يمكن التكهّن مسبقاً بنتيجة التحكيم مالم يتم خوض خصومة التحكيم فعلاً وصولاً إلى إصدار الحكم النهائي فيها.

ولزيد من الموضوعية فإن ما أسلفناه قد يكون محل نقد باعتبار أن البعض قد يشير مسألة أن اتفاق التحكيم يجب أن يتم تحديد نوعه ما إذا كان نافعاً أو ضاراً أو دائراً بين النفع والضرر بعيداً عن نتيجة حكم التحكيم، وأحياناً قبل صدوره، بل وقد لا يتم التحكيم أصلاً. وهو الذي أدى بنا إلى القول بأن هذا التحديد يجب ألا يكون بمنأى عن الهدف الرئيسي من وراء الحاجة إلى إسباغ التكييف القانوني السليم على هذا الاتفاق، وهو إنزال حكم القانون على الاتفاق من حيث بطلانه أو صحته أو قابليته للإبطال لمصلحة الصغير المميز على هدي من القواعد العامة، فلو قلنا بصحة اتفاق التحكيم الذي يبرمه الصغير المميز، فإن هذا يعني حرمانه من إمكانية طلب إبطال الاتفاق فيما لو صدر حكم التحكيم لاحقاً بما لا يخدم مصالحه، وإذا قلنا ببطلان اتفاق التحكيم الذي يبرمه هذا الصغير، فإن ذلك يعني حرمانه من الحقوق التي قد تثبت له من وراء حكم التحكيم فيما لو صدر لصالحه. أما لو قلنا بقابلية حكم التحكيم للإبطال لمصلحة الصغير المميز فإن هذا يعني أنه في حال صدور حكم التحكيم في غير صالحه أمكنه التمسك ببطلان اتفاق التحكيم، أما لو صدر لصالحه أمكن إجازة هذا الاتفاق من قبل وليه أو منه عندما يبلغ سن الرشد، وهو الحل الأفضل من بين ما سبق، كما أنه الحل الذي سيتم التوصل إليه

(١٩) أي فقدان الصغير المميز للحق.

(٢٠) أو التعديل في نطاق الحق الذي يتمتع به.

لو طبقنا المعيار المجرد من حيث الأخذ و العطاء، أي أن يتم قياس اتفاق التحكيم كأبي عقد آخر قد يعطي فيه الشخص بقدر ما يأخذ، ومن ثم اعتباره دائراً بين النفع و الضرر على هذا الأساس.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون المرافعات الكويتي قد حدد الحالات التي يجوز فيها الطعن ببطلان حكم التحكيم في المادة ١٨٦ منه على النحو التالي<sup>(٢١)</sup>:

« ..... ويجوز لكل ذي شأن أن يطلب بطلان حكم المحكم الصادر نهائياً وذلك في الأحوال الآتية ولو اتفق قبل صدوره على خلاف ذلك:

أ - إذا صدر بغير اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل أو سقط بتجاوز الميعاد أو إذا كان الحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم.

ب - إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر.

ج - إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.»

والحالة التي تعيننا في بحثنا هذا هي إذا صدر حكم التحكيم «بناء على اتفاق تحكيم باطل». حيث تفترض هذه الحالة صدور حكم التحكيم بناء على اتفاق تحكيم موجود، ولكنه يفتقد أحد شروط صحته. ويستوي في دعوى بطلان حكم التحكيم بطلان اتفاق التحكيم أو قابليته للإبطال<sup>(٢٢)</sup>. فإذا شاب ركن الرضاء عيب بأن كان صادراً من ناقص أهلية (وهي الحالة التي نعرض لها الآن)، أو لتعيبه بعيب من عيوب الإرادة<sup>(٢٣)</sup>، فإن العقد ينعقد على الرغم من العيب الذي يشوب ركن الرضاء فيه، ولكنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقدين ناقص الأهلية أو من تعيب رضائهم.

(٢١) يذهب رأي في الفقه إلى أن هذه الحالات قد وردت على سبيل الحصر، وهو رأي الدكتور عزمي عبد الفتاح، انظر: عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي: دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ٥٤١. بينما يذهب رأي آخر إلى أن هذه الحالات ليست على سبيل الحصر، باعتبار أنه يجوز قبول دعوى بطلان حكم التحكيم متى كان مبنياً على إجراءات باطلة ولو من غير المنصوص عليها، وهو رأي الدكتور فتحي والي المشار إليه لدى المرجع السابق، ص ٥٤٢.

(٢٢) عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي: دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ٥٤٤.

(٢٣) تتمثل عيوب الإرادة في الغلط والتدليس والاستغلال والإكراه. انظر في ركن المحل: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٥٩ و ص ٣١٦ - ٣٩٣.

ولمزيد من الموضوعية في الطرح، فإننا لن نتوانى عن الاعتراف بأن ميلنا لاعتبار اتفاق التحكيم تصرفاً دائراً بين النفع والضرر وما يستتبعه ذلك من قابليته للإبطال لمصلحة الصغير المميز تطبيقاً للقواعد العامة قد لا يصمد كثيراً في مواجهة الإجابة عن التساؤل الآتي: من تثبت له المصلحة في رفع دعوى البطلان الأصلية على حكم التحكيم أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع متى تحقق أحد أسبابها؟ وللإجابة عن هذا التساؤل أكثر من توجه على ما سنعرض له الآن.

تنص المادة ١٨٦ من قانون المرافعات على أن:

«.... ويجوز لكل ذي شأن أن يطلب بطلان حكم المحكم الصادر نهائياً وذلك في الأحوال الآتية ولو اتفق قبل صدوره على خلاف ذلك: ....».

يفهم من النص أعلاه أنه يجوز لكل ذي شأن أن يطلب بطلان حكم التحكيم سواء كان طرفاً في اتفاق التحكيم أو لم يكن كذلك، طالما كانت له مصلحة في بطلان حكم التحكيم<sup>(٢٤)</sup>.

وعلى الرغم من ذلك، فقد قضت محكمة التمييز الكويتية في حكم لها بأن البطلان مقرر فقط لمصلحة أطراف خصومة التحكيم، ولا تقبل دعوى البطلان ممن لم يكن خصماً فيها، فقد نص حكمها على الآتي:

«.. ولما تقدم وكان من المقرر أن التحكيم عمل قضائي ذو طبيعة خاصة أساسها أن المحكم لا يستمد ولايته من القانون مباشرة إنما يستمدّها من اتفاق الخصوم على تحكيمه؛ لذا فإنه يتحدد موضوعه في مشاركة التحكيم، ويتم التقيد بهذا التحديد وقصره على طرفيه وعلى ما تنصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، بما لازمه أن بطلان حكم التحكيم يتقرر لمصلحة أطراف خصومة التحكيم»<sup>(٢٥)</sup>.

إن المشكلة في الإجابة عن التساؤل المطروح والقائل ب (من تثبت له المصلحة في رفع دعوى البطلان الأصلية على حكم التحكيم - أيّاً كان سبب إقامة الدعوى ومنها قابلية اتفاق التحكيم ذاته للإبطال - هل هو كل ذي شأن كما يقرر قانون المرافعات الكويتي؟ أم أطراف خصومة التحكيم كما تقرر محكمة التمييز الكويتية؟) تكمن في

(٢٤) عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي: دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ٥٣٦.

(٢٥) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٦٥٥ لسنة ٢٠٠٤ مدني/٢ الصادر في تاريخ ٢٠٠٦/٣/٢٠.

تغليب أحد الحلول المتعارضة. ولا يفوتنا هنا أن نذكر بأن الكويت تتبع النظام القانوني اللاتيني الذي يفصل بين سلطة المشرع وسلطة القاضي، أي أن دور القاضي يقتصر فقط على تطبيق القواعد القانونية التي يضعها المشرع، فهو لا يشارك في خلقها كما يفعل نظيره في النظام الأنجلو أمريكي (أو الأنجلو سكسوني). وبالتالي، فإن حكم القاضي اللاتيني نسبي الأثر، بحيث تنصرف آثاره إلى طرفي الدعوى دون أن تلتزم به المحاكم الأخرى الأدنى<sup>(٢٦)</sup>، بل ودون أن يلتزم به ذات القاضي الذي أصدره. على عكس الأحكام القضائية في النظام الأنجلو أمريكي والتي تلتزم بها المحاكم الأدنى درجة تطبيقاً لنظام السوابق القضائية (Precedent System). وعليه، فإن رأي محكمة التمييز الكويتية لا يعدو أن يكون مجرد رأي استثنائي يندرج تحت المصادر التفسيرية للقاعدة القانونية في دولة الكويت، فيضعف عند التغليب في مواجهة النصوص التشريعية والتي تعد المصدر الرسمي الأول للقواعد القانونية في الكويت. بعبارة أخرى، نص المادة ١٨٦ من قانون المرافعات والذي يقرر أن لكل ذي شأن أن يطلب بطلان حكم التحكيم يرجح في مواجهة رأي محكمة التمييز الكويتية القائل بأن طرفي خصومة التحكيم هما فقط اللذان يملكان المصلحة في رفع دعوى البطلان على حكم التحكيم. ونتيجة لذلك، فإن تبريرنا السابق بأننا نميل لاعتبار اتفاق التحكيم من قبيل أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، والذي قصدنا به تمكين القاصر من المطالبة ببطلان هذا الاتفاق إذا نتج عنه أن صدر حكم التحكيم لغير صالحه يضعف كثيراً في مواجهة حقيقة أن دعوى بطلان حكم التحكيم - والتي من أهم أسبابها قابلية اتفاق التحكيم ذاته للإبطال - يستطيع كل ذي شأن التمسك بها، أي حتى المتعاقد مع القاصر يستطيع التمسك بنقصان أهلية هذا القاصر للمطالبة بإبطال حكم التحكيم، وإن كان هذا الحل التشريعي - في الفترة الراهنة على الأقل - لا تحبزه المحاكم الكويتية على النحو السابق بيانه مالم يتغير التوجه القضائي بهذا الشأن في المستقبل.

و تجدر الإشارة إلى أن ما تم بيانه أعلاه كان بمنأى عن القواعد العامة و التي تقرر بأنه إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، أما إذا كان قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية أو أحد عيوب الإرادة فإن دعوى البطلان تكون قاصرة على من توافر في حقه سبب القابلية للبطلان؛ ويرجع ذلك إلى أننا طبقنا قاعدة أن النص الخاص يقيد النص العام، وبناء عليه رجحنا نص قانون المرافعات

(٢٦) وإن كان الأمر لا يخلو من القيمة الأدبية التي قد تجعل من هذا الحكم القضائي الصادر من محكمة عليا بمثابة المبدأ العام الذي تسير عليه المحاكم الأدنى.

السالف الذي يتحدث عن يملك أن يرفع دعوى بطلان حكم التحكيم في حالة كان صادراً بناء على اتفاق تحكيم باطل باعتباره النص الخاص الذي يقيد القواعد العامة.

ولا يفوتنا أخيراً أن نشير إلى أن القواعد العامة تجيز منح الإذن للصغير المميز لإدارة أمواله، وبالتالي مما يجب التعرض له هنا مسألة مدى إمكانية اشتغال الإذن الصادر للصغير على صلاحيته في إبرام اتفاق التحكيم من عدمه، وللإجابة عن هذا التساؤل نعرض للشرطين الأساسيين اللذين متى توافرا في حق الصغير سمح بإمكان استصدار الأذن له بالإدارة، وهما<sup>(٢٧)</sup> :

أن يكون المميز قد بلغ الثامنة عشرة من عمره (أولاً)، وأن يستشعر وليه أو الوصي عليه قدرته على إدارة أمواله (ثانياً).

تنص المادة ٩٢ من القانون المدني الكويتي على الآتي:

«١- للصغير المأذون في الإدارة، أهلية إجراء التصرفات التي تقتضيها إدارة الأموال التي تسلم له، في حدود الأذن. ٢- على أنه ليس للصغير المأذون في الإدارة أهلية تأجير المال لمدة تزيد على السنة.»

يستخلص من النص السالف أن الصغير الذي يؤذن له بإدارة أمواله تثبت له أهلية إجراء الآتي:

**أولاً:** أعمال الإدارة (وهي تلك الأعمال التي يقصد منها استغلال المال واستثماره مع بقاءه مملوكاً لصاحبه دون التصرف فيه) **ثانياً:** جميع أعمال التصرف اللازمة لإدارة هذا المال<sup>(٢٨)</sup>. وحيث سبق الإشارة إلى أن إبرام اتفاق التحكيم في ذاته يعد من قبيل أعمال التصرف وليس أعمال الإدارة، فيكون التساؤل الآن هل إبرام اتفاق التحكيم يعد من قبيل التصرفات اللازمة لإدارة المال؟ وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن القاصر المأذون له بالإدارة يمكنه أن يبرم اتفاق التحكيم في شأن كل العقود التي يكون أهلاً

(٢٧) نظمت المواد من (٨٨) إلى (٩٢) من القانون المدني الإذن للصغير المميز بإدارة أمواله، تنص المادة ٨٨ من القانون المدني على أنه:

١ - إذا بلغ الصغير المميز الثامنة عشرة من عمره، وأنس منه وليه أو وصيه القدرة على أن يدير أمواله بنفسه، جاز له أن يأذنه في إدارة أمواله كلها أو بعضها. ٢ - ويكون الإذن بالإدارة مطلقاً أو مقيداً.

(٢٨) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويت (الجزء الثاني): نظرية الحق، ١٩٩٧، ص ١٩٣ - ١٩٤.

لإبرامها وفقاً للإذن الممنوح له<sup>(٢٩)</sup>. وهذا الرأي يفترض بأن الإذن الممنوح للقاصر من قبل وليه قد ذكر فيه صراحة التصرفات التي يستطيع القاصر إبرامها على أمواله، وبالتالي يستطيع إبرام التحكيم بشأن هذه التصرفات، بينما يذهب رأي آخر في الفقه إلى القول بأن القاصر المأذون له بالإدارة لا يملك التحكيم أصلاً لأنه يعتبر من قبيل التصرفات<sup>(٣٠)</sup>.

ونحن إذ انتهينا سالفاً إلى أن اتفاق التحكيم يعتبر من قبيل أعمال التصرف بموجب النص الصريح في القانون وتأييد محكمة التمييز الكويتية لذلك، فإننا نعتقد تبعاً لذلك بأن اتفاق التحكيم لا يدخل من ضمن الصلاحيات التي يمكن للقاصر المأذون له بالإدارة القيام بها. كما أننا لا نؤيد الرأي الفقهي القائل بإمكانية اعتبار إبرام اتفاق التحكيم من قبيل (الأعمال اللازمة للإدارة المال) متى تم النص عليها صراحة في صلب الأذن الممنوح للقاصر بالإدارة؛ ذلك أن هذا الرأي سيؤدي إلى نتيجة مفادها وقوع اتفاق التحكيم الصادر من القاصر صحيحاً، وبالتالي تحمله لتبعات هذا الاتفاق كاملة بما فيها صدور حكم التحكيم عليه، أي إفقاده ميزة اعتبار الاتفاق منه بالتحكيم قابلاً للإبطال لمصلحته.

الفرع الثاني: إبرام اتفاق التحكيم من قبل ولي الصغير أو الوصي عنه بشأن منازعة تتعلق في ماله.

إن من الأمور التي يجب أن تناقش في هذا الموضوع هي مدى سلطة ولي الصغير أو الوصي عليه<sup>(٣١)</sup> في إبرام اتفاق التحكيم بشأن منازعة تتعلق بأموال هذا الصغير سواء أكان مميزاً أو غير مميز. وللإجابة عن هذا التساؤل يجب أولاً أن نعرض للسلطات

(٢٩) د. مصطفى محمد الجمال، أضواء على عقد التحكيم، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، مجلة نصف سنوية تصدر عن كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، العدد الأول، تموز ١٩٩٨، المجلد الأول، الدار الجامعية، ص ٢٢٦. مشار إليه لدى: أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ٤٥.

سيد أحمد محمود، نظام التحكيم - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي و المصري، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ٢٠٠٤، ص ٢٧٣.

د. محمود التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، ٢٠٠٣، ص ٨٢. مشار إليه لدى خالد محمد العميرة، التحكيم المؤسسي: دراسة مقارنة بين التحكيم المؤسسي الدولي والتحكيم المؤسسي الوطني، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، ص ١٥٥.

(٣٠) عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي: دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ٧٠.

(٣١) تنص المادة ١١٠ من القانون المدني الكويتي على أن: «١- ولاية مال الصغير لأبيه ثم للوصي المختار من الأب ثم الجد لأب ثم للوصي الذي تعينه المحكمة، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادة ١١٢.

٢- ولا يجوز للأب أو الجد أن يتنحى عن الولاية بغير عذر مقبول.»

التي يملكها الولي والوصي على أموال الصغير، ومن ثم البحث فيما لو أن هذه السلطات تتسع لتشمل إبرام اتفاق التحكيم من عدمه.

أما عن سلطات الولي على مال الصغير<sup>(٣٢)</sup>، فيجوز له أن يبرم عن الصغير التصرفات النافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبات والتبرعات<sup>(٣٣)</sup>. وبمفهوم المخالفة، لا يجوز له أن يبرم التصرفات الضارة بالصغير ضرراً محضاً كالتبرع في ماله<sup>(٣٤)</sup> وإقراضه<sup>(٣٥)</sup> ورهنه<sup>(٣٦)</sup> إلا بإذن المحكمة. وقد بين القانون أن سلطة الولي تقتصر فقط على إبرام التصرفات التي يستلزمها حفظ مال الصغير وإدارتها واستثمارها<sup>(٣٧)</sup>.

وقد سمح القانون للولي أن يتصرف في مال الصغير بمقابل ولكن بمراعاة قيود معينة ذكرها في متن القانون وهي<sup>(٣٨)</sup> : أنه لا يجوز له أن يبرم مال الصغير لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد بأكثر من سنة<sup>(٣٩)</sup>، ولا أن يبيع عقار الصغير أو محله التجاري<sup>(٤٠)</sup>، أو أن يتصرف في ماله إذا تجاوزت قيمته المائتي ألف دينار<sup>(٤١)</sup>، إلا بإذن من المحكمة.

(٣٢) خصص المشرع المواد من ١٢٧ إلى ١٣٦ للحديث عن أحكام سلطة الولي الشرعي على أموال الصغير.

(٣٣) تنص المادة ١٢٧ من القانون المدني على أنه: «١- للولي أن يجري عن الصغير التصرفات النافعة له نفعاً محضاً. ٢- وإذا كان التبرع للصغير مقترناً بتكليف، فإنه لا يسوغ قبوله عنه بغير إذن المحكمة».

(٣٤) تنص المادة ١٣٣ من القانون المدني على أنه: «لا يجوز للولي التبرع بمال الصغير. ٢- ومع ذلك، إذا كان في مال الصغير سعة، فإنه يجوز للولي أن يتبرع بمال الصغير بما لا يبهظه، إذا كان ذلك لغرض عائلي أو إنساني وبشروط إذن المحكمة».

(٣٥) تنص المادة ١٣٤ من القانون المدني الكويتي على أنه: «لا يجوز للولي إقراض مال الصغير ولا اقتراضه».

(٣٦) تنص المادة ١٣٥ من القانون المدني الكويتي على أنه: «لا يجوز للولي رهن مال الصغير، إلا لدين على هذا الصغير نفسه».

(٣٧) تنص المادة ١/١٢٨ من القانون المدني الكويتي على أنه: «١- للولي أن يجري عن صغيره التصرفات التي يقتضيها حفظ أمواله وإدارتها واستثمارها».

(٣٨) تنص المادة ١٢٩ من القانون المدني على أنه: «للولي أن يجري في مال صغيره التصرفات في مقابل، مع مراعاة القيود المقررة في المواد التالية».

(٣٩) تنص المادة ٢/١٢٨ من القانون المدني على أنه: «٢- على أنه لا يجوز للولي تأجير مال الصغير لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد بأكثر من سنة، إلا بعد إذن المحكمة».

(٤٠) تنص المادة ١٣٠ من القانون المدني على أنه: «ليس للولي، بغير إذن المحكمة، أن يبيع عقار الصغير أو محله التجاري أو أن يؤجره لنفسه أو لزوجه أو لأقارب أحدهما إلى الدرجة الثالثة».

(٤١) تنص المادة ١٣١ من القانون المدني على أنه: «لا يجوز للولي، بغير إذن المحكمة، أن يتصرف في مال الصغير، إذا تجاوز قيمته مائتي ألف دينار».

وتطبيقاً لحكم المادة ٣/١٧٣ من قانون المرافعات والتي تنص على أنه: «...، ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع»، فإننا نرى أن ولي القاصر لا يملك إبرام اتفاق التحكيم بشأن نزاع يتعلق بمال الصغير الذي لا يملك أصلاً أهلية التصرف فيه، أي ذلك المال الذي يخرج عن ولايته، فإذا كان الولي لا يملك بموجب نصوص القانون بيع عقار القاصر أو محله التجاري على النحو السابق بيانه إلا بإذن المحكمة، فإنه من باب أولى لا يستطيع إبرام اتفاقات التحكيم بشأن نزاعات يكون محلها عقار الصغير أو محله التجاري. وتنطبق ذات الفرضية بالنسبة للتصرفات التي تتجاوز قيمتها المائتي ألف دينار، فلا يملك الولي إبرامها إلا بإذن المحكمة، وبالتالي لا يملك إبرام اتفاقات التحكيم بشأن منازعات خاصة بأموال الصغير تتجاوز قيمتها المائتي ألف دينار.

وبمفهوم المخالفة، إذا كان ولي الصغير يملك أهلية إبرام تصرف ما في مال الصغير، فإنه تبعاً لذلك يملك أهلية إبرام اتفاق التحكيم بشأن هذا المال تطبيقاً لنص المادة السالفة، فهو يملك أن يؤجر مال الصغير لأي مدة تصل إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بعام واحد فقط، وبالتالي فإنه يملك أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن هذا العقد لأنه يملك أساساً أهلية إبرامه، وكذلك الحال بالنسبة للتصرفات التي تقل قيمتها عن مائتي ألف دينار، حيث يملك الولي أهلية إبرامها دون إذن المحكمة، وتبعاً لذلك فإنه يملك أهلية إبرام اتفاقات التحكيم بشأنها.

أما عن ولاية الوصي على مال الصغير<sup>(٤٢)</sup> فهي أضيق نطاقاً من تلك التي يملكها الولي الشرعي؛ لذلك ترد على ولاية الوصي - بالإضافة إلى القيود المحددة لسلطات الولي السالف ذكرها أعلاه- قيود أخرى لعل أهمها ألا تتجاوز سلطات الوصي السلطات المقررة لصالح الهيئة العامة لشؤون القصر على أموال الداخلين في وصايتها<sup>(٤٣)</sup>. وقد نصت المادة ٧ من القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٣ بإنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر على مجموعة من التصرفات التي لا يجوز للهيئة مباشرتها على أموال الداخلين في وصايتها

(٤٢) الوصي هو من يتولى الولاية على مال القاصر من غير الأب والجد الصحيح.

(٤٣) نص المادة ١٣٧ من القانون المدني الكويتي على أن: «١- يكون للوصي، ولو كان مختاراً من الأب، الولاية على مال الصغير في نفس الحدود التي يرسمها القانون لإدارة شؤون القصر، باعتبار أن لها الوصاية أو القوامة على معدومي الأهلية وناقصيها. ٢- على أنه إذا كانت الوصاية لغير إدارة شؤون القصر، وجب إذن المحكمة لإجراء كل التصرفات التي لا يخول القانون لمدير هذه الإدارة أن يتولاها وحده. ٣- وفي جميع الأحوال، لا يكون للوصي، في ولايته على مال الصغير، سلطة تتجاوز سلطة الولي، على نحو ما يحدده القانون.»

إلا بإذن من مجلس إدارتها، وكان من بين هذه التصرفات التحكيم<sup>(٤٤)</sup>. الأمر الذي يترتب عليه - كنتيجة لتطبيق نص المادة ١٣٧ من القانون المدني - أن الوصي على مال الصغير لا يملك أن يبرم اتفاق التحكيم الذي يكون محله أحد أموال هذا الصغير ما لم يحصل على إذن مسبق من مجلس إدارة الهيئة العامة لشؤون القصر.

وأخيراً، فإنه مما لا يؤثر على صحة اتفاق التحكيم الذي يبرمه الولي أو الوصي على مال الصغير - متى كان قد أبرم بشكل صحيح وفقاً للقانون - زوال صفة الولي أو الوصي لأي سبب كان، حيث يبقى اتفاق التحكيم صحيحاً ومرتباً لآثاره<sup>(٤٥)</sup>.

## المطلب الثاني

### أهلية إبرام من بلغ سن الرشد لاتفاق التحكيم

وبناء على ما تقدم نخلص إلى أن اتفاق التحكيم يستوجب ممن يبرمه أن يكون كامل الأهلية، أي قد بلغ سن الرشد (٢١ عاماً ميلادياً)<sup>(٤٦)</sup> حتى يقع منه صحيحاً، مع الأخذ بالاعتبار ألا يكون هذا البالغ قد أصيب بأحد عوارض الأهلية التي تؤدي إلى التأثير على صحة اتفاق التحكيم قانوناً، كما تجدر الإشارة إلى أن من بلغ سن الرشد قد لا يبرم اتفاق التحكيم بنفسه ولكن من خلال وكيله.

(٤٤) تنص المادة ٧ من القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر على الآتي: «مع عدم الإخلال بحكم المادة ٣/١٣٧ من القانون المدني وسريانه على الوصي أياً كان لا يجوز للهيئة مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن مجلس الإدارة: أ - التصرف بالعقار ..... ب - التصرف في المنقولات..... ج - ..... د - ..... و - ..... ز - ..... ط - ..... ي - ..... ك - ..... ل - الصلح والتحكيم. م - ..... وفيما عدا التصرفات المنصوص عليها في البنود (ج، و، ك) يجوز للمجلس أن يفوض المدير العام للهيئة أو أحد موظفيها الآخرين أو لجنة من اللجان التي يشكلها في بعض هذه الاختصاصات بقبود معينة أو بغير قبود. وفي تطبيق أحكام المادة ٢/١٣٧ من القانون المدني تعتبر التصرفات المنصوص عليها في البند من (أ) إلى (م) السابقة هي التي يجب على الوصي - غير الهيئة العامة لشؤون القصر - الحصول على إذن من المحكمة قبل إجرائها.»

(٤٥) عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي: دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ٧٠.

(٤٦) تنص المادة ٩٦ من القانون المدني على أن: «كل شخص بلغ سن الرشد يكون كامل الأهلية لأداء التصرفات القانونية، ما لم يكن قد حكم قبل ذلك باستمرار الولاية أو الوصاية على ماله. ٢- وسن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة. ٣- ويستمر من بلغ سن الرشد مكتمل الأهلية، ما لم يطرأ عليه عارض من عوارضها، وفقاً للأحكام التالية، وغيرها مما يقضي به القانون.»

وعليه، سيتم عرض هاتين الفرضيتين على النحو التالي:

- الفرع الأول: تأثير عوارض الأهلية على اتفاق التحكيم
- الفرع الثاني: إبرام الوكيل الاتفاقي لاتفاق التحكيم بالنيابة عن الأصيل

## الفرع الأول

### تأثير عوارض الأهلية على اتفاق التحكيم

لا يكفي لاكتمال الأهلية أن يبلغ الشخص سن الواحد والعشرين، ولكن يجب أيضاً أن يكون خالياً من عوارض الأهلية<sup>(٤٧)</sup>. فإن كان الشخص قد وصل إلى سن الرشد ولكنه قد أصيب بجنون، فإن جميع تصرفاته تقع منه باطلة بطلاناً مطلقاً<sup>(٤٨)</sup> بما في ذلك اتفاق التحكيم، أما فيما لو كان هذا البالغ معتوهاً فإن تصرفاته النافعة له تقع منه صحيحة، وتلك الضارة به تقع منه باطلة، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحته<sup>(٤٩)</sup>، وهو الحكم الذي يسري على اتفاق التحكيم فيما لو أبرمه المعتوه حيث يقع قابلاً للإبطال لمصلحته باعتباره من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كما سبق بيانه. أما عن التصرفات التي يبرمها السفیه وذو الغفلة فإنها تقع منهما صحيحة قبل شهر قرار الحجر عليهما، أما بعد ذلك فتعتبر صحيحة فيما لو كانت نافعة، وباطلة فيما لو كانت ضارة، وقابلة للإبطال لمصلحتهما فيما لو كانت دائرة بين النفع والضرر<sup>(٥٠)</sup>. وبالتالي فإن اتفاق التحكيم الذي يبرمه السفیه وذو الغفلة يقع منهما صحيحاً قبل شهر قرار الحجر ويكون قابلاً للإبطال بعد ذلك، وعليه فإن من يبلغ سن الرشد وكان خالياً من عوارض الأهلية تقع جميع تصرفاته صحيحة ومرتبطة لأثرها القانونية بما في ذلك إبرامه لاتفاق التحكيم.

- (٤٧) تتمثل عوارض الأهلية في الجنون والعتة والسفه والغفلة، وقد نظم القانون المدني الكويتي أحكام التصرفات التي يبرمها من قد أصيب بأحد هذه العوارض في المواد ابتداءً من ٩٨ إلى ١٠٩.
- (٤٨) تنص المادة ٩٨ من القانون المدني على أن: «١- المجنون معدوم أهلية الأداء، وتقع تصرفاته كلها باطلة. ٢- وإذا كان الجنون غير مطبق، وحصل التصرف في فترة إفاقة، كان صحيحاً. ٣- ولا يغير من حكم تصرفات المجنون، وفقاً للفقرة السابقة، أن تنصب عليه المحكمة قياً.»
- (٤٩) تنص المادة ٩٩ من القانون المدني على أن: «تصرفات المعتوه تسري عليها أحكام تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٨٧، نصب عليه قيم أو لم ينصب»
- (٥٠) تنص المادة ١٠١ من القانون المدني على أن: «١- تصرفات السفیه وذو الغفلة، بعد شهر قرار الحجر، تسري عليها أحكام تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٨٧. ٢- أما التصرفات الصادرة قبل شهر قرار الحجر، فلا تكون باطلة أو قابلة للإبطال، إلا إذا أبرمت بالتواطؤ توقفاً للحجر.»

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط في إبرام التصرفات القانونية أن يبرمها الشخص بنفسه لترتب آثارها في مواجهته، فمن الجائز أن يوكل غيره في إبرام التصرفات بالنيابة عنه، أي باسمه ولحسابه، ويثور التساؤل حول مدى إمكانية توكيل الغير في إبرام اتفاق التحكيم لحساب النفس، وهو ما سنتناوله في الفرع القادم.

## الفرع الثاني

### إبرام الوكيل الاتفاقي لاتفاق التحكيم بالنيابة عن الأصيل

لقد أفرد القانون المدني الكويتي عدداً من المواد التي تنظم موضوع الوكالة<sup>(٥١)</sup>. والسؤال الآن: هل يعتبر اتفاق التحكيم من قبيل الأعمال التي يجوز للوكيل الاتفاقي أن يبرمها باسم الموكل ولحسابه بموجب أحكام الوكالة العامة؟ وللإجابة عن ذلك نقول حسناً فعل المشرع الكويتي عندما أورد إجابة صريحة لهذا السؤال تغني عن الاجتهادات الفقهية، حيث تنص المادة ٧٠٢ من القانون المدني الكويتي على الآتي:

«لابد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في التبرعات والبيع والصلح والرهن والإقرار والتحكيم، وكذلك في توجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء».

وعليه يشترط في الوكيل لكي يبرم اتفاق التحكيم بالنيابة عن موكله أن يملك وكالة خاصة بالتحكيم، أي أن يذكر صراحة في سند الوكالة صلاحية الوكيل في إبرام اتفاقات التحكيم بالنيابة عن الموكل (الأصيل)، فإن كان الوكيل يملك وكالة عامة مثلاً، أو كان وكيلاً خاصاً في الصلح وحده<sup>(٥٢)</sup>، امتنع عليه إبرام اتفاق التحكيم بالنيابة عن موكله. وكذلك الحال بالنسبة للمحامي الموكل في إقامة الدعوى والمرافعة فيها بالنيابة عن موكله، فإنه لا يملك إبرام اتفاق التحكيم عن موكله مع الخصم<sup>(٥٣)</sup>.

(٥١) انظر في أحكام الوكالة: المواد من ٦٩٨ إلى ٧١٩ من القانون المدني الكويتي.

(٥٢) فإذا تضمنت الوكالة توكيلاً بالصلح ولم يرد بها ذكر صريح للتحكيم فلا يعتد بها لقيام الوكيل بإبرام اتفاق التحكيم لحساب الأصيل، ذلك أن التحكيم أكثر خطورة من الصلح باعتبار أن المتصلحين يعلمون سلفاً حدود ما يتنازلون عنه من ادعاءات، أما المحكّمون فمن الصعب عليهم معرفة حدود ما سيفقدونه من حقوقهم. انظر: عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي: دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ٦٧.

(٥٣) خالد محمد العميرة، التحكيم المؤسسي: دراسة مقارنة بين التحكيم المؤسسي الدولي والتحكيم المؤسسي الوطني، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، ص ١٥٨.

وهذا ما أكدته محكمة التمييز الكويتية عندما قررت الآتي:

«... ومن المقرر أيضاً أنه وإذا كان المحكم يستمد ولايته من اتفاق الخصوم على تحكيمه، فإن لازم ذلك أنه إذا كان الاتفاق على التحكيم تضمنه عقد أبرمه شخص بصفته نائباً عن آخر، أن تكون نيابته عنه تخوله صفة في تمثيل الأصيل في قبول شرط التحكيم. وقد أوجبت المادة ٧٠٢ من القانون المدني صدور وكالة خاصة بقبول التحكيم بوصفه تصرفاً ليس من أعمال الإدارة، ولا يكفي في ذلك الوكالة العامة؛ إذ إنها لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة، ولا يكفي في ذلك لأن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع الدعوى إلى ساحة القضاء واختيار طريق استثنائي للتقاضي...»<sup>(٥٤)</sup>

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يجب التفرقة بين أمرين اثنين بالنسبة للوكيل فيما لو كان محامياً - باعتبار أن المحامي لا يعمل إلا بموجب توكيل يمنحه إياه موكله - وهما الآتي:

(أولاً) أن يقوم المحامي بإبرام اتفاق التحكيم بالنيابة عن موكله، وهنا يستلزم الأمر أن يحمل المحامي وكالة خاصة يذكر فيها صراحة سلطته في إبرام اتفاقات التحكيم بالنيابة عن موكله تطبيقاً للنص السالف، وعدم الاكتفاء بالوكالة ذات الصيغة العامة المتعارف عليها بين المحامين، وهي تلك التي تخول المحامي حق الدفاع عن موكله أمام القضاء، ولا تلك الصياغة المتعارف عليها في الوكالة العامة التي تخول المحامي إدارة أموال موكله<sup>(٥٥)</sup>. وبالتالي، فإن عدم وجود هذا التوكيل الخاص يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم؛ لأنه أبرم ممن لا يملك أهلية إبرامه أصلاً، ويتحقق بذلك (البند أ) من نص المادة ١٨٦ من قانون المرافعات والذي يمثل السبب الأول لطلب بطلان حكم التحكيم من خلال دعوى أصلية تنظرها المحكمة المختصة أصلاً في نظر النزاع<sup>(٥٦)</sup>.

(٥٤) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٥٨٨ لسنة ٢٠١١ تجاري/١ الصادر في ٢٠١٢/٢/١٤.

(٥٥) تنص المادة ٧٠١ من القانون المدني على أن: «يلزم لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلاً لأداء التصرف الذي وكل فيه غيره»، فإذا كان بصدد وكيل يبرم اتفاق التحكيم لحساب موكله فإن هذا الوكيل يجب أن يكون نفسه أهلاً لإبرام التصرف الذي وكل فيه، أي أن يملك أهلية إبرام اتفاق التحكيم على النحو السابق بيانه في المتن أعلاه.

(٥٦) تنص المادة ١٨٦ من قانون المرافعات على الآتي:

«..... أ - إذا صدر بغير اتفاق تحكيم، أو بناء على اتفاق تحكيم باطل، أو سقط بتجاوز الميعاد، أو إذا كان الحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم.  
ب - إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر.  
ج - إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.»

أما (ثانياً) فهي الحالة التي يقتصر فيها دور المحامي فقط بالنيابة عن موكله في الدفاع عنه قانوناً، ومباشرة إجراءات الخصومة بالنيابة عنه دون أن يكون له دور في إبرام اتفاق التحكيم الذي أدى إلى قيام الخصومة أمام هيئة التحكيم، وهنا يجب أن يذكر في الوكالة القانونية التي يحملها المحامي سلطته في تمثيل موكله للدفاع عنه أمام هيئة التحكيم وليس فقط أمام القضاء، باعتبار أن محكمة التمييز الكويتية تعتبر عدم النص في سند وكالة المحامي على سلطته في تمثيل موكله أمام هيئة التحكيم عيباً إجرائياً جوهرياً يعرض الحكم الصادر في التحكيم للبطلان إذا نتج عنه ضرر يصيب الطاعن تطبيقاً للبند (ج) من نص المادة ١٨٦ من قانون المرافعات، ففي حكمها الصادر في ٢٠٠٧/٣/١ قررت محكمة التمييز الآتي:

«وكان البين من حكم التحكيم- أن حضور المذكور بالجلسة المشار إليها كان بدون توكيل قانوني يبيح له المثل بتلك الجلسات، و أن التفويض الممنوح له بشأن الحضور أمام الخبرة لا يتضمن توكيله في حضور جلسات التحكيم، بالإضافة إلى جحد الطاعنة للصورة الضوئية للفاكس المشار إليه و إنكارها صدورها من وكيلها..... وبذلك يكون قد أصابها ضرر بالمعنى المقصود قانوناً لكون المصلحة التي تغيهاها المشرع وهي تحقيق مبدأ المجابهة بين الخصوم، وتمكين الخصم من مواجهة طلبات خصمه و الرد عليها لم تتحقق، وهو ما يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم عملاً بنص المادة ١٨٦ من قانون المرافعات التي تجيز طلب بطلانه لهذه الحالة، و إذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر و رفض القضاء بالبطلان، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يوجب تمييزه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن»<sup>(٥٧)</sup>.

ومن هنا، فإن اشتراط أن تكون الوكالة التي يحملها من يحضر بالنيابة عن أحد الأطراف في خصومة التحكيم مذكوراً فيها صراحة سلطته في تمثيل الأصيل أمام هيئة التحكيم هو أمر لازم حتى لا توصم العملية التحكيمية بعيب جوهري في الإجراءات يؤدي إلى إمكانية رفع دعوى بطلان أصلية على حكم التحكيم تطبيقاً لنص المادة ١٨٦ من قانون المرافعات في (البند ج) منها، و هو في الحقيقة سبب مختلف عن ذلك الذي تناقشه في هذا البحث - و في هذا الفرع تحديداً - والمتمثل في أن من قام بإبرام اتفاق التحكيم بالنيابة عن الأصيل لم يكن يملك توكيلاً خاصاً يخوله ذلك، الأمر الذي يجعل اتفاق التحكيم ذاته باطلاً، و ما ينتج عنه من حكم يمكن الطعن عليه بالبطلان تطبيقاً (للبند أ) من المادة السالفة.

(٥٧) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ١٠٢٤ لسنة ٢٠٠٧ (تجاري - ٢) الصادر في تاريخ ٢٠٠٧/٣/١.

## المبحث الثاني

## أهلية إبرام اتفاق التحكيم من قبل الشخص الاعتباري

الشخص الاعتباري هو مجموعات من الأشخاص أو تجمعات من الأموال تكونت لتحقيق غرض مادي أو اجتماعي، فيعترف لها القانون بالشخصية القانونية المستقلة ليكون لها وجود مادي مستقل عن الأشخاص المكونين لها<sup>(٥٨)</sup>. وتنقسم الأشخاص الاعتبارية إلى نوعين رئيسيين: يتمثل النوع الأول في الأشخاص الاعتبارية العامة، وهي وزارات الدولة وهيئاتها ومؤسساتها العامة التي تضطلع بمهمة تحقيق الصالح العام، وتخضع في ذلك لأحكام القانون العام. أما النوع الثاني فهو الأشخاص الاعتبارية الخاصة، والتي يقوم الأفراد بإنشائها وفقاً لقواعد القانون الخاص، وتنقسم بدورها إلى إما جماعات من الأشخاص تسعى لتحقيق الربح المادي كالشركات التجارية، أو تجمعات أموال تسعى لتحقيق أغراض اجتماعية كالمؤسسات الخاصة والوقف<sup>(٥٩)</sup>.

أما عن وقت اكتساب الشخص الاعتباري للشخصية القانونية فالأمر يختلف فيما لو كان شخصاً خاصاً أو عاماً، فأما الأشخاص الاعتبارية الخاصة فإنها تكتسب الشخصية القانونية بمجرد تكوينها وفقاً للشروط التي يتطلبها القانون دون الحاجة لتدخل من سلطات الدولة لإصدار قرار خاص بمنحها الشخصية القانونية<sup>(٦٠)</sup>. أما الأشخاص الاعتبارية العامة فإنها تكتسب الشخصية القانونية عندما تتدخل الدولة بإصدار قرار خاص بذلك وليس من تاريخ تكوينها<sup>(٦١)</sup>.

(٥٨) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي (الجزء الثاني): نظرية الحق، ١٩٩٧، ص ٢٣٠.

(٥٩) المرجع السابق، ص ٢٢٣ - ٢٤٥.

(٦٠) المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(٦١) جرى العمل في الكويت على أن تنشأ الوزارات والإدارات التي تعمل بشكل مركزي من خلال مراسيم أميرية تطبيقاً للمادة ٧٣ من الدستور الكويتي والتي تنص على أن: «يضع الأمير، بمراسيم، لوائح الضبط واللوائح اللازمة لترتيب المصالح والإدارات العامة بما لا يتعارض مع القوانين». أما الهيئات والمؤسسات العامة فهي تنشأ بقوانين تصدر من البرلمان تطبيقاً للمادة ١٣٣ من الدستور الكويتي والتي تنص على أن: «ينظم القانون المؤسسات العامة وهيئات الإدارة البلدية بما يكفل لها الاستقلال...».

لمزيد من التفصيل يرجى الرجوع إلى:

خليفة ثامر الحميدة، القانون الدستوري - النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، ٢٠١٥، ٤٢٠ - ٤٢٥.  
محمد عبد المحسن المقاطع وأحمد حمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر ٢٠١٢، ص ٦٤ - ص ١٣٢.

وفقاً للقواعد العامة، فإن الاعتراف للشخص الاعتباري بالشخصية القانونية يعني أن تنشأ له ذمة مالية خاصة به ومستقلة عن الأشخاص المكونين له، كما تثبت له الأهلية القانونية بشقيها: أهلية الوجوب وأهلية الأداء، وهذه الأخيرة (أهلية الأداء) هي ما يعنينا في هذا المبحث لأن ثبوتها للشخص الاعتباري يعني الترخيص له قانوناً بمباشرة التصرفات القانونية التي تمكنه من مواولة الأنشطة التي أنشئ من أجل تحقيقها، على أن يمارسها نيابة عنه ممثله القانوني الذي لا بد أن يكون شخصاً طبيعياً<sup>(٦٢)</sup> ومن هنا يثور التساؤل حول من هو ذلك الشخص الطبيعي الذي يباشر أهلية الأداء بالنيابة عن الشخص الاعتباري؟ وهل يدخل اتفاق التحكيم من ضمن صلاحياته؟

وعليه، سنتناول في هذا المبحث أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم وذلك في المطلب الأول، أما عن الأشخاص الاعتبارية الخاصة - ولأن الواقع العملي يثبت لنا أن الشركات التجارية هي الأكثر إقداماً على إبرام اتفاقات التحكيم من باقي الأشخاص الاعتبارية الخاصة - فإننا في المطلب الثاني من هذا المبحث سنسلط الضوء على أهلية الشركات التجارية لإبرام اتفاقات التحكيم دون غيرها من الأشخاص الاعتبارية الخاصة، وهذا على النحو التالي:

المطلب الأول: أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم

المطلب الثاني: أهلية الشركات التجارية لإبرام اتفاق التحكيم

### المطلب الأول

#### أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم

إن تبني آلية التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الدولة يشكل تحدياً للدول بشكل عام، وللدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني بشكل خاص؛ ذلك أن هذه الأخيرة تخضع المنازعات التي تكون طرفاً فيها لقانون وقضاء صمما خصيصاً لاستيعاب خصوصية تواجدها كدولة في العلاقة القانونية، وهما القانون الإداري والقضاء الإداري. ومن أهم التحديات التي تواجه التحكيم بشأن عقود الدولة مسألة ضرورة إخضاع الدولة لمعاملة متساوية مع الطرف المتعاقد معها، وما يتعلق بمسؤولية الوزارة السياسية عن العقد، والمشاكل المتعلقة بتفويض الاختصاص داخل الجهاز الإداري للدولة، وغيرها من

(٦٢) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي (الجزء الثاني): نظرية الحق، ١٩٩٧، ص ٢٥٤.

المسائل التي تتداخل فيها المصالح السياسية.<sup>(٦٣)</sup> إلا أن حاجة الدولة لجذب المستثمر الأجنبي للاستثمار في أراضيها تحقيقاً لسياسات الانفتاح التجاري جعلها تتبنى التوجهات الجديدة في القبول بالتحكيم في عقودها الإدارية، وعليه فإن هذا المطلب سيسلط الضوء على التجربة المصرية باعتبار أنها الرائدة في مجال التشريع للتحكيم في عقود الدولة، وتحديداً فيما يتعلق بصلاحيات الدولة في الدخول في عقود التحكيم، ومن ثم الانتقال للحديث عن التجربة الكويتية في هذا المجال.

تنص المادة ١ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على الآتي:

«مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات القانونية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض بذلك» ونحن - إذ نرغب في تسجيل بعض الملاحظات على النص السالف - فإننا نقول الآتي:

سمح المشرع المصري لأشخاص القانون العام أو الخاص على حد سواء أن يكونوا أطرافاً في اتفاق التحكيم، ونلاحظ أن المشرع المصري استخدم مصطلح (أشخاص القانون) بشكل عام والذي يتسع ليشمل الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية. أما عن أشخاص القانون العام، فالسائد أنها أشخاص اعتبارية، وهي تلك المتمثلة في أجهزة الدولة المختلفة من وزارات ومؤسسات وهيئات الإدارة العامة، ومن هنا نخرج بنتيجة أولية هامة وهي أن المشرع المصري في قانون التحكيم قد سمح لأجهزة الدولة أن ترتبط باتفاقات التحكيم لفض المنازعات التي تكون طرفاً فيها عندما ذكر - وبصريح العبارة - أن أحكام هذا القانون تسري على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام ...». وحسناً فعل المشرع المصري عندما خص «العقود الإدارية» بالذكر

(٦٣) Denis Lemieux، Arbitration in The Field of Government contracts، a chapter included in «Alternative Dispute Resolution»، edited by Claud Samson and Jeremy McBride، page 221 - 223.

صراحة في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المشار إليه أعلاه، وذلك درءاً لأي اجتهادات فقهية قد تقول بإمكانية استبعاد الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة لفض المنازعات التي قد تنشأ عنها<sup>(٦٤)</sup>. ويلاحظ أن المشرع المصري قد قيد الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية بشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، كما بيّن عدم جواز التفويض في إعطاء هذه الموافقة. ويرى بعض الفقه أن عدم موافقة الوزير على إيراد شرط التحكيم في العقود الإدارية أو إبرام مشارطة التحكيم بشأن المنازعات التي قد تنشأ عنها لاحقاً لا يمكن الاحتجاج بها لترتيب البطلان، باعتبار أن هذه الموافقة تعد شيئاً داخلياً بالجهة الإدارية، ولا شأن للمتعاقد مع الإدارة بها<sup>(٦٥)</sup>.

كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن نطاق التحكيم في المنازعات الإدارية لا يقتصر على المنازعات العقدية فقط، إنما يمتد ليشمل أي منازعة إدارية أخرى تدور حول حق من الحقوق المالية التي يجوز أن تكون محلاً للصلح فيها<sup>(٦٦)</sup>.

في الحقيقة، بينما أورد المشرع المصري نصاً صريحاً بشأن صلاحية أشخاص القانون العام في إبرام اتفاقات التحكيم، بل وامتداد هذه الصلاحية لتشمل التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فإن نظيره الكويتي قد غفل عن النص على ذلك في المواد التي نظم فيها التحكيم في قانون المرافعات. فقد اكتفى المشرع الكويتي بموجب نص الماد ١٧٣ / ٣ بالنص على القيد العام وهو أنه: «لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح،

(٦٤) ومن الجدير بالذكر أن هذه الفقرة الأخيرة من المادة أعلاه قد تم إضافتها إلى نص المادة ١ بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بسبب الخلاف الذي ثار آنذاك حول مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، فأورد المشرع هذه الإشارة الصريحة التي ضم فيها العقود الإدارية إلى التعداد المشار إليه بشأن المسائل التي يجوز التحكيم فيها. انظر في هذا الشأن:

سيد أحمد محمود، نظام التحكيم - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي الكويتي والمصري، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ٢٠٠٤، ص ٢٧٣.

أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ٤٩.

أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٨.

(٦٥) رأي الدكتور أحمد الشرايري. انظر في ذلك:

أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ٤٩.

(٦٦) أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٧.

ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع». وبالتالي فإن قيامنا بتحديد مدى صلاحية أشخاص القانون العام في الكويت لإبرام اتفاقات التحكيم - في ظل الغياب التشريعي للنصوص الصريحة التي تنظم هذه المسألة - لا يعدو أن يكون مجرد اجتهاد فقهي من جانبنا في ضوء المعطيات المختلفة على النحو الذي سنعرض له الآن.

تطبيقاً للقيد العام الوارد في نص المادة ١٧٣ / ٣ وهو: «.....»، ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع»، فإنه لا بد من أن يتم تحديد الطبيعة القانونية لأموال الدولة التي قد يثار النزاع بشأن الحقوق المتعلقة بها لمعرفة ما إذا كانت الدولة تملك أهلية التصرف في هذا المال، بحيث يجوز - جلاً - أن تكون العقود التي تبرم بشأن هذا المال محلاً للتحكيم، أما أن هذا المال لا تملك الدولة التصرف فيه ابتداءً، فمن باب أولى أنها لا تملك الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات التي قد تثار بخصوصه وذلك باعتبار أن اتفاق التحكيم يعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر - كما سبق مناقشته - مما قد ينتج عنه حكم تحكيمي يخرج هذا المال أو جزءاً منه من ملكية الدولة، فإذا كانت الدولة أصلاً لا تملك التصرف في هذا المال اختياراً فإنها لا تملك أن تجعل هذا المال عرضة للتصرف به جبراً.

وتجدر الإشارة إلى أن أموال الدولة تنقسم إلى أموال تمتلكها ملكية عامة، وأخرى تمتلكها الدولة ملكية خاصة، حيث تنص المادة ٢٣ من القانون المدني الكويتي على الآتي:

«كل شيء تملكه الدولة أو أي شخص اعتباري عام ويكون مخصصاً للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون، لا يجوز التعامل فيه بما يتعارض مع التخصيص، كما لا يجوز الحجز عليه أو وضع يد الغير عليه، وينتهي التخصيص للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون»

فوفقاً لهذا النص يشترط في المال العام شرطان<sup>(٦٧)</sup>، يتمثل الشرط الأول في أن يكون المال مملوكاً للدولة أو أي شخص اعتباري عام كالبلديات أو المؤسسات والهيئات العامة. أما الشرط الثاني فهو أن يكون هذا المال مخصصاً للمنفعة العامة (بالفعل) أو (بمقتضى القانون). ويكون تخصيص المال العام للمنفعة العامة (بالفعل) عندما يتاح

(٦٧) لمزيد من الشرح في مجال أموال الدولة العامة وفقاً للقانون الكويتي انظر:

عبد الرسول بهبهاني، أموال الدولة العامة والخاصة، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، يونيو ١٩٩٨.

د. محمد عبد المحسن المقاطع و د. أحمد حمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي / الجزء الأول: التنظيم الإداري والأموال العامة والوظيفة العامة، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر في كلية الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠١٢، ص ١٤٤ - ١٥٨.

لاستخدام الجمهور مباشرة، كما هو الحال في الشوارع والحدائق، أو عندما يكون مخصصاً لاستخدام المرافق العامة حيث يستفيد منه الجمهور بشكل غير مباشر عند استخدام هذه المرافق. أما التخصيص للمنفعة العامة (بمقتضى القانون)، فهو أن ينص القانون صراحة على أن مالاً ما يعتبر مالاً عاماً، كما هو الحال في قانون الآثار الكويتي الذي ينص على كون الآثار التي توجد في الكويت تعتبر من قبيل الأموال العامة<sup>(٦٨)</sup>.

وفي حال تحقق هذين الشرطين نكون أمام مال عام يستوجب إنزال أوجه الحماية المدنية عليه كما ذكرها النص السالف وأهمها عدم جواز التعامل فيه بما يتعارض مع تخصيصه للمنفعة العامة، ويشمل حظر التعامل في المال العام عدم جواز التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات التي تخرجه من ذمة الدولة سواء بمقابل كالبيع أو بدون مقابل كالهبة، وبالتالي إذا تصرفت الدولة في المال - مع بقاء صفته في كونه مالاً عاماً - فإن التصرف يقع منها باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما لا ترد عليه الإجازة، ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك بذلك<sup>(٦٩)</sup> فالشخص المعنوي له - كقاعدة عامة - أهلية التصرف بكافة حقوقه إلا ما استثني منها بنص القانون، كما هو الحال في النص السالف، فإذا دخل التصرف في دائرة الاستثناء المحظور، فلا يجوز للشخص المعنوي الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات التي تتعلق بهذا التصرف، وإلا وقع هذا الاتفاق باطلاً<sup>(٧٠)</sup>.

أما وقد فرغنا للتو من الحديث عن مدى إمكانية الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات التي تتعلق بالتصرف في أموال الدولة العامة، نأتي الآن للأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، وهي التي - بمفهوم المخالفة لنص المادة ٢٣ مدني - لا تكون مخصصة للمنفعة العامة، وبالتالي لا يسري بشأنها الحظر الوارد في المادة السالفة من منع إجراء التصرفات وإيقاع الحجوزات عليها وتملكها بالتقادم، وطالما تملك الدولة صلاحية التصرف في هذا المال، فإنها تملك تبعاً لذلك إبرام اتفاقات التحكيم بشأن المنازعات التي تثور بخصوص التصرفات التي ترد على هذا المال.

وهنا يثور التساؤل حول مدى إمكانية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها دولة الكويت في ظل غياب النص التشريعي الذي يسمح لها بذلك صراحة.

(٦٨) تنص المادة ٥ من المرسوم الأميري رقم ١١ لسنة ١٩٦٠ بقانون الآثار على أن: «جميع الآثار

المنقولة وغير المنقولة الموجودة في باطن أراضي الكويت تعتبر من أملاك الدولة العامة».

(٦٩) عبد الرسول بهبهاني، أموال الدولة العامة والخاصة، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة ٢٢، العدد الثاني، يونيو ١٩٩٨.

(٧٠) حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، ٢٠١٤، ص ٨١.

ولعل أهم مثال على ذلك في الكويت هو العقود النفطية التي تبرمها مؤسسة البترول الكويتية - أو إحدى الشركات الحكومية المتفرعة عنها - مع شركات النفط الأجنبية. وللإجابة عن هذا التساؤل يتعين التعرض للتكييف القانوني للنفط باعتباره مالا (فيما لو كان مالا عاماً أو خاصاً)، وذلك لتحديد مدى صلاحية الدولة في التصرف فيه، ومن ثم صلاحيتها لإبرام اتفاقات التحكيم بخصوص المنازعات التي تثار بشأن التصرف فيه. ولا خلاف حقيقة في القول بأن النفط يعتبر من قبيل أموال الدولة الخاصة التي يسمح لها بالتصرف فيه من خلال بيعه.<sup>(٧١)</sup> وقد سبق أن تناولنا بالتفصيل - في بحث سابق - تواتر العمل في دولة الكويت على إدراج شرط التحكيم في العقود النفطية التي تبرمها مؤسسة البترول الكويتية مع شركات النفط الأجنبية، وصنفنا شرط التحكيم على أنه من قبيل القرائن التي يستدل بإدراجها في عقود الدولة على انتفاء الصفة الإدارية عنها، لأنه يدل على ارتضاء الدولة عدم التمسك بامتيازات السلطة العامة - وهي أهم شروط العقد الإداري - والتي يعتبر القضاء الوطني خير حام لها.<sup>(٧٢)</sup>

## المطلب الثاني

### أهلية الشركات التجارية لإبرام اتفاق التحكيم

لقد عدد قانون الشركات الكويتي الجديد (قانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات) الأشكال التي تتخذها الشركات التجارية وهي سبعة أشكال: شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، شركة التوصية بالأسهم، شركة المحاصة، شركة المساهمة، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركة الشخص الواحد.<sup>(٧٣)</sup> كما قد أورد القانون السالف نصوصاً تنظم شروط التأسيس، وخصص الشركاء،

(٧١) إلا أن الدستور الكويتي قد نص في المادة ٢١ منه على أن: «الثروات الطبيعية جميعها ومواردها كافة ملك للدولة تقوم على حفظها وحسن استغلالها، بمراعاة مقتضيات أمن الدولة واقتصادها الوطني» وهو بذلك يكون قد حدد ضابطاً عاماً فيما يتعلق بالتعامل مع هذا المورد بأن النفط لا يتصور له إلا أن يكون مملوكاً للدولة، وبالتالي لا يجوز تملك شركات النفط الأجنبية نسبة من كمية النفط المنتج نظير خدماتها، بل يدفع لها مبالغ نقدية، وبالتالي تعتبر عقود المقاوله النفطية هي الصيغة التعاقدية المناسبة التي تستوعب تطبيق هذا الشرط.

(٧٢) لمزيد من التفصيل بهذا الشأن نحيل إلى بحثنا السابق:

فاطمة خالد المحسن، التكييف القانوني للعقد النفطي على ضوء القرائن القانونية المستمدة من النظرية العامة للالتزام ونظرية العقد الإداري، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة ٤٠، العدد ٢ يونيو ٢٠١٦.

(٧٣) انظر: المادة ٤ من قانون الشركات الحالي.

والحقوق وما يتعلق بالإدارة لكل شركة، وهذه الأخيرة هي ما يعيننا لكي نحدد من يمثل الشركة في تعاقدها؟ وما هي حدود سلطاته؟ وفيما لو كان إبرام اتفاق التحكيم يدخل من ضمن اختصاصاته من عدمه.

ولا يفوتنا هنا أن نسجل ملاحظتين أساسيتين قبل الخوض في تفاصيل هذا المطلب، وهما:

**أولاً:** أننا - وعند الحديث عن ممثل الشركة التجارية - وما إذا كانت صلاحياته تمتد لتشمل إبرام اتفاقات التحكيم بالنيابة عنها من عدمه - سنقارن بين: ما تنبأه قانون الشركات التجارية الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠، وقانون الشركات الجديد رقم ١ لسنة ٢٠١٦، من أجل الوقوف على توجه التشريع بين الماضي والحاضر.

وعليه، فإننا في هذا المطلب سنستخدم مسمى (القانون التجاري السابق) ونقصد به القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ حيث امتد العمل به بين الأعوام ١٩٦٠ إلى ٢٠١٢، أي قرابة ال ٥٢ عاماً<sup>(٧٤)</sup>. كما سنستخدم مسمى (القانون التجاري الحالي) ونقصد به القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ باعتبار أنه القانون المعمول به حالياً.

**ثانياً:** سنتحدث في هذا المطلب عن مدى سلطة من يمثل شركات التضامن والمساهمة وذات المسؤولية المحدودة في إبرام اتفاقات التحكيم دون باقي الشركات الأخرى ويرجع السبب في ذلك إلى الآتي:

١ - إن إدارة (شركة التوصية البسيطة) بما يشمل ذلك من حدود سلطات مديرها قد أحال المشرع بشأنها إلى شركة التضامن في كل من القانون السابق والقانون الحالي<sup>(٧٥)</sup>.

٢ - أما فيما يتعلق ب (شركة التوصية) بالأسهم فإن وجه الاختلاف بين القانونين

(٧٤) تجدر الإشارة إلى أنه - وقبل صدور قانون الشركات الأخير والمعمول به حالياً (٢٠١٦) - كان قد صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات، ولكنه استبدل لاحقاً بالقانون (٢٠١٦). كانت الحكومة الكويتية قد قامت بإصدار المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والذي أقره مجلس الأمة في أول اجتماع له لاحقاً مستخدمة رخصتها الاستثنائية في تشريع مراسيم الضرورة والتي نظمها الدستور الكويتي في المادة ٧١ منه. ثم وفي العام ٢٠١٥، تم الطعن بعدم دستورية هذا المرسوم بقانون، وقضت المحكمة الدستورية بذلك باعتبار أن الموضوعات التي ينظمها لم تكن مما يستوجب اتخاذ تدابير عاجلة لمواجهة حالة ضرورة والتي تخول السلطة التنفيذية إصدار مراسيم لها قوة القانون. ونتيجة لهذا الحكم، قام مجلس الأمة الكويتي باستبدال المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات - والذي كان قد صدر بالتزامن مع المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ المشار إليه أعلاه - بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ تجنباً لإمكانية الطعن بعدم دستوريته لوحدة السبب.

(٧٥) تنص المادة ٤٤ من قانون الشركات التجارية الكويتي السابق رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ على الآتي: =

السابق والحالي هو حدود سلطات المدير، فبينما أخضع القانون السابق المدير لذات الأحكام التي تنظم الإدارة في شركة المساهمة، فإن القانون الحالي يخضع مدير شركة التوصية بالأسهم، باعتباره شريكاً متضامناً فيها، لذات الأحكام التي يخضع لها مدير شركة التضامن.

٣ - أما بالنسبة ل (شركة المحاصة) فقد يتولى إدارتها أحد الشركاء فيها، كما يمكن الاتفاق على قيام أحد من غير الشركاء بإدارتها، وفي الحالتين، المدير لا يعد نائباً أو وكيلاً لشركة المحاصة؛ لأنها لا تتمتع بالشخصية القانونية<sup>(٧٦)</sup>، ولكنه يتعامل مع الغير بصفته الشخصية، ويكون وكيلاً عن الشركاء بصورة مستترة، هذا كله ما لم يتم الكشف عن شركة المحاصة، فإنها تتحول عندئذ إلى شركة معلنة اختلف الفقهاء في تحديد طبيعتها، وبالتالي فإن من يبرم اتفاق التحكيم يوقع عليه باسمه الشخصي فتصرف آثاره له شخصياً ما لم يكن يعمل باعتباره وكيلاً عن الشركاء، فيتعين عندئذ أن تتوافر لديه الوكالة الخاصة كما سبق بيان ذلك تفصيلاً في المبحث السابق.<sup>(٧٨)</sup>

٤ - أما عن (شركة الشخص الواحد) فهي من الشركات المستحدثة في القانون الكويتي، والتي تم النص عليها لأول مرة في القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢، كما عرفها أيضاً القانون الحالي (٢٠١٦) وحدد المقصود منها في المادة ٨٥ والتي تنص على الآتي:

«تخضع شركة التوصية البسيطة، حتى فيما يختص في الشركاء الموصين، للقواعد المقررة في شركة التضامن من حيث تأسيس الشركة، ومن حيث إدارتها، ومن حيث انقضاؤها وتصفياتها، مع مراعاة الأحكام التالية: ...»

أما بشأن شركة التوصية البسيطة فتتنص المادة ١/٥٧ من القانون الجديد رقم ١ لسنة ٢٠١٦ على الآتي: «مع مراعاة الأحكام الخاصة التي يشتمل عليها هذا الباب، تتبع في تأسيس شركة التوصية البسيطة وقيدتها في السجل التجاري والحد الأدنى لرأس المال والتنازل عن حصص الشركاء والحجز على حصص الشركاء ورهنها وفصل الشريك وتعديل عقدها وإدارتها، الأحكام المقررة في شركة التضامن في هذا الشأن».

(٧٦) تنص المادة ٧٨ من قانون الشركات الجديد على الآتي: «ليس لشركة المحاصة شخصية اعتبارية،

ولا يكون للغير رابطة قانونية بأعمال الشركة إلا مع الشريك أو الشركاء الذين تعاقده معهم. ...».

(٧٧) أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٧٨، ص ٢٨٢. والمشار إليه لدى: طعمة صغفك الشمري، الوسيط في دراسة قانون الشركات التجارية الكويتي وتعديلاته، حقوق الطبع محفوظة لدى المؤلف، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩، ص ٢٤٩.

(٧٨) انظر: المبحث الأول، وتحديد الفرع الثاني من المطلب الثاني تحت عنوان «إبرام الوكيل لاتفاق التحكيم بالنيابة عن الأصيل».

«يقصد بشركة الشخص الواحد في تطبيق أحكام هذا القانون كل مشروع يمتلك رأس ماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري، لا يسأل مالك الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال المخصص للشركة. ...»

وعلى الرغم من أن هذه الشركة يملك كل رأسمالها شخص واحد فقط، إلا أنها تختلف عن المؤسسة التجارية الفردية والتي لا يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية، فمالك المؤسسة يعتبر تاجراً وتضمن أمواله الشخصية ديون مؤسسته، على عكس شركة الشخص الواحد التي تكون المسؤولية فيها محدودة بقدر رأس المال فقط.<sup>(٧٩)</sup>

ووفقاً للقانون الحالي فإن مالك رأس المال كله هو عادة من يدير الشركة، وبالتالي لا مجال للحديث عن صلاحيات المدير في إبرام اتفاق التحكيم بعد أن عرفنا أن شخص مالك الشركة يندمج بشخص المدير. كما يسمح القانون الحالي أيضاً بأن يعين مالك شركة الشخص الواحد مديراً،<sup>(٨٠)</sup> إلا أن هذا المدير يلتزم بالصلاحيات الممنوحة له وفقاً لما جاء في النظام الأساسي للشركة والذي انفرد مالك الشركة الوحيد في وضعه.<sup>(٨١)</sup> وتجدر الإشارة هنا إلى أن الشركات الأصل فيها تعدد ملاك رأس المال، الأمر الذي يستدعي توكيل أحدهم أو من غيرهم إدارة الشركة بالنيابة عن الشركاء جميعاً، فتظهر الحاجة إلى ضرورة حماية هؤلاء الشركاء من تصرفات من يدير شركتهم من خلال تحديد صلاحياته، وهو ما نزن انتفاءه في شركة الشخص الواحد، الأمر الذي دفعنا لاستبعاد الحديث عن هذه الشركة في هذا المبحث.

وعليه، فإن هذا المطلب سينقسم إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:

#### - الفرع الأول: شركة التضامن واتفاق التحكيم

(٧٩) أحمد الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن وفق المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ وتعديلاته الصادرة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ / الجزء الثاني القواعد الخاصة بالشركات، الطبعة الثانية، مجلس النشر العلمي (الكويت - ٢٠١٥) ٢٣٤ - ٢٣٥. والمشار إليه لدى:

بحث بعنوان «شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة وماهية ضمانات دائني الشركة وفقاً لقانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦» للدكتور محمد إبراهيم الوسمي والدكتورة فاطمة عبد الله الشريعان، منشور في مجلة الحقوق، السنة ٤٢، العدد ٤، ديسمبر ٢٠١٨ ص ٦٥.

(٨٠) تنص المادة ٨٩ من قانون الشركات الحالي على «يدير الشركة مالك رأس المال، ويجوز أن يعين لها مديراً أو أكثر يمثلها لدى القضاء والغير، ويكون مسؤولاً عن إدارتها أمام المالك، على أن أي قرار بتعيين المدير لا يكون نافذاً إلا بعد قيده في السجل التجاري»

(٨١) تنص المادة ٨٦ من قانون الشركات الحالي على «يكون لشركة الشخص الواحد نظام أساسي يشمل على اسم الشركة وغرضها، ومدتها، وبيانات مالكيها، وكيفية إدارتها، وتصفياتها، وغيرها من الأحكام التي تحددها اللائحة التنفيذية»

- الفرع الثاني: شركة ذات المسؤولية المحدودة واتفاق التحكيم
- الفرع الثالث: شركة المساهمة واتفاق التحكيم

## الفرع الأول

### شركة التضامن واتفاق التحكيم

يقصد بشركة التضامن تلك الشركة التي يكون الشركاء فيها مسؤولين بصفة شخصية وعلى وجه التضامن عن التزاماتها في جميع أموالهم.<sup>(٨٢)</sup>

وبالعودة إلى قانون الشركات السابق، نجد أن من ضمن البيانات التي كان يجب أن يتضمنها عقد تأسيس شركة التضامن البيان المتعلق بـ «المديرين المأذونين في الإدارة وفي التوقيع عن الشركة، من الشركاء أو من غيرهم»<sup>(٨٣)</sup>. فقد كان يسمح لمدير شركة التضامن أن يكون أحد الشركاء أو من الغير، إلا أن قانون الشركات الحالي قد أخذ اتجاهًا مغايرًا وغلب الاعتبار الشخصي في إدارة شركة التضامن باعتبار أن الشركاء فيها مسؤولون عن ديونها مسؤولية تمتد إلى أموالهم الخاصة، فحظر - وبصريح العبارة - أن يكون مدير الشركة من غير الشركاء حيث «يتولى إدارة الشركة مدير أو أكثر من بين الشركاء، يحدد عقد الشركة طريقة تعيينه وعزله وحدود سلطته في الإدارة»<sup>(٨٤)</sup>.

وما يهمنا في هذا الموضوع هو صلاحيات مدير شركة التضامن. وتجدر الإشارة إلى أن المدير - في ظل القانون السابق - كان ملزمًا في إدارته للشركة بعدم الخروج عن الحدود التي يرسمها له عقد الشركة ونظامها الأساسي تطبيقاً لنص المادة ١٥ التي كانت تقرر بأن «مدير الشركة يقوم بالأعمال اللازمة للإدارة، في حدود ما يقضي به عقد التأسيس ونظام الشركة». ونلاحظ من النص السالف أن المشرع لم يحدد صراحة ما يخرج عن أعمال الإدارة العادية التي يمتنع على مدير شركة التضامن أن يقوم بها ما لم يحصل على إذن خاص من الشركاء، ولكنه اكتفى بذكر قيد عام على سلطات المدير وهو ما تم النص عليه بموجب المادة ٢٠ والتي تقرر بأنه «لا يجوز لمدير الشركة ولا للشريك أن يأتي عملاً من شأنه إلحاق الضرر بالشركة، أو يكون مخالفاً للغرض الذي أنشئت الشركة لتحقيقه، ولا يجوز لأي منهما أن يتولى عملاً مماثلاً للعمل الذي تقوم به الشركة بغير إذن سابق من جميع الشركاء، ويجب تجديد هذا الأذن كل سنة».

(٨٢) انظر: المادة ٤ من قانون الشركات السابق، والمادة ٣٣ من قانون الشركات الحالي.

(٨٣) انظر: البند ٥ من المادة ٥ من قانون الشركات السابق.

(٨٤) انظر: المادة ٤٤ من القانون الحالي.

ويثور التساؤل هنا حول التحكيم فيما لو كان يعتبر من قبيل التصرفات التي تدخل من ضمن أغراض الشركة، بحيث يسمح لمدير شركة التضامن بأن يبرمه، وما يستتبعه ذلك من انصراف آثار التحكيم للشركاء، مع خطورة نتائج هذا الاستنتاج باعتبار أن الشركاء مسؤولون بصفة شخصية عن التزامات الشركة وليس فقط بحدود مساهمتهم في رأس مالها. وقد اجتهد الفقه للإجابة عن هذا التساؤل بالقول بأنه يتمتع على المدير أن يقوم بالاقتراض أو رهن أموال الشركة أو عقد الكفالات أو ما يمثلها بالخطورة من أعمال إلا بعد الرجوع إلى الشركاء وأخذ موافقتهم على ذلك، لأن مثل هذه التصرفات تحمل الشركة التزامات مرهقة قد تؤدي إلى ضياع أموالها أو إفلاسها<sup>(٨٥)</sup>. ويمكننا مثلاً من باب الاجتهاد - مع غياب النص التشريعي - قياس التحكيم على هذه التصرفات، وبالتالي القول بعدم إمكان إبرامها من قبل مدير الشركة في ظل القانون السابق مالم يأخذ موافقة جميع الشركاء المسبقة، مع التأكيد على أن هذا الإذن لا يؤخذ مرة واحدة بل مطلوب تجديده كل سنة.

ولكن عند البحث عن سلطات مدير شركة التضامن بموجب قانون الشركات الحالي، نجد أن هذا القانون قد تفادى العيب الذي وقع فيه القانون السابق، فحدد وبموجب نص صريح التصرفات التي تخرج عن حدود الإدارة العادية، وبالتالي لا يجوز لمدير شركة التضامن القيام بها إلا بموافقة جميع الشركاء، أو بنص صريح في عقد الشركة، وكان من ضمن ما تم تسميته صراحة (التحكيم بالصلح)<sup>(٨٦)</sup>.

يعتبر (التحكيم بالصلح) أحد الموضوعات التي نظمها قانون المرافعات الكويتي في عدد من المواد منه، ولعل المادة ١٨٢ تحديداً هي التي تبين المقصود منه، حيث تنص على أن: «... يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام». يفهم من ذلك أن التحكيم بالصلح

(٨٥) رأي الدكتور طعمة الشمري، انظر في ذلك: طعمة صغفك الشمري، الوسيط في دراسة قانون الشركات

التجارية الكويتي وتعديلاته، حقوق الطبع محفوظة لدى المؤلف، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩، ص ٢١٥.

(٨٦) تنص المادة ٤٦ من قانون الشركات الحالي على الآتي: «لا يجوز للمدير القيام بالتصرفات التي

تجاوز الإدارة العادية إلا بموافقة جميع الشركاء أو بنص صريح في عقد الشركة، ويسري هذا الحظر بصفة خاصة على التصرفات التالية:

- التبرعات
- بيع عقارات الشركة إلا إذا كان التصرف فيها مما يدخل ضمن أغراض الشركة
- رهن أموال الشركة
- بيع متجر الشركة أو رهنه
- الاقتراض

يقصد به ذلك التحكيم الذي يقضي المحكم فيه بالمنازعة المعروضة أمامه دون التقيد بقواعد القانون<sup>(٨٧)</sup>. وبالتالي لا شك لدينا مع وجود مثل هذا النص الصريح بأنه لا يجوز لمدير شركة التضامن أن يبرم اتفاق تحكيم بالصلح إلا بعد أخذ إذن جميع الشركاء، أو أن يكون مسموحاً له بذلك صراحة في عقد تأسيس الشركة. لكن السؤال الآن: ماذا عن التحكيم العادي (التحكيم بالقضاء) الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية؟ إننا نعتبر مثل هذا القصور التشريعي سقطة كبيرة في حق قانون الشركات الحالي والذي لطالما انتظرنا قيامه بتصحيح الوضع الذي كان عليه في القانون السابق فجاء بما هو أعقد منه؛ ذلك أن النص على ثمانية تصرفات تحديداً يجب على مدير شركة التضامن أن يمتنع عن القيام بأي منها مالم يأخذ موافقة جميع الشركاء قد يفهم منه ضمناً أن فيما عدا هذه التصرفات تعتبر مما يمكن للمدير أن يقدم عليها دون إذن الشركاء، وبالتالي ماذا عن حكم التحكيم الذي صدر بناءً على اتفاق تحكيم أبرمه مدير شركة التضامن، وكان هذا التحكيم تحكيمياً يلتزم به المحكم بتطبيق أحكام القانون الموضوعي والإجرائي وليس تحكيمياً بالصلح؟ هل يعتبر هذا التحكيم (طالما أنه ليس تحكيمياً بالصلح) مما يجوز لمدير شركة التضامن الإقدام عليه دون أخذ موافقة الشركاء؟ أم يعتبر هذا الحكم مما يمكن أن يطعن ببطالانه أخذاً بالرأي الفقهي الذي كان سائداً في ظل قانون الشركات السابق والذي كان يقيس التحكيم على تصرفات أخرى كرهن أموال الشركة أو الاقتراض أو عقد الكفالات، فيمنعه؟ لم نجد لهذه الأسئلة إجابة عند البحث في أحكام محكمة التمييز، وقد يرجع السبب في ذلك إلى حداثة صدور القانون والذي لم تسنح الفرصة بعد إلى الطعن بالبطالان على أحكام تحكيم صادرة بناءً على اتفاق تحكيم مبرم من مدير شركة تضامن بالتطبيق لأحكام قانون الشركات الحالي، وإن كنا نميل إلى

- = - كفالة ديون الغير  
- التحكيم بالصلح  
- الصلح والإبراء».

(٨٧) وتجدر الإشارة إلى أن الدكتور عزمي عبد الفتاح انتقد استخدام مصطلح (التحكيم بالصلح) للدلالة على هذا النوع من التحكيم لما يثيره هذا المصطلح السابق من خلط بين التحكيم من جهة والصلح الذي نظمته القانون المدني من جهة أخرى، وفضل استخدام مصطلح (التحكيم الطليق) بدلاً منه. وذلك باعتبار أن الصلح هو اتفاق بين الخصوم فيما بينهم للتنازل المتبادل عن قدر من ادعاءاتهم. بينما التحكيم هو الاتفاق بين الخصوم لتعيين شخص ثالث ليقضي في المنازعة من خلال إصدار حكم ملزم قد يعطى فيه الحق كله (مثلاً) لأحدهما دون الآخر. انظر في ذلك: عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي: دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ٢٧، و ص ٣٢٠.

استمرار تطبيق الرأي الفقهي الذي كان سائداً في ظل القانون السابق والذي يقضي بامتناع مدير شركة التضامن من إبرام اتفاق التحكيم مالم يأخذ موافقة الشركاء المسبقة.

## الفرع الثاني

### شركة ذات المسؤولية المحدودة واتفاق التحكيم

عرفت المادة ٩٢ من قانون الشركات الحالي هذه الشركة بالآتي «الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي التي لا يزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شريكاً، ولا يكون كل منهم مسؤولاً عن التزامات الشركة إلا بقدر حصته من رأس المال،...»، وهو التعريف الذي لا يختلف عما أورده القانون السابق إلا من حيث التركيبة اللغوية<sup>(٨٨)</sup>. أما عن مدير شركة ذ.م.م، فإن كلاً من قانون الشركات السابق و الحالي قد نصا على أنه يجوز أن يتم تعيين مدير أو أكثر، وأن تسمية المدير تأتي في عقد الشركة، وأن هذا المدير يمكن أن يكون من بين الشركاء أو من خارجهم<sup>(٨٩)</sup>.

وما يهمننا حقيقة في هذا الموضوع هو سلطات مدير الشركة تحديداً، فقد نصت المادة ٢٠٣ من قانون الشركات السابق على أن :

«يعين عقد التأسيس سلطة المديرين، فإذا سكت كان لمديري الشركة سلطة كاملة في النيابة عنها. وكل قرار يصدر من الجمعية العامة للشركاء بتفويض المديرين أو بتغييرهم لا يسري في حق الغير إلا بعد التأشير في السجل التجاري وفقاً لأحكام القانون».

الأصل أن لمدير شركة ذ.م.م السلطة الكاملة في إجراء جميع التصرفات اللازمة لأغراض الشركة مالم تقيد سلطاته في عقد الشركة أو لاحقاً من خلال قرار من الجمعية العامة، ولكن في هذه الحالة الأخيرة يتعين قيد هذا القرار في السجل التجاري حتى يحتج به في مواجهة الغير، وبالتالي على فرض تم النص صراحة في عقد الشركة على حظر قيام المدير بإبرام اتفاق التحكيم، أو كان هذا الحظر قد قيد لاحقاً في السجل التجاري، فلا شك عندئذ بعدم صلاحية المدير على الإقدام عليه، ولكن تظهر المشكلة فيما لو كان عقد الشركة يخلو من أي قيد من هذا النوع، فعندئذ يجب الاحتكام إلى أغراض الشركة لنقرر فيما لو كان اتفاق التحكيم مما يدخل فيها من عدمه. و أخذاً بالرأي الفقهي الذي كان سائداً في

(٨٨) انظر: المادة ١٨٥ من القانون السابق.

(٨٩) انظر: المادة ٢٠١ من القانون السابق، وانظر: المادة ١٠٣ من القانون الحالي .

ظل تطبيق قانون التجارة السابق - و الذي تمت الإشارة إليه في الفرع السابق- فإن معظم الفقه يرى بأن رهن أموال الشركة و الاقتراض و عقد الكفالات و التحكيم تعتبر من قبيل التصرفات التي تخرج عن مقتضى الإدارة العادية، وبالتالي لا يتصور أن يتفق مدير شركة ذ.م.م على التحكيم مالم يكن مصرحاً له بذلك في عقد تأسيس الشركة، أو لاحقاً من خلال موافقة الجمعية العمومية و التي يستلزم القانون قيدها في السجل التجاري، والذي يفهم منه التشدد في صلاحيات مدير هذه الشركة. وكنا نتصور أن قانون التجارة الحالي عندما يعالج صلاحيات مدير شركة ذ.م.م سيكون أكثر تحديداً إلا أن هذا لم يحدث، حيث إن الصياغة الجديدة لصلاحيات المدير لم تتغير إلا بشكل بسيط على النحو التالي:

تنص المادة ١٠٥ من قانون الشركات الحالي على أن: «إذا لم تحدد سلطات مدير الشركة في عقد الشركة أو في القرار الصادر عن الجمعية العامة للشركاء بتعيينه، كان للمدير سلطة كاملة في القيام بجميع الأعمال والتصرفات اللازمة لتحقيق أغراض الشركة» والسؤال السابق ذاته يتكرر: هل يعتبر التحكيم من قبيل التصرفات اللازمة لتحقيق أغراض الشركة فيستطيع المدير أن يقوم به دون أن ينص على ذلك في عقد تأسيس الشركة أو يصرح له فيه لاحقاً من خلال الجمعية العامة؟ ونجد أن الصياغة الجديدة لم تتغير عن سابقتها إلا من حيث إلغاء استلزام قيد الإذن الصادر لاحقاً من الجمعية العامة للمدير بتقييد صلاحيات المدير في السجل العقاري. ونحن نميل إلى استمرار تطبيق الرأي الفقهي الذي كان سائداً في ظل القانون السابق والذي يقضي بامتناع مدير شركة التضامن عن إبرام اتفاق التحكيم باعتباره - إلى جانب رهن أموال الشركة و الاقتراض و عقد الكفالات - مما يخرج عن مقتضى الإدارة العادية.

### الفرع الثالث

#### شركة المساهمة واتفاق التحكيم

شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم قابلة للتداول، ويتكون عن طريق الاكتتاب العام، ويسأل المساهمون فيها عن التزاماتها بقدر القيمة الاسمية للأسهم التي اكتتبوا فيها. وتجدر الإشارة إلى أن كلاً من قانون الشركات السابق والحالي يقران بأن إدارة شركة المساهمة يتولاها مجلس الإدارة<sup>(٩٠)</sup>.

(٩٠) انظر: المادة ١٣٨ من قانون الشركات السابق، والمادة ١٨١ من قانون الشركات الحالي.

أما عن صلاحيات مجلس الإدارة فقد بينها القانون السابق في المادة ١٤٦ منه على النحو التالي:

«لمجلس الإدارة أن يزاول جميع الأعمال التي تقتضيها إدارة الشركة وفقاً لأغراضها، ولا يحد من هذه السلطة إلا ما نص عليه القانون أو نظام الشركة أو قرارات الجمعية العامة، ويبين في النظام مدى سلطة مجلس الإدارة في الاقتراض ورهن عقارات الشركة وعقد الكفالات».

ونرى هنا أن المادة السالفة قد ذكرت صراحة ثلاثة تصرفات مما يجب أن يحدد النظام الأساسي للشركة مدى صلاحية مجلس الإدارة في إبرامها نظراً لخطورتها على الوضع المالي للشركة، وهي (الاقتراض) و (رهن عقارات الشركة) و (عقد الكفالات). وعليه، فإنه في حال سكوت النظام الأساسي عن تنظيم صلاحية مجلس الإدارة في إبرامها فإن الأمر يستلزم أخذ موافقة الجمعية العامة المسبقة على ذلك<sup>(٩١)</sup>، إلا أن الفقه قد اختلف حول ما إذا كان القانون السابق قد ذكر هذه التصرفات الثلاثة على سبيل المثال بحيث يمكن قياس تصرفات أخرى عليها كالصلح والتحكيم والتنازل عن حقوق الشركة، أي لا يجوز لمجلس الإدارة القيام بها ما لم يكن مصرحاً له بذلك في النظام الأساسي للشركة، أو لاحقاً من خلال تفويض صادر له من الجمعية العمومية، أم أن هذه التصرفات الثلاثة قد جاءت على سبيل الحصر، وبالتالي يجوز لمجلس الإدارة أن يبرم التحكيم مثلاً دون التصريح له بذلك على النحو السابق ذكره، وفي هذه الحالة الأخيرة يتم الاستناد عادة إلى أحكام الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني، إلا أن هذا الرأي الأخير - والذي يعتبر مجلس الإدارة بمثابة الوكيل عن الشركة في إبرام اتفاق التحكيم أو غيرها من التصرفات التي لم تذكر صراحة في القانون السابق - يضعف كثيراً في مواجهة انتقادين اثنين: (أولاً) القول بأن مجلس الإدارة يعتبر وكيلاً عن الشركة أو المساهمين اختلف فيه الفقه، ذلك أن بعض الفقه يرى أن مجلس الإدارة عضو في جسد الشركة أو أحد أدواتها وليس وكيلاً عنها<sup>(٩٢)</sup>. وحتى مع التسليم بكون مجلس إدارة شركة المساهمة يعتبر وكيلاً عنها فإن (ثانياً) المادة ١٠٧ من القانون المدني تطلبت وكالة

(٩١) طعمة صعفك الشمري وعبد الله مسفر الحيان، الوسيط في شرح قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦، سبتمبر ٢٠١٦، ص ٣٩٠.

(٩٢) المرجع السابق.

خاصة في التحكيم كما سبق بيانه في المبحث الأول، والوكالة الخاصة يرجع فيها إلى الجمعية العامة للشركة لمنحها لرئيس مجلس الإدارة باعتباره ممثلاً للشركة في علاقاتها مع الغير<sup>(٩٣)</sup>، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الكويتية في عدد من أحكامها نورد منها الآتي:

(حكم محكمة التمييز رقم ٥٦٨ لسنة ١٩٩٨ (تجاري ٢) الصادر في ٢٣/١/٢٠٠٠)

«... و لما كان ذلك، وكانت سلطات المستأنف ضده الأول كرئيس لمجلس إدارة الشركة المستأنفة حين أبرم عقد النزاع و إن كانت تخوله طبقاً لأحكام قانون الشركات و النظام الأساسي للشركة الإدارة بما يضمن تسيير النشاط المادي للشركة إلا أنها لا تخوله حق قبول شرط التحكيم في العقود التي يبرمها عنها إلا أن يكون مفوضاً في ذلك من مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية التي تملك هذا الحق، .....، و كان لا يغني عن ذلك قوله بأن المساهمين فيها قد تعاقدوا معه كنائب عن المستأنفة و الشركة المستأنفة ضدها، وأن ذلك يؤكد صفته في التعاقد عنهم و قبول شرط التحكيم فيما يجريه من عقود، إذ هي لا تغني عن قرار تصدره الجمعية العمومية .....»<sup>(٩٤)</sup>

و في حكم آخر (حكم محكمة التمييز رقم ٥٨٨ لسنة ٢٠١١ (تجاري ١) الصادر في ١٤/٢/٢٠١٢)

«و لما كان ذلك و كان الحكم المطعون فيه - المؤيد للحكم الابتدائي - قد خلص إلى الثابت من النظام الأساسي للشركة المطعون ضدها و عقد تأسيسها و تعديلاته المقدمة بالأوراق أن رئيس مجلس إدارتها ..... كانت سلطاته قاصرة على أعمال الإدارة بما يضمن تسيير النشاط العادي للشركة دون أن يكون له الحق في قبول شرط التحكيم بحسبان ذلك من أعمال التصرف، وهو ليس إلا وكيلاً عاماً عن الجمعية العامة للمساهمين بالشركة، ولم تقدم الطاعنة - وهي التي يقع عليها عبء الإثبات في هذا الشأن - ما يفيد وجود تفويض خاص من الجمعية العامة للشركة يخوله سلطة إجراء هذا التصرف»<sup>(٩٥)</sup>

و من هنا، نجد أن عدم النص صراحة على التحكيم في المادة ١٤٦ من قانون الشركات السابق - من بين ما نص عليه هذا القانون من تصرفات يمتنع على مجلس

(٩٣) انظر المادة ١٤٧ من القانون السابق.

(٩٤) حكم محكمة التمييز رقم ٥٦٨ لسنة ١٩٩٨ (تجاري ٢) الصادر في ٢٣/١/٢٠٠٠.

(٩٥) حكم محكمة التمييز رقم ٥٨٨ لسنة ٢٠١١ (تجاري ١) الصادر في ١٤/٢/٢٠١٢.

الإدارة القيام بها إلا بتصريح مسبق - أدى إلى قيام بعض رؤساء مجالس إدارات الشركات المساهمة بالإقدام على اتفاقيات تحتوي على شرط التحكيم ظناً منهم أن التحكيم مما يدخل في صلاحياتهم استناداً إلى فكرة الوكالة و التي نفتها محكمة التمييز الكويتية بدورها تطبيقاً لنص المادة ٧٠٢ التي أدرجت التحكيم صراحة من ضمن التصرفات التي تستلزم الوكالة الخاصة، الأمر الذي أدى إلى إبطال أحكام التحكيم التي صدرت بناء على مثل هذه الاتفاقيات؛ ولذلك حسناً فعل المشرع الكويتي في قانون الشركات الحالي (٢٠١٦) عندما كان أكثر تحديداً في النص على التصرفات التي يمتنع على مجلس الإدارة القيام بها مالم يصرح له في ذلك صراحة، حيث أضاف إلى التصرفات الثلاثة تصرفات أخرى وكان منها التحكيم. تنص المادة ١٨٤ من القانون الحالي على الآتي:

«لمجلس الإدارة أن يزاول جميع الأعمال التي تقتضيها إدارة الشركة وفقاً لأغراضها، ولا يحد من هذه السلطة إلا ما نص عليه القانون، أو عقد الشركة، أو قرارات الجمعية العامة، ويبين في عقد الشركة مدى سلطة مجلس الإدارة في الاقتراض، ورهن عقارات الشركة، وعقد الكفالات، والتحكيم، والصلح، والتبرعات».

وبموجب مثل هذا النص الصريح أصبح مما لا شك فيه أن التحكيم لا يدخل من ضمن اختصاصات رئيس مجلس الإدارة التي يبرمها دون التحويل له بذلك إما بموجب نص صريح في عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي، أو لاحقاً من خلال تفويض خاص يصدر له بذلك من الجمعية العامة للشركة.

## خاتمة

عالج هذا البحث أهم الإشكالات القانونية التي تثور بشأن أهلية الأشخاص الطبيعية و الاعتبارية لإبرام اتفاق التحكيم بموجب أحكام القانون الكويتي. و نحن هنا إذ نرغب باستعراض عدد من النتائج و التوصيات القانونية الهامة فقمنا بتلخيصها على النحو التالي:

## النتائج:

نؤكد على كل من يحمل توكيلاً يخوله إبرام التصرفات بالنيابة عن موكله، أن هذا التوكيل لا يخوله إبرام اتفاق التحكيم لحساب الأصيل، مالم يكن توكيلاً خاصاً على النحو المبين في المتن.

نؤكد على كل محامٍ يحضر عن موكله في خصومة التحكيم، أن سند الوكالة

المعتاد لا يخوله ذلك، مالم يكن قد ذكر فيه التحكيم صراحة على النحو المبين في المتن. نؤكد على الشركاء في مختلف أنواع الشركات ضرورة تضمين عقود تأسيس شركاتهم أو الأنظمة الأساسية لها بنداً يخول القائم على الإدارة إبرام اتفاقات التحكيم بالنيابة عن الشركة، وإن لم يكن ذلك قد وضع فعلى الأقل ضرورة الحصول على إذن لاحق من الشركاء بذلك (تفويض) على النحو المبين في المتن.

### التوصيات:

نرى بأن الوقت قد حان لإدخال بعض التعديلات التشريعية على قانون المرافعات الكويتي، وتحديدًا في ذلك الجزء المتعلق بالتحكيم للإجابة عن التساؤل الذي يثار حول مدى إمكانية قيام الدولة بإبرام اتفاقات التحكيم بشأن عقودها الإدارية.

عندما قام المشرع في المادة ٤٦ من قانون الشركات الحالي بتعداد التصرفات التي تخرج عن حدود الإدارة العادية في شركة التضامن، فلا يجوز لمديرها القيام بها إلا بموافقة جميع الشركاء أو بنص صريح في عقد الشركة لم يذكر التحكيم بالقضاء من بينها، إنما اكتفى بذكر التحكيم بالصلح مع ما يثيره ذلك من إشكالات تعرضنا لها في المتن، وبالتالي فإننا نقترح أن يتم تعديل هذا النص وأن يذكر فيه صراحة التحكيم بالقضاء لسد الباب أمام الاجتهادات التي قد تؤدي إلى أن يوصم حكم التحكيم الصادر بناء على اتفاق تحكيم موقع عليه من قبل مدير شركة التضامن بعبء قد يؤدي إلى بطلانه من قبل القضاء. و مما سيترتب على هذا المقترح - فيما لو تم الأخذ به - أن التحكيم بالقضاء سينضم إلى جملة التصرفات الأخرى التي عددها النص السالف والتي يتمتع على مدير شركة التضامن القيام بها ما لم يأخذ موافقة الشركاء المسبقة.

كل من قانون الشركات السابق و القانون الحالي لم يحدد فيما لو كان التحكيم يعتبر من قبيل الأعمال والتصرفات اللازمة لتحقيق أغراض الشركة ذ.م.م والتي يملك مديرها (سلطة كاملة) حيالها كما عبر القانونان عن ذلك، أم أن التحكيم لا يعتبر لازماً لتحقيق أغراض الشركة بحيث لا يملك المدير القيام به مالم يصرح له في ذلك، ونجد أن هذا السكوت قد جاء على عكس توجه المشرع في قانون الشركات الحالي الذي وعندما تكلم عن صلاحيات كل من مدير شركة التضامن من جهة وصلاحيات مجلس إدارة شركة المساهمة من جهة أخرى عدد ما يخرج عن مفهوم الإدارة الاعتيادية، وطلب ضرورة التصريح بمدى صلاحية من يتولى الإدارة في القيام بها. وعليه فإننا نرى ضرورة تعديل المادة ١٠٥ من قانون الشركات الحالي، وأن يذكر صراحة مدى صلاحية

مدير شركة ذ.م.م في إبرام اتفاق التحكيم، و التي نميل إلى أن يتم فيها استبعاد سلطته في إبرام اتفاق التحكيم ما لم يصرح له في ذلك مسبقاً في عقد تأسيس الشركة، أو لاحقاً من خلال الجمعية العمومية، وذلك لتوحيد الاتجاه في قانون الشركات الحالي مع باقي أنواع الشركات الأخرى.

## قائمة المراجع

### الكتب:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي (الجزء الثاني): نظرية الحق، ١٩٩٧.
- أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التميز) عليه: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ٢٠١١.
- أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، ٢٠١٤.
- خالد محمد العميرة، التحكيم المؤسسي: دراسة مقارنة بين التحكيم المؤسسي الدولي والتحكيم المؤسسي الوطني، الطبعة الأولى، ٢٠١٣.
- خليفة ثامر الحميدة، القانون الدستوري - النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، ٢٠١٥.
- سيد أحمد محمود، نظام التحكيم - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي الكويتي و المصري، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ٢٠٠٤.
- طعمة صعفك الشمري، الوسيط في دراسة قانون الشركات التجارية الكويتي وتعديلاته، حقوق الطبع محفوظة لدى المؤلف، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩.
- طعمة صعفك الشمري وعبد الله مسفر الحيان، الوسيط في شرح قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦، سبتمبر ٢٠١٦.
- عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي: دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢.
- عبدالله عيسى الرمح، التحكيم في مجلس التعاون الخليجي، الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- محمد عبد المحسن المقاطع وأحمد حمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي / الجزء الأول: التنظيم الإداري والأموال العامة والوظيفة العامة، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر في كلية الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠١٢.

## الأبحاث:

- عبد الرسول بهباني، بحث بعنوان «أموال الدولة العامة والخاصة»، منشور في مجلة الحقوق، السنة ٢٢، العدد الثاني، يونيو ١٩٩٨.
- فاطمة خالد المحسن، بحث بعنوان «التكييف القانوني للعقد النفطي على ضوء القرائن القانونية المستمدة من النظرية العامة للالتزام ونظرية العقد الإداري»، منشور في مجلة الحقوق، السنة ٤٠، العدد ٢ يونيو ٢٠١٦.
- محمد إبراهيم الوسمي وفاطمة عبد الله الشريعان، بحث بعنوان «شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة وماهية ضمانات دائني الشركة وفقاً لقانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦»، منشور في مجلة الحقوق، السنة ٤٢، العدد ٤ ديسمبر ٢٠١٨.

## أحكام محكمة التمييز الكويتية:

- حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعنين المقيدتين بالجدول برقمي: ٥٠٠، ١٩٩٦ لسنة ٢٠١٣ تجاري / ٥، الصادر في تاريخ ٩ / ٧ / ٢٠١٤.
- حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٥٨٨ لسنة ٢٠١١ تجاري/ ١ الصادر في تاريخ ٢٠١٢/٢/١٤.
- حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ١٠٢٤ لسنة ٢٠٠٧ تجاري / ٢، الصادر في تاريخ ٢٠٠٧/٣/١.
- حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٦٥٥ لسنة ٢٠٠٤ مدني/٢، الصادر في تاريخ ٢٠٠٦/٣/٢٠.
- حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٥٦٨ لسنة ١٩٩٨ تجاري/ ٢، الصادر في تاريخ ٢٠٠٠/١/٢٣.

## المراجع الأجنبية:

- Samir Saleh, Commercial Arbitration in the Arab Middle East, A Study in Shari'a and Statute Law, Chapter Four: Capacity of parties to enter into Arbitration Agreements, Incapacitated Individuals, legal Entities. Non - Muslim Parties, 1984.

- Denis Lemieux, Arbitration in The Field of Government Contracts, a chapter included in «Alternative Dispute Resolution», edited by Claud Samson and Jeremy McBride,1993.