تأصيل الجانب الاجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل

الدكتور وجدي راغب
استاذ قانون المرافعات
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ـ مقدمة . ١ ـ الاحتمالات المختلفة في تحديد طبيعة الهيئة . ٢ ـ فكرة التحكيم وخصائصه . ٣ ـ الطبيعة التحكيمية للهيئة ومظاهرها ـ الخلاصة .

مقدمة :

أنشئت بمقتضى المرسوم رقم ٥٧ والقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٢ هيئة أطلق عليها وصف هيئة تحكيم تختص دون غيرها بالفصل في المنازعات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل قبل العمل بالمرسوم والمسجلة وفقا له . وقد أوقفت جميع الاجراءات القضائية الخاصة بهذه المعاملات إلى أن يتم الفصل من الهيئة في المنازعات المتعلقة بها .

وقد صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢ بتشكيل هذه الهيئة وفقا للقانون من خمسة أعضاء برئاسة قاض بالمحكمة الكلية وعضوية أربعة من الشخصيات ذوي الخبرة في الشئون المالية والتجارية . كما صدر قرار وزير العدل

رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢ بتنظيم أعمال الهيئة المذكورة يتضمن القواعد الإجرائية الواجبة الاتباع أمامها .

وتنحصر هذه الدراسة في الجانب الإجرائي لهذه الهيئة ، وذلك بغرض إلقاء ضوء على القواعد التي تحكم تشكيلها واختصاصها وسلطاتها وإجراءاتها وقوة القرارات الصادرة منها . إلا أن فهم هذه القواعد وتقويمها واستكمال أي نقص بشأنها في القوانين والقرارات السابقة يقتضي أولاً تحديد طبيعة هذه الهيئة ، وبعبارة أخرى فإن نقطة البداية في دراسة هذه القواعد هو التكييف القانوني للهيئة ، لأنه يمثل التأصيل القانوني لنظامها الإجرائي .

والحقيقة أن دراسة وظيفة هذه الهيئة ونظامها القانوني تكشف عن طبيعتها التحكيمية . فهي اسم على مسمى . ونبدأ لتأكيد هذه الحقيقة باستعراض الاحتمالات المختلفة في تحديد طبيعتها لننتقل بعد ذلك إلى بيان موجز لفكرة التحكيم وخصائصه ، لكي ننتهي إلى طبيعتها التحكيمية والمظاهر المترتبة عليها .

١ ـ الاحتمالات المختلفة في تحديد طبيعة الهيئة :

تنحصر ـ فيما أعتقد ـ في ثلاثة احتمالات قد يجد كل منها لأول وهله ما يؤيده وما يتعارض معه وهي :

أولاً : هيئة تحكيم :

وهو الوصف الذي أطلقه عليها المشرع ويعبر بالتالي عن إرادته الصريحة . وقد سار عليه قرار وزير العدل في تنظيم أعمالها مستهديا بقواعد التحكيم في قانون المرافعات ونكتفي للتدليل على ذلك بمثالين :ـ

١ ــ ما جاء بالمادة ١٠ من القرار الوزاري من أنه « إذا امتنع واحد من المحكمين

عن التوقيع على الحكم ذكر ذلك في ذيل المسودة ويكون الحكم صحيحاً إذا وقعه أغلب المحكمين » وهي قاعدة منصوص عليها في المادة ١٨٣ مرافعات في باب التحكيم . وذلك خلافا للقاعدة المنصوص عليها في المادة ١١٥ مرافعات بالنسبة لأحكام المحاكم والتي تقرر توقيع مسودة الحكم من الرئيس والقضاة جميعا وإلا كان باطلاً .

ذلك أن المحكم يتمتع بحرية في عمله تتيح له الامتناع عن إبداء رأيه أو الامتناع عن التوقيع ، بينما يعد امتناع القاضي إنكاراً للعدالة .

٢ ــ ما جاء بالمادة ١١ من القرار الوزاري من أنه « لصاحب الشأن أن يتقدم إلى رئيس المحكمة الكلية لاستصدار الصيغة التنفيذية على حكم الهيئة » . وهي تتفق مع القاعدة المقررة في المادة ١٨٥ مرافعات بالنسبة لأحكام المحكمين .

وتعني أن حكم الهيئة شأنه في ذلك شأن حكم المحكمين ليس له بذاته قوة تنفيذية وإنما يتطلب ذلك صدور أمر قضائي بتنفيذه . وذلك خلافا لأحكام المحاكم التي تتمتع بذاتها بقوة تنفيذية دون حاجة لأمر لاحق عليها .

ومع ذلك فإن الحجج السابقة غير كافية في ذاتها . فالتسمية التشريعية لا تفيد حتما تحديد طبيعتها لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا با لأسماء والمباني . كما أن المشرع قد يلجأ إليها تفاديا للاعتراضات الدستورية التي قد تثار في حالة الأوصاف الأخرى . كما أنه يمكن القول مثلاً أن القواعد التي أشرنا إليها في القرار الوزاري هي قواعد استثنائية لا تعبر عن النظام القانوني لهذه الهيئة في جملته . والحقيقة أن المحك في ذلك هو مدى تجانس هذه القواعد مع وظيفة الهيئة ونشاطها .

ثانيا : محكمة خاصة أو استثنائية :

يمكن أن يقال أنها محكمة خاصة أو استثنائية أنشأها المشرع خارج جهة

القضاء العادي . وقد خولها سلطة قضائية استثنائية في منازعات معينة نظراً لخطورتها وأهميتها . ويؤيد هذا التكييف أن المشرع قد أخرج هذه المنازعات من ولاية القضاء العادي وذلك بوقف جميع الاجراءات القضائية المتعلقة بها أمام المحاكم ولم يترك للمتقاضين أي اختيار في اللجوء إليها . كما أن جميع أعضاء الهيئة معينون من الحكومة ، بينما أساس التحكيم في قانون المرافعات هو اتفاق الخصوم على الالتجاء إليه وعلى المحكمين . كما تؤيده السلطات التي خولها لهذه الهيئة في إصدار **أحكام نهائية** في المنازعات وفي اتخاذ إجراءات تحفظية ذات طابع استثنائي ومقيد للحرية الشخصية في بعض الأحيان مثل المنع من السفر .

ولكن هذه الوصف يصطدم من ناحية مع التسمية التشريعية ومع القواعد التي ذكرناها بشأن توقيع الأحكام الصادرة منها وقوتها التنفيذية . كما أنه يتعارض من ناحية أخرى مع تشكيلها . إذ أن أغلب أعضائها ليسوا من رجال القضاء أو القانون . وهذا مؤشر هام على انتفاء طبيعتها القضائية ، فالقضاء جهاز قانوني بحت[1] سواء في الوسائل التي يستخدمها أو الغايات التي يرمي إلى تحقيقها ، ووظيفته في مجال المعاملات الخاصة هي ضمان سيادة القانون في هذه المعاملات عن طريق حماية الحقوق والمراكز القانونية . ولذا فإن مهمة أي هيئة قضائية هي إيجاد الحل القانوني للمسائل المتنازعة . وهذا يتطلب أن يكون أعضاؤها كلهم أو أغلبهم من رجال القانون وهذا مالا يتوافر في هذه الهيئة . والحقيقة أن وظيفة هذه الهيئة ـ كما سنرى ـ ليست قانونية بحتة . وأخيراً فإن التكييف القضائي للهيئة قد يصطدم باعتراضات دستورية . وواجب المفسر ـ في اعتقادنا ـ هو أن ينزه المشرع عن المخالفات الدستورية ما أمكنه ذلك .

ثالثا : هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي :

قد يقال أنها هيئة أو لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي أنشأها المشرع تحقيقا

(١) وجدي راغب : النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، الاسكندرية ١٩٧٤ ، ص ٨٩ ، ص ٥٦٧ .

لمصلحة اقصادية عامة هي مواجهة ما عرف بأزمة سوق المناخ ومحاصرة نتائجها قبل أن تستفحل آثارها على اقتصاد البلاد .

ويؤيد هذا التكييف غلبة العنصر غير القضائي على تشكيلها ، فضلاً عن أن السلطة الإدارية هي التي تولت تعيين أعضاء الهيئة وتنظيم أعمالها ، مما يفيد تبعية الهيئة لها . إذ عين الأعضاء بقرار من مجلس الوزراء ، وينظم أعمالها قرار من وزير العدل ، بينما يعين القضاة (وفقا للمادة ٣٢ من قانون تنظيم القضاء) بمرسوم أميري يوقعه رئيس الدولة ورئيس كل السلطات فيها . وتنظم أعمال المحاكم بقانون هو قانون المرافعات .

ولكن هذا التكييف يتعارض مع الإرادة الصريحة للمشرع كما يتعارض مع وظيفة هذه الهيئة . فالمصطلحات التي استخدمها المشرع تنفي عن هذه الهيئة صفتها الإدارية . فهو لا يقرر فحسب إنها هيئة تحكيم وإنما يخولها إصدار أحكام نهائية في المنازعات . ويقيدها قرار وزير العدل في إجراءاتها بالضمانات الأساسية في التقاضي (م ٧ من القرار الوزاري) . كما أنه لا يتفق مع صفتها الإدارية حرية أعضائها في الامتناع عن التوقيع أو افتقار قراراتها إلى القوة التنفيذية . فقرارات الإدارة صالحة للتنفيذ بذاتها دون حاجة إلى صيغة تنفيذية من جهة القضاء .

والحقيقة أن العقبة الأساسية في هذا التكييف تتجلى في وظيفة الهيئة . فالإدارة العامة ترمي إلى تحقيق المصالح العامة المتنوعة المخصصة لمرافقها العامة كالأمن والدفاع والتعليم والصحة والأشغال . . الخ . وقد تشكل أحيانا لجان للتحقيق في أمور تتعلق بنشاط الإدارة أو للبت في بعض تظلمات الأفراد من هذا النشاط وذلك لضمان شرعيته وتوجيهه للمصلحة العامة المخصصة له ، وتسمى باللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي . ومثالها عموما مجالس التأديب ، وفي القانون الكويتي لجنة الاعتراضات على قوائم نزع الملكية (م ١٧ من قانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ في شأن نزع الملكية) .

بينما وظيفة الهيئة التي نتدارسها لا تتعلق بنشاط الإدارة ذاتها أو في علاقاتها مع الأفراد ، وإنما هي الفصل في منازعات خاصة متعلقة بمعاملات الأفراد لحماية حقوقهم قبل بعضهم البعض . وهذا هو المجال الطبيعي للتحكيم أو للقضاء المدني ، وليس مجالاً إداريا .

ويبدو هذا التمييز بين الوظائف واضحاً إذا رجعنا إلى مونتسكيو في مؤلفه روح الشرائع[٢] الذي تنسب له نظرية الفصل بين السلطات حيث يذكر أنه توجد في كل دولة ثلاثة أنواع من السلطة التشريعية وفيها يضع الحاكم القوانين أو يعدلها أو يلغيها ، والسلطة المنفذة للقانون العام Puissance executrice de droit de gens وبها يعلن السلم والحرب ويرسل ويستقبل السفراء ويسهر على الأمن في الداخل والخارج وتسمى السلطة المنفذة للدولة ، وأخيراً السلطة المنفذة للقانون المدني Puissance executrice de droit civil وهي التي تعاقب على الجرائم وتفصل في المنازعات بين الأفراد وتسمى سلطة القضاء .

ولا شك أن الدولة قد اعتمدت وسائل إدارية لمواجهة ما يعرف بأزمة سوق المناخ مثل صندوق ضمان الدائنين الذي أنشأته لهذا الغرض . أما هيئة التحكيم فإنها ليست سوى هيئة للفصل في منازعات خاصة بين الأفراد ، ولا يمكن بالتالي أن تكون هيئة إدارية أو أن تعتبر قراراتها إدارية .

والخلاصة أن النظرة المبدئية تثير ثلاثة احتمالات في تكيف الهيئة ولكن المناقشة الهادئة تبين أن لكل من هذه التكيفات نقاط ضعفها . وقد تدفع الحيرة بالباحث إلى اتخاذ موقف سلبي يتمثل بالقول أنها ذات طابع خاص والأسوأ أنها ذات طابع مختلط .

والواقع أن هيئتنا بلا شك ذات طابع خاص . ولكن الوقوف عند هذا

---

(٢) Dl Montesquieu-L'esprit des lois T.I. Paris 1949 L.II P.162-164

الطابع دون تغليب تكييف معين يمثل هروبا من السؤال الذي طرحناه لا إجابة عليه لأنه لا يفيد في فهم وتكملة القواعد المتعلقة بهذه الهيئة .

وكما ذكرنا منذ البداية فإننا نغلب الطبيعة التحكيمية للهيئة مع التسليم بأنها هيئة تحكيم ذات طابع خاص وإجباري . ونخلص من ذلك إلى تطبيق القواعد المنظمة لنشاطها في القوانين والقرارات الخاصة بها ، والتي ينبغي تفسيرها وتكملتها عند اللزوم على ضوء وظيفتها التحكيمية الخاصة مع الاستعانة بقواعد التحكيم في قانون المرافعات ، باعتبارها القواعد العامة للتحكيم في القانون الكويتي .

ولكن إثبات هذه المقولة يتطلب التعرض أولاً لفكرة التحكيم وخصائصه وتطبيقها بعد ذلك على الهيئة .

٢ ـ فكرة التحكيم وخصائصه :

أولا : النظريات المختلفة في طبيعة التحكيم

يختلف الفقه المقارن حول فكرة التحكيم ذاتها حيث تتنازعه ثلاث نظريات أساسية في تحديد طبيعته .

١ ــ النظرية العقدية في التحكيم : وهي النظرية السائدة في الفقه الايطالي[٣] وتجد لها أنصارا في فرنسا[٤] ومصر[٥] . وترى أن التحكيم عمل من أعمال القانون الخاص يستند إلى عقد التحكيم . والمحكمون ليسوا قضاة وإنما تستعير أحكامهم آثارها وقوتها من إرادة الخصوم الذين حكموهم واتفقوا على الخضوع لها . ولذا فإن

---

(٣) G. chiovenda- Istituzioni di diritto processuale V.I. 2ed. Napoli 1957 p. 66- 67.

(٤) وانظر المراجع الايطالية الأخرى المشار إليها في مؤلفنا السابق ص ٣٨١

E. Garsonnet &Cezar Bru-Traité de procedure civile et commerciale T.8 3ed. Paris 1912 P 451, P. 568, P. 594.

(٥) محمد حامد فهمي ـ تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية ـ القاهرة ١٩٥١ ، ص ٤١ رقم ٥٣ .

الأمر بالتنفيذ الذي يصدر بعد ذلك من القضاء هو الذي يمد الحكم بقوة السلطة العامة ويرفعه إلى مرتبة أحكام القضاء . وتجد هذه النظرية أساسا لها الصورة التقليدية للتحكيم الاختياري كما ينظمه قانون المرافعات .

٢ ــ **النظرية القضائية في التحكيم** : وهي النظرية السائدة في الفقه الفرنسي(٦) وتجد أنصارا لها في مصر(٧) . وترى أن المحكم هو بحكم وظيفته في فض المنازعات وفقا للقانون أو العدالة يعتبر قاضيا . وهو يصدر حكما حقيقيا في المنازعة أي يؤدي عملا قضائيا يحوز حجية الأمر المقضي . وهو لا يستند في عمله إلى عقد التحكيم وحده وإنما إلى إرادة المشرع التي تعترف به وتجعل حكمه قابلا للطعن فيه أمام القضاء . ولذا يعد حكم المحكمين بمجرد صدوره ورقة رسمية . وهكذا يمكن القول أن المشرع ينظم نوعين من القضاء قضاء المحاكم وقضاء التحكيم .

وقد ساعد على إنتشار هذه النظرية ما طرأ من تطورات في مجال التحكيم زعزعت صورته العقدية التقليدية ، وتمثلت هذه التطورات في أمرين :

أ ــ **ظهور التحكيم الاجباري** : حيث يفرض المشرع في بعض المنازعات على الخصوم اللجوء إلى التحكيم بدلا من المحاكم ومثالها التحكيم في منازعات المشروعات العامة(٨) سواء في الدول الرأسمالية أو الاشتراكية ، وقد أخذ القانون المصري بالتحكيم الاجباري في منازعات القطاع العام(٩) وكذلك التحكيم في

---

(٦) R. Morel- Traité élémentaire de procedure civile 2ed. Paris 1949 p. 549N. 722 p. 555N. 732- J.Robert- Traité de l'arbitrage civile et commerciale en droit interne Paris 1951 p.200- 203 p.191- 192.

(٧) أحمد أبو الوفا ـ التحكيم الاختياري والاجباري ـ الاسكندرية ١٩٧٨ص ١٨ رقم ٣ .

(٨) شمس مرغني على ـ التحكيم في منازعات المشروع العام ـ رسالة ـ القاهرة ١٩٧٤ ، وانظر التحكيم الاجباري في القانون الانجليزي ويطلق عليه Statutory Arbitration.
A.Walton- Russel on the law of Arbitration 18ed. London 1970 p 6.

(٩) أحمد أبو الوفا ـ المرجع السابق ، ص ٣١٠ وما بعدها ـ وشمس برغني علي ـ رسالة ص ٤٩٥ وما بعدها .

منازعات العمل الجماعية[١٠] ، وهو ما أخذ به قانون العمل الكويتي(٨٨) .

ب ـ **ظهور منظمات دائمة للتحكيم**[١١] مثل غرف ومراكز التحكيم التي تعمل في مجال التجارة الدولية والداخلية ومنها محكمة التحكيم في غرفة التجارة الـدولـيـة بـبـاريس

La Cour d'arbitrage de la chambre de Commerce internationale

وجمعية التحكيم الامريكية American arbitration association

ومحكمة التحكيم الأوروبية La cour arbitrale européene وغرفة التحكيم في باريس La chambre arbitrale de Paris ومحكمة تحكيم لندن London court of Arbitration. . . . الخ .

ومثالها في القانون الكويتي هيئة التحكيم[١٢] بالمحكمة الكلية التي تنص عليها المادة ١٧٧ من قانون المرافعات وهي تجيز لوزير العدل تشكيل هيئة تحكيم أو أكثر تنعقد في مقر المحكمة الكلية أو أي مكان آخر يعنيه رئيس المحكمة وتكون رئاستها لمستشار أو قاض تختاره الجمعية العمومية للمحكمة المختصة وعضويتها لاثنين من التجار أو ذوي التخصصات الأخرى يتم اختيارهما من الجدول المعدة في هذا الشأن . وتعرض عليها المنازعات التي يتفق ذوو الشأن كتابة على عرضها عليها .

وتوفر هذه المنظمات للمتنازعين هياكل تنظيمية دائمة يلجأون إليها يجدون فيها نظما إجرائية معدة سلفا للتحكيم فضلا عن جداول أو قوائم لاختيار المحكمين[١٣] . وفي بعض الحالات يعين المحكمون كلهم أو بعضهم بواسطة

---

(١٠) محمود جمال الدين زكي ـ قانون العمل الكويتي ص ٣٦٦ رقم ٢٧٦ وانظر في هذا التحكيم في القانون العمل في الكويت ـ شرح قانون العمل ـ القاهرة ٥١٦٦٤ ص ٣٦٦ رقم ١٧٤ وما بعدها .

(١١) J. Rubellin- Devichi- L'arbitrage Paris 1965 p. 142 N.189.

(١٢) أنظر مذكراتنا في مباديء القضاء المدني الكويتي وفقا لقانون المرافعات الجديدة ، ص ٤٥٢ .

(١٣) ربلان دفيشي ـ التحكيم ص ١٤٤ رقم ١٩٥ .

المنظمات[١٤] ، وتنظم داخل بعضها درجتان للتحكيم بحيث تستأنف أحكام المحكمين أمام هيئة تحكيم استئنافية[١٥] .

وقد دفعت هذه التطورات في مجال التحكيم إلى تقريبه من القضاء . فلم يعد اتفاق الخصوم هو بالضرورة أساس التحكيم ، كما أن الخصوم لا يقومون دائما بتعيين المحكمين[١٦] ، وإنما بدا التحكيم في مجال التجارة الدولية خاصة كقضاء بديل لقضاء المحاكم .

٣ ــ نظرية استقلال التحكيم : وهي نظرية حديثة[١٧] ترى أن للتحيكم وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة ، ولذا فإنه يتمتع بخصائص تخدم هذه الوظيفة وتميزه عن سائر الوسائل الأخرى لحل المنازعات .

وترتكز هذه النظرية على أن التطورات الأخيرة في التحكيم تكشف قصور النظرية العقدية ، فإذا كانت إرادة الخصوم هي أساس الصورة التقليدية للتحكيم إلا أنها لا تفسر تطوراته الأخيرة ولا تميز بالتالي فكرة التحكيم في شمولها . كما أن هذه التطورات لا تعني فقدان التحكيم لذاتيته وإندماجه في القضاء . إذ أن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة[١٨] يباشرها القاضي ، بينما يفتقر المحكم

---

(١٤) أنظر سلطة محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في تعين المحكمين أو رئيس هيئة التحكيم م٢/٧ من لائحة التوفيق والتحكيم للغرفة ـ لابلان دفيشي ـ التحكيم ص١٦٣ رقم ٢٢٣ .

(١٥) أنظر في جواز استئناف حكم المحكمين في غرفة التحكيم في باريس أمام هيئة خماسية يعينها رئيس الغرفة ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٤ رقم ٢٠٩ .

(١٦) أنظر المادة ١٧٥ مرافعات كويتي وتنص على أنه « إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزله عنه أو حكم برده او قام مانع من مباشرته له ، ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم عينت المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع من يلزم من « المحكمين وذلك بناء على طلب أحد الخصوم بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى » .

(١٧) ربلان دفيشي ـ التحكيم ص ١٧ رقم ١٤ وما بعدها ص ٣٦٤ رقم ٥٨٣ . وأنظر مؤلفنا في النظرية العامة للعمل القضائي ص ٣٨٥ وشمس مرغني ـ رسالة ـ ص ٤٥٥ في التفرقة بين عمل التحكيم وعمل القضاء .

(١٨) مؤلفنا ـ النظرية العامة ـ ص٥٥٣ ، ص٥٦١ .

غالبا لهذه السلطة . ولذا نجد أحكام المحكمين أقل قوة من أحكام المحاكم . وتخضع بشكل أو آخر لرقابة القضاء . فهي لا تتمتع بذاتها بقوة تنفيذية وإنما يسبغ عليها القضاء هذه القوة بعد التحقق من توافر شروط معينة . كما أنه قد يسمح بالتمسك ببطلانها أمام القضاء (م١٨٦ مرافعات كويتي) .

والواقع أن ازدياد الدور الذي يلعبه التحكيم وانتشاره خاصة في مجال المعاملات التجارية قد دفع إلى زيادة إهتمام الباحثين به للكشف عن مميزاته التي تدعو الأفراد كما تدعو المشرع أحيانا إلى تفضيله على قضاء المحاكم . وهو ما أدى إلى التوصل إلى تأكيد استقلاله من ناحية وظيفته وخصائصه . وهو ما نتناوله فيما يلي بايجاز .

ثانيا : وظيفة التحكيم

التحكيم أداة قانونية لحل المنازعات ، ولكنه يختلف عن الأدوات القانونية الأخرى بدوره الاجتماعي والاقتصادي المتميز .

فالصلح أداة ذاتية لحل النزاع ، يحل بها أطراف النزاع بانفسهم لأنفسهم المسائل المتنازع عليها حلا تعاقديا يرضاه الاطراف . وهذا يعني أن ما يتوصل اليه الطرفان بالصلح ليس بالضرورة هو حماية الحقوق أو المراكز التي يقررها لهم القانون أصلا وإنما يتضمن الصلح تنازلات متبادلة . ولذا تنص المادة ٥٥٢ مدني كويتي بأن « الصلح عقد يحسم به عاقداه نزاعا قائما بينهما أو يتوقيان نزاعا محتملا وذلك بأن ينزل كل منهما ـ على وجه التقابل ـ عن جانب من أدعائه » ، ويحقق الصلح وظيفة إجتماعية هامة لأنه وإن لم يؤدي إلى حصول كل من الطرفين على حقوقه كاملة إلا أنه ينهي النزاع فعلا بينهما مما يحفظ علاقتهما الودية وينمي الثقة بينهما .

بينما القضاء أداة عليا لحل النزاع يفرض فيها القاضي على الخصوم بمقتضى ما له من سلطة عامة الحل القانوني للمسائل المتنازع عليها ، بصرف النظر عن

رضائهم عن هذا الحل . وهو يؤدي بذلك وظيفة هامة ومتميزة هي سيادة القانون في معاملات الأفراد عن طريق حماية الحقوق والمراكز القانونية . ولكنه بذلك قد لا ينهي النزاع فعلا بين الأفراد بل كثيرا ما تخلف أحكام المحاكم أحقادا بين الناس .

أما التحكيم فإنه يختلف عن الاداتين السابقتين . فهو ليس أداة ذاتية لحل النزاع وإنما أداة غيرية . ولذا فإن الحل الذي يتيحه للمسائل المتنازع عليها ليس حلا رضائيا وإنما هو حل مفروض على اطرف النزاع . وهو بذلك يختلف عن الصلح . ولكنه في ذات الوقت ، ليس حلا علويا يستهدف إنزال حكم القانون على علاقات الأفراد بصرف النظر عن مستقبل هذه العلاقات . وإنما هو حل غيري يقوم على التفهم الوثيق للمصالح الاجتماعية والاقتصادية المتنازعة ويتلمس لها الاستقرار عن طريق التوفيق بينها[١٩] بقدر الإمكان . ولذا فإن المحكم كثيرا ما يكون مفوضا بالصلح وهو ما يعني ألا يحكم وفقا لقواعد القانون وإنما يقرر الحل الذي يراه أكثر عدالة أو ملاءمة لمصالح الطرفين .

ولكن حتى في الحالات التي يكون ملزما فيها بالحكم وفقا للقانون ، فإن ميزته إنما تبدو حيث يتطلب حل النزاع خبرات فنية خاصة أو دراية بالاعراف أو العادات الجارية في مجال تجارة أو صناعة أو مهنة معينة ، إذ يستجيب حكمه لمقتضيات هذه التجارة أو الصناعة أو المهنة[٢٠] . ومن هنا فإن المحكم ليس بالضرورة من رجال القانون وإنما تراعى في إختياره خبرته في مجال النزاع وحسن تفهمه وتقديره لعناصره وللمصالح المرتبطة به وتكفل إجراءات التحكيم التي تتميز بسرعتها وبساطتها وعدم علانيتها تحقيق هذه الوظيفة المميزة له . ولذا فقد

---

(١٩) ربلان دفيشي ـ التحكيم ص ١٦ ، رقم ١١ حيث تشير إلى ما يذكره بعض الكتاب من أنه وسط بين التوفيق والقضاء أو انه قضاء توفيقي Juridiction de conciliation وأنظر شمس مرغني ـ رسالة ص ٤٥٦ .

(٢٠) ربلان دفيشي ، ص ٢٤ رقم ٢٤ .

قيل[٢١] ـ بحق ـ أنه عندما يعرض الأفراد نزاعهم على محكمين فإنهم يرمون إلى نوع من العدالة يختلف عن عدالة المحاكم . فهم يتوقعون حلا سريعا للمشاكل الطارئة على معاملاتهم في الوقت الذي تستمر فيه هذه المعاملات . وحتى إذا أدى النزاع إلى إنهاء هذه المعاملات فإن ذلك يتم بدون علانية أو إجراءات مطولة مما يسمح لهم باستئناف المعاملات بينهم في المستقبل .

وهكذا يبدو التحكيم نوعا ثالثا من أنواع حل المنازعات وسطا بين الحل الذاتي الرضائي والحل العلوي القضائي . فهو أكثر موضوعية من الحل الأول لأنه لا يقوم على مجرد إرادة الأطراف . ولكنه أكثر مرونة من الحل الثاني لأنه أكثر تفهما ورعاية لمصالحهم .

ثالثا : خصائص التحكيم :

يتميز التحكيم بثلاث خصائص رئيسية ترتبط بوظيفته الخاصة وتميزه عن غيره من أدوات حل المنازعات . ولذا فإن توافرها في النظام القانوني لنشاط معين يكون علامة أكيدة على طبيعته التحكيمية . وفيما يلي هذه الخصائص :

١ ــ **الطابع العرضي للمحكمين** : المحكمون ليسوا قضاة دائمين يباشرون الولاية القضائية للدولة في حدود إختصاص معين . وإنما هم محكّمون فقط في نزاع أو منازعات معينة يعينون بمناسبتها وتنتهي مهمتهم بالفصل فيها .

أ ــ فهم يعينون لأجل الفصل في منازعة أو منازعات نشأت فعلا أو يحتمل نشوءها في معاملة أو معاملات معينة قائمة وقت تعيينهم[٢٢] .

---

(٢١) Ibrahim Saad- The coception of arbitration in Kuwait Law IBK PAPERS S. 3-1981, p.8.

ربلان دفيشي ـ الاشارة السابقة ـ ص ٣٦٤ رقم ٥٨٣ ، ص ٢٤ رقم ٢٤ .

(٢٢) ربلان دفيشي ص ١٥ رقم ١٠ وانظر الأحكام المشار إليها هامش ٥٧ .

ب ــ ولذا فإن مهمتهم دائما مؤقتة تنتهي بالفصل في هذه المنازعات . بل أن الرغبة في ضمان السرعة في إنجاز هذه المهمة تدفع المشرع غالبا إلى تحديد مدة تنتهي بعدها صلاحية المحكمين . ولذا تقرر المادة ١٨١ مرافعات أنه على المحكم أن يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة وذلك مالم يتفق الخصوم على غير ذلك[٢٣] .

جـ ــ ويتصل بهذا الطابع العرضي وجود صلة مباشرة بين المحكمين والنزاع المعينون من أجله . فهم يختارون من أطراف النزاع أو من غيرهم بناء على الثقة في كفاءتهم وخبرتهم في موضوع النزاع ، ويصرف النظر عن صلاحيتهم لتولي وظائف القضاء[٢٤] .

٢ ــ **مرونة النشاط التحكيمي** : لا يرمي النشاط التحكيمي أساسا إلى تحقيق القانونية في معاملات الأفراد وإنما إلى حل النزاع على نحو توفيقي يستجيب لمصالح أطرافه ومستقبل معاملاتهم . ولذا فإنه يتميز بمرونته سواء في المجال الاجرامي أو بالنسبة لموضوع النزاع .

أ ــ فالمحكمون غير مقيدين في إصدار حكمهم بالاجراءات التي ينص عليها قانون المرافعات (م١٨٢ مرافعات) . وهم معفون بذلك من التقيد بالأشكال والمواعيد المقررة لاجراءات التقاضي رغم أنها تمثل في نظر القانون أكبر ضمان للوصول إلى الحل القانوني الصحيح .

وإنما تتبع أمام المحكمين إجراءات أكثر مرونة سواء تلك التي يتفق عليها الخصوم أو تقررها القواعد الخاصة بالتحكيم أو التي يراها المحكمون

---

(٢٣) شمس مرغني ـ رسالة ـ ص ٤٥٥ ـ ٤٥٦ .

(٢٤) أحمد ابو الوفا ـ التحكيم ص ٢٠٠ رقم ٨٧ .

مناسبة ، وذلك مع عدم الاخلال فقط بالضمانات الأساسية للتقاضي[٢٥] ، مثل احترام حقوق الدفاع ومراعاة مبدأي المواجهة بين الخصوم والمساواة بينهم باعتبار أنها تمثل الحد الأدنى لضمان عدالة الحكم .

ويؤدي تخفف النشاط التحكيمي من الشكليات والمواعيد القضائية إلى توفير ميزات ضرورية لتحقيق وظيفته ، وهذه الميزات هي[٢٦] عدم العلانية واليسر والسرعة مما يحفظ لعلاقات المتنازعين جو الصفاء المنشود بعيدا عن فرص المماحكات الشكلية التي تتيحها الإجراءات القضائية عادة .

ب ــ أما من ناحية سلطة المحكمين في الحل الموضوعي للمسائل المتنازعة فإنها تتميز باتساع النطاق التقديري . فهم لا يطبقون غالبا بشأنه نصوصا تشريعية جامدة .

وإنما قد يكونوا مفوضين بالصلح . وهو ما يحدث كثيرا وفي هذه الحالة يحكمون وفقا للعدالة أو ما يرونه أكثر ملائمة لمصالح الطرفين[٢٧] ex aequo et bono . أما في الحالات التي لا يكونوا فيها غير مفوضين بذلك فإنهم يلتزمون بالحكم وفقا للقانون . ولكنهم لا يطبقون في هذه الحالات غالبا نصوصا تشريعية جامدة ، لأن التحكيم لا ينتشر إلا في المجالات التي تبدو فيها أهميته والتي تستجيب فيها مميزاته لحاجاتها . وهي المجالات التي تتطلب خبرة فنية لتطبيق معايير قانونية مرنة أو تحتاج إلى دراية بالاعراف والعادات الجارية في تجارة أو صناعة أو مهنة معينة . ولذا نجده ينتشر مثلا في مجالات التجارة الدولية[٢٨] التي تفتقر إلى نصوص منظمة في معظم الأحوال .

---

(٢٥) ابراهيم سعد ـ فكرة التحكيم في القانون الكويتي (مشار إليها) ص ٢٣ . فتحي والي ـ قانون القضاء المدني الكويتي ـ الكويت ١٩٧٧ ص ٤٥٠ رقم ٣٥٢ . أحمد أبو الوفا ـ التحكيم ص ٢٣١ رقم ١٠٦ ، موريل ـ المرافعات المدنية ص ٥٥٢ رقم ٧٢٦ .

(٢٦) ربلان دفيشي ـ رسالة ص ٢٣ رقم ٢٢ .

(٢٧) ابراهيم سعد ـ فكرة التحكيم ص ٢٤ . موريل ـ المرافعات المدنية ص ٥٥١ ، رقم ٧٢٥ .

(٢٨) ربلان دفيشي ـ رسالة ـ ص ٢٤ ـ رقم ٢٤ .

٣ ــ قوة أحكام المحكمين دون قوة الأحكام القضائية : لما كان القضاء هو الحفيظ على القانونية في العلاقات الاجتماعية فإنه الملاذ الأخير لحماية الحقوق . ولذا فإن لأحكامه حجية لا تتوافر لأي أعمال أو قرارات أخرى بما في ذلك التحكيم .

أ ــ لذا لا تتمتع أحكام المحكمين عادة بالقوة التنفيذية . فلا يجوز تنفيذها جبرا إلا بعد صدور أمر بتنفيذها من القضاء . بينما تتمتع أحكام القضاء بقوة تنفيذية ذاتية

ويصدر القاضي المختص الأمر بتنفيذ حكم المحكمين بعد أن يتحقق من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه (م١٨٥ مرافعات) . ورغم أن رقابة القاضي عند إصدار الأمر هي رقابة شكلية خارجية لا تتناول الحل الموضوعي للنزاع[٢٩] إلا أنها تخضع تنفيذ الحكم لرقابة قضائية لاحقة .

ب ــ ومن ناحية أخرى يسمح القانون عادة الطعن في حكم المحكمين أمام المحاكم في حدود معينة . فيجيز قانون المرافعات الكويتي (م١٨٦) رفع دعوى بطلان أصلية في أحكام المحكمين الصادر بصفة نهائية . وهو أمر يتنافى مع حجية الأمر المقضي التي تتمتع بها أحكام القضاء . ولذا فإن القاعدة[٣٠] هي عدم جواز رفع دعوى بطلان أصلية المحكم القضائي . إلا إذا كان منعدما . ولكن إنعدامه يعني انتفاء وصفه القضائي . وهكذا يتبين أن الكلمة الأخيرة في شأن صحة حكم المحكمين تكون للقضاء . وهو ما يؤكد كذلك أن التحكيم ليس نوعا من القضاء أو بديلا له وهو لا يصادر دوره تماما .

---

(٢٩) ربلان دفيشي ـ رسالة ـ ص ٣٠٩ ـ رقم ٤٧٢ ـ ابراهيم سعد ـ فكرة التحكيم ، ص ٤٤ .
(٣٠) فتحي والي ـ قانون القضاء المدني الكويتي ص ٤٥٧ رقم ٣٥٧ .

٣ ـ الطبيعة التحكيمية للهيئة ومظاهرها

تمهيد :

ذكرنا منذ بداية البحث أن دراسة وظيفة هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل ونظامها القانوني تكشف عن طبيعتها التحكيمية . والآن بعد أن تعرضنا لفكرة التحكيم وخصائصه يتيسر لنا الوصول لهذه النتيجة باستعراض الوظيفة المنوطة بهذه الهيئة والمعالم الرئيسية لنظامها القانوني ، حيث يبين لنا هذا العرض تحقق فكرة التحكيم وخصائصه فيها .

ولكننا نستخدم هذا التكييف ، ليس فقط في فهم النصوص المنظمة للهيئة وإنما أيضا لاستكمال أي نقص في هذه النصوص من القواعد العامة للتحكيم وهي القواعد التي يتضمنها ـ بصفة أساسية ـ الباب الثاني عشر من الكتاب الثاني لقانون المرافعات (م١٧٣ ـ ١٨٨ مرافعات الكويتي) . وهو ما نعرضه فيما يلي :

أولا : وظيفة هيئة التحكيم :

لم تكن الحكمة من وقف الاجراءات القضائية الخاصة بمعاملات الأسهم بالأجل وإنشاء هيئة التحكيم هي عدم الثقة في كفاءة الجهاز القضائي في الفصل في المنازعات المتعلقة بها أو الرغبة في سرعة الفصل في هذه المنازعات . وإنما كانت ـ على وجه التحديد ـ لاستبعاد الحلول القانونية التي تمليها النصوص القائمة وذلك باعتبار أن هذه النصوص قد وضعت لمواجهة الظروف العادية بينما يمكن أن يؤدي تطبيقها على المنازعات المتفرعة من أزمة سوق المناخ إلى نتائج خطيرة تهدد الاقتصاد الوطني .

فقد تبين أن سير الاجراءات القضائية العادية ـ مع تشابك المطالبات واتساع نطاقها وضخامة المبالغ المطلوبة كان من شأنه أن يؤدي إلى إفلاس وحبس عدد كبير

من المتعاملين في السوق دون إمكانية الوفاء في الوقت ذاته بالديون المطلوبة . الأمر الذي يهدد بهزة كبيرة في السوق يمكن أن تترك آثارا بعيدة في الاقتصاد الكويتي وسمعته .

ولذا رؤي وجوب تدخل الدولة لمحاصرة الأزمة قبل أن تستفحل آثارها . ونظرا لضخامة المبالغ فإنه لم يكن ممكنا أو مرغوبا فيه أن تقوم الدولة بسد العجز في المديونية . كذلك لم يكن مرغوبا بأن تتعجل الدولة بوضع قواعد موضوعية استثنائية بشأن هذه الديون مثل تخفيضها أو تأجيلها لما في ذلك من مساس بمصالح الدائنين . فبدأت بوقف الاجراءات القضائية العادية وإنشاء هيئة للتحكيم خولتها سلطة واسعة للمحافظة على حقوق الدائنين وتسويتها على نحو تراعى فيه **إعتبارات العدالة وسلامة السوق**[٣١] .

وإذا كان الأفراد يتفقون عادة على التحكيم لتحقيق هذه الأغراض فإن إتساع وتشابك المعاملات في هذه الأزمة يجعل مثل هذا الاتفاق أمرا عسيرا[٣٢] . ونظرا للجوء البعض فعلا إلى الاجراءات القضائية العادية وضخامة حجم الأزمة وخطورتها فقد اضطر المشرع أن يجعل التحكيم فيها اجباريا[٣٣] أمام الهيئة التي أنشأها لهذا الغرض .

---

(٣١) المذكرة الايضاحية للمرسوم رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ .

(٣٢) وهو ما تأكد بفشل محاولة التحكيم الاختياري لغرفة التجارة .

(٣٣) يستفاد من نص المادة ٣/٩ من القانون رقم ٥٩ جواز رفع دعوى أمام القضاء بشأن المعاملات غير المسجلة وفقا للمرسوم ٥٧ وذلك بعد مضي سنتين من تاريخ العمل بالقانون ، حيث تنص بأنه « لا تقبل أي دعوى أو مطالبة أو شكوى أمام جهات القضاء أو التحكيم أو التحقيق أو غيرها من المعاملات المنصوص عليها في الفقرة السابقة قبل مضي سنتين من تاريخ العمل بهذا القانون » وتشير الفقرة السابقة إلى المعاملات التي لم يتم تسجيلها في الميعاد المحدد في المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ .

وهذا النص يلغي ـ في اعتقادنا ـ حكم الفقرة الثالثة من المادة الاولى من المرسوم رقم ٥٧ والذي كان يقرر أنه « لا تقبل أي دعوى أو مطالبة أو شكوى أمام جهات القضاء أو التحكيم أو التحقيق أو

وهكذا يتبين أن الغرض من إنشاء هيئة التحكيم هو استبدال الحل القضائي للأزمة بحل تحكيمي يوفق بين مصلحة الدائنين في الحصول على حقوقهم ومصلحة السوق في عدم انهيار وضع كثير من المدينين .

ثانيا : المظاهر التحكيمية للهيئة :

نعرض فيما يلي لأهم مظاهر الطبيعة التحكيمية للهيئة في نظامها القانوني ، سواء من حيث تشكيلها أو اختصاصها أو سلطاتها أو اجراءاتها أو قوة القرارات الصادرة منها . وبعض هذه المظاهر تتبناه صراحة النصوص المنظمة لهذه الهيئة ولكننا نستخلص بعضه الآخر من طبيعتها التحكيمية .

١ ــ تشكيل الهيئة :

أ ــ شكلت هيئة التحكيم بقرار مجلس الوزراء رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢ برئاسة قاض بالمحكمة الكلية وأربعة من ذوي الخبرة المصرفية والتجارية . ولاشك أن غلبة العنصر غير القانوني بالهيئة واختيارهم من ذوي الخبرة في المسائل المالية

غيرها من المعاملات التي لم يتم تسجيلها في الميعاد المحدد » . ونص المادة ١٧ من القانون رقم ٥٩ (وهو قانون لاحق على المرسوم رقم ٥٧) صريح في أنه « يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون » .

وهكذا فانه يبدو ـ من الناحية النظرية على الأقل ـ أن الدائن مخير بين اللجوء إلى هيئة التحكيم وذلك بتسجيل معاملته في الميعاد أو باللجوء إلى المحاكم وذلك بعدم تسجيلها وإنتظار عامين بعد العمل بالقانون والحقيقة أن هذا الخيار نظري بحت ليس فقط لاحتمال عدم جدوى المطالبة بعد سنتين من الناحية العملية ، وإنما لأنه لم يمنح للدائنين إلا بناءا على القانون رقم ٥٩ الذي صدر بعد انتهاء الميعاد القانوني لتسجيل المعاملات المقرر في المرسوم رقم ٥٧ وهـذا يعني أنه خـلال المدة المحددة للتسجيل لم يكن أمام الدائن خيار للجوء إلى القضاء بعد سنتين بل كان يخضع للنص الملغي في المرسوم (م١/٣) والذي يقرر عدم قبول أي دعوى أمام القضاء بشأن هذه المعلومات بصفة مطلقة .

والتجارية المتصلة بموضوع المنازعات المشكلة من أجلها إنما يتفق مع وظيفتها التحكيمية .

ب ــ ولكن يلاحظ أن الطبيعة التحكيمية للهيئة لا تعفيها من مراعاة الضمانات الاساسية في التقاضي ومن هذه الضمانات ما يتعلق بحياد اعضائها . ولذا تنص المادة ١٧٨ / ٤ مرافعات على أنه يجوز طلب رد المحكم لذات الاسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم . ولذا فإنه يجوز ـ في اعتقادنا ـ تنحي أورد عضو الهيئة الذي يكون أحد الخصوم قريبا أو صهرا له إلى الدرجة الرابعة مثلا (م١٠٢ /أ مرافعات) . ولعل هذا من الأسباب الرئيسية لتعيين اثنين آخرين أخيرا في الهيئة أحدهما رئيس إحتياطي والثاني عضو احتياطي .

٢ ــ إختصاص الهيئة : وطبيعتها المؤقتة :

يؤكد اختصاص الهيئة طابعها العرضي فهي لا تختص اختصاصا عاما بالمنازعات المتعلقة بمعاملات الاسهم بالأجل . وإنما يقتصر اختصاصها على منازعات معينة عن معاملات تمت فعلا قبل انشائها . إذ تنص المادة الأولى من القانون رقم ١٩٨٢/٥٩ (م٢ من المرسوم رقم ٥٧) بأنها تختص دون غيرها بالفصل في المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تم تسجيلها طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ والمعاملات المترتبة عليها . والمعاملات التي يوجب هذا المرسوم (م١) تسجيلها هي تلك المتعلقة باسهم الشركات التي تمت بالأجل قبل العمل بهذا المرسوم وصدرت عنها شيكات بتواريخ لاحقة أو سندات أو وسائل دفع أخرى ولم يتم إستيفاء قيمتها . وهكذا فإنها لا تختص إلا بشأن معاملات معينة هي معاملات الاسهم بالأجل السابقة على صدورها والتي تم تسجيلها طبقا لهذا المرسوم .

وهي لهذا بالضرورة مؤقتة ، تنتهي مهمتها بانتهاء الفصل في المنازعات التي أنشئت من أجلها وهو ما تنص عليه صراحة المادة السادسة من القانون رقم ٥٩ . بل أنه رغبة من المشرع في حث الهيئة على سرعة الفصل في هذه المنازعات أورد في هذه المادة حدا زمنيا كذلك فنص بأنه « تنتهي مهمة هيئة التحكيم بانتهاء الفصل في المنازعات المطروحة عليها ، على أن يتم ذلك في ميعاد لا يتجاوز سنتين من تاريخ العمل بهذا القانون ويجوز عند الضرورة مد فترة مهمتها بمرسوم » .

٣ ـ سلطات الهيئة بشأن المنازعات المختصة بها :

خول المشرع هيئة التحكيم سلطات واسعة بشأن المنازعات المختصة بها . وهي بصفة عامة سلطات تقديرية تتجاوز السلطات الممنوحة للقاضي في الدعاوي وتتفق مع طبيعتها التحكيمية . ولكنها تتجاوز كذلك السلطات العادية للمحكمين . وقد خولها المشرع أليها حتى يتيح لها وسائل فعالة لتحقيق أغراضها وذلك نظرا لخطورة الأزمة على الاقتصاد الوطني . وهذا يكشف الطابع الخاص والاستثنائي لهذه الهيئة ويؤكد أنها هيئة تحكيم ذات طابع خاص . ولكن هذا لا ينفي خضوعها للقواعد العامة للتحكيم فيما لا يتعارض مع طابعها الخاص ومع النصوص الخاصة المنظمة بها .

ولعل هذا الطابع الخاص يجعلنا نقرر سلطاتها في الأمر باتخاذ الاجراءات التحفظية اللازمة وإصدار الأحكام المختلفة المخولة لها في موضوع المنازعات بشأن المعاملات المسجلة والمحالة اليها من شركة المقاصة دون التقيد بقاعدة المطالبة ، والتي تفرض على القاضي كما تفرض على المحكم العادي بان يحكم في حدود طلبات الخصوم[٣٤] . وذلك باعتبار أن هذه السلطات تتعلق بمصلحة عامة وتمس النظام العام ويجوز للهيئة أن تحكم في شأنها من تلقاء نفسها .

---

(٣٤) أحمد أبو الوفا ـ التحكيم ص ٢١٦ رقم ٩٧ .

ويمكن تركيز سلطات الهيئة في ثلاثة أنواع رئيسية وهي : -

(أ) التصديق على التسويات الودية[٣٥] **التي** يتفق عليها أصحاب الشأن بشرط ألا تمس حقوق الغير (م٧ من القانون رقم ٥٩) .

(ب) الأمر باتخاذ الاجراءات التحفظية اللازمة : ويخولها القانون (م٢/٢ من المرسوم ٥٧ وم ٢/١ من القانون رقم ٥٩) في هذا الصدد سلطة عامة تشمل كافة الاجراءات التحفظية ، مثل تعيين حارس على الأموال وجردها ووضع الاختام عليها كما تشمل منع التصرف في الاموال والمنع من السفر ، ولاشك أن الاجراء الأخير وهو يمس الحرية الشخصية للمدين ذات طابع استثنائي بالنسبة للتحكيم . ولكن بعض الاجراءات التحفظية الأخرى التي تتعلق بالأموال تبين كذلك هذا الطابع وتؤكده ويتجلى هذا فيما يلي :

١ ــ المنع من التصرف في الاموال : حيث خولت المادة الأولى من القانون رقم ٥٩ للهيئة سلطة تتجاوز سلطة توقيع الحجز التحفظي على أموال المدين ، الذي لا يجوز توقيعه إلا على مال معين مملوك للمدين وقت الحجز . بينما يجوز للهيئة أن تمنع المدين من التصرف في كل أمواله دون تعيين بل تلك التي تؤول إليه أو يثبت تهريبها أو تصرفه فيها صوريا أو تنازله منها للغير إضرارا بدائنيه وذلك في أي يد وجدت . وهو أشبه بالآثار التي تترتب على شهر إفلاس المدين بغل يده عن التصرف في كل أمواله والبحث في صحة تصرفاته السابقة .

٢ ــ تكليف المدين باعادة الأموال التي يثبت للهيئة انه اخفاها أو حولها الى خارج وإلاّ تعرض للحبس مدة لا تزيد عن خمس سنوات ومنعه من السفر بعد الحبس مدة خمسة عشرة سنة وذلك مالم يقم بتدبير الأموال اللازمة لسداد ديونة

---

(٣٥) بلغت التسويات الودية التي صدقت عليها الهيئة حتى ٢٨ فبراير ١٩٨٣ عدد ١٣١٠ تسوية قيمتها أكثر من مليار وثلث دينار وذلك وفقا لتقرير الحكومة عن اعمال هيئة التحكيم المقدم إلى مجلس الامة والمنشور في الجرائد العامة بتاريخ ١٣/٣/١٩٨٣ .

(م ٤ من القانون رقم ٥٩) . ولاشك أن سلطة الهيئة تقف عند تكليفه باعادة الاموال دون الحكم بالعقوبة المترتبة على عدم تنفيذ هذا الامر ، والتي تكون من اختصاص المحكمة الجزائية المختصة . ومع ذلك فإن قرار التكليف المذكور يمثل اجراءا تحفظيا فريدا وغير مألوف في الاجراءات القضائية العادية .

(جـ) **الفصل في موضوع المنازعات** : يخول القانون (م ٢ القانون رقم ٥٩) للهيئة أن تفصل في المنازعات المحالة اليها وذلك بإن تقضي بتسوية حقوق الاطراف وفقا **للأعراف التجارية السائدة ولمقتضيات حسن النية في المعاملات وبمراعاة المحافظة على الاقتصاد الوطني** . ولها في سبيل ذلك إصدار أحكام الزام بالديون أو أحكام ببطلان معاملة الاسهم المعروضة عليها للصورة أو لغيرها أو احكام بفسخها وإعادة الحالة إلى ماكانت عليها . كما أن لها أن تقرر طريقة الوفاء بما في ذلك تقسيط المستحقات .

ومن هذا النص تتضح المعايير المرنة التي تستخدمها الهيئة لتسوية حقوق الأطراف والسلطات الواسعة المخولة لها ، خاصة ما يتعلق منها بتحديد طريقة الوفاء وتقسيمه ، وهو ما يعني سلطة الهيئة في تقرير الوفاء بمقابل مثلا أو تأجيل الوفاء ببعض الدين على الأقل . وهو ما يبين بجلاء أن المشرع إنما يدعو إلى منحها سلطات أوسع من سلطات القاضي العادي لايجاد حلول توفيقية لمنازعات المعروضة عليها .

ومع ذلك فإنه يجب أن نسجل تراجعا في هذا الاتجاه فبينما كان المرسوم رقم ٥٧ يخول الهيئة تخفيض قيمة الديون على أسس معينة يصدر بتحديدها قرار من مجلس الوزراء ، قرر القانون رقم ٥٩ أن تتم التسوية دون إنتقاص لقيمة الدين مالم يكن التخفيض حاصلا باتفاق الاطراف . ولاشك أن سلب سلطة الهيئة في تخفيض الديون يحد كثير من قدرتها في تحقيق وظيفتها .

وأخيرا يجب ملاحظة أن الهيئة لا تختص باجراءات تنفيذ أحكامها أو بشهر الافلاس المترتب عليها ، وإنما تختص بذلك المحاكم وفقا لقانون المرافعات وقانون التجارة (م ٣٠٢ من القانون رقم ٥٩) . ونستخلص من ذلك أيضا أنها لا تختص بمنازعات تنفيذ هذه الأحكام .

٤ ــ الاجراءات الواجبة الاتباع أمام الهيئة :

يتضمن قرار وزير العدل[٣٦] رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢ تنظيما لاجراءات الهيئة . وقد جاء بالمادة السابعة منه « تنظر هيئة التحكيم النزاع المطروح أمامها على وجه السرعة دون التقيد بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية إلا ما يتعلق منها بالضمانات الاساسية في التقاضي » . ويتفق هذا النص مع القواعد العامة للتحكيم في قانون المرافعات والتي أشرنا إليها من قبل .

وهذا يعني أن هيئة التحكيم لا تتقيد في اجراءاتها إلا بالقواعد الواردة في قرار وزير العدل ومع مراعاة الضمانات الاساسية في التقاضي .

(أ) ويستفاد من نصوص هذا القرار اليسر والسرعة والمرونة في هذه الاجراءات . إذ تحال المعاملات المسجلة وفقا للمرسوم رقم ٥٧ إلى مكتب التحكيم المنشأ بوزارة العدل لهذا الغرض والذي يتولى قيدها في السجلات الخاصة بذلك وتحديد موعد الجلسة واخطار أصحاب الشأن بها (م١) . ويكون إعلان جميع أوراق التحكيم واخطاراته بكتاب موصى عليه (م٣) . وتنظر الهيئة النزاع في الجلسة التي أعلن لها الاطراف ويحضرها مع الهيئة كاتب يتولى تحرير محاضرها والتوقيع عليها مع رئيس الهيئة . ويلاحظ أنه يجوز عقد هذه الجلسات في أيام العطلة الرسمية وفي غير أوقات الدوام الرسمي (م٢) . ويحضر الخصوم

---

(٣٦) صدر القرار المذكور في ٧ أكتوبر ١٩٨٢ بناءا على نص المادة ٧ من المرسوم رقم ٥٧ ، المادة ١٤ من قانون رقم ٥٩ .

الجلسة بانفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين أو غيرهم (م٤) فلا يشترط أن يكون الوكيل محاميا . فإذا غاب أحد الخصوم جاز للهيئة أن تحكم في غيبته بعد التأكد من اعلانه بموعد الجلسة (م٥) . وتتولى الهيئة بنفسها اجراءات التحقيق كما أن لها أن تندب أحد اعضائها للقيام به (م٦) . ولها أن تستعين بمن تراه من الخبراء لمعاونتها في أداء مهمتها (م٨) . وبعد ذلك تكون المداولة في الأحكام سرية بين الأعضاء مجتمعين فلا يجوز أن يشترك فيها غير من سمع المرافعة . وتصدر الأحكام باغلبية الآراء وعند التساوي يرجح الجانب الذي فيه الرئيس . ويوقع مسودة الحكم الرئيس وجميع الاعضاء مع سكرتير الهيئة . فإذا امتنع واحد من المحكمين عن التوقيع ذكر ذلك في ذيل المسودة ، ويكون الحكم صحيحا إذا وقعه أغلب المحكمين (م ١٠/ ٣٠١) . وتعني هذه القاعدة حرية عضو الهيئة في الامتناع عن إبداء رأيه أو في التوقيع ، وهو ما يتفق ـ كما أشرنا من قبل ـ مع الطبيعة التحكيمية للهيئة . كما يكفي أن تشتمل الأحكام على أسباب موجزة (م ١٠/ ٢) . ويمكننا ـ رغم عدم النص ـ أن نستخلص من طبيعة الهيئة أن جلساتها وأحكامها ـ حسب الاصل في التحكيم غير علانية[٣٧] .

(ب) ومع ذلك فإن الضمانات الأساسية في التقاضي توجب على الهيئة إحترام حقوق الخصوم في الدفاع[٣٨] ويشمل ذلك حقهم في الدفاع بانفسهم أو عن طريق وكيل وحقهم في تقديم الدفوع والادلة وابداء المرافعة شفويا في الجلسات أو كتابيا عن طريق مذكرات . كما يشمل حق الخصم الذي لم يعلن في التأجيل وحقه في العلم بكافة الاجراءات المتخذة في مواجهته ، بما

---

(٣٧) يلاحظ ما تنص عليه المادة ١٦/ ٢ من القانون رقم ٥٩ عن التزام الحكومة بتقديم تقرير مفصل عن أعمال الهيئة كل ثلاثة أشهر وتقرير ختامي بعد انتهاء الهيئة . وقد نشر تقرير الحكومة في هذا الصدد في الصحف مما حقق العلانية لأحكام الهيئة رغم منافاة هذه العلانية لطبيعة الهيئة .

(٣٨) أنظر في هذه الحقوق وتصنيفها وجدى راغب ـ دارسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني مجلة العلوم القانونية والاقتصاد ١٢ ـ ٥ ـ ١٩٧٦ عدد (١) ص ١٨٣ ـ ٢٣٥ .

في ذلك حقه في الاطلاع على المذكرات والمستندات المقدمة من خصمه . كذلك تقتضي هذه الضمانات ألا تكون أسباب الحكم مجملة أو مبهمة إنما يجب أن تتضمن الادلة التي بنيت عليها الهيئة اقتناعها بالوقائع وما يفيد أنها لم تحكم إلا بعد أن حققت أوجه الدفاع الجوهرية في النزاع .

٥ ــ قوة قرارات هيئة التحكيم :

(أ) قرارات الهيئة في التصديق على التسويات الودية أو اتفاقات الصلح الـذي يثبتها الخصوم في محضر الجلسة تكون لها قوة الأحكام الصادرة منها (م٩ من قرار وزير العدل) .

وهذا يعني إختلافها من حيث قوتها من اتفاقات الصلح أو غيرها التي يثبتها الخصوم أمام القضاء في محضر الجلسة ويصدق عليها القاضي . ذلك أن قانون المرافعات (م٧٣) يجعل لمحضر الجلسة في هذه الحالة قـوة السند التنفيذي . ومع ذلك فإنه لا يعده حكما من حيث حجيته على الخصوم وإنما مجرد عقد[٣٩] .

أما الاتفاقات التي يثبتها الخصوم أمام هيئة التحكيم في محضر الجلسة وتصدق عليها الهيئة فإنها تكون لها حجية الأحكام الصادرة منها وفقا لنص المادة ٩ من قرار وزير العدل . فلا تعد عقدا ولا تخضع بالتالي للنظام القانوني للعقود من حيث إمكانية الطعن فيها وإنما لنظام أحكام هيئة التحكيم . ولا تكون للمحضر المصدق عليه في الوقت ذاته قوة السند التنفيذي لأن أحكام الهيئة ليس لها هذه القوة بذاتها . وإنما يلزم لذلك ـ كما سنرى ـ أمر تنفيذ من رئيس المحكمة الكلية .

وقد ساوى المشروع بين اتفاقات الخصوم وتسوياتهم الودية المصدق

---

(٣٩) وجدي راغب ـ النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات ١٩٧٥ ص ١٣٤ .

عليها وبين الأحكام حتى يمنح هذه الاتفاقات قوة حاسمة للنزاع ويسد الباب أمام فتح النزاع من جديد عن طريق طلب إبطال الاتفاق أو فسخه .

(ب) القرارات التحفظية عبارة عن أحكام وقتية . ولذا يجوز للهيئة أن تعدل عنها أو أن تلغيها متى تغيرت الظروف الواقعية التي إقتضت اصدارها[٤٠] .

(جـ) القرارات الفاصلة في موضوع المنازعات تكون أحكاما نهائيا (م ٢ / ٤ من القانون رقم ٥٩) . وهذا يعني أنها تكون حجة على الخصوم فيما فصلت فيه . فلا يجوز للهيئة ذاتها أن تعدل عنها أو أن تلغيها أو أن تغيرها . كما لا يجوز إعادة طرح النزاع الذي فصلت فيه أمام القضاء أو أمام هيئة تحكيم أخرى ولو بعد إنقضاء مهمة هيئة التحكيم . وإنما تكون لهذه الأحكام حجية كاملة أمام القضاء في أي دعوى تطرح عليه مستقبلا[٤١] .

ولكن يجوز للهيئة أن تصحح الأخطاء المادية الواردة في هذه الأحكام . كما يجوز ـ في إعتقادنا ـ الرجوع إليها لتفسير حكمها إذا شابه غموض أو ابهام ، أو لاستكماله إذا تبين أنها أغفلت في حكمها في نزاع معين معاملة أو جزء من معاملة بين الاطراف . وذلك قياسا على سلطة القضاء في هذا الصدد بالنسبة لأحكامه (م ١٢٤ ـ ١٢٦ مرافعات) والتي تنطبق على أحكام المحكمين بصفة عامة[٤٢] .

---

(٤٠) ويبدو من تقرير الحكومة إلى مجلس الامة المنشور السابق الاشارة إليه ، أن الهيئة أصدرت فعلا عدة قرارات بالغاء التحفظ ومنع التصرف ومنع السفر بينما في بعض الحالات قررت الغاء التحفظ ومنع التصرف مع استمرار منع السفر .

(٤١) وإنما يستثنى من ذلك فقط حالة التمسك بانعدام الحكم .

(٤٢) إبراهيم سعد ـ فكرة التحكيم ص ٣٥ ـ ٣٦ وأنظر أحمد ابو الوفا ـ التحكيم ص ٢٦٦ رقم ١١٧ حيث يشترط لذلك فضلا عن عدم انقضاء ميعاد التحكيم وهو شرط متفق عليه شرطا آخرا هو ألا يكون قد تم ايداعه بالمحكمة حيث تكون سلطته قد انقضت .

إنما تظل قوة أحكام هيئة التحكيم أقل من قوة أحكام القضاء من ناحيتين :

أولا : لا تتمتع أحكام الهيئة بالقوة التنفيذية . فإذا لم تنفذ إختيارا وأراد صاحب المصلحة تنفيذ الحكم جبرا فإنه يلزم أم يتقدم إلى رئيس المحكمة الكلية لاستصدار الصيغة التنفيذية عليه (م ٢/١١ من قرار وزير العدل) . وهذا يعني ضرورة صدور أمر تنفيذ من رئيس المحكمة الكلية . وطالما أن الاختصاص باصدار الأمر معقود للقضاء فإنه يخضع في إصداره لقانون المرافعات . وهو وفقا لقواعد قانون المرافعات في التحكيم عبارة عن أمر على عريضة يصدره القاضي بعد الاطلاع على الحكم ومرفقاته وبعد التثبت من إنتفاء موانع تنفيذه (م ١٨٥ مرافعات) . وهو ـ كما ذكرنا ـ لا يباشر في هذه الحالة رقابة موضوعية على الحكم من حيث الوقائع أو القانون ، وإنما يقتصر على رقابة صحته من الناحية الشكلية وعلى ضوء بياناته ومرفقاته . فيجوز له أن يرفض إصدار الأمر مثلا إذا تبين أن الحكم فصل في منازعة تخرج عن إختصاص هيئة التحكيم أو أنه خال من الأسباب أو من توقيع أغلبية الاعضاء ويجوز التظلم من الأمر أمام المحكمة الكلية أو أمام القاضي الأمر ذاته حسب الأحوال . وينظر التظلم وفقا لقواعد الخصومة القضائية وباجراءاتها . ويصدر حكم في التظلم يكون قابلا للطعن فيه وفقا للقواعد العامة للطعن في الأحكام .

وهكذا ينفتح الطريق لولوج أبواب القضاء بشأن تنفيذ أحكام الهيئة وأساس ذلك كله ما تنص عليه المادة ٢/٤ من القانون رقم ٥٩ بأن ينفذ حكم الهيئة طبقا للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات . وهو ما جعل القرار الوزاري (م ٢/١١) يتطلب اللجوء إلى رئيس المحكمة الكلية للأمر بتنفيذه . ولا تعارض بين جواز التظلم والطعن أمام القضاء في هذا الصدد ونص القانون بأن يكون حكم الهيئة نهائيا . كما أنه لا تعارض بين هذا الجواز وما تنص عليه المادة ٣/٢ من القانون رقم ٥٩ من وقف جميع الاجراءات القضائية الخاصة بهذه المعاملات إلى أن يتم الفصل فيها من الهيئة ، وذلك لأن موضوع التظلم والطعون في هذه الحالة هو

أمر التنفيذ الصادر من رئيس المحكمة وليس الحكم الصادر من هيئة التحكيم في موضوع المنازعة . ولذا تقتصر سلطة المحكمة في التظلم أو الطعن على تأييد أو الغاء الأمر بالتنفيذ دون المساس بالحكم ذاته .

ثانيا : يجوز ـ في اعتقادنا ـ رفع دعوى بطلان أصلية لحكم الهيئة أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، وفقا للمادة ١٨٦ مرافعات .

وإذا كانت النصوص التشريعية المنظمة لهيئة التحكيم لا تورد هذا الحكم صراحة ، فإن الأخذ به تمليه القواعد العامة للتحكيم التي يتضمنها باب التحكيم في قانون المرافعات طالما أنه لا يتعارض مع القواعد الخاصة للهيئة .

ولا يتعارض مع الأخذ به النص على أن أحكام هذه الهيئة نهائية (م ٢ / ٤ من القانون رقم ٥٩) ، وذلك لأن نهائية الحكم في الاصطلاح القانوني تعني فقط عدم قابليته للاستئناف[٤٣] . وهي تختلف عن النص مثلا بعدم جواز الطعن في الحكم باي وجه من أوجه الطعن . بل أن قانون المرافعات (م ١٨٦ /٣) يشترط لقبول دعوى بطلان حكم المحكمين أن يكون الحكم المطلوب بطلانه ، قد أصدر نهائيا وهو ما يتوافر في حكم هيئة التحكيم .

كما لا يتعارض مع الأخذ به نص المادة ٧ من قرار وزير العدل بأن تنظر الهيئة النزاع دون التقيد بقواعد قانون المرافعات . وذلك لأن هذا النص إنما ينظم أعمال الهيئة ذاتها عند نظر النزاع وإصدار الحكم ، ولا يمتد إلى المرحلة اللاحقة على الحكم . بل أن النصوص ـ على العكس ـ تحيل في المرحلة اللاحقة على قانون المرافعات ، كما رأينا في شأن تنفيذ الحكم .

(٤٣) أحمد ابو الوفا ـ نظرية الأحكام في قانون المرافعات ١٩٧٧ ص ٣٩١ رقم ١٧١ . رمزي سيف ـ قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقا للقانون الكويتي ١٩٧٤ ص ٣٩٦ . وجدي راغب ـ النظرية العامة للعمل القضائي ص ٢١٤ .

ولا يقبل الاعتراض على هذا الرأي على أساس أنه يتعارض مع السلطة المخولة لهيئة التحكيم بالفصل في المنازعات المختصة بها دون غيرها (م ١/١ من القانون رقم ٥٩) . وذلك لأن سلطة المحكمة في دعوى البطلان ليس هي إعادة الفصل في النزاع الذي سبق أن فصل فيه حكم المحكمين لتأييده أو تعديله ، وإنما هي التحقق من خلوه من أسباب البطلان التي حددها القانون وتمسك به المدعي وهي تنحصر فيما يلي : -

١ ــ خروج المحكمين عن حدود التحكيم .
٢ ــ تحقق سبب من أسباب التماس إعادة النظر .
٣ ــ وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الأجراءات أثر في الحكم .

فإذا تبين لها خلو الحكم من أحد هذه العيوب فإنها ترفض الدعوى دون مراجعة موضوع الحكم من حيث الوقائع أو القانون لتنظر في عدالته . وباختصار فإن موضوع دعوى البطلان هو حكم المحكمين وليس النزاع الموضوعي الذي فصل فيه هذا الحكم .

ولكن القانون (م ١٨٧/٥ مرافعات) يخول المحكمة متى قضت ببطلان حكم المحكمين أن تتعرض لموضوع النزاع وتقضي فيه . وهنا يبدو التعارض مع النص السابق . كما تتعارض دعوى البطلان مع نص المادة ٣/٢ من القانون رقم ٥٩ بأنه « إلى أن يتم الفصل من الهيئة في المنازعات المحالة إليها توقف جميع الاجراءات القضائية المدنية والجزائية الخاصة بهذه المعاملات ووسائل دفعها بما فيها إجراءات شهر الافلاس » .

ولذا فإننا نرى أن هذا النص يسري على دعوى البطلان طالما أن الهيئة لم تنته من مهمتها . ذلك أن وقف الاجراءات القضائية إنما هو وقف مؤقت ـ وفقا للنص ذاته ـ إلى أن يتم الفصل في هذه المعاملات من الهيئة . والمقصود بذلك ـ في اعتقادنا ـ أن تنتهي الهيئة تماما من مهمتها . وهو ما يقرر له القانون (م٦) ميعادا لا

يتجاوز سنتين يجوز مده عند الضرورة . ولذلك يقف ميعاد رفع دعوى البطلان وهو ثلاثون يوما من وقف اعلان الحكم (م ١٨٧ / ١ مرافعات) حتى يحل أجل هذه الهيئة بانتهاء الفصل في المنازعات أو انقضاء ميعادها . والحقيقة أن المشرع قد قصد تركيز المنازعات المذكورة في يد هيئة التحكيم تمكينا لها من تصفيتها والسيطرة على الأزمة . ولذا لا نرى مانعا بعد أن يتحقق ذلك فعلا من العودة إلى الشرعية القضائية .

الخلاصة :

يمكن أن نوجز هذه الدراسة في عبارة واحدة وهي أن هيئة تحكيم معاملات الاسهم بالأجل إنما هي هيئة تحكيم خاصة . وقد يبدو هـذا للوهلة الأولى مثل تفسير الماء بالماء . ولولا أن شبهات كثيرة تثور حول هذا الوصف نرجو أن تكون هذه الدراسة قد بددتها .

وإذا كان يبدو ـ حتى الآن ـ أن هذه الهيئة غير كافية وحدها للسيطرة على أزمة معاملات الأسهم بالاجل فإن ذلك يرجع من ناحية إلى ضخامة حجم الازمة ، ومن ناحية أخرى إلى ما قابل انشاءها عن ريبة وشك من البعض مما أدى إلى تقليص سلطتها بالقانون رقم ٥٩ . ومع ذلك تظل لها ـ كما رأينا ـ سلطات واسعة تجعلها أداة قانونية فعالة وقادرة على تحقيق الكثير في هذه الأزمة ، لو أقدمت على استعمالها بمزيد من الشجاعة .

ولا داعي للتخوف من هذه الهيئة وسلطاتها لأنها ليست في النهاية أكثر من مجرد هيئة تحكيم مؤقتة وهو ما يجعل ـ في رأينا ـ الكلمة الاخيرة في تنفيذ وصحة احكامها للقضاء باعتباره الملاذ الأعلى والاخير لحقوق الافراد .