اجراءات رد المحكمين في قانون المرافعات الكويتي

الدكتور عزمي عبد الفتاح
استاذ قانون المرافعات المساعد
بكليتي الحقوق / جامعة المنصورة
وجامعة الكويت

تعليق على حكم محكمة الكويت الكلية (الدائرة الإدارية) الصادر في القضية رقم ٢٧ / ١٩٨٣ .

دعوى طلب رد رئيس هيئة التحكيم المشكلة للفصل في النزاع القائم بين الشركة . . والهيئة العامة . . حول العقد رقم . . .

المحكمـــة :

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة والمداولة قانوناً من حيث أن إدارة الفتوى والتشريع نائبة عن الهيئة العامة . . أودعت في ٣٠ / ٤ / ١٩٨٤ لدى إدارة كتاب المحكمة تقريراً حاصلة «أنه بمناسبة تعيين . . رئيساً لهيئة التحكيم المشكّلة للفصل في النزاع القائم بين الشركة . . للمقاولات والهيئة العامة . . حول العقد . . فإن الهيئة العامة قد علمت بتاريخ ٢٥ / ٤ / ١٩٨٤ . أن رئيس هيئة التحكيم تربطه علاقة مودة وصداقة بالأستاذ . . وكيل الشركة وأدلة ذلك تتمثل في الآتي :

١ ـ الأستاذ . . يعمل محامياً لشركة . . التي يعمل رئيس هيئة التحكيم رئيساً للإدارة القانونية بها وترجع هذه الرابطة الى عدة سنوات ولم تعلم الهيئة بهذه الرابطة إلا مؤخراً وأنه كان ينبغي على رئيس هيئة التحكيم الاعتذار عن قبول رئاسة الهيئة ، ولكنه لم يفعل .

٢ ـ تتضح علاقة المودة القوية بين رئيس الهيئة والأستاذ . . من الصورة التي نشرت بجريدة . . بتاريخ ١٨ / ١ / ١٩٨٤ وقد ظهر فيها رئيس الهيئة والأستاذ . . وقد أخذت هذه الصورة في الوقت التي كانت تنظر فيه جلسات التحكيم التي بدأت من ١٥ / ١١ / ١٩٨٣ .

٣ ـ علمت الهيئة عن طريق المهندسين . . ، . . اللذين كانا يحضران جلسات التحكيم باعتبارهما خبيرين هندسيين عن الهيئة . . أنه في الساعة التاسعة من صباح يوم ١٧ / ٤ / ١٩٨٤ المحدد لنظر التحكيم بفندق . . ، وقبل الجلسة بحوالي ساعة حضر رئيس هيئة التحكيم والأستاذ . . وتباحثا لمدة نصف ساعة منفردين وعندما لاحظ رئيس الهيئة وجود المهندسين توجه إليهما وأخبرهما أن الأستاذ . . صديقه ، وأن الأستاذ . . عضو هيئة التحكيم عن الهيئة صديقه هو الآخر ، وطلبت الجهة طالبة الرد سماع أقوال المهندسين كشاهدين .

٤ ـ تبين أثناء الجلسات أن رئيس الهيئة كان أحياناً لا يرغب في تسجيل ملاحظات ممثل الجهة طالبة الرد عن الأستاذ . . محامي الشركة .

٥ ـ وأضافت الهيئة في دفاعها أنها تقدمت بمذكرة دفاع ذكرت فيها أن ممثل الهيئة العامة في هيئة التحكيم المهندس . . قد أرسل في ١٤ / ٤ / ١٩٨٤ خطاباً لرئيس هيئة التحكيم . وطلب في خطابه الاجتماع برئيس هيئة التحكيم لبحث مواضيع هامة لصالح هيئة التحكيم والصالح العام

والصالح الشخصي لرئيس هيئة التحكيم .

وقد أودعت الهيئة العامة مع تقريرها بالرد حافظة مستندات بأسباب الرد . وذكرت في طلبها أن الأستاذ . . قد قدم نفسه أثناء جلسات التحكيم على أنه وكيل الشركة وشريك فيها ، وكان لزاماً على رئيس الهيئة أن يفصح عن علاقته برئيس الهيئة ولكنه لم يفعل ، وحيث أن المادة ١٧٨ مرافعات تحيل بالنسبة لأسباب رد المحكمين على أسباب رد القضاة الواردة في المادة ١٠٤ مرافعات ومنها ما جاء بالفقرات جـ ، د ، هـ وهي تنص على رد القاضي إذا كان الخصم يعمل عند القاضي ، أو إذا كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة أو مساكنة أحد الخصوم أو تلقى منه هدية قبل الدعوى أو بعده ، أو إذا كان بينه (القاضي) وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعة الحكم بغير ميل .

واختتمت الهيئة العامة تقريرها بأن أسباب رد القضاة التي جاءت بالمادة ١٠٤ مرافعات تتوافر في العلاقة القائمة بين رئيس هيئة التحكيم والأستاذ . . . لوجود علاقة العمل والمودة القوية مما يتعين معه رده عن هذا التحكيم .

ومن حيث أن رئيس هيئة التحكيم المطلوب رده قدم مذكرة برده على ما جاء بتقرير الهيئة جاء بها .

أولاً : أنه رغم أن هيئة التحكيم كانت قررت بجلسة ٣٠ / ٤ / ١٩٨٤ قفل باب المرافعة في الدعوى بحالتها يوم ١٤ / ٤ وحجزها للحكم بجلسة ١ / ٥ وإذ تقدمت طالبة الرد صباح يوم ١ / ٥ / ١٩٨٤ بطلبين لفتح باب المرافعة . وأرفقت بهما صورة محضر ايداع تقرير الرد ورغم أن هيئة التحكيم لم تكن ملزمة بإعادة فتح باب المرافعة إلا أنها أعادت فتح باب المرافعة . . حتى يأخذ طلب الرد حظه من النظر والفصل فيه من قبل المحكمة ، ذلك رغم

أن إيداعها تقرير الرد لم يكن هو إلا جراء الصحيح على ما استقر عليه القضاء والفقه وكان يجب تقديم الرد بدعوى . . أي في صورة صحيفة دعوى وبالطرق العادية لرفعها .

ثانياً : أن أسباب الرد وهي وجود علاقة عمل بين شركة . . التي يعمل رئيس هيئة التحكيم وبين مكتب الأستاذ . . وكيل الشركة هي علاقة قائمة منذ عام ١٩٦٩ ، وقبل عمل رئيس هيئة التحكيم لدى شركة . . وهذه العلاقة ظاهرة ومعلومة ويفترض علم طالب الرد بها . أما عن علاقة المودةالمزعومة بين رئيس هيئة التحكيم والأستاذ . . والمدلل عليها بالصورة المنشورة . . فقد علمت الهيئة طالبة الرد بها بأكثر من خمسة أيام حيث نشرت الصورة بتاريخ ١٨ / ١ / ١٩٨٤ ، وتقدمت الهيئة بطلب الرد في ٣٠ / ٤ . كما أن شروط وأسباب الرد تتعلق بالخصوم أنفسهم وليس لرئيس هيئة التحكيم علاقة بهم من أي نوع ، أما الأستاذ . . محامي الشركة فلم يحضر إلا اعتباراً من ١٤ / ٣ / ١٩٨٤ وهي الجلسة قبل الأخيرة وحيث كانت الدعوى جاهزة للحكم فيها . . .

ثالثاً : وفي معرض رد رئيس هيئة التحكيم على علاقة العمل بينه وبين محامي الشركة الأستاذ . . لكونهما يعملان في جهة عمل واحدة فإنها لا تعني وجود صلة المودة بل هي علاقة عمل عادية وأنه ليس كل من يجمع بينهم علاقة عمل يكون بينهم مودة . ولم تقدم طالبة الرد دليلاً يثبت وجود علاقة مؤاكلة أو مساكنة أو صلة مودة بينه وبين المحامي المذكور . ولا يعتبر نشر الصورة دليلاً على ذلك لأن الحفل أقيم في مكان عام هو فندق (. . .) وحضره عدد كبير من رجال القانون بالكويت ، ثم تطرق رئيس هيئة التحكيم الى اجتماعه بالأستاذ . . قبل الجلسة ، وأنه لم يحدث أن رفض اثبات ما يبديه الخصوم في محضر الجلسة ، أما ما جاء بخطاب رئيس هيئة التحكيم في ١٨ / ٤ / ١٩٨٤ رداً على خطاب عضو هيئة التحكيم وممثل الهيئة العامة . . والمرسل للرئيس في ١٤ / ٤ فليس له علاقة بطلب الرد .

وخلص رئيس هيئة التحكيم الى أن طلب الرد لم يقدم بالطريقة السليمة وهي رفع دعوى ، وبأنه قدم بعد الميعاد المقرر قانوناً ، أما موضوعه فهو يستند الى أسباب ووقائع لا أساس لها من الصحة ولا تصلح لرد المحكم .

وحددت المحكمة لنظر طلب الرد جلسة (١٠ / ٦ / ١٩٨٤) . وفي ١١ / ٦ / ١٩٨٤ ، أودعت نائبة الهيئة العامة طالبة الرد مذكرة رداً على ما جاء بمذكرة رئيس هيئة التحكيم . ذكرت فيها أن المشرع لم يحدد شكلاً لطلب الرد سواء بصحيفة أو بعريضة ولم يوجب تقديم طلب الرد في صورة صحيفة دعوى . . وأن المشرع عندما أحال لأسباب الرد المنصوص عليها في م ١٠٤ مرافعات (والخاصة بالقضاة) ، فإنه قصد بذلك أن تتبع ذات الاجراءات التي وردت في الباب السابع من قانون المرافعات لأن المادة ١٧٨ لم تتضمن تنظيماً كاملاً للاجراءات المتعلقة بطلب الرد وشكله . ولما كانت م ١٠٦ تنص على تقديم طلب الرد بتقرير في إدارة الكتاب فقد قدمت إدارة الفتوى والتشريع باعتبارها نائبة الهيئة طلب الرد بطريقتين :
أولهما : طلب قدم لرئيس المحكمة الكلية في ٣٠ / ٤ / ٨٤ وتأشر عليه بالإحالة للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية والمختصة أصلاً بنظر النزاع
والثاني : بالتقرير في إدارة الكتاب .

والنسبة للدفع المقدم من رئيس هيئة التحكيم بأن الهيئة العامة طالبة الرد قد علمت بسبب الرد منذ أكثر من خمسة أيام فقد قررت طالبة الرد أنها علمت بعلاقة المودة لأول مرة في ٢٥ / ٤ / ١٩٨٤ . وأنه لم يكن متاحاً لها معرفة هذه العلاقة من قبل لأن علاقات المودة والمؤاكلة والمساكنة لا يمكن معرفتها إلا بطريق الصدفة .

أما بالنسبة لعلاقة المودة القائمة بين رئيس هيئة التحكيم ومحامي الشركة فهي علاقة خفية لا يعلمها إلا أطرافها . وأن هذه العلاقة لم تعرف إلا بالمصادفة المحضة في ٢٥ / ٤ / ١٩٨٤ . وبالنسبة للدفاع المبني على أن رئيس

هيئة التحكيم كان قد قفل باب المرافعة في ٣٠ / ٤ / ١٩٨٤ ، فقد ردت الهيئة طالبة الرد على ذلك بأن القرار صدر من هيئة غير مكتملة لأن عضو هيئة التحكيم الممثل المختار عن الجهة طالبة الرد قد اعتذر عن حضور الجلسات ومن ثم يكون القرار باطلاً . وما دام قرار قفل باب المرافعة باطلاً فإن الدعوى لا تزال في المرافعة حتى ١ / ٥ / ١٩٨٤ ، ويكون طلب الرد الذي قدم في ٣٠ / ٤ قد قدم في الميعاد .

وقد قدمت الهيئة طالبة الرد صورة عقد تأسيس الشركة . . للمقاولات ثابت به أن إحدى الشركات المساهمة في هذه الشركة هي شركة أخرى ، أحد الشركاء فيها هو الأستاذ . . محامي الشركة . . للمقاولات .

وقدم الحاضر عن الشركة . . للمقاولات مذكرة دفع فيها بما لا يخرج عن دفاع رئيس هيئة التحكيم وهو أن يكون الرد بصحيفة دعوى تعلن للخصم الآخر ، وسقوط الحق في الرد . وأن وجود سبب من أسباب عدم الصلاحية (والمقصود هنا الرد) لا يجعل المحكم غير صالح طالما كان هذا السبب معلوماً للخصم الذي اختاره وأنه باختياره محكماً رغم علمه يسقط حقه في التمسك بهذا السبب .

وقد قدمت مذكرات أخرى من نائبة الهيئة العامة طالبة الرد ومن رئيس هيئة التحكيم المطلوب رده . حيث قررت الأولى أن عدم حيدة رئيس هيئة التحكيم يبدو جليا من عدم اثبات طلبات الهيئة في محضر الجلسة ولا لطلبها التأجيل . كما أن رئيس هيئة التحكيم قام بحجز الدعوى للحكم لمدة يوم واحد رغم ضخامة المبلغ قيمة النزاع والمستندات المقدمة فيه . ورغم علمه أن طلباً قدم برده عن نظر النزاع . وقرر رئيس هيئة التحكيم عدم جواز سماع الشهود في الدعوى كما أضاف دفعاً جديداً مقتضاه عدم قبول الدعوى (التقرير) لرفعها بغير ايداع كفالة . وأنه لا يصحح هذا الإجراء مسارعة الهيئة بدفع الكفالة . ولا يؤثر في ذلك أن تكون الهيئة طالبة الرد معفاة من الرسوم

القضائية لأن الإعفاء لا ينسحب الى الكفالة . وأن الإعفاء من الكفالة لا يكون إلا بنص صريح كما هو الشأن في المادة ١٥٣ / ٣ بشأن الطعن بالتمييز . وقد ردت الهيئة طالبة الرد على ذلك بأن واقعة المودة هي واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة أوجه الاثبات وأن سماع الشهود أو عدم سماعهم من اطلاقات المحكمة ولا معقب عليها في هذا الشأن . وأن الحكومة والمؤسسات والهيئات العامة معفاة من الرسوم القضائية وغيرها عملاً بأحكام القانون ٧ لسنة ١٩٦١ . وأن المشرع في المواد ١٣٧ ، ١٥٣ ، ١٥٩ مرافعات قد أعفى الحكومة من ايداع الكفالة . وفضلاً عن ذلك فإن المشرع عندما نص على ايداع الكفالة (في حالة رد القاضي) لم يرتب البطلان كجزاء لعدم دفعها ولكن عدم قبول إدارة الكتاب للطلب . ولا يسوغ القول ببطلان طلب الرد لأن البطلان لا يتقرر في القانون الكويتي إلا إذا نص عليه القانون أو حدث ضرر للخصم .

وقد لخص خصم طالب الرد (المطلوب رده والشركة . . للمقاولات) دفوعهما فيما يلي :

١ ـ عدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني أي بطريق ايداع صحيفة الدعوى إدارة الكتاب بالمحكمة .

٢ ـ عدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد أو بسقوط الحق في رفعها .

٣ ـ عدم قبول الدعوى لرفعها بغير ايداع الكفالة المنصوص عليها في المادة ١٠٦ مرافعات .

وقد رأت المحكمة أنه يتعين الفصل في هذه الدفوع قبل الولوج في طلب الرد ـ موضوعاً . (إعمالاً للرخصة التي يخولها القانون في المادة ٨٣ مرافعات) .

أولاً :

بالنسبة للدفع بعدم قبول دعوى الرد لرفعها بغير الطريق القانوني :

ذكرت المحكمة أن المشرع في م ١٧٨ ذكر صراحة أن المحكم يرد لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو تجعله غير صالح للحكم ، وأن الإحالة لم تمتد الى الاجراءات وأن الاجراءات يبحث عنها في ذات نص م ١٧٨ التي جاء بها عبارة"يرفع طلب الرد"، كما جاء بالنص في موضع آخر"ولا يقبل طلب الرد"، مما يستفاد منه أن المشرع اكتفى في رفع الرد بطلب يقدم دون سلوك الطريق العادي وهو ايداع صحيفة . ودللت المحكمة على وجة نظرها بأن المادة ١٧٥ التي وردت أيضاً في باب التحكيم قضت بأنه في بعض الحالات التي يقع فيها النزاع ولم يكن هناك اتفاق على المحكمين ، أو في حالة امتناع أحد المحكمين أو أكثر أو اعتزاله العمل أو عزله أو صدور حكم برده أو قام مانع من مباشرته له ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم ، عينت المحكمة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين وذلك بناء على طلب أحد الخصوم بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى . وطالما أن المشرع استوجب في هذه الحالة رفع دعوى فإنه لو كانت إرادة المشرع قد انصرفت الى تقرير ذلك (تطلب رفع دعوى) بالنسبة للرد لنص المشرع على ذلك صراحة في المادة ١٧٨ كما فعل بالنسبة للمادة ١٧٥ . وهو ما يعني أنه قصد تقديم طلب الرد بغير سلوك الدعوى والاكتفاء بطلب دون التقيد باجراءات رفع الدعوى ، وإذا كان الثابت أن طالبة الرد قد قدمت طلباً بالرد الى المحكمة كما أودعت تقريراً أيضاً بالرد بإدارة الكتاب في ٣٠ / ٤ / ١٩٨٤ . فإن الدفع المبدى يكون في غير محله .

ثانياً : ـ

بالنسبة للدفع المبدى بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد استناداً إلى أن : أ ـ طلب الرد قدم بعد قفل باب المرافعة . ب ـ وأن تاريخ علم المدعى بسبب الرد كان منذ مدة تزيد على خمسة أيام سابقة على أجله .

فقد رأت المحكمة أن الثابت بالأوراق أن هيئة التحكيم أصدرت في ١ / ٥ / ١٩٨٤ قرارها بفتح باب المرافعة بما يكون معه أن مادة التحكيم قد عادت لسيرتها الأولى بأن أصبحت في مجال المرافعة ويكون طلب الرد مقدماً والدعوى على هذه الحالة .

وبالنسبة الى أن طالبة الرد كانت تعلم بأسباب الرد وهي وجود علاقة مودة بين رئيس هيئة التحكيم وأحد الخصوم مدة تزيد على الخمسة أيام المنصوص عليها في م ١٧٨ ، فإنه لا يبين من الأوراق أن طالبة الرد علمت بوجود هذه العلاقة قبل يوم ٢٥ / ٤ / ١٩٨٤ . كما لم يقدم الطرف الآخر ما يدحض ذلك من دليل يقطع بتوافر علم الطالبة قبل هذا التاريخ . وبذلك يكون الدفع بشقيه غير قائم على أساس من القانون ينتهي بالرفض .

ثالثاً : ـ

بالنسبة لعدم قبول الدعوى لرفعها بغير ايداع الكفالة فإن ذلك مردود بأن المادة ١٠٦ من قانون المرافعات التي وردت في الباب السابع تحت عنوان عدم صلاحية القضاة وردهم وتنحيتهم أوجبت ايداع كفالة مائة دينار عند تقرير رد القاضي،وارتأت المحكمة-انسجاماً مع ما ذكرته من قبل بخصوص الدفع الأول ـ أن المشرع لم يحل الى رد القضاة إلا بالنسبة للأسباب دون الاجراءات،لأن اجراءات رد القضاة عند نظر الدعوى هي اجراءات استثنائية لا يجوز القياس عليها إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة. ومرجع ذلك إلى أن الاجراءات المتبعة في رد القضاة قد قصد من تقريرها صيانة ذات مرفق القضاء وصونه من عبث المتقاضين . ولما كان المشرع لم يحل في باب التحكيم الى الاجراءات الخاصة بالكفالة الواردة في المادة ١٠٦ فإنها لا تنطبق بالنسبة لرد المحكمين . ولو أراد المشرع ايجاد هذا القيد (قيد الكفالة) لنص عليه أو أحال عليه وهو مالم يفعله،لذلك يكون الدفع في غير محله متعين الرفض .

وفي المنطوق قضت المحكمة (أولاً) برفض الدفوع الثلاثة المبداة بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني ، ولرفعها بعد الميعاد ، وبسقوط الحق في رفعها ، ولرفعها بغير ايداع الكفالة . وقضت بقبول الدعوى . (وثانياً) قبل الفصل في الموضوع باحالة الدعوى للتحقيق لتثبت الهيئة المدعية بشهادة شاهديها . . علاقة المودة وصرحت للشركة . . للمقاولات نفى ذلك بذات الطريق . (دون أن يرد بالمنطوق تمكين المحكم المطلوب رده من نفي علاقة المودة) .

التعليق :

١ ـ مبدأ رد المحكم وتبريره .

كان المبدأ في القانون الفرنسي القديم أن المحكم لا يرد[١] . غير أن هذه الفكرة ما لبثت أن تغيرت لعدة أسباب :

الأول : هو تحديد طبيعة العلاقة بين المحكم والخصوم وأنها ليست علاقة أساسها الوكالة . فالمحكم وإن اختاره الخصوم أو أحدهم ليس وكيلاً ، ولكن يباشر مهمته استقلالاً عن إرادة الخصوم الذين اختاروه . ولا تلزم هذه الإرادة حتى ينتج حكم المحكمين أثره ، فهذه الآثار لا تتوقف على إرادة الأفراد[٢] .

الثاني : هو عدم تسليم بوجة نظر الفقه التقليدي الذي رأى أن المحكم ليس قاضياً[٣] وتحول الفكر الحديث الى أن المحكم عضو قضائي يحوز سلطة ينظمها القانون[٤] وتطور هذا الفكر الى القول بأن المحكم قاض بالمعنى الحقيقي[٥] ، لأن القانون يسمح له كالقاضي بأن يمنح الخصم نظره الميسرة ويأمر بالنفاذ

(١) Jean Robert, Note sur l'arrêt de la cour d'Appel de Paris, 14 décember 1967 et 7 mai 1968. Recueil Dalloz, Sirey Année 1968. P. 512. Spéc P. 514.

(٢) قرب ذلك أحمد أبو الوفا التحكيم بالقضاء والصلح ١٩٦٥ بند ٨٢ ص ١٨٨ .

(٣) أستاذنا الدكتور / وجدي راغب النظرية العامة للعمل القضائي ص ٣٧٢ . ص ٣٨٣ .

(٤) Vizioz: Étude de Procédure 1949 No. 287, P. 585.

(٥) Jean Vincent et Serge Guinchard: Procédure Civile, 20 eme éd 1981, Dalloz. No. 1371.P. 1164.

وقد جاءات بالعبارةالآتية : "les arbitres sont de vértiables juges"

المعجل وباجراءات التحقيق . وقد جاء قانون المرافعات الفرنسي الجديد مستجيباً لهذا الفكر حيث أطلق على هيئة التحكيم اسم المحكمة وأسماها محكمة التحكيم[٦] tribunal arbitral ونص صراحة على أن حكم المحكمين يتمتع بحجية الشيء المحكوم فيه كأحكام القضاة (١٤٧٦) . وأن المحكمين كالقضاة يملكون سلطة تفسير أحكامهم وتصحيح الأخطاء المادية بها (م ١٤٧٥) وحسم بذلك خلافاً شهيرا في هذا الشأن[٧] . وقد أكد القضاء الفرنسي[٨] وعلى رأسه قضاء النقض[٩] مبدأ اعتبار المحكم قاضياً وأنه ليس وكيلاً عن الخصوم[٩] . واعتبار المحكم قاض أمر مسلم به في قضاء التمييز الكويتي حتى قبل صدور قانون المرافعات الجديد[١٠] . وهذا القضاء يؤيده الفقه لأنه طالما أن القانون يمنح المحكم سلطات تخوله أن يكون قاضاً يفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الشيء المحكوم فيه وله قوة اثبات كأحكام القضاة ، فإنه يجب أن يخضع لذات القواعد التي يخضع لها القضاة من حيث عدم صلاحيتهم وردهم عن الفصل في النزاع[١١] . وهو ما قننه المشرع الكويتي في المادة ١٧٨ مرافعات .

الثالث : ينبني على سابقه فطالما أن المحكم قاض فإنه لابد من ايجاد الوسائل التي تكفل استقلاله وحياده . فهذا الحياد ضمانة لتحقيق مبدأ اجرائي أصيل وهو حق الدفاع . ومن ثم فكان ينبغي تقرير قواعد رد المحكمين احتراماً لحق

---

(٦) انظر على سبيل المثال المادة ١٤٤٤ مرافعات فرنسي جديد والمادة ١٤٥٣ ، ١٤٥٤ .

(٧) انظر بحثاً لنا بعنوان سلطة المحكمين في تفسير أحكامهم وتصحيح الأخطاء المادية بها منشور بمجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت .

(٨) استئناف باريس ٨ / ٥ / ١٩٧٠ .J.C.P ـ ١٩٧٠ ـ ١٢٦٠٩ .

(٩) نقض ١٨ / ٥ / ١٩٤٢ ـ سيرى ١٩٤٢ ـ ١ ـ ١٩٤ . ونقض ١٣ / ٤ / ١٩٧٢ .J.C.P ١٩٧٢ وتعليق P. Level

(١٠) تمييز كويتي ٢٩ / ١٢ / ١٩٧٦ الطعن ٤٨ لسنة ١٩٧٥ تجاري وقد وصف هذا الحكم المحكم بأنه قاض مؤيداً بذلك قضاء الحكم المطعون فيه .

(١١) استاذنا الدكتور / فتحي والي قانون القضاء المدني الكويتي ١٩٧٧ . بند ٣٥١ ص ٤٤٩ .

الدفاع المقرر للخصوم على أساس أن من حق كل خصم أن يمثل أمام قاضي غير منحاز[١٢] .

والتقريب بين القاضي والمحكم أمر سليم . لأن المحكم يملك في الواقع سلطات تزيد عن سلطات القاضي . فالقاضي لا يملك إلا سلطة الحكم طبقاً للقانون . أما المحكم فيملك سلطة الحكم طبقاً للقانون ، ويستطيع أيضاً أن يحكم دون التقيد بقواعد القانون (م ١٨٢ / ٢ مرافعات كويتي) . وتطبق القواعد الخاصة بالنفاذ المعجل على أحكامه (م ١٨٢ / ٣) ويمكنه اصدار أحكام مستعجلة إذا اتفق الخصوم على ذلك (م ١٧٣ / ٦) . وقد تنبه الى هذه الحقيقة بعض الفقهاء الفرنسيين واعتبروا أن القانون يمنح المحكم ثقة أكبر من التي يمنحها للقاضي[١٣] . لذلك حاول قانون المرافعات الفرنسي الجديد معالجة هذا الوضع وسمح للقاضي ـ أسوة بالمحكم ـ أن يحكم دون التقيد بقواعد القانون إذا وافق الخصوم صراحة على ذلك (م ١٢ مرافعات فرنسي جديد)[١٤] .

وترتيباً على ما سبق فلم يكن غريباً أن يقرر قانون المرافعات الكويتي

---

(١٢) Glasson, Tissier et Morel: Traitē thēoriqu-et pratique ... 3 ed. Tom 5. 1821, Jean Robert: Arbitrge civile et commerciale 1951. No. 63-64; P. Level. Juris Classeur de procēdure civile. Fasc. V. Art. 1003, Cha. 2, No. 20; Jean Robert, Note. Op, cit, P. 514.

ومبدأ استقلال المحكم في عمله لكونه يباشر وظيفة قضائية أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها ، نقض مدني ١٣ / ٤ / ١٩٧٢ دالوز ١٩٧٣ ـ ٢ وتعليق روبير .

(١٣) Carbonnier: Sociologie juridique, Armand Collin, 1972, P. 146, citē Par Laurance Boy(Rēflixions sur l'action en justice. Rev. trim. dr. civ. 1979-3.P.502, No. 15.

(١٤) انظر في دراسة انتقادية لموقف قانون المرافعات الفرنسي الجديد مقال Pierre HÉBRAUD بعنوان Observations sur l'arbitrage judiciaire منشور في Melanges dēdies à Gabriel Marty, P. 635. Spe. P. 657 et suit.

الجديد مبدأ رد المحكمين (م ١٧٨ / ٤) . مثلما فعل المشرع المصري (م ٥٠٣ مرافعات) وما أعاد تقنينه قانون المرافعات الفرنسي الجديد (م ١٤٦٣)[١٥] .

(٢) أسباب رد المحكمين :

نعرض هنا لأسباب الرد بصفة عامة كما جاءت بالقانون . ولن نعلق بطبيعة الحال ـ على ما لم يفصل فيه الحكم يعد أو نبدى رأيا بشأن الواقعة المطروحة . ولكن غايتنا أن نبرز بعض الملاحظات على القاعدة العامة التى أوردها المشرع في هذا الشأن بهدف تفسيرها.والقاعدة التى نص عليها المشرع هي أن المحكم يرد لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو التي يعتبر بسببها غير صالح للحكم (م ١٧٨/٤)[١٦] . وقد وردت ـ الأسباب التى يكون القاضي معها غير صالح للحكم في المادة ١٠٢ مرافعات.ووردت الأسباب التي يجوز رد القاضي بسببها في المادة ١٠٤ مرافعات . ويلاحظ على هذين النصين ما يلي :

أولا : يشترط دائما تقديم طلب لرد المحكم حتى في حالات عدم الصلاحية المطلقة :

١ ـ فرق القانون بالنسبة للقضاة بين عدم الصلاحية ، وبين الرد (عدم الصلاحية النسبية)[١٧] . فالحالات التى وردت في المادة ١٠٢ تجعل القاضي غير

---

(١٥) أدرجت هذه المادة وغيرها من مواد التحكيم في القانون بالمرسوم ٨١ـ ٥٠٠ في ١٢ / ٥ / ١٩٨١.وكان قد سبق صدوره مرسوم آخر نظم اجراءات الرد هو المرسوم ٨٠- ٣٥٤ في ١٤ / ٥ / ١٩٨٠ .

(١٦) وهذا النص يقابل نص م ٣/٥٠٣ مرافعات مصرى . ونص المادة ٣٤١ مرافعات فرنسي جديد . ويلاحظ أن النص الأخير ورد في الفصل الثاني من الباب العاشر من الكتاب الاول والأحكام التى وردت في هذا الكتاب هي نصوص عامة لكل الهيئات ـ القضائية في فرنسا (المحاكم العادية ، التجارية ، مجالس التوفيق بين العمال وأصحاب الأعمال ، هيئات التحكيم . . .الخ) .

(١٧) انظر تعريف الرد récusation بأنه تنظيم بمقتضاه يستطيع المتقاضي أن يستبعد قاض أو أكثر من تشكيل المحكمة اذا كان من الممكن أن يفقد هذا القاضي حياده . Henry Solus et Roger Perrot: Droit judiciaire privé tome 1, No. 792, P. 675.

صالح لنظر الدعوى ولو لم يرده أحد الخصوم أي ولو لم يطلب خصم رده (ثماني حالات) . أما بالنسبة للحالات التى وردت بالمادة ١٠٤ فإن مجرد تحقق احدهما لا يسبب البطلان بمعنى أنه إذا لم يطلب خصم رد القاضي لتوافر حالة من حالاتها (خمس حالات) فان حكم القاضي يكون صحيحا رغم وجود سبب الرد[١٨] . وقد وردت حالات عدم الصلاحية والرد بالمادتين ١٠٢ ، ١٠٤ على سبيل الحصر . فالمبدأ أنه لا يجوز تقرير عدم الصلاحية أو الرد الا ينص في القانون .[١٩] وتدور أسباب عدم الصلاحية وأسباب الرد بالنسبة للقضاة (أو المحكمين) حول ثلاثة أفكار رئيسية ـ مع ملاحظة أن أسباب عدم الصلاحية تختلف عن أسباب الرد من حيث درجة علاقة القاضي بالخصوم فهي قوية في حالة عدم الصلاحية المطلقة وأقل قوة في حالة عدم الصلاحية النسبية أي الرد ـ وهذه الأفكار هي : ـ

الخشية من التأثير على ارادة القاضي (أ) بسبب عاطفة مودة تربطه بأحد الخصوم أو أحد قضاة الدائرة أو المدافع . (ب) بسبب عاطفة كرة تربطه بأحد ممن سبق ذكرهم (جـ) أو لوجود صلة له بموضوع الدعوى .

ويمكن رد الحالات التى وردت في المادتين ١٠٢ ، ١٠٤ إلى هذه الأفكار الرئيسية .

---

(١٨) وجدى راغب مذكرات في مبادىء القضاء المدنى الكويتي وفقا لقانون المرافعات الجديد ١٩٨٢ ص ٨٨ وانظر ايضا كاريه وشوفو قوانين المرافعات المدنية والتجارية مسألة رقم ١٩٢ .

(١٩) جلاسون وتيسيه وموريل المطول جـ١ رقم ٥٦ ص ١٣٨ وسوليس وبيرو ـ المرجع السابق رقم ٧٩٣ . وأنظر أيضا : Morel, Traité élementaire de Procédure civile 2éd no 147. وجدير الذكر أن منظمات التحكيم الدائمة تنص على أسباب رد المحكمين تزيد عن المقرر في القانون وذلك للتوسع في ضمان حياد المحكم . أنظر :
Jean viatte, De la récausation Des Arbitres Gazete du Pala 1973-6-P 719.

وفيما يتعلق برد المحكم فقد ذكرت المادة ٤/١٧٨ عبارة «يطلب رد المحكم» ، ويعنى هذا أنه حتى لو توافرت حالة من حالات عدم الصلاحية المطلقة المنصوص عليها بالمادة ١٠٢ وصدر الحكم دون أن يطلب رد المحكم كان حكم المحكم صحيحا . وهذه مسألة جوهرية تختلف فيها أسباب رد المحكم عن أسباب رد القاضي.وقد أكدتها محكمة النقض المصرية في قضائها ويؤيدها الفقه .[٢٠] .

ثانيا : ـ جواز رد المحكم حتى ولو كان مفوضا بالصلح :

لم يتعرض المشرع بنص صريح لهذه المسألة . ولما كان المحكم المفوض بالصلح لا يتقيد بقواعد القانون فقد يذهب البعض إلى عدم جواز رده . ومثل هذه الفكرة لها وجود في القانون الفرنسى . فالقاضي[٢١] لا يمكن رده الا في القضايا التى توجد فيها منازعة تحسم طبقا للقانون Affair contentieuse ولا يجوز رده اذا قام بدور المصلح أو عندما يتخذ اجراءات ولائية .[٢٢]

ونعتقد أن المحكم يجوزر رده ولو كان مفوضا بالصلح .(أولا) لأن عبارة النص جاءت بشكل عام لم تفرق بين المحكم المفوض بالصلح أو الذى يحكم طبقا للقانون.(ثانيا) لأن علة رد المحكم وهي شبهة الانحياز لا علاقة لها بتطبيق القانون أو عدم تطبيقه . (ثالثا) أن اتجاه المشرع هو التوسع في حالات الرد والدليل على ذلك النص العام الذى أورده في (م ١٠٤/هـ) والذى يسمح برد المحكم اذا وجدت بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم

---

(٢٠) حكم نقض مدنى مصرى في ١٩٧٦/١٢/١٦ مجموعة الأحكام قاعدة ٣٢٤ ـ ص ١٧٦٩ ـ السنة ٢٧ . ص ١٧٧٣ بصفة خاصة.وأحمد أبو الوفا التحكيم الاختيارى والاجبارى . طبعة ١٩٧٨ ص ١٥٦ .

(٢١) بالنسبة لقضاة المحكمة الجزئية .

(٢٢) Marcel Vismard, Récusation desJuges des Tribunaux D'instance. Juris Class. proc. civi Fasc 381 No 40.

استطاعته الحكم بغير ميل .[٢٣]

ثالثا ـ لا يجوز رد المحكم الا لأسباب تحدث أو تظهر بعد تعيين شخص المحكم . .

اذا تحققت احدى حالات عدم الصلاحية بالنسبة للقضاة فان ذلك يؤدى إلى بطلان حكمه سواء طرأ السبب بعد عرض القضية على المحكمة أو كان سبب عدم الصلاحية موجودا من قبل . ولا يختلف الأمر بالنسبة لحالات الرد فيستطيع الخصم طلب رد القاضي ـ من حيث المبدأ ـ سواء كان سبب الرد قد حدث بعد رفع الدعوى أو قبل ذلك . وعلة ذلك أن الخصوم لم يختاروا القضاة ولكنهم مفروضين عليهم .

ويختلف الأمر بالنسبة للمحكمين ، فالقاعدة أنه اذا كان سبب الرد (أو عدم الصلاحية) موجودا قبل تعيين شخص المحكم[٢٤] وكان الخصم عالما به

---

(٢٣) يلاحظ أن هذا النص قد قصر صلة العداوة أو المودة كسبب للرد على الخصم ذاته دون أقربائه أو موكله . أما الصلة بين المحكم والمدافع عن أحد الخصوم التى تبرر الرد فقد عرض لها المشرع في م ١٠٢/هـ وهي تتعلق بوجود علاقة بين القاضي (أو المحكم) أساسها صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الثانية . وفيما يتعلق بالحالة الواردة في م ١٠٤/د والمتعلقة بالمؤاكلة أو المساكنة فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها بأن المحكم يرد اذا أكل أو شرب مع أحد الخصوم.نقض مدنى ١٨٢٨/١٢/١٦ ورد في تقنين المرافعات الفرنسي طبعة ١٩٧٩ ـ دالوز ـ ص ٥٠٣ .

(٢٤) نصت المادة ٥٠٣ مرافعات مصرى على أنه لا يجوز رد المحكم الا لأسباب تحدث أو تظهر بعد ابرام الوثيقة . وصياغة النص في القانون الفرنسي والكويتي تختلف عن صياغته في القانون المصري . لأنها تشمل حالة تعيين المحكم في وثيقة التحكيم كما تشمل حالات أخرى يعين فيها المحكم دون وثيقة . وذلك لأن القانون الفرنسي والكويتي يسمحان بتعيين المحكم بواسطة المحكمة في حالات معينة (م ١٧٥) وذلك بدل من يمتنع أو يحكم برده . . . ولم يكن هناك اتفاق بين الخصوم في هذا الشأن . أما في القانون المصرى فلا يجوز تعيين المحكم بواسطة المحكمة .

فان ذلك لا يصلح سببا للرد[٢٥] . وهو ما أخذت به محكمة التمييز الكويتية في قضائها[٢٦] وما يراه الفقه[٢٧] .

ومن ثم فالسبب الذى يجوز من أجله رد المحكم يتحقق في حالتين (الأولى) أن يحدث لأول مرة بعد تعيين المحكم (الثانية) أن يكون موجودا من قبل ولكن لم يظهر بالنسبة لطالب الرد ولم يعلم به الا بعد تعيين شخص المحكم ،وبشرط أن يرفع طلب الرد خلال خمسة أيام من هذا العلم (م ١٧٨/٤) .

والسبب في تطلب أن يكون الرد لسبب يحدث بعد المشارطة (أو بعد تعيين شخص المحكم) يرجع إلى أن اختيار المحكمين يتم في وثيقة التحكيم ذاتها والا كانت الوثيقة باطلة . ومن ثم فان الاتفاق على تعيين شخص المحكم أو المحكمين يعني الموافقة على شخص المحكم حتى ولو لحقه سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد .

وجدير بالذكر أن المشرع الكويتي ـ ومن قبله المصرى ـ كان موفقا في عدم قصر أسباب الرد على الحالات التى تحدث فقط بعد ابرام الوثيقة (أو تعيين شخص المحكم بشكل أدق) . وهو الوضع الذى كان مقررا في القانون المرافعات الفرنسي القديم (م ١٠١٤) . فلم يكن النص الفرنسي ـ وهو خاص أصلا بالقضاة وينطبق على المحكمين بالاحالة ـ يذكر الاسباب التي تظهر بعد ابرام الوثيقة[٢٨] ، لذلك أثير في ـ فرنسا ـ مسألة ظهور سبب الرد بعد

(٢٥) وجدى راغب ، مذكرات في مبادىء القضاء المدنى الكويتي ، ص ٤٥٥ ، ٤٥٦ .

(٢٦) تمييز كويتي ١٩٨١/٦/٣ ، طعن ٤٢ لسنة ١٩٨١ تجارى .

(٢٧) جان فيات تعليق الجازيت دى باليه المشار اليه ص ٧١٩ . وانظر بالتفصيل :

Moreau: La récusation des arbitres dans la jurispurdance récente, Rev. arb. 1973,223.

(٢٨) كان يجرى نص المادة ١٠١٤ مرافعات فرنسي قديم على النحو الآتي : ـ

"Les arbitres ne pourront se déporter, si leur oppérations sont commancées: ils

ابرام الوثيقة وأثناء سير اجراءات التحكيم ، أو ظهور السبب بعد صدور حكم المحكمين . وقد اختلف الفقه والقضاء بشأن هذه المسألة فقد ذهب رأى إلى أن السبب السابق والذى لم يكتشف الا بعد ابرام المشارطة شأنه شأن السبب اللاحق يجوز طلب الرد من أجله[٢٩] . وقد ذهبت أحكام القضاء إلى التمسك بحرفية النص (م ١٠١٤ فرنسي قديم) الذى لا يجيز الرد إلا لسبب لاحق ، على أساس أن التمسك بسبب من أسباب الرد حدث قبل إبرام المشارطة يعني في حقيقة الأمر مهاجمة عقد التحكيم وطلب ابطاله على أساس الغلط في شخص المحكم أو على أساس التدليس . أما إذا اكتشف سبب الرد بعد صدور الحكم فانه يجوز التمسك بابطال الحكم على أساس مخالفة حق الدفاع[٣٠] .

والحل الذى لجأ اليه القضاء الفرنسي لم يحل المشكلة لانه يتطلب الانتظار حتى يصدر حكم المحكمين ثم يطعن فيه بالبطلان عند رفع دعوى البطلان (المعارضة في أمر القاضي بالتنفيذ في فرنسا) . ومن ثم فان طالب الرد كان مجبرا على الانتظار وولوج طريق صعب رغم أنه أمامه طريق سهل وهو طريق الرد[٣١] . كما أثار هذا الحل مشكلة أخرى وهي تتعلق بعبء اثبات

= pourront être récusés si ce n'est pour cause survenue depuis le compromis".

(٢٩) جلاسون وتيسييه وموريل ، المرجع السابق ، جـ٥ بند ١٨٢٥ .

(٣٠) انظر حكم استئناف باريس في ١٩٦٧/١٢/١٤ . وكان أطراف التحكيم هما مؤسسة Concorts Ury و Galaries Lafayet وكان سبب الرد المحكم أنه أصدر فتوى لصالح أحد الخصوم . وانظر كذلك حكم نفس المحكمة في ١٩٦٨/٥/٧ في قضية Le Moy ضد C. Hersant وكان سبب الرد أنه المحكم اعطى استشارة لأحد الخصوم قبل التحكيم . وفي القضية الاولى لم يعرف سبب الرد الا بعد صدور الحكم . أما في القضية الثانية فقد أثار الخصم مسألة الرد قبل صدور الحكم . وقد طبقت محكمة الاستئناف النص تطبيقا حرفيا ولم تقبل الرد لان سببه سابق على ابرام المشارطة . ولكنها أجازت ابطال المشارطة أو بطلان الحكم كما هو وارد في المتن . انظر تعليق روبير المشار اليه ص ٧٢٠ .

(٣١) قيات ، التعليق السابق ، ص ٧٢٠ .

العلم بسبب الرد[٣٢] .

وقد تطور التشريع الفرنسي نحو حل المشكلة الأولى ، حيث الغى نص م ١٠١٤ مرافعات فرنسي قديم . وحسم نص المادة ١٤٦٣ جديد هذه المسألة . حيث أجاز الرد لسبب يحدث بعد تعيين المحكم Survenue depuis sa désignation ، أو لسبب يظهر révélée بعد تعيينه[٣٣] . وبهذا أصبح النص الفرنسي متطابقا مع نص القانون الكويتي والمصرى ، ومع خلاف طفيف مع القانون الاخير حيث أن العبرة فيه بحدوث السبب أو ظهوره بعد ابرام المشارطة وليس بعد تعيين شخص المحكم .

ويتعلق بالمسألة محل البحث تساؤل معين وهو هل يجوز رد محكم لم يقم الخصوم بتعيين شخصه اذا وجد سبب يسمح بطلب رده ؟

يسمح القانون الكويتي بامكان تحقق هذا الفرض . فالمحكم قد يعين أحيانا بمعرفة المحكمة وهو الأمر الذى نصت عليه المادة ١٧٥ مرافعات ، وذلك اذا لم يتفق الخصوم على محكم ، أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل ، أو اعتزله ، أو عزل عنه ، أو حكم برده ، أو قام مانع من مباشرته له ، ولم يكن هناك اتفاق بين الخصوم في هذا الشأن[٣٤] .

---

(٣٢) سوف نعرض لهذه المسألة عند الكلام عن اجراءات الرد وعبء اثبات العلم بسبب الرد .

(٣٣) كان هذا التعديل قد تقرر بالمادة ٢٣ من مرسوم ٨٠ ـ ٣٥٤ في ١٩٨٠/٥/١٤ ثم أدرج في قانون المرافعات بالمرسوم ٨١ ـ ٥٠٠ في ١٩٨١/٥/١٢ . وقد أضاف هذا النص حالة ظهور سبب الرد بعد تعيين المحكم .

(٣٤) لا يوجد مقابل لهذا النص في قانون المرافعات المصرى ولم يحدد القانون أثر وجود حالة من الحالات الواردة في المتن على التحكيم وكيفية تعيين محكم جديد . وهو كما يرى البعض بحق قصور في التشريع . ولا تحل هذه المشكلة الا باتفاق جديد على شخص محكم جديد . انظر فتحى والي الوسيط في قانون القضاء المدنى ١٩٨٠ بند ٤١٥ ص ٩٣٧ . ومعنى ذلك ان رد المحكم في القانون المصري يؤدى الى انقضاء التحكيم . انظر ابو الوفا التحكيم الاختيارى والاجبارى ط ١٩٧٨ ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

ويقترب موقف القانون الكويتي ، في هذا الشأن من موقف القانون الفرنسي الذى يسمح لهيئة ما بتعيين المحكمين[٣٥] ، ولكنهما يختلفان تماما عن القانون المصرى الذى لا يسمح للمحكمة أو لأحد الخصوم أو لهيئة بتعيين المحكم[٣٦] .

ورغم عدم تعرض المشرع الكويتي لهذه المسألة بنص صريح فانها لا تثير صعوبة لان فلسفة التشريع في هذا الشأن هي التوسع في حالات رد قضاة الدولة امعانا في ضمان حيادهم واحترام حق الدفاع بالنسبة للخصوم ، والتضييق ـ نسبيا ـ في حالة رد المحكمين لعلة معينة وهي أن الخصوم هم الذين اختاروهم . ولما كانت هذه العلة منتفية في حالة تعيين المحكم بمعرفة المحكمة لأن الخصم لم يشارك في اختيار المحكم الذى تلحقه شبه تؤدي إلى طلب رده ، لذلك فاننا نؤيد الرأي القائل ـ بحق ـ أ ن هذا المحكم يجوز رده دائما كالقضاة ودون أن يشترط أن يكون سبب الرد لسبب يحدث أو يظهر بعد تعيين شخصه[٣٧] . بل اننا نرى أن ميعاد التمسك بالخمسة أيام اللازمة لاجراء الرد خلالها لا ينطبق في شأنه طالما لم يكن طالب الرد عالما بسبب الرد خلالها وذلك قياسا على القضاة ، حيث يجوز رد القاضي رغم الكلام في الموضوع طالما

---

(٣٥) ومثال ذلك في فرنسا ما جاء بقانون ١٩٤٦/٥/١١ من اعطاء حق تعيين المحكم الثالث في المنازعات التي تثور بين المؤسسات الصحفية لرئيس المجلس الاعلى للمؤسسات الصحفية ، وذلك اذا لم يتفق الخصوم على شخص المحكم . ويلاحظ أن التحكيم في هذا الفرض اجبارى وليس اختيارى . انظر تعليق جان فيات المشار اليه الجزء الثاني ص ٧٢٠ . ومثال ذلك ما يسمح به القانون العراقي (م ٢٥٦) من تعيين المحكم بواسطة محكمة (ابو الوفا ص ١٦٦) .

(٣٦) كانت المادة ٨٢٥ مرافعات مصرى قديم تجيز ذلك ، ولكن هذا النص الغى في القانون الجديد . انظر ابو الوفا ، المرجع السابق ، بند ٧٦ ص ١٦٦ . ولا زالت أثار النص باقية على صياغة المادة ٣/٥٠٣ جديد . انظر في نقد هذه الصياغة فتحي والي ، الوسيط ، ص ٩٣٦ هامش ٣ .

(٣٧) فتحي والي ، قانون القضاء المدني الكويتي بند ٣٥١ ص ٤٤٩ .

لم يعلم طالب الرد بسبب الرد الا بعد الكلام في الموضوع[٣٨] . ويؤيد هذا التفسير أيضا أننا لو منعنا الرد،فان طالب الرد لا يستطيع ابطال مشارطة التحكيم على أساس عيب في الرضا مبناه الغلط لعدم وجود هذه المشارطة أصلا . ومن ثم فالقول بغير هذا الرأي يؤدى إلى اهدار حقوق الدفاع . وأخيرا فان الرد هو السبيل الوحيد لاستبعاد المحكم لان قرار المحكمة بتعيين المحكم عمل من أعمال ادارة القضاء وليس عملا قضائيا يمكن الطعن فيه ، وهو مجرد تكملة لارادة اطراف عقد التحكيم . وعملها في هذا الشأن لا يختلف عن تكملة أي عقد آخر[٣٩] . والخلاصة أنه لا يوجد عقد يطلب ابطاله ولا حكم يطعن فيه ومن ثم فلا مناص من الرد والتوسع في قبوله .

٣ ـ اجراءات رد المحكمين :

تعرضت المحكمة في حكمها محل التعليق لعدة مسائل تتعلق بالاجراءات وهي :

أ ـ شكل الاجراء الذى يطلب به الرد وهل هو تقرير يقدم لقلم الكتاب،أم مجرد طلب يتخذ شكل أمر على عريضة،أم يجب ابداع صحيفة دعوى تعلن للخصم .

ب ـ الميعاد الذى يقدم خلاله طلب الرد ، وعبء اثبات تقديم الطلب قبل انقضاء الخمسة أيام من العلم بسبب الرد .

جـ ـ اثر قفل باب المرافعة أو اعادة فتحه على قبول طلب الرد .

د ـ لزوم الكفالة أو عدم لزومها في حالة رد المحكم . وسوف نتناول التعليق على قضاء المحكمة في كل مسألة من هذه المسائل .

(أ) شكل الاجراء الذى يقدم به طلب رد المحكم .

ادعت الجهة طالبة الرد أن الطلب يقدم بتقرير في قلم الكتاب أو بطلب

---

(٣٨) فتحي والي ، الوسيط بند ٤٠٥ ص ٩١٦ .

(٣٩) جان ڤيات ، المرجع السابق ، ص ٧٢٠ .

لرئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع . وادعى المحكم المطلوب رده والخصم المنضم معه أنه يجب رفع دعوى للرد . أي ايداع صحيفة دعوى تعلن للخصم الآخر .

وقد استندت المحكمة في قضائها الى حجتين (الاولى) أن المشرع أحال لأسباب رد القضاة ولم يقرر صراحة الاحالة للاجراءات ومن ثم فليس هناك مبدأ بالاحالة . (الثانية) أن المشرع في ـ مقام الرد ـ استعمل لفظ طلب ولم يقل دعوى وكان بامكانه أن يقول ذلك كما فعل في المادة ١٧٨ . ومن ثم فلا يلزم أن يتم طلب الرد في شكل دعوى .

والواقع أن هذا القضاء لا يستند . ـ في اعتقادنا ـ الى تأسيس قانوني سليم ـ للأتي :

أولا : أن المشرع الكويتي اورد أسباب عدم صلاحية القضاة وردهم وتنحيهم عن المواد من ١٠٢ ـ ١٠٥، ثم نظم اجراءات الرد في المواد من ١٠٦ ـ ١١٠ . أما بالنسبة للمحكمين فان المشرع أورد نصا واحدا لأسباب الرد وجانبا من اجراءات الرد التي تتعلق بالمحكمين بصفة خاصة . والحجة التي استندت اليها المحكمة وهي أن الاحالة اقتصرت على الاسباب ولم تمتد الى الاجراءات حجة واهية . لأن سكوت المشرع عن النص على الاحالة إلى الاجراءات لا يعني رفضها بل يعني اعتماده هذه الاجراءات فيما لا يتعارض مع طبيعة التحكيم . فاذا ارتأى أن ثمة ما يستأهل أحكاما خاصة باجراءات رد المحكمين فانه أورده في المادة ١٧٨ . ولا يمكن القول أن هذه المادة تتضمن تنظيما كاملا لاجراءات الرد . ويعني القول بغير ذلك أن اجراءات رد المحكمين ليس لها تنظيم يحكمها في القانون . ومن ثم فالأحكام الخاصة التي تتطلب تقديم طلب الرد موقعا عليه من طالب الرد أو وكيله المفوض بتوكيل خاص وذكر أسباب الرد وارفاق المستندات لا يجب تطبيقها بالنسبة للمحكمين

لأنها وردت في باب رد القضاة[٤٠] ! . وهو قول لا يمكن لأحد أن يدعيه .

ومبدأ تطبيق اجراءات رد القضاء على اجراءات رد المحكمين بالاحالة هو المبدأ المقرر في الفقه الفرنسي في ظل القانون القديم ، وفي ظل القانون الجديد . على الرغم من أن هذين القانونين قد احالا إلى نفس أسباب رد القضاة ولم يرد بهما نص خاص يقرر الاحالة إلى الاجراءات[٤١] . ومبدأ الاحالة إلى اجراءات رد القضاة هو مايراه جانب من الفقه في ظل القانون الكويتي الملغى[٤٢] .

وقد جاء في سياق الحكم محل التعليق عند سرد دفاع المطلوب رده والخصم المنضم اليه أن محكمة النقض المصرية قد أخذت في حكم لها بغير هذا[٤٣] وأنها قصرت الاحالة على الأسباب دون الاجراءات ، وأوجبت رفع

---

(٤٠) انظر في تطلب كتابه طلب الرد وذكر أسبابه ومستنداته (بالنسبة للقاضي الجزئى) مقال مارسيل فسمار المشار اليه فقرة ٤٦ الى ٥١ .

(٤١) تعليق جان روبير المشار اليه وقد جاء به العبارة الآتية ص ٥١٤ .

"Les Causes en sont, dans la mesure ou elles sont directement applicable, celles econcées à lart 378 c proc. civ. et que la procédure de récausation est celles qui est prévue aux article 382 a 396.

ويلاحظ أن أسباب رد القضاة وردت في القانون الجديد في المواد من ٣٨٢ ـ ٣٩٦ . وان اجراءات الرد وردت في المواد ٣٤١ ـ ٣٥٥ . وهذه النصوص كلها جاءت في الكتاب الاول الذى يتضمن نصوصا عامة لكل جهات القضاء .

(٤٢) فتحي والي قانون القضاء المدنى الكويتي بند ٣٥١ ص ٤٤٩ـلم يكن القانون القديم يحدد ميعاداً لرد المحكم ، وقد رأى ـ ازاء عدم النص ـ أن يخضع الميعاد لذات ما يخضع له ميعاد رد القضاة .

(٤٣) نقض ١٩٧٦/١٢/١٦ س ٢٧ ص ١٧٦٩ . حيث جاء بحكمها أن «المشرع لا يحيل إلى القواعد المقررة في رد القضاة أو عدم صلاحيتهم الا بالنسبة للأسباب» . وأنه أوجب رفع دعوى برد الحكم سواء في الحالات التى يجيز فيها رده أو التى يعتبر بسببها غير صالح للحكم . والحقيقة ان الحكم لم يقل عبارة رفع دعوى بل قال رفع طلب كما سنوضحه في المتن .

دعوى بالرد . واستندت في ذلك إلى رأى فقهى مبناه أن اجراءات رد القاضي عن نظر الدعوى هي اجراءات استثنائية ولا يجوز بأي حال القياس عليها دون نص[٤٤] . والواقع غير هذا فالحكم لم يتكلم عن الاحالة على الاجراءات اطلاقا . ولم يقل أنه يجب رفع دعوى كما جاء بمذكرة الخصم . بل قال عبارة «يجب رفع طلب» التى كانت موجودة في قانون المرافعات المصرى الملغى (م ٨٢٩) ، والتى نقلها القانون الحالى ثم القانون الكويتي . أما القول بأن اجراءات رد القضاة هي اجراءات استثنائية لا يجوز القياس عليها فالمبدأ في حد ذاته لا غبار عليه . غير أن الاحالة إلى إجراءات رد القضاة فيما لا يتعارض مع شخص كل من المحكم والقاضي لا تعد قياسا وإنما إعمالا لقواعد التفسير السليم . والقياس الممنوع هو ما يكون على أمور استثنائية خاصة بالقضاة كعدم تحليفهم اليمين وعدم استجوابهم وسماع أقوالهم في غرفة المشورة عند نظر طلب الرد .

والخلاصة ، أننا إن كنا نقر الاحالة كمبدأ الا أن ذلك لا يعنى أن الاحالة تكون كلية ، بحيث تتناول حتى الاجراءات الخاصة بالقضاة والتى ذكرناها منذ قليل . فالقاضي لا يحلف اليمين (م ١٠٨) ـ عند الرد ـ لأنه حلف اليمين قبل تولى وظيفته . والقاضي لا يستجوب ويسمع في غرفة المشورة لاعتبارات خاصة قدرها المشرع وأورد بشأنها نصا خاصا بالنسبة للقضاة وهذا النص لا يجوز القياس عليه . فالاحالة جائزة كمبدأ فيما لا يتعارض مع طبيعة التحكيم أو روحه .

ثانيا : بالنسبة للحجة اللفظية التى استندت اليها المحكمة وهى أن المشرع استعمل عبارة يرفع الطلب وكرر لفظه الطلب مرة ثانية . فان هذه الحجة لا تبرر قضائها لأنه يقال في اللغة القانونية «ترفع الدعوى» «ويقدم الطلب» . ومن ثم فان عبارة المشرع «يرفع الطلب» لا تؤيد لفظا دون آخر . والشائع عند

(٤٤) أبو الوفا التحكيم الاختيارى والاجبارى ص ١٥٩ .

المشرع وعند غيره الخلط بين اصطلاحى الدعوى والطلب وعدم التمييز بينهما[٤٥] ، ومن ثم فيمكن تفسير كلمة الطلب التى وردت بالنص على أنها الطلب الذى يتخذ شكل دعوى . أما ما جاء بحكمها بأن المشرع تطلب لتعيين محكم بدلا من يرد أو يعزل أو . . .،رفع دعوى ولم يستلزم ذلك بالنسبة للرد . فانه يمكن القول-وعلى عكس ما ذهبت اليه المحكمة-أن ما يستفاد من النص هو رفع دعوى لأنه طالما أن تعيين محكم بدلا ممن يرد يلزم أن يتم عن طريق دعوى ، فان رده ابتداء يكون بذات الطريق لوحده العله في الحالتين . وهى اعلام الخصوم بتعين المحكم أو برده لان لكل منهما مصلحة في هذا الشأن ولان نظام التحكيم واختيار المحكم يعتمد كلية على رضاء الأفراد[٤٦] .

ولا يعني ما تقدم أن ايداع صحيفة دعوى واعلانها للمحكم المطلوب رده هو الطريق الوحيد كما قد يراه البعض بغير حق.فالأمر ليس مقصورا على طريق الدعوى وحده أو على طريق التقرير أو الطلب وحده . والسبب في ذلك أن التقرير أو الدعوى هما وسيلتان لعلم المطلوب رده . فالتقرير الذي يقدم برد قاضي يتعين على قلم الكتاب ابلاغه لرئيس المحكمة ، ويجب على من رفع اليه التقرير أن يطلع القاضي المطلوب رده عليه فورا (م ١٠٨) . فاذا كان من غير الجائز رفع دعوى على القاضي عند رده ويجب الالتزام بالطريق الذي حدده

---

(٤٥) انظر مقال : Ffrancois. Trrẽ. Des ajournements. Thèorie de L'action en justice. Juris class. pro. civ. Fasc I art 59. No. 52 P. 11.

وهو يورد أمثلة في قانون المرافعات والقانون المدنى لهذا الخلط . وسوف تعالج هذه المسألة تفصيلا في بحث لنا تحت الطبع . ومما يقطع أن المشرع لا يعنى المعنى الفنى لاصطلاح الدعوى action أنه اعتبرها مرادفا النزاع litige في ذات باب التحكيم حيث قال في م ١٨٧ أن دعوى البطلان ترفع الى المحكمة المختصة بنظر النزاع ولم يقل المختصة بنظر الدعوى .

(٤٦) ويلاحظ أيضا أن المحكمة قد استندت في التدليل على رأيها بأسباب افتراضية وظنية حيث اعتبرت افتراضا معينا هو الافتراض الوحيد والمعقول عندما قالت «ولو انصرفت ارادة المشرع الى تقرير ذلك بالنسبة لطلب الرد"رفع دعوى "لنص على ذلك صراحة » في م ١٨٧ . وهو عيب في التسبيب انظر مؤلفنا تسبيب الاحكام ط ١٩٨٣ ص ٤١٩ - ٤٢٦ .

القانون فلا يصح ابداء الرغبة في الرد في محضر الجلسة (نقض جنائي ١٩٥١/٣/٢٦ م ج ٢٣ ـ ٩٠٣) ، فانه ليس ثمة ما يمنع من رفع دعوى على المحكم أو عمل تقرير في قلم الكتاب ، أو تقديم طلب لرئيس المحكمة . فالغاية من الاجراء في جميع الأحوال هي علم المطلوب رده، حتى ولو علم عن طريق خطاب مسجل فانه لا ضرر يصيبه ولا يصح له التمسك بالبطلان . وهذا المبدأ مقرر في الفقه الفرنسي بعبارة واضحة لا تحتمل شكا[٤٧] .

والخلاصة فيما تقدم أن طلب رد المحكم ليس له شكل خاص وهو يمكن أن يتم عن طريق تقرير أو عريضة دعوى تعلن أو طلب بشرط أن يعلن . واذا كانت المحكمة قد انتهت الى جواز الرد عن طريق الطلب أو التقرير فانها قد وصلت الى نتيجة سليمة . وان كانت أسبابها القانونية غير صحيحة في اعتقادنا لان الاحالة في اجراءات الرد جائزة، ولان طريق الدعوى ليس ممنوعا هو الآخر . والخطأ في أسباب الحكم القانونية لا يعيب الحكم طالما وصل الى نتيجة قانونية سليمة .

ب ـ ميعاد طلب الرد وعبء اثبات تقديم الطلب قبل انقضاء الخمسة أيام:

يشترط القانون (م ١٧٨ / ٤) أن يرفع طلب الرد خلال خمسة أيام من اخبار الخصم بتعيين المحكم[٤٨] ، أو من تاريخ حدوث سبب الرد أو علمه به

---

(٤٧) انظر: Nouveau répretoire de droit, to.1. p258 وقد جاء بالفقرة رقم ١٠٥ التي وردت في باب التحكيم ما يلي:

Le Partie qui entend récuser un arbitre est tenue de faire une déclaration au greff du tribnal Compétente La récusation doit etre portée par un moyen quelconque à la connaissance des arabitres, soit par une lettre, soit par un exploit d'huissier, en leur sugnifiant par exemple le texte de la déclaration, faite au greffe."

وقارن أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص ١٥٧ حيث يشترط أن يكون الرد بدعوى ولا يصح الرد بخطاب مسجل .

(٤٨) في حالة تعيين المحكم بغير اتفاق الخصوم .

اذا كان تاليا لاخباره بتعيين المحكم .

وقد ادعى طالب الرد أنه علم بالسبب في تاريخ معين مقررا أنه عرف منذ خمسة أيام ودون أن يقدم دليلا على واقعة العلم . وادعى المحكم المطلوب رده أن يتعين على طالب الرد أن يقيم الدليل على أنه لم يعلم بالعلاقة سبب الرد الا قبل تقديم الطلب بخمسة أيام . وقد اعتنقت المحكمة وجه النظر الأولى ورأت أن يؤخذ بقول طالب الرد وانه يتعين على المطلوب رده أن يقيم الدليل على أن خصمه قد علم بسبب الرد منذ أكثر من خمسة أيام سابقة على رفع الدعوى .

وقبل التعليق على هذا القضاء تلزم الاشارة الى أن المشرع لم يفرد نصا لمعالجة عبء اثبات سبب الرد في حالة رد المحكمين . ولكنه أو رد نصا في هذا الشأن بالنسبة لرد القضاة(م١٠٧) . وفي هذا النص ألقى بعبء الاثبات على طالب الرد ذاته . فاذا ادعى الأخير وجود سبب للرد بعد تقديم أي دفع أو دفاع ، وادعى أنه لم يكن يعلم بسبب الرد قبل هذا التقديم، فانه يجب عليه اثبات عدم علمه بسبب الرد. ويلاحظ هنا أن القانون أوجب على طالب الرد اثبات واقعة سلبية وهي عدم العلم . وهو اثبات يراه البعض مستحيلا ويراه البعض[٤٩] ممكنا رغم صعوبته. وعلى أي حالة فالمسألة فيها نص يحسمها . ومثل هذا النص خاص بالقضاة لأن المشرع عندما أورد الأسباب التي تُسقط طلب الرد بالنسبة للقضاة (م ١٠٧) وبالنسبة للمحكمين (م ١٧٨) أغفل في النص الأخير ذكر الفقرة الخاصة بالقاء عبء اثبات عدم العلم على عاتق طالب الرد. فدل بذلك أنه يعني قصر حكم النص على القضاة . والعلة في ذلك ظاهرة وهي التشدد مع طالب رد القاضي والقاء عبء الاثبات عليه ، وهذا الاجراء الخاص هو الذي لا يصح القياس عليه وليست كل الاجراءات

---

(٤٩) أستاذنا الدكتور العميد منصور مصطفى منصور ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية دروس القيت على طلاب كلية الحقوق ـ جامعة الكويت ١٩٨٠ / ١٩٨١ ص ١٣ .

استثنائية . ومن ثم فقد أصابت المحكمة في عدم الانتجاء الى هذا النص .

والحقيقة أن مشكلة عبء اثبات عدم العلم بسبب الرد ، ثارت في فرنسا قبل صدور قانون المرافعات الجديد[٥٠]. وطبقا للقاعدة التقليدية البينة على المدعي Actori incumbi probatio" فان من يدعي أنه يجهل سبب الرد عليه اقامة الدليل على ذلك . ولكن القضاء رأى أن التكليف باثبات عدم العلم هو تكليف باثبات واقعة سلبية وهو أمر مستحيل عملا من وجه نظر هذا القضاء ، ومن ثم فان محكمة استئناف باريس قلبت عبء الاثبات والزمت المطلوب رده بأن يثبت أن طالب الرد كان يعلم بسبب الرد ولكنه لم يتمسك به[٥١]. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه[٥٢] . حيث قررت المحكمة أن المتعاقد في مشارطة التحكيم ـ مع الخصم الذي يدعي عدم علمه بسبب الرد ، هو الذي يجب عليه أن يثبت أن الأخير كان يعلم بسبب الرد. وبتطبيق هذا المبدأ على القضية محل التعليق ، فان شركة المقاولات أو المحكم المطلوب رده هو الذي يجب عليه أن يثبت أن الهيئة العامة كانت تعلم بسبب الرد، وأنه مضى على علمها مدة تزيد عن خمسة أيام ولم تطلب الرد رغم ذلك .

والواقع أن الحكم قد وصل الى هذه النتيجة فعلا ، حيث جاء به أن خصم طالب الرد (أي المطلوب رده) لم يقدم دليلا بتوافر علم الطالبة قبل هذا

---

(٥٠) كانت المشكلة تتعلق بعدم العلم وقت ابرام المشارطة والتوقيع عليها . ويلاحظ أن القانون الفرنسي القديم ليس به ميعاد لرفع دعوى الرد . انظر سوليس وبيرو المطول جـ ١ بند ٧٩٤ ص ٦٧٧ . مارسيل فيسمار ، المقال السابق ، فقرة ٤١ هـ ٥ وهو ما يأخذ به قانون المرافعات الفرنسي الجديد، وما كان يسير عليه القانون الكويتي الملغي .

(٥١) محكمة استئناف باريس ١٩٧٠/٥/٨ .J.C.P ١٩٧٠ ـ ١٦٢٠٩ .

(٥٢) نقض مدني فرنسي ١٩٧٢/٤/١٣ ـدالوز ١٩٧٣ ، وتعليق روبير مشار إليه في تعليقه . وانظر في تعليق آخر عل نفس الحكم J.C.P.P.LEVEL ١٩٧٢ ـ ١٧١٨٩ .

التاريخ[٥٣] . وهذه النتيجة صحيحة . فطبقا لهذا القضاء ـ وإن لم يصرح ـ فان عبء الاثبات يقع على مدعي خلاف الظاهر[٥٤] . والظاهر أن الدعوى قد رفعت في الميعاد ، فاذا ادعى المطلوب رده أو الطرف الآخر في التحكيم غير ذلك يقع عليه هو الاثبات . وميزة هذا الحل أن الاثبات سوف ينصب في هذا الفرض على واقعة ايجابية وهي علم الطرف الآخر . ومتى ثبتت واقعة العلم كان من السهل حساب مدة الخمسة أيام ، ومن ثم فالحكم قد أصاب في هذا الشأن .

وجدير بالذكر أن مسألة صعوبة الاثبات قد ناقشها مؤتمر علمي عقد في فرنسا[٥٥] . كما شغلت الفقه[٥٦] . وقد اقترح لحل هذه المسألة أن يجنب أطراف التحكيم هذه المسألة وأن يلقى على عاتق المحكم ذاته التزام بأن يبلغ أطراف التحكيم بالظروف التي من شأنها أن تؤثر على استقلاله في أداء عمله[٥٧] . وقد اعتنق قانون المرافعات الفرنسي الجديد هذه الفكرة . حيث نصت المادة ١٤٥٢ / ٢ على أنه إذا تحق في شخص المحكم سبب من أسباب الرد فإن من

---

(٥٣) لسنا في معرض صحة ذلك أو عدم صحته في هذا التعليق لان الأمر يتعلق في الواقع بصحة سبب الرد أو عدم صحته وهي مسألة لم تقل المحكمة كلمتها فيها وقت كتابة هذا التعليق .

(٥٤) أستاذنا الدكتور العميد منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ١٦ ـ ١٨ ، وانظر بصفة خاصة ص ١٧ حيث يقرر سيادته أن الأصل في الأشياء هو السلامة ، ويعني ذلك أن الأصل في الاجراء أنه تم صحيحا ومن يدعي غير ذلك عليه هو الاثبات .

(٥٥) وهو مؤتمر دكاترة القانون Congre's des docteurs en droit وقد عقد هذا المؤتمر في مدينة نيس عام ١٩٧١ . مجلة التحكيم الفرنسية ١٩٧١ ص ٦٢ .

(٥٦) الاستاذ Minoli في ندوة أقيمت في ٢٠ / ١١ / ١٩٧٠ مشار اليه في مجلة التحكيم الاشارة السابقة . وقد اقترح ارسال استبيان للمحكم قبل مزاولته لمهمته ليذكر فيه وجود سبب رد من عدمه .

(٥٧) كان الاقتراح منصبا على ضرورة قيام المحكم بذلك قبل قبوله مباشرته لمهامه وهو ما يعني أن السبب قد يكون سابقا على مباشرته لمهامه . ولكن قانون المرافعات الفرنسي في أحدث تعديلاته قصر سبب الرد لأسباب لاحقة أو سابقة ولكنها لم تظهر الا بعد تعيين شخص المحكم كما ذكرنا من قبل .

المفروض عليه أن يخطر الخصوم بذلك ، وفي هذه الحالة فانه لا يستطيع أن يزاول مهمته الا اذا اتفق الخصوم على مزاولته لمهمته رغم وجود السبب[٥٨] . واستكمالا لهذه الفكرة السديدة فقد كان ينبغي النص على التزام المحكم بغرامة مدنية اذا ثبت غير ذلك غير ذلك فضلا عن التزامه بالتعويضات في مواجهة الخصم الآخر طبقا للقواعد العامة . وهو ما نأمل أن يتقرر بنص تشريعي في مصر والكويت .

واذا انقضت مدة الخمسة أيام من تاريخ العلم بسبب الرد فان حق طالب الرد يسقط في ابداء الرد لان ميعاد تقديم الطلب ميعاد ناقص يترتب السقوط على فواته ولا يجوز قبول الطلب الرد بعد فواته لأي سبب[٥٩] .

جـ ـ أثر قفل باب المرافعة على الحق في الرد:

ذكرت المحكمة أنه ثبت لديها من أقوال الخصوم أن طلب رد المحكم قد قدم في ١٩٨٤/١/٣٠ وأن باب المرافعة قد اقفل في الدعوى في ذات اليوم . ثم أعيد فتح باب المرافعة في مادة التحكيم بتاريخ ١ / ٥ / ١٩٨٤ . ومن ثم فقد عادت تلك المادة ـ على حد قول المحكمة ـ لسيرتها الأولى بأن أصبحت في باب المرافعة. ويكون طلب الرد مقدما والدعوى على هذه الحالة .

وقبل التعليق على الحكم في هذه المسألة يتعين ايضاح بعض الملاحظات المبدئية:

١ ـ أن مبدأ عدم قبول طلب رد المحكم اذا أقفل باب المرافعة تقرر بالمادة

---

(٥٨) تقرر هذا الحكم لأول مرة بالمادة ١٢ من مرسوم ٨٠ ـ ٣٥٤ في ١٩٨٠/٥/١٤ . ثم أدرج هذا النص في القانون بموجب الرسوم ٨١ ـ ٥٠٠ في ١٢ / ٥ / ١٩٨١ . ومع ذلك فمثل هذا الحل رغم فائدته لا يمنع فرض امكان حدوث تواطؤ بين المحكم وأحد الخصوم .

(٥٩) وجدي راغب ، مذكرات في القانون الكويتي ص ٤٥٦ . أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ .

(١٧٨/٥) وهو ذات المبدأ المقرر بالنسبة للقضاة (م / ١٠١)[٦٠]. غير أنه يوجد خلاف بين الحالتين،فالحق في طلب رد المحكمين يسقط بمضي ميعاد الخمسة أيام دون تقديم طلب الرد وهو أمر لم يرد بشأنه نص بالنسبة للقضاة . كما أن الحق في طلب رد القضاة يسقط لسبب خاص ورد النص عليه في (م ١٠٧) وهو تقديم أي دفاع أو دفع في القضية . وهذا السبب من أسباب السقوط لا يمكن اعماله في حالة رد المحكم فالسقوط جزاء لا يتقرر الا بنص،وطالما لم يرد النص بسقوط حق الرد اذا قدم دفاع أو دفع في القضية أمام المحكمين فإنه لا يمكن اعمال هذا النص بالنسبة للمحكمين[٦١] .

٢ ـ أنه إذا أقفل باب المرافعة فانه لا يجوز تقديم طلب الرد حتى ولو لم تمض مدة الخمسة أيام على علم طالب الرد بسبب الرد. والدليل على ذلك عبارة وفي جميع الأحوال التي تصدرت الفقرة الخامسة من المادة ١٧٨ التي جاءت بعد الفقرة الرابعة التي حددت ميعاد الخمسة أيام فهي تعني عدم قبول الطلب لأي سبب كان اذا صدر حكم المحكمين أو اقفل باب المرافعة ، وتقرر ميعادا قصيرا للغاية لتقديم طلب الرد وهو ما يعني عدم اهتمام المشرع كثيرا بهذه المسألة وليس من اللازم أن يكتمل هذا الميعاد .

٣ ـ أن قفل باب المرافعة وإعادة فتحه من السلطات الاطلاقية للمحكمة أو هيئة التحكيم لكونه من أعمال إدارة القضاء وهذه مسألة مجمع بشأنها[٦٢] .

---

(٦٠) يلاحظ أن صدور حكم المحكمين يمنع الرد ، ولكن لم يرد في نص (م ١٠٧) ما يفيد أن صدور حكم القاضي يمنع طلب الرد،ومع ذلك فان صدوره يمنع الطلب بذاهة لانه اذا كان قفل باب المرافعة يسقط طلب رد القاضي فان صدور الحكم يسقطه من باب أولى . ومع ذلك نص المشرع على السقوط اذا صدر حكم المحكمين ، ولم ينص عليه اذا صدر حكم القضاة وعدم وحده الصياغة في الحالتين لا تعني تغاير الأحكام . وقد قرر قانون المرافعات الفرنسي الجديد مبدأ سقوط الحق في الرد بقفل باب المرافعة المادة ٢/٣٤٢ مرافعات فرنسي جديد .

(٦١) أبو الوفا ، المرجع السابق ، ١٥٧ .

(٦٢) انظر أحكام النقض المصري العديدة المشار اليها اليها في مؤلفنا تسبب الأحكام وأعمال القضاة ص ١٦٣ هامش ١ .

ولكن يجب ملاحظة ان قرار اعادة فتح باب المرافعة لا يتصور صدوره من محكم أو قاض في خصومه سبق وقفها وقفا قانونيا، ولا زال سبب الوقف قائماً .

٤ ـ أن المشرع نص في (م ١٨٠) على انقطاع الخصومة أمام المحكمة اذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومه ، وهو نفس الحكم المقرر بالنسبة للخصومة أمام المحكم . أما بالنسبة لعارض وقف الخصومة وقفا قانونيا لتقديم طلب رد فقد نص المشرع (م ١٠٩ مرافعات) على أن تقديم طلب رد القاضي يترتب عليه الوقف حتى يحكم نهائيا في طلب الرد[٦٣]. أما بالنسبة للمحكم فقد نصت (م ١٨٠) على بعض حالات وقف الخصومة أمام المحكمين ولكنها لم تذكر من بينها صراحة تقديم طلب برده[٦٤]. فهل يعني ذلك أن طلب رد المحكم لا يوقف الخصومة أمامه ؟ لا شك أن تقديم طلب الرد يوقف الخصومة أمام المحكم . وهذه مسألة يمليها المنطق القانوني ، فلا يتصور استمرار المحكم في عمله بعد طلب رده ويمكن تقرير مبدأ الوقف بالاحالة على النص الوارد بالقضاة لان المحكم قاضٍ يفصل في نزاع . كما أن عبارة المسألة الأولية التي وردت في صدر الفقرة الثانية من المادة ١٨٠ تشمل في ثناياها حالة طلب الرد، لان المحكم ليس له ولاية بالنسبة لهذا الطلب . وترتيبا على ذلك فان الفقه يجمع على أن طلب رد المحكم يوقف الخصومة أمامه ويحدث الوقف بقوة القانون ودون حاجة

---

(٦٣) وأجاز المشرع في حالة الاستعجال ندب قاض بدلا من المطلوب رده لنظر الأمور المستعجلة مما يقطع بابعاد القاضي المطلوب رده بمجرد تقديم طلب الرد. . ووقف القاضي بمجرد طلب الرد مقرر بالمادة (١/٣٤٦) مرافعات فرنسي جديد . وطبقا للسائد في فرنسا أن اجراءات رد القضاة تطبق بالنسبة لرد المحكمين لذلك فإن طلب الرد يوقف الخصومة أمام المحكم .

(٦٤) وهي اذا عرضت مسألة أولية تخرج عن ولايته ، أو طعن بتزوير ورقة أمامه أو اتخذت اجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث جنائي آخر ، أو إذا أراد المحكم الحكم . بجزاء على تخلف من الشهود عن الحضور أو ممتنع عن الاجابة ، أو الحكم بتكليف الغير بابراز مستند في حوزته ضروري للحكم في التحكيم أو للأمر بالانابات القضائية (وهو يطابق تقريبا نص المادة ٥٠٦ مرافعات مصري) .

لصدور حكم به[٦٥]. واذا اتخذ القاضي (أو المحكم) اجراء أثناء الوقف بعد تقديم طلب الرد كان الاجراء باطلا . فمنذ علمه بطلب الرد يجب أن يكف عن اتخاذ أي اجراء حتى يصدر حكم في طلب الرد[٦٦].

ويخلص مما تقدم أن اعادة القضية للمرافعة من اطلاقات القاضي أو المحكم لاستكمال تكوين عقيدته وتحقيق احترام حق الدفاع ولكنه يجب أن يصدر ممن له ولاية اصداره. فإذا قدم طلب برد المحكم أو القاضي فانه لا يملك اصدار هذا القرار ويكون قراره باطلا لانه صدر بعد تقديم طلب الرد. وبتطبيق المبادىء السابقة على الحكم محل التعليق نجد أنه أخطأ في اعتقادنا ـ في اعتبار أن الخصومة قد عادت الى سيرتها الأولى رغم تقديم طلب الوقف ؟. لأنه اذا كان قد تم تقديم طلب الرد والمرافعة في القضية لا زالت مفتوحة فان الطلب يكون مقبولا ، اما اذا كان صدر قرار بقفل باب المرافعة ، ثم قدم طلب الرد ، ثم صدر قرار باعادة فتح باب المرافعة فان طلب الرد يكون مقدما رغم ذلك بعد قفل باب المرافعة لأن قرار اعادة فتحها صدر من المحكم باطلا لأنه اجراء صدر والخصومة موقوفة بقوة القانون ولا يجوز اتخاذ اجراء فيها . والخلاصة أن الحكم قد جانب الصواب في قضائه في هذه المسألة .

د ـ لزوم الكفالة أو عدم لزومها في حالة رد المحكم :

ذكرنا في معرض سرد الوقائع أن المحكمة قد انتهت في حكمها الى أن الكفالة غير لازمة في حالة رد المحكمين ، على أساس رفضها لمبدأ الاحالة على اجراءات رد القضاة وأن النص الخاص بتطلب الكفالة ورد في المادة ١٠٦ . وأن اجراءات رد القضاة استثنائية لا يجوز الاحالة عليها طالما لم يرد نص في

(٦٥) أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ وجارسونية جـ ٨ رقم ٢٥٨ مشار اليه في نفس المرجع .

(٦٦) مارسيل فسمار بندر ٦٥ جـ ٧ وهو يشير الى أحكام نقض فرنسي في هذا الخصوص نقض عرائض ١٩٢٩/٥/٦ ، ونقض ١٩٣٢/٢/١٥ . بل أن بعض المؤلفين يرى مساءلة القاضي بالتعويض اذا اتخذ اجراء اثناء مدة الوقف كاريه وشوفو المرجع السابق مسألة ٢٠٤ .

باب التحكيم يقضي بالاحالة. وبالتالي انتهت المحكمة الى عدم تطلب الكفالة . وبالنسبة لما أوردته المحكمة حول مبدأ الاحالة فقد سبق أن ناقشناه وقررنا أنه على عكس ما ذهبت اليه المحكمة أن الأصل هو الإحالة. وأن أحكام رد القضاة ليست كلها ذات طابع استثنائي ومالا يجوز الإحالة اليه هي الأحكام الخاصة بالقضاة دون غيرهم . أما باقي الاجراءات العادية في خصومه الرد فيجوز الاحالة عليها . ومن ثم فنماط البحث يجب أن ينصب على مسألة هل حكم الكفالة حكم استثنائي خاص بالقضاة أم لا ؟

الواقع أن التشريع المقارن يتخذ مواقف متباينة بالنسبة لمسألة الكفالة عند الرد. فالمشرع الفرنسي لا يستلزم الكفالة سواء عند تقدم طلب برد المحكم أوَ القاضي . ولكنه يأخذ بفكرة أخرى وهي أنه في حالة رفض طلب الرد فان طالب الرد يدفع غرامه مدنية فضلا عن التعويض(٦٧) . أما المشرع المصري فانه يستلزم الكفالة كالقانون الكويتي (م ١٥٣) ويقرر أيضا الغرامة اذا لم يحكم لصالح طالب الرد ويجعلها وجوبيه(٦٨) . وقد جاء موقف المشرع الكويتي مخالفا للقانونين فهو يأخذ فقط بفكرة الكفالة (عكس القانون الفرنسي)

---

(٦٧) هذه الغرامة من ١٠٠ ـ ١٠٠٠٠ فرنك فضلا عن التعويضات انظر م ٣٥٣ . وفكرة الغرامة المدنية بدأن المشرع يتوسع فيها في كل حالات التعسف في استعمال الحق في الدعوى وهي تختلف عن التعويضات .

(٦٨) قصر المشرع الفرنسي الغرامة على حالة الرفض ولم يتناول الحالات الأخرى كعدم القبول أو سقوط الخصومة. أما المشرع المصري فانه يقضي بمصادرة الكفالة وجوبا والحكم بالغرامة وجوبا ايضا في حالة رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله ـ مع مضاعفة الغرامة في حالة ، اذا كان سبب الرد مبينا على وجود صلة العداوة أو المودة . وقد جاء بالمذكرة الايضاحية بمناسبة تعديل المادة ١٥٩ بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦ أن الغرامة هي جزاء على التعسف في استعمال حق الرد وحتى لا يتعطل الفصل في القضايا للاسراف في هذا الحق . واذا تنازل طالب الرد عن طلبه يكتفي بمصادرة الكفالة دون الحكم بالغرامة . ومع ذلك فهناك رأى يرى ان التنازل عن طلب رد القاضي غير جائز (أبو الوفا المرجع السابق ص ١٥٩) أما التنازل عن رد المحكم فهو جائز . ويبدو أن هذا الرأي قيل به قبل تعديل المادة ١٥٩ مرافعات مصري بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦ .

ولا يأخذ بمبدأ الغرامة (عكس القانونين الفرنسي والمصري)[٦٩]. والحقيقة في اعتقادنا أن موقف القانون الفرنسي الجديد يفضل القانون المصري والكويتي فحق التقاضي يجب الا يقيد بقيود مالية ابتداء، وإذا ثبت فيما بعد أن طالب الرد كان متعسفا فان الغرامة المدنية فضلا عن التعويضات هي الجزاء الرادع بعد ثبوت الخطأ ضد من يسرف في طلب الرد . وحكمة اشتراط الكفالة في التشريعين الكويتي والمصري تقوم على اعتبارات تقليدية تبنتها المحكمة في حكمها عندما قالت في معرض أسبابها بالنسبة لمسألة الكفالة ان الاجراءات المتبعة في رد القضاه ـ ومنها الكفالة-قصد بها صيانة مرفق القضاء ذاته وصونه من عبث المتقاضين وهذا الأمر لا يتحقق بالنسبة للمحكمين .

والواقع أن هذا القضاء يدور في مفاهيم قديمة منباهاأن المحكم في درجة تدنو عن مرتبة القاضى ، وهذا الفكر قد تجاوزه الزمن . فالثابت الآن ان المحكم الذى تعاظم دوره مع التقدم العلمي والفني قاض بالمعنى الفنى يفصل في خصومة ويطبق غالبا قواعد القانون . . وهذه مسألة اكدها الفقه وقضاء التمييز الكويتي كما أشرنا من قبل . وترتيبا على ذلك فانه اذا كان مرفق القضاء في حاجة الى صيانة وصون من العبث ، فإن مرفق التحكيم الذي يباشر نفس وظيفة القضاء يحتاج أيضا الى هذه الصيانة وذاك الصون من العبث المزعوم .

وبناء على ما تقدم فان النص الذى يقرر الكفالة هو في حقيقته قيد على حرية التقاضى ، وهو نص استثنائي لهذا السبب وليس لسبب آخر . ومن ثم فلا يصح القياس عليه . فاذا كان المشرع قد تطلبه بنص صريح بالنسبة للقضاة ، فان غير لازم بالنسبة للمحكمين . ولا يعني ذلك كما سبق القول ان كل اجراءات رد القضاة هى اجراءات استثنائية .

---

(٦٩) وحالات مصادر الكفالة هي ذات الحالات التي يحكم فيها بالغرامة في القانون المصري (م ١٦٠) حيث يوسع المشرع الكويتي كالمشرع المصري في حالات مصادرتها ولم يقتصر مصادره الكفالة على حالة الرفض لعدم توافر أحد أسباب الرد .

والخلاصة أننا نتفق مع الحكم في النتيجة التى وصل اليها هذا الصدد ولكننا لا نتفق معه فيما أورده من أسباب قانونية فالا حالة ليست ممنوعة كأصل عام . ومرفق التحكيم في حاجة الى صيانة كمرفق القضاء ، وهو جزء من هيئة العدالة . والتبرير السليم هو أن الكفالة ـ التى لا يعرفها القانون الفرنسي ـ تقييد لحق التقاضي وهى استثناء من هذه الوجه لا يصح القياس عليه .

ولا تثور في القانون الكويتي بطبيعة الحال مسألة الحكم على طالب الرد بالغرامة اذا رفضت دعواه لان المبدأ ليس مقررا حتى بالنسبة للقضاه . ويقتصر حق المحكم ، على المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة .

تبقى بعض مسائل قانونية يثيرها هذا الحكم نعرض لها لأهميتها العلمية ولعدم معالجة التشريع والفقه لبعض جوانبها .

أولاً : أنه لا يجوز بعد صدور حكم في مسألة الرد أن ترفع دعوى بابطال التحكيم على أساس الغلط في شخص المحكم أو التدليس لاخفائه سبب الرد . كما لا يجوز رفع دعوى بابطال حكم المحكمين على أساس بطلان حكم المحكمين لمخالفته لحقوق الدفاع لوجود محكم متحيز . . . لأن المشرع قد أوجد لطالب الرد سبيلاً ميسراً فإن هو لم يتبعه سقط حقه في استعماله لأي سبب ، فلا يجوز إثارة مسألة صلاحية المحكم بطريق آخر . ولو كان المشرع قد قصر أسباب الرد على ما يحدث بعد تعيين شخص المحكم لكان مثل هذا القول مقبولاً[٧٠] . أما وأن المشرع قد أجاز الرد للأسباب السابقة على تعيين شخص المحكم والتي ظهرت بعد تعيينه[٧١] فقد أصبح من غير الجائز رفع دعوى ببطلان العقد أو الحكم .

---

(٧٠) كما كان عليه الوضع في ظل المادة ١٠١٤ فرنسي قديم .

(٧١) وهو ما اتجه المشرع الفرنسي اليه في القانون الجديد (م ١٤٦٣) .

ثانياً : أن يجوز التنازل عن دعوى رد المحكم . لأنه أصبح من الجائز الآن التنازل عن دعوى رد القاضي (م ١٠٨ / ٥ مرافعات كويتي ـ المادة ١٥٩ مرافعات مصري معدلة بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦) .

ثالثا : أن الاجراءات التى اتخذها المحكم قبل اعلانه بالرد تبقي صحيحة ولو صدر حكم برده[٧٢] .

رابعا : أن طالب الرد يستطيع دائما استئناف الحكم الصادر في الرد (م ١١١ بالنسبة للقضاة ، م ١٧٨ / ٦ بالنسبة للمحكمين) وذلك بعد صدور الحكم في موضوع الردمويستطيع المطلوب رده استئناف الحكم لانه طرف في خصومة موجه اليه[٧٣] . ولا محل للقياس على ما يقال أن القاضي لا يستطيع استئناف الحكم الصادر برده،فهذا القول لا يستند الى نص في القانون ولا يسلم به البعض بحق[٧٤] . وليس من المعقول مصادرة حق المحكم المطلوب رده في الاستئناف دون نص يحرمه من التقاضي على درجتين ، خاصه اذا صدر حكم الرد مشوبا ببطلان جسيم واعتداء على حقوق الدفاع كما لو حرم المحكم من الدفاع عن نفسه واثبات عدم صحة سبب الرد .

تم بحمد الله تعالى وتوفيقه

---

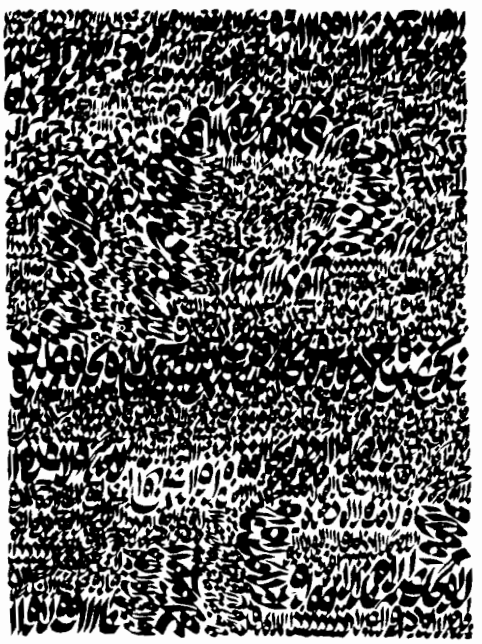
(٧٢) انظر المادة ٣٥٤ مرافعات فرنسي جديد.

(٧٣) عكس هذا أبو الوفا المرجع السابق ص ١٥٨ .

(٧٤) رمزى سيف الوسيط بند ٦٥ ص ٨٢ ـ ٨٣ وقارن العشماوي بند ٩٠٩ وفتحي والي الوسيط بند ٤٠٧ ص ٩٢١ .

المجلة العربية للعلوم الانسانية

تصدر عن جامعة الكويت ، فصلية محكمة ، تقدم البحوث الأصيلة والدراسات الميدانية والتطبيقية في شتى فروع العلوم الانسانية والاجتماعية باللغتين العربية والانجليزية .



رئيس التحرير
د. عبدالله العتيبي

مديرة التحرير
آمال بدر الغربللي

جميع المراسلات توجه الى رئيس التحرير : ص . ب : ٢٦٥٨٥ الصفاة ـ الكويت
هاتف : ٨٢١٦٣٩ ـ ٨١٥٤٥٣ (الشويخ) ـ تلكس ٢٢٦١٦ KUNIVER