الجوانب الدستورية والقانونية في عملية انشاء هيئة التحكيم

الدكتور عادل الطبطبائي
قسم القانون العام - كلية الحقوق

أولاً : قضايا ذات علاقة بعمليات إنشاء هيئة التحكيم :

إن جميع عمليات هيئة التحكيم الحالية تستند في أساسها القانوني على المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ .

ولقد بينت مقدمة هذا المرسوم بقانون ، الأساس الدستوري لإصداره ، وهو كل من المادتين ٢٠ و ٧١ من الدستور . واعتقد أن الاستناد إلى كل من هاتين المادتين يثيران بعض الشبهات الدستورية . فالمادة (٢٠) من الدستور تنص على أن (الاقتصاد الوطني أساسه العدالة الاجتماعي ، وقوامه التعاون العادل بين النشاط العام والنشاط الخاص ، وهدفه تحقيق التنمية الاقتصادية وزيادة الانتاج ورفع مستوى المعيشة ، وتحقيق الرخاء للمواطنين ، وذلك كله في حدود القانون) .

ولا شك أن هذه المادة وما حددته المذكرة التفسيرية للدستور من معنى محدد لها ، لا يسمح أن تكون السند الدستوري لإصدار المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة

١٩٨٢ ، فهذه المادة تبين أن العدالة الاجتماعية هي أساس الاقتصاد الوطني ، ولعلنا هنا نتساءل أن كان تخصيص مبلغ ٥٠٠ مليون دينار لمجموعة من المضاربين الذين خالفوا أحكام القوانين وضربوا بها عرض الحائط تعتبر عدالة اجتماعية ، كما أن هذه المادة بينت أن قوام الاقتصاد الوطني هو التعاون العادل بين النشاط العام والنشاط الخاص ، ونحن نتساءل هنا أين هو النشاط الاقتصادي العام في عملية تغطية هؤلاء المقامرين ، وأين هو التعاون العادل بين النشاطين في وقت تتحمل فيه خزانة الدولة مبلغ ٥٠٠ مليون دينار لحساب القطاع الخاص ، وأين هو زيادة الانتاج أو رفع مستوى المعيشة . أعتقد أن الاستناد إلى هذه المادة الدستورية لم يكن موفقا في أي وجه من الوجوه .

ى بعد ذلك الاستناد إلى المادة (٧١) من الدستور التي تجيز للسلطة التنفيذية إصدار مراسيم لها قوة القانون فيما بين ادوار انعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله إذا حدث ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير ، ونعتقد أن هذا الشرط غير متوافر لسببين رئيسيين :

الأول : أن مجلس الأمة لم يكن قد بقي على موعد بدء دور انعقاده العادي إلا مدة أقل من ١٥ يوما ، وهي المدة التي يوجب الدستور عرض المرسوم بقانون على المجلس خلالها طالما كان المجلس قائما ، حتى أن الحكومة لم تكن بحاجة إلى دعوة المجلس لدور اجتماع غير عادي لعرض المرسوم بقانون عليه .

الثاني : أن القانون المقترح لحل الأزمة لا زال إلى اليوم غير مكتمل ولا زال مجلس الأمة ينظر في مقترحات لتعديله سواء من الحكومة أو من الأعضاء ، الأمر الذي اضطرت معه الحكومة إلى تأخير تنفيذ كثير من بنود القانون إلى حين تعديله ، الأمر الذي ينفي عنه صفة الاستعجال .

لقد نص القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ في المادة الأولى منه على أنه :

(يجب تسجيل جميع المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل

قبل العمل بهذا المرسوم بقانون وصدرت عنها شيكات بتواريخ لاحقة أو سندات أو وسائل دفع أخرى ولم يتم استيفاء قيمتها . ويتم التسجيل خلال ثلاثين يوما من تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون لدى الجهة التي يعينها وزير التجارة والصناعة . وتبين إجراءات التسجيل والمستندات اللازمة له بقرار من وزير التجارة والصناعة . ولا تقبل أية دعوى أو مطالبة أو شكوى أمام جهات القضاء أو التحكيم أو التحقيق أو غيرها من المعاملات التي لم يتم تسجيلها في الميعاد المحدد) .

أن هذا النص يثير القضايا الآتية :

١ ــ إن القانون جاء ليوجب تسجيل جميع المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات بالأجل ، دون تمييز بين أسهم الشركات المساهمة الكويتية التي يجوز التعامل في أسهمها ، وأسهم الشركات الكويتية المقفلة التي لا يجوز التعامل فيها إلا بعد انقضاء ثلاث سنوات على تأسيسها ، وأخيراً الشركات الخليجية .

ومن المعروف أن أسهم كل من الشركات المقفلة والشركات الخليجية لا يجوز تداولها في الكويت ، وتحكم المحاكم ببطلان عمليات بيع هذه الأسهم ، والسؤال الذي يثار هنا هل تعتبر عملية فرض تسجيل هذه الأسهم بمثابة اعتراف صريح ومباشر من المشرع الكويتي بصحة تداول هذه الأسهم التي تمت قبل صدوره ؟

أن هذا السؤال الذي نطرحه يقودنا هو الآخر إلى تساؤل آخر هو هل يجوز للمشرع بعد أن قرر عدم الاعتراف بصحة عمليات معينة ، وقرر بطلانها ، مما يسمح لكل صاحب مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان أمام المحكمة المختصة ، هل يجوز له أن يعود بعد ذلك ، ويقرر صحة هذه العمليات ، ويرتب عليها آثاراً قانونية بالغة الخطورة ، ويحمل خزانة الدولة مئات الملايين من الدنانير لتسوية هذه الآثار ؟

اعتقد أن الإجابة القانونية والمنطقية على هذا السؤال هي بالنفي ، وإلا

اهتزت المراكز القانونية التي ترتبت على أساس التشريع السابق ، ولأضحى النظام القانوني عرضه للتغيير والمساس به .

ولا يمكن أن يقال هنا أن الدولة تواجه أزمة طارئة يستوجب امر معالجتها اصادر تشريع يمكنه المساس بالنظام القانوني ، لأن هذا التشريع الطارىء بحد ذاته لا يمكنه أبداً المساس بالمبادىء القانونية والقواعد الدستورية التي ترسى وتحكم دعائم النظام القانوني في البلاد .

إن الهدف المعلن وراء إصدار التشريع الاستثنائي الذي استند إلى كل من المادتين ٢٠ و ٧١ من الدستور هو منع إفلاس العديد من المتعاملين في عمليات الأسهم ، ولعلنا نعرف الآن أن من سعى هذا التشريع الاستثنائي لحمايتهم ، هم من تقرأ أسمائهم وقد أحيلوا إلى النيابة العامة لإشهار إفلاسهم ، فهل حقق التشريع الاستثنائي هذا أغراضه المعلنة .

٢ ــ إن نص المادة الأولى من القانون قد حدد نطاق تطبيقه ، فحصره في المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت با لأجل **قبل العمل بهذا المرسوم بقانون** ومعنى هذا أن المرسوم بقانون ، قد جاء ليطبق بأثر رجعي على معاملات تمت **قبل** صدوره ، ولاشك أن ذلك يخالف صراحة المادة (١٧٩) من الدستور التي تنص على أنه (لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ . ويجوز ، في غير المواد الجزائية ، النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة) .

ويستفاد من هذا النص الدستوري الواضح ، أن الأداة الدستورية الوحيدة التي يمكن أن تقرر الأثر الرجعي هو القانون ، والقانون هنا بمعناه الشكلي ، أي ذلك الذي يصدر من السلطة التشريعية ، بدليل أن المادة (١٧٩) من الدستور المشار إليها تشترط أغلبية خاصة هي أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس

الأمة ، وهذا يعني بمعنى آخر أن مجلس الأمة هو الذي يمكنه ، بقانون يصدره ، أن يقرر الأثر الرجعي ، متى توافرت الأغلبية الخاصة التي تطلبتها المادة (١٧٩) من الدستور .

ولاشك أن المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ لايعتبر إلا بمثابة قرار إداري تنظيمي ، لا يملك دستوريا أن يكون له أثر رجعي ، وبالتالي فإن سريانه على وقائع تمت وحدثت في الماضي يثير شبهة دستورية واضحة من هذه الناحية .

ولعلنا نزيد هذا الأمر إيضاحا ، ونقول أن المرسوم بقانون هو بطبيعته قرار إداري ، ولكن له قوة القانون ، إذ يستطيع أن يفعل ما يفعله القانون ، ولكن السؤال الذي يثور هنا هو أي من القوانين الذي قصده المشرع عندما منحه هذه القوة ؟

لا نتردد في الإجابة أن المقصود بذلك هو القانون الذي يقر بالأغلبية العادية ، لا الأغلبية الخاصة التي يتطلبها الدستور في بعض الحالات لصدور بعض القوانين ، ومنها حالة تقرير القانون بأثر رجعي . وعلى ذلك فإذا كان المرسوم بقانون له قوة القانون ، فإن مدى هذه القوة ينحصر فيما يستطيع القانون ذو الأغلبية العادية أن يفعله ، أما حيث يتطلب الدستور صدور قانون بأغلبية خاصة ، فإن نطاق المرسوم بقانون يقف عند حدوده ، فلا يستطيع أن يمتد إليه بأثره طالما أن القانون ذو الأغلبية العادية غير قادر على أن ينظمه ، وهو ما يتحدد به نطاق عمل المرسوم بقانون .

ثانيا : الطبيعة القانونية لهيئة التحكيم في معاملات سوق الأوراق المالية

خصص الدستور المواد من ١٦٢ ـ ١٧٣ للسلطة القضائية ، ونص في المادة ١٦٤ منه على أن (يرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، ويبين وظائفها واختصاصاتها ، ويقتصر اختصاص المحاكم العسكرية ، في غير حالة

الحكم العرفي ، على الجرائم العسكرية التي تقع من أفراد القوات المسلحة وقوات الأمن ، وذلك في غير الحدود التي يقررها القانون) .

وتنص المادة (١٦٥) على أن (جلسات المحاكم علنية إلا في الأحوال الاستثنائية التي يبينها القانون) . وتنص المادة (١٦٦) على أن (حق التقاضي مكفول للناس ، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق) .

وتنص المادة (١٦٧) من الدستور على أن (تتولى النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع ، وتشرف على شئون الضبط القضائي ، وتسهر على تطبيق القوانين الجزائية وملاحقة المذنبين وتنفيذ الأحكام . ويرتب القانون هذه الهيئة وينظم اختصاصاتها ويعين الشروط والضمانات الخاصة بمن يولون وظائفها .

ويجوز أن يعهد بقانون لجهات الأمن العام بتولي الدعوى العمومية في الجنح على سبيل الاستثناء ، وفقا للأوضاع التي يبينها القانون) .

ويتضح لنا من هذه النصوص الدستورية أن القانون هو الذي ينشىء المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، ويبين وظائفها واختصاصاتها . فهل تعتبر هيئة التحكيم محكمة من المحاكم طالما أنها صدرت في قانون هو القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٢ ومن قبل بالمرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ ؟ أم هي شيء آخر ؟

هناك عدة احتمالات :

الأول : أن تكون محكمة من المحاكم .
الثاني : أن تكون كما وصفها القانون بهيئة تحكيم .
الثالث : أن تكون هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي .

ونناقش هذه الاحتمالات الواحد تبع الآخر :

الاحتمال الأول : هيئة التحكيم محكمة من المحاكم

هل تعتبر هيئة التحكيم محكمة من المحاكم ؟ وإذا كانت كذلك فهل هي محكمة عادية أم استثنائية ؟

لو عدنا للمادة الأولى من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٢ لوجدناها تنص على أن (تشكل بقرار من مجلس الوزراء هيئة تحكيم تؤلف من خمسة أعضاء برئاسة أحد رجال القضاء) . ولاشك أن هذا النص ينفي عن الهيئة وصف المحكمة للأسباب الآتية :

١ ــ إن الهيئة تشكل بقرار من مجلس الوزراء ولاشك أن تشكيل الهيئة بقرار من مجلس الوزراء يكفي لنفي صفة المحكمة عنها ، لأنه يعد تدخلاً في استقلالية القضاء .

٢ ــ إن المحكمة يجب أن يكون جميع أعضائها من القضاة ، أما هيئة التحكيم فيكتفى أن تكون برئاسة أحد رجال القضاء .

وبذلك نخلص إلى أن هيئة التحكيم لا يمكن أن تكون محكمة من المحاكم .

الاحتمال الثاني : هيئة التحكيم هي هيئة تحكيم فعلاً كما وصفها المشرع .

هل يمكن أن نطلق على الهيئة المنشأة بالقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٢ بأنها هيئة تحكيم ؟

لو عدنا إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، فأننا نجد المادة (١٧٣) تنص على أنه (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين) .

١ ــ فالصفة الأساسية للتحكيم هو الاتفاق عليه ، بمعنى أن اللجوء إلى التحكيم أمر اختياري ، ليس فيه عنصر الاجبار . فمن المقرر أن الاتفاق على التحكيم

هو عقد يتم بإتفاق الطرفين ، ويعتبر مظهر لسلطان إرادتهم .

ولو عدنا إلى طبيعة اختصاص الهيئة المنشأة بالقانونين رقم ٥٧ و ٥٩ لسنة ١٩٨٢ لوجدنا انتفاء عنصر الاختيار في اللجوء إليها ، ذلك لأن المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ قد نص في المادة الأولى منه على أنه (يجب تسجيل جميع المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل قبل العمل بهذا المرسوم بقانون وصدرت عنها شيكات بتواريخ لاحقة أو سندات أو وسائل دفع أخرى ولم يتم استيفاء قيمتها . ويتم التسجيل خلال ثلاثين يوما من تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون لدى الجهة التي يعينها وزير التجارة والصناعة . . . ولا تقبل أية دعوى أو مطالبة أو شكوى أمام جهات القضاء أو التحكيم أو التحقيق أو غيرها من المعاملات التي لم يتم تسجيلها في الميعاد المحدد) .

ونخلص من ذلك إلى أن عنصر الاختيار في اللجوء إلى الهيئة أمر منتفى ، ذلك لأن القانون قد أوجب تسجيل المعاملة الخاصة باسم الشركات كشرط للجوء إلى الهيئة ، بل أن المشرع قد ذهب إلى أبعد من ذلك حين قرر عدم قبول أية دعوى أو مطالبة أو شكوى أمام جهات القضاء أو التحكيم أو التحقيق أو غيرها من المعاملات مالم يتم تسجيلها في الميعاد المحدد .

ولاشك أن عنصر الالزام في اللجوء إلى الهيئة ينفي الصفة الاتفاقية التي يقوم عليها التحكيم ، مما ينفي عن هذه الهيئة صفةالتحكيم .

٢ ــ ومن جانب آخر ، يسمح قانون المرافعات المدنية والتجارية برد المحكمين وذلك في المادة (١٧٨) منه ، وبينت هذه المادة أن أسباب الرد هي ذات أسباب رد القضاة ، وأسباب عدم صلاحيتهم للحكم ، وأنها يتعين أن تكون قد نشأت بعد تحديد شخص المحكم إذا لم تظهر للخصم إلا بعد هذا التاريخ (ولو نشأت قبله)

أما في خصوص أعضاء الهيئة المنشأة بقانون تسوية أوضاع أسهم الشركات

فان من الواضح أن الخصوم لا يملكون حقا رد أعضاء الهيئة ، وأنهم ملزمون بالاستمرار في نظر النزاع أمامها مع قيام حالة الرد لواحد أو أكثر من أعضائها .

٣ ــ ومن جانب ثالث ليس لهيئات التحكيم اختصاص اتخاذ الاجراءات التحفظية ، كمنع التصرف في الأموال التي باسم المدين ، أو منعه من السفر ، وهذه الاختصاصات تملكها الهيئة المنشأة بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ .

الاحتمال الثالث : هيئة التحكيم هي هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي .

إذا كنا قد نفينا عن الهيئة صفة المحكمة ، والتحكيم ، فلا يتبقى أمامنا إلا أن تكيفها بأنها هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي .

والحقيقة أن موضوع الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي كان لا يزال يثير مناقشات عديدة في الفقه والقضاء ، ولم يستقر الفقه في كل من فرنسا ومصر على رأي محدد في طبيعة ما يصدر عنها ، فيما إذا كان يعتبر من القرارات الإدارية ، وبالتالي يجوز الطعن في هذه القرارات أمام المحاكم الإدارية ، وبحجة أن هذه الهيئة قد شكلت تشكيلاً إدارياً ووجود قاض أو أكثر في عضويتها أو تولي رئاستها لا يغير من طبيعتها الإدارية ولا يضفي عليها الصفة القضائية . أما الرأي الآخر فيذهب إلى أن ما يصدر من الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي يعتبر بمثابة أحكام قضائية استنادا إلى النظرية الموضوعية وبالتالي يجوز الطعن في هذه الأحكام أمام القضاء .

أما في الكويت فيبدو أن القضاء يتجه إلى اعتبار ما يصدر من الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي قرارات إدارية .

ولو أردنا أن نطبق هذا الاتجاه على هيئة التحكيم ، واعتبار ما يصدر منها بمثابة قرارات إدارية ، لوجدناه يتعارض مع بعض العبارات الواردة في القانون

والتي تصف ما يصدر عن الهيئة باعتباره أحكاماً ، ولكن هذه الأحكام لا تتقيد بالشروط والأوضاع المنصوص عليها في قانون المرافعات ، كما أن قوتها تقل في بعض الأحيان عن قوة الأحكام كما هو الحال بعدم تمتعها بالقوة التنفيذية التي تتمتع بها الأحكام القضائية .

ولعل هذا ما يقودنا إلى ضرورة تطبيق النظرية الموضوعية في خصوص هيئة التحكيم ، بوصفها هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي ، واعتبار ما يصدر عنها بمثابة أحكام قضائية . ولعل ما يعزز هذا الاتجاه ، أن القضاء في بعض أحكامه أضفى صفة الحكم على ما يصدر من الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي ، مع أن بعض شروط الحكم من حيث الاصدار والتسبيب لم تكن متوافرة ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يجب ألا ننسى أن هيئة التحكيم لا تتقيد بقانون المرافعات حتى يمكن أن يستوفي ما يصدر عنها شروط الحكم القضائي الصادر من المحاكم العادية .

الموضوع الرابع

الحماية الجنائية لسوق الأوراق المالية