مجلة معهد القضاء

مجلة دورية قانونية تصدر عن معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية - السنة السابعة - العدد السادس عشر (ذو الحجة ١٤٢٩ هـ - ديسمبر ٢٠٠٨م)

التحكيم

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ
أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا
يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾

(النساء:٣٥)

﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ
فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ
حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾

(النساء:٦٥)

صدق الله العظيم

تتقدم أسرة مجلة معهد القضاء بأحر التهاني القلبية بمناسبة عيد الأضحى المبارك إلى :

مقام حضرة صاحب السمو

الشيخ / صباح الأحمد الجابر الصباح

أمير البلاد

حفظه الله ورعاه

وسمو

الشيخ / نواف الأحمد الجابر الصباح

ولي عهده الأمين

حفظه الله ورعاه

وسمو

الشيخ / ناصر المحمد الأحمد الصباح

رئيس مجلس الوزراء

حفظه الله ورعاه

وأصحـــاب المعالي والسعادة رئيس مجلس الأمة ورئيس وأعضاء المجلس الأعلي للقضـــاء والوزراء وأعضاء مجلس الأمة والشعب الكويتـــي الكريم والأخـــوة المقيمين والأمتين العربية والإســـلامية

كلمات خالدة

«إن الكويت هي الوطن والوجـود والبقاء والاستمرار،
وعلينا أن نكرس حياتنا من أجلها» .

من كلمة حضرة صاحب السمو

الشيـخ صبـاح الأحمـد الجابـر الصبـاح أميـر البـلاد

حفظه الله ورعاه

بمناسبة مرور عام على تولي سموه مقاليد الحكم في ٢٩ يناير ٢٠٠٧

مجلة
معهد القضاء

مجلة دورية تصدر عن معهد الكويت
للدراسات القضائية والقانونية

رئيس هيئة التحرير
المستشار / عبد الله علي العيسى

رئيس التحرير
المستشار / جمال حمد الشامري

أعضاء هيئة التحرير
المستشار / خالد سالم
الأستاذ الدكتور / أحمد الملحم
المستشار / عادل بورسلي

أسرة التحرير
المستشار / عبد المنعم إبراهيم
عضو المكتب الفني بالمعهد

المستشار / محمد رشدي
عضو المكتب الفني بالمعهد

محمد الزموري

مدير التحرير
عنان يوسف المطوع

التدقيق اللغوي
محمد السلومي

للمراسلة والاستفسار
تليفاكس: 22458218
بدالة: 22423641 داخلي: 116
ص . ب /: 5378 الصفاة.
رمز بريدي 13054 الكويت
E-mail: magazine@kijs.gov.kw

الإخراج الفني والطباعة
بوليت المستقبل للدعاية والإعلان
٢٢٦١١٢٤١ - ٦٦٨٠٨٢٧٥
٩٩٥٠٣٤٠٧ - ٦٧٠٦٦٦٥٢

المحتويات

الافتتاحية :
مدير التحرير ٦

كلمة العدد:
الوسائل البديلة لفض المنازعات — المستشار/ عادل بورسلي ٧

قضية العدد:
التحكيم في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة ٩
أ.د. محمد الطبطبائي

نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم — المستشار / خالد عبد الحميد ١٦

اســتطلاع:
مؤسسات التحكيم — أسرة التحرير ٣٤

بحوث قانونية:
دور القضاء في تفعيل التحكيم — المستشار / جمال الشامري ٤١
التحكيم في التشريع الكويتي — المستشار / فاروق علي الدين ٥٢
الإيداع الإلكتروني للأوراق القضائية — المستشار / أحمد إبراهيم ٦٤
التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات — د. علاء خلاف ٨٣

ثقافة قانونية :
حول مؤتمر دور التحكيم في تشجيع الاستثمار — أسرة التحرير ٩٢
حول دورة تدريبية في العدالة الجنائية الدولية — أسرة التحرير ١٠٠
الدورة التدريبية حول مكافحة الاتجار بالبشر المنعقدة — أسرة التحرير ١٠٨
التطور التاريخي لنظام التحكيم — أسرة التحرير ١١٠
تجارب في التحكيم الدولي — أسرة التحرير ١١٢

المحتويات

مصطلحات قانونية ..... أسرة التحرير ١١٦

المعجم القانوني ..... أسرة التحرير ١١٨

جولة في دولة:

النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية ١١٩

أسرة التحرير

من مكتبة المعهد:

عرض كتاب جرائم غسل الأموال على شبكة الانترنت (دراسة مقارنة) ١٢٣

أسرة التحرير

أطروحات علمية:

صكوك الإجارة الحكومية الإسلامية (دراسة في التأصيل القانوني) ١٢٨

وكيل النيابة / محمد مبارك البصمان

وجهة نظر:

مسودة الحكم بين الكمبيوتر والقلم ؟! ١٣٠

المستشار / عبد المنعم إبراهيم

مبادئ وأحكام قضائية:

- أهم المبادئ التي تضمنتها الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة ١٣٤

الدستورية في العامين القضائيين ٢٠٠٦/٢٠٠٧ - ٢٠٠٧/٢٠٠٨

- من أحكام المحكمة الدستورية ومحكمة التمييز.

- من فتاوى مجلس الدولة المصري.

أسرة التحرير

استراحة العدد:

أقوال ومآثر ..... أسرة التحرير ١٨٢

آخر المطاف:

مقتطفات في التحكيم ..... المستشار / جمال الشامري ١٨٤

ملحق العدد:

نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنياً وإقليمياً ودولياً

الافتتاحية

وهكذا الأيام...

عنــان المطــوع

مديــر التحــريــر

انقضـت العطلـة القضائية وودّعنا منـذ أشهر قليلـة شهر رمضان الفضيـل ، وعاش المسلمون في مشارق الأرض ومغاربها، أيام عيد الفطـر السعيـد حيث صفت القلوب ، وصدقـت النيات ، وثبت الأجر إن شـاء الله ، ونحن اليوم نتبـادل التهاني والتبريكات بعيد الأضحى المبارك والتمنيات الصادقة بالعام الجديد.

تحرص المجلـة علـى اختيار أحـد الموضوعـات التي تهـم الحقل القضائـي ليكون قضية العـدد، ونظراً لأن التحكيم يمثـل دوراً بارزاً فـي تسويـة المنازعات فـي أغلب العلاقـات القانونيـة، وخاصة في مجـال الأحوال الشخصية وأيضاً العقود التجارية، فقد كان اختيارنا لقضيـة التحكيـم موضوعاً لهذا العـدد من مجلتنا ،وجريـاً على ما استنتـه المجلة في مناقشة ما تثيره من قضايا فإننا نتناول التحكيم مـن وجهة نظر الشريعة الإسلامية ؛ فنبين أصل نشأته وحكمها فيه، ثـم ننتقل إلى جانـب القوانين الوضعية ،وقد اخترنـا في هذا الشأن الحديث عن نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم؛ إذ نوضح المقصود بهذا الاتفاق، ووسيلة إثباتـه، و أطرافه وما يشترط فيهم من أهلية، ومدى التزام الخلف العام هذا الاتفاق، وغير ذلك من المسائل التي استلزمهـا البحث. ويحتوي العدد أيضاً علـى كثير من أبواب المجلة التي لا نألو جهداً في تطويرها وتقديمها إلى القارئ الكريم بالصورة التـي نأمـل أن تحوز تقديـره ، وفي الوقـت ذاته نحن علـى الطريق سائرون لمزيد من التجويد وتدارك أي نقص أو قصور .

الوسائل البديلة لفض المنازعات

المستشار / عادل بورسلي

تركز مجلة معهد القضاء في هذا العدد على موضوع «التحكيم» بوصفه أحد الحلول والسبل البديلة لتسوية الخصومات عبر أبحاث ودراسات معمقة يقدمها ثلة من أهل الذكر المتخصصين، لتضيف للمكتبة القانونية مادة علمية ثرية تنفع الباحث، وتشبع المهتم، وتحفز الفكر لمزيد من الإبداع والتأصيل.

وللتحكيم أصل راسخ في شريعتنا الإسلامية الغراء، فقد قال الله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾[1]، وقال- عز وجل-: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾[2].

وقد حملت أبحاث العدد في ثناياها ما يكفي من المعلومات اللازمة حول التحكيم في الشريعة الإسلامية، ودور القضاء في تفعيل التحكيم، وكل ما يتعلق بالتحكيم في نطاق التشريع الكويتي والمقارن، وأكدت التكامل والتوافق بين القضاء والتحكيم.

وإذا كانت الوسائل البديلة لفض النزاعات، ومنها التحكيم، حلولاً متاحة – في رأي البعض- للابتعاد عما ينسب للقضاء التقليدي من مثالب تتمثل في بطء إجراءات التقاضي، وازدحام المحاكم، وتقيد المحاكم بالقوانين الإجرائية والموضوعية، فإن الواقع القانوني يثبت يوماً بعد يوم أن التحكيم ليس الغاية المنشودة في بلوغ عدالة سريعة وفعالة، دون إنكار لبعض مزاياه كتجنب علانية الجلسات وما ينتج عنها من كشف لأسرار النزاع، وضمان التخصص في الحكم تبعاً للنزاع المثار مما يغني عن الاستعانة بالخبراء.

وإن تعجب فعجب أن التأمل في أبحاث الفقه وأحكام القضاء يثبت أن التحكيم لم يؤت ثماره المرجوة، ولم يحقق أهدافه ومزاياه لأسباب مختلفة أبرزها عدم انضباط ووضوح القواعد القانونية التي وضعها المشرعون لتنظيمه، وكثرة الثغرات القانونية التي تمكن الخصوم من إثارة منازعات جديدة بشأن حكم المحكم وكيفية تنفيذه، الأمر الذي دفع الخصوم إلى التسلل لواذاً عائدين إلى القاضي كنقطة بداية، ناهيك عن تفشي ظاهرة مراكز التحكيم والتنافس غير المشروع بينها.

كل ذلك دفع المهتمين إلى البحث عن سبل أخرى لتجنب سلبيات التحكيم، وتفعيل القصد من اللجوء إليه وهو الحسم العادل السريع للمنازعات، ومن هذه الحلول ما يأتي:

١- **التوفيق**: ومن خلاله يمارس الموفق مختلف وظائف المحكم باستثناء إصدار حكم ملزم للطرفين، بما يمكن الخصوم من استكشاف مدى أوسع من الحلول المطروحة بدلاً من الانحصار بين خياري الكسب أو الخسارة.

٢- **الوساطة**: وهي عملية يقوم بها طرف ثالث محايد يسعى لحل النزاع بالتراضي، ويكون للفرقاء دور جوهري في تشكيل الحل في جو غير رسمي وغير عدائي ويحتفظ الخصوم بحقوقهم القانونية، وتظل لهما حرية مواصلة طريق التقاضي إذا لم يرضيا بالحل.

٣- **التفاوض**: وهو ثقافة للاجتماع وتبادل الحوار والاستعداد لتقديم قدر معين من التنازلات، وعادة ما تجري بين الطرفين أو ممثليهم الذين لا حاجة لأن يكونوا بالضرورة محامين طمعاً في تسوية للنزاع بأسلوب يكون فيه طرفاه كاسبين، ويمكنهما من المحافظة على العلاقة الجيدة بينهما.

وهناك غير ذلك من السبل والبدائل التي لا يتسع المقام لاستعراضها كالمحاكمات المصغرة، ومؤتمر التسوية، والعدالة التصالحية في المضمار الجنائي التي تهدف إلى إعادة التوافق الاجتماعي بمعاونة الضحايا والجناة والمجتمعات على التئام شملها.

كل تلك الوسائل وغيرها لن تستطيع النيل من أهمية القضاء بوصفه إحدى السلطات الثلاث في الدول المعاصرة، ولم يقلل من دوره ملاذاً مضموناً للمحاكمات العادلة ولاسيما في ظل التطور المتسارع لفكرة المرفق العام، وانتقال العديد من الخدمات التي تقدمها الدولة إلى الجمهور كالتعليم والعلاج والمواصلات والإعلام وغيرها من القطاع الحكومي إلى الخاص.

ولا شك في أن ذلك يلقي تحدياً مهماً على السلطة القضائية ألا وهو إصلاح وتطوير نظام التقاضي، والتشخيص الجريء الموضوعي لكل ما يعتري إجراءاته أو قواعده من عيوب وسلبيات، وعلاجها علاجاً ناجحاً، لضمان استمرار ثقة المتقاضين بالقاضي، وحثهم على طلب الحماية من قاضيهم الطبيعي، وكفايته عناء البحث عن وسائل بديلة لفض منازعاته.

١- سورة النساء : الآية (٣٥).
٢- سورة النساء : الآية (٦٥).

التحكيم

مقدمة

إعداد: أسرة التحرير

كان القضاء منذ القدم ولايزال الوسيلة الأساسية لحل المنازعات . لكن مع تشعب مناحي الحياة وتطور ظروف التجارة ، وخاصة الدولية، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات وحاجة إلى السرعة والتخصص من قبل من ينظر هذه الخلافات، بدت أهمية دور التحكيم مكملاً للقضاء على صعيد تخفيف العبء على المحاكم، والقصد في النفقة والوقت، والرغبة عن شطط الخصومة القضائية واللدد فيها ، واعترفت الأنظمة القانونية المختلفة للمحكم ببعض اختصاصات القضاء، بل ولايته في بعض الأحيان ، ولم تقيد ذلك إلا بضرورة مراعاة الضوابط والضمانات الأساسية التي يكفلها قضاء الدولة ، ووسع بعضها من نطاق المسائل الجائز فيها التحكيم على نحو كاد يصبح التحكيم هو الأصل وليس الاستثناء كما كان من قبل ذلك بدعوى تجنب بطء إجراءات التقاضي وتعقيدها؛ لذلك أنشئت هيئات ومراكز دولية وإقليمية لتنظيم آلية التحكيم والمساهمة في وضع الاتفاقيات المتعلقة بدعمه وتعزيزه . غير أنه ظهر اتجاه ينادي بالحذر من التوسع في التحكيم والقول بأن هناك كثيراً من التصرفات والعلاقات لاتذعن النفوس لنتائجها إلا بصعوبة؛ مما يلجئ المتحاكمين من بعده إلى المحاكم فيزيد عملها بما يعرض عليها من نزاع في صحة التحكيم وطعن في عمل المحكمين أو خلاف على أجرهم ،كما أن ما يقال بشأن ما يحققه التحكيم من وفر في الوقت والتكاليف إنما هو مسألة نسبية قد لاتتحقق في كثير من الأحوال .

والرأي عندنا أنه مع وجود هيئات دائمة تتولى التحكيم، وفي تشكيلها وإجراءاتها الضمانات الأساسية فإنه يجب أن ننظر إلى التحكيم لا على أساس أنه قضاء بديل بل هو مواز له بحسبان التحكيم أكثر ملاءمة لجانب كبير ومهم من العلاقات الدولية الخاصة، يحقق لها السرعة في إطار يتسم بمرونة أكبر من خلال إجراءات أقل حدة في المخاصمة أن تكون في ظل ضوابط قانونية ترتكز على القواعد الأساسية في الإجراءات فضلاً عما تضمنه هذه الوسيلة من الحفاظ على السرية بين المتحاكمين وما تضمنه من مشاركتهم في إيجاد الحلول لمنازعتهم .

من أجل ذلك ارتأت هيئة إصدار المجلة أن تكون قضية هذا العدد هي التحكيم، ونظراً لأن التحكيم له جذوره عند العرب قديماً وبعد ظهور الإسلام فسوف نعرض القضية من منظور الشريعة الإسلامية، وفي جانب القانون الوضعي فإن الموضوع متشعب وكبير ولايسع المقام تغطيته جميعه، لذا اكتفينا بشأنه في باب قضية العدد ببيان القوة الملزمة لاتفاق التحكيم هذا بخلاف المقالات والأبحاث التي تناولت مسائل أخرى في التحكيم في سائر أبواب المجلة .

ولانزعم أننا بذلك قد أوفينا البحث ولكنه خطوة على الطريق، تتبعها ما تضمنه هذا العدد من أبحاث ومقالات بشأن بعض المسائل التي يثيرها التحكيم، وذلك فضلاً عما يوفقنا - الله تعالى - إلى نشره في الأعداد القادمة، بعونه سبحانه وتعالى.

التحكيم في الشريعة الإسلامية
دراســــة فـقـهـيـة مـقـارنـة

أ.د. محمد السيد عبدالرزاق السيد
إبراهيم الطبطبائي
عميد كلية الشريعة والدراسات
الإسلامية سابقاً - جامعة الكويت

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فقد سعت الشريعة الإسلامية لإزالة أسباب النزاع والخلاف وآثاره بين الناس، قال تعالى:» ولا تنازعوا»، و من أسباب إنهاء النزاع بين الناس تحكيم طرف ثالث، يرتضيه الطرفان للفصل في النزاع.

ولقد أصبح التحكيم في الوقت المعاصر من المسائل التي لها أهمية كبيرة ولا سيما إذا علمنا مميزاته، وأهمها:

- تجنب التأخير الذي قد يصاحب مراحل التقاضي.
- أبعد للتهمة بالمحاباة، ولا سيما في المجتمعات التي تفشت فيها الرشوة.
- أنه أطيب للنفوس من التقاضي.
- تجنب القوانين المخالفة للشريعة الإسلامية.

وقد تناول الفقهاء قديماً التحكيم في آخر باب القضاء، وذلك بشيء من الاختصار، ولكن نجد فيه من القواعد والمبادئ التي يمكن أن تخرج عليها كثير من الفروع المعاصرة.

ويمكن القول: إن الفقهاء قد تناولوا القواعد العامة، دون تناول التفاصيل، التي يمكن أن تختلف باختلاف الأزمنة، والأمكنة، والأشخاص، والأحوال.

وفي هذا البحث أتناول أحكام التحكيم، وذلك في مبحثين:

المبحث الأول:

مفهوم التحكيم، ومشروعيته.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: مفهوم التحكيم.

الفرع الثاني: مشروعية التحكيم.

المبحث الثاني:

الأحكام الفقهية للتحكيم.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: شروط التحكيم.

الفرع الثاني: أحكام عامة في التحكيم.

وأخيراً، ختمت بنتائج البحث.

والله تعالى أسأل أن يوفقنا إلى كل خير، والحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول
مفهوم التحكيم ومشروعيته
الفرع الأول- مفهوم التحكيم:

أولاً- التحكيم لغة:

الحكم بالضم: القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس بكذا، سواء لزم ذلك غيره أم لا، هذا قول أهل اللغة، وخصص بعضهم فقال: القضاء بالعدل، وحكمه في الأمر تحكيماً: أمره أن يحكم بينهم أو أجاز حكمه فيما بينهم، فاحتكم، جاء فيه بالمُضارع على غير بابه، والقياس تحكم، أي: جاز فيه حكمه، وفي الصحيح: ويقال أيضاً حكمته في مالي: إذا جعلت إليه الحكم فيه، فاحتكم علي في ذلك، ومثله في الأساس.

والاسم منه الاحكومة والحكومة بضمهما، تفويض الحكم لشخص، ويقال لذلك: حكم بفتحتين وحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة [(١)].

ثانياً - التحكيم شرعاً:

هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما[(٢)].

وقيل: هو اتخاذ الخصمين حكماً برضاهما لفصل خصوماتهما[(٣)].

وقد عرفته المادة (١٧٩٠) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما [(٤)].

وفي درر الحاكم: هو اتخاذ الخصمين، أي المدعي والمدعى عليه واحداً

١- القاموس المحيط (١٤١٥/١)، وتاج العروس (٥١١/٣١)، ومجلة الأحكام ص: ٣٦٥.
٢- البحر الرائق (٢٤/٧)، والدر المختار (٤٢٨/٥).
٣- قواعد الفقه (٢٢٢/١).
٤- درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٢٣/٤).

أهلاً للحكم حاكما برضاهما، لفصل خصومتهما ودعواهما [١].

وورد في إيضاح القيود أن عبارة الخصمين هنا هي بمعنى الفريقين المتخاصمين، وهي عامة، وتشمل ما إذا كان كل واحد من الفريقين واحداً أو متعدداً كأن يكون المدعي اثنين والمدعى عليه اثنين، كما يجوز أن يكون الآخر محكماً واحداً يجوز أيضاً أن يكون متعدداً كما يفهم ذلك من المادة (١٨٤٨) [٢].

وبعض الشافعية يعبر عن المحكم بأنه قاضي ضرورة.

ويمكن أن نختار تعريفاً للتحكيم أنه: الاختصام إلى غير الحاكم.

ركن التحكيم:

للتحكيم ركن واحد وهو اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر، فلو حكما رجلاً فلم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم [٣].

نطاق التحكيم:

قال القاضي: وينفذ حكم من حكماه في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء: النكاح، واللعان، والقذف، والقصاص؛ لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها، فاختص الإمام بالنظر فيها، ونائبه يقوم مقامه.

وقال أبو الخطاب ظاهر: كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها.

ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، وإذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتاباً إلى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله، وتنفيذ كتابه؛ لأنه حاكم نافذ الأحكام، فلزم قبول كتابه كحاكم الإمام [٤].

واختلف الحنابلة فيما يجوز فيه التحكيم، فقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد أن تحكيمه يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان قياساً على قاضي الإمام وقال القاضي: يجوز حكمه في الأموال خاصة فأما النكاح والقصاص وحد القذف فلا يجوز التحكيم فيها، لأنها مبنية على الاحتياط فيعتبر للحكم فيها قاضي الإمام كالحدود [٥].

الفرع الثاني:

مشروعية التحكيم:

اختلف العلماء في مشروعية التحكيم، وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن التحكيم جائز شرعاً، بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أما من الْكِتَاب :

فقول الله تعالى: «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا» [٦].

ووجه الدلالة من الآية: أن كلا من المحكمين لم يتراضيا عليه خصوصاً أن الضمير في قوله. «فابعثوا» عائد إلى الحاكم العائد إليهم ضمير «فإن خفتم» ولأن الحكم عندنا إنما يصلح فقط وليس له إيقاع الطلاق فهو وكيل فلم يكن من هذا القبيل [٧].

ومن السنة :

قال النبي ﷺ « من حكم بين اثنين تحاكما إليه وارتضيا به فلم يقل بينهما الحق، فعليه لعنة الله» [٨]. رواه أبو بكره ما رَواه النسائي قال أبو شرَيح: يا رسول اللّه، إن قَومي إذا اختلَفوا في شيء فأتوني، فحكمت بَينَهم، فرضي عني الفريقان، فقال : ما أحسن هذا، فما لك

١- درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٢٣/٤).
٢- درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٢٣/٤).
٣- البحر الرائق (٢٤/٧).
٤- المغني (١٣٧/١٠).
٥- الكافي (٤٣٧/٤).
٦- النساء/ ٣٥.
٧- البحر الرائق (٢٥/٧).
٨- الحديث ضعيف، البدر المنير (٥٥٥/٩)، وقال: هذا الحديث لا يصح للاحتجاج به؛ لأنه من نسخة ابن جراد وهي نسخة باطلة، وانظر تنقيح تحقيق أحاديث التعليق (٥٣٢/٣)، والتحقيق في أحاديث الخلاف (٣٨٤/٢).

من الولد؟ قال: لي شريح ومسلم وعبد الله. قال فمن أكبرهم؟ قلت: شريح. قال: فأنت أبو شريح[1].

وأجمع على أنه عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة، لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم، مع رسول الله[2].

ومن الإجماع:

قال الرملي: لأن ذلك وقع لجمع من الصحابة، ولم ينكر مع اشتهاره، فكان إجماعاً[3].

ومن الأثر:

روي أنه كان بين عمر وأبي بن كعب منازعة في نخل، فحكما بينهما زيد بن ثابت، فأتياه فخرج زيد فقال لعمر: هلا بعثت إلى فأتيتك يا أمير المؤمنين، فقال عمر: في بيته يؤتى الحكم، فدخلا بيته، فألقى لعمر وسادة، فقال عمر: هذا أول جورك.

وكانت اليمين على عمر، فقال زيد لأبي: لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر: يمين لزمتني، فقال أبي: نعفي أمير المؤمنين ونصدقه.

وليعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذا الخصومة التلبيس وإنما هي لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما إلى الحاكم للتبيين لا للتلبيس وفيه جواز التحكيم وأن زيداً كان معروفاً بألفقه[4].

وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم، وتحاكم علي عليه السلام. مع يهودي في درع إلى شريح[5].

ومن المعقول:

قال ابن فرحون: «إن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما فإن ذلك جائز بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، ولأنا متى لم نجز التحكيم لضاق الأمر على الناس: لأنه يشق على الناس الحضور إلى مجلس الحكم فجوزنا التحكيم للحاجة[6].

القول الثاني:

وهو الصحيح عند الشافعية: يجوز إذا لم يكن في المدينة قاض.

قال النووي: «ولو حكم خصمان رجلاً في غير حد الله تعالى جاز مطلقاً، بشرط أهلية القضاء، وفي قول: لا يجوز، وقيل: بشرط عدم وجود قاض في البلد، وقيل يختص بمال دون قصاص ونكاح ونحوهما، ولا ينفذ حكمه إلا على راض به، فلا يكفي رضا قاتل في ضرب دية على عاقلته»[7].

وقيل: ولو تحاكم رجلان إلى رجل في مال وحكماه بينهما، ففيه خلاف، والصحيح أنه يجوز إذا لم يكن في المدينة قاض وأما إذا كان في المدينة حاكم فلا يجوز: لأن ذلك عزل للحاكم وافتيات على الإمام، قال الغزالي: إذا جوزنا ذلك فيكون على صفة يجوز للقاضي توليته ثم لا ينفذ إلا على من رضى بعد الحكم، ومن ذهب للجواز قال إلا في النكاح واللعان والقصاص وحد القذف: لأن هذه الأشياء أمرها خطر فاختصت بالحاكم المقلد من الإمام[8].

القول الثالث:

يجوز إذا لم يكن جوراً.

ولقد سئل مالك عن رجلين حكما بينهما رجلاً فحكم بينهما، قال مالك: أرى للقاضي أن يمضي قضاءه بينهما، ولا يرده، إلا أن يكون جوراً بيناً[9].

١- سنن أبي داود (٢٨٩/٤)، وسنن النسائي (٢٢٦/٨)، وسنن البيهقي الكبرى (١٤٥/١٠).
٢- البحر الرائق (٢٥/٧).
٣- نهاية المحتاج (٢٤٢/٨).
٤- البحر الرائق (٢٥/٧).
٥- المهذب (٢٩٢/٢).
٦- تبصرة الحكام (٨٣/١).
٧- منهاج الطالبين (١٤٨/١).
٨- معالم القربة (٢٧٠/١).
٩- المدونة الكبرى (١٤٧/١٢).

المبحث الثاني:

الأحكام الفقهية للتحكيم

الفرع الأول:

شروط التحكيم

أولاً - شروط المحكم:

يشترط في المحكم بالفتح عدة شروط، وهي:

١ـ الإسلام:

فيشترط الإسلام للتحكيم بين المسلمين، ولا يشترط الإسلام فيه، فتحكيم الذمي ذمياً صحيح، وتحكيم المرتد موقوف عنده، فإن حكم ثم قتل المرتد أو لحق بطل الحكم، وإن أسلم نفذ، وعندهما جائز بكل حال.

وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لم ينفذ، ولو حكم ذمي بين مسلمين فأجازا، لم يجز كحكمه ابتداء كما في المحيط ويصح أن يكون كافراً في حق كافر فلو أسلم أحد الخصمين قبل الحكم، لم ينفذ حكم الكافر ، على المسلم وينفذ للمسلم على الذمي، وقيل: لا يجوز للمسلم أيضاً، ولهذا قالوا: لو صلح المحكم قاضياً ولم يقولوا: لو صلح شاهداً: لأن الشاهد لا يشترط صلاحيته وقت التحمل، وإنما تشترط وقت الأداء فقط، وأما القاضي والمحكم فتشترط وقت التقليد والقضاء كما علمته وزاد الحكم اشتراطها فيما بينهما[١].

٢ـ قبول التحكيم:

إذا لم يقبل المحكم التحكيم فلا يجوز حكمه، ما لم يجدد التحكيم[٢].

٣- أن يكون أهلا للحكم:

فيشترط أن يكون المحكم وقت التحكيم وقت الحكم أهلا للقضاء، فعلى ذلك لو انتخب الخصمان صبياً وحكم في حال صباه أو بعد البلوغ بناء على التحكيم السابق فلا يصح حكمه ولا ينفذ [٣].

قال ابن حجر: إذا تحاكم رجلان إلى رجل لا يصلح للقضاء لم ينفذ حكمه بالاتفاق[٤].

٤- أن يكون أهلا للشهادة:

وتشترط الأهلية وقته ووقت الحكم جميعاً، فلو حكما عبداً فعتق أو صبيا فبلغ أو ذميا فأسلم ثم حكم لم ينفذ[٥]، ولو حكم عبداً أو صبياً أو ذميا أو محدوداً في قذف لم يصح [٦].

ثانياً- شروط في المحتكمين:

يشترط في المحتكم العقل وإذا حكموا أكثر من محكم، فيجب اتفاقهم.

الفرع الثاني:

أحكام عامة في التحكيم

مسألة «حكم تحكيم المرأة»:

اختلف الفقهاء في حكم تحكيم المرأة، وذلك على النحو التالي:

ذهب الحنفية[٧] والمالكية إلى جواز تحكيم المرأة، قال مالك: يجوز تحكيم المرأة وينفذ حكمها ما لم تأت جوراً أو خطأ.

قال مالك: وكانت الشفاء أم سليمان بن حتمة على السوق في زمن عمر- رضي

١- البحر الرائق (٢٥/٧).
٢- درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٦٤٠/٤).
٣- درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٢٣/٤).
٤- الفتاوى الفقهية الكبرى (٣٩٨/٤).
٥- الدر المختار (٤٢٨/٥).
٦- البحر الرائق (٢٥/٧).
٧- حاشية ابن عابدين (٤٢٨/٥).

الله عنه- كان ولاها إياه، وصاحب السوق لا بد أن يقضي بين الناس[١].

وذكر ابن سماعة عن محمد أنه لا يجوز تحكيم من لا تجوز شهادته كالعبد والمحدود في القذف والصبي والذمي والمرأة.

وعن ابن سماعة عنه أنه لا يجوز تحكيم المرأة[٢].

مسألة «حكم الرجوع في التحكيم»:

إن رجع أحد الخصمين عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم فله ذلك؛ لأنه إنما صار حكماً لرضاه به فاعتبر دوام الرضا.

وإن رجع بعد شروعه فيه وقبل تمامه ففيه وجهان عند الحنابلة، أحدهما: له ذلك؛ لأن الحكم لم يتم أشبه ما قبل الشروع. والثاني: ليس له ذلك؛ لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم مالا يوافقه رجع فيبطل المقصود بذلك[٣].

وإن رجع أحدهما قبل أن يشرع منه جاز، وإن رجع بعده قبل تمامه فوجهان، وقال القاضي: لا ينفذ إلا في الأموال خاصة.

قال ابن حمدان: ليس له الرجوع بعد الرضا بحكمه فائدة له أن يشهد على نفسه بحكمه ويلزم الحكام قبوله وكتابه ككتاب حاكم الإمام[٤].

قال النووي: وإن رجع أحدهما قبل الحكم امتنع الحكم، ولا يشترط الرضا بعد الحكم في الأظهر[٥].

مسألة «حكم الشهادة على التحكيم»:

ينبغي أن يشهدا عليه بالرضا به قبل حكمه، لئلا يجحد المحكوم عليه منهما[٦].

مسألة «إلزامية الحكم»:

اختلف العلماء في إلزامية حكم المحكم على قولين:

القول الأول: لا يلزم حكمه إلا قول بتراضيهما، وهو للشافعي.

وعلل أصحاب هذا القول رأيهم بأن حكمه إنما يلزم بالرضا به، ولا يكون الرضا إلا بعد المعرفة بحكمه[٧].

والقول الثاني:

أنه ملزم، وبهذا قال أبو حنيفة[٨]، والمالكية، والحنابلة، في البحر الرائق: ومن جهة المحكوم به أن لا يكون في حد وقود وصفته قبل الحكم الجواز وبعده اللازوم، وظاهر ما ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء أن الحكم من الإمام بمنزلة القاضضي المولي، فعلى هذا إذا رفع حكمه إلى قاض لا يراه أمضاه[٩].

وقال القرافي: «وعنه من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون، وهو دليل الجواز والإلزام وإلا لما لعن لأن لهما ترك حكمه إذا كان جوراً»[١٠].

وقال ابن قدامة: فإذا حكم بينهما لزم حكمه لأن من جاز حكمه لزم كقاضي الإمام[١١].

أدلة القول الثاني:

ما روى أبو شريح أن رسول الله ﷺ قال له: إن الله هو الحكم فلم تكنى أبا الحكم؟ قال: إن قومي إذا اختلفوا في

١- مختصر اختلاف الفقهاء (٤/٢٠٤).
٢- مختصر اختلاف الفقهاء (٤/٢٠٤).
٣- المغني (١٠/١٣٧).
٤- المبدع (١٠/٢٧).
٥- منهاج الطالبين (١/١٤٨).
٦- المبدع (١٠/٢٧).
٧- المغني (١٠/١٣٧).
٨- المغني (١٠/١٣٧).
٩- البحر الرائق (٧/٢٥).
١٠- الذخيرة (١٠/٣٥).
١١- الكافي (٤/٤٣٧).

شـيء أتوني فحكمت بينهـم ورضي علي الفريقان، قال: ما أحسن هذا فمن أكبر ولدك؟ قال شريح. قال: فأنت أبو شريح. أخرجه النسائي.
وروي عن النبي ﷺ قال من حكم بين اثنيـن تراضيا به لم يعـدل بينهما فهو ملعـون. ولـولا أن حكمـه يلزمهمـا لما لحقه هذا الذم(١).

ولأن عمـر وأبيـاً تحاكمـا إلـى زيـد، وحاكـم عمر أعرابيا إلى شريح قبل أن يوليه، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير مطعم، ولم يكونوا قضاة.

فـإن قيل: فعمـر وعثمان كانـا إمامين فإذا ردا الحكم إلـى رجل صار قاضياً قلنا: لم ينقل عنهما إلا الرضا بتحكيمه خاصـة، وبهـذا لا يصيـر قاضيـاً وما ذكـروه يبطل بمـا إذا رضـي بتصرف وكيله فإنه يلزمه قبل المعرفة به.
إذا ثبـت هذا فإنه لا يجوز نقض حكمه فيمـا لا ينقض بـه حكم من لـه ولاية، وبهذا قال الشافعي، وقـال أبو حنيفة: للحاكـم نقضـه إذا خالـف رأيـه؛ لأن هذا عقد في حق الحاكم فملك فسخه كالعقد الموقوف في حقه.

قـال ابـن قدامـة: ولنـا أن هـذا حكم صحيح لازم فلم يجز فسخه لمخالفته رأيـه كحكم من لـه ولاية، ومـا ذكروه غير صحيح فإن حكمه لازم للخصمين فكيـف يكـون موقوفاً؟ ولـو كان كذلك لملـك فسخـه وإن لم يخالـف رأيه ولا نسلم الوقوف في العقود(٢).

وقـال: قال أصحابنـا إذا حكم رجلان بينهما رجلاً فلكل واحد منهما أن يرجع في ذلك مـا لم يمض الحكومـة، فإذا أمضاها بينهما فليس لواحد منهما أن يرجع فيها، وينبغي للقاضي حين يرفع ذلك إليـه إن كان يوافق الحق عنده أن يمضيـه وإن كان لا يوافـق رأيـه ورأى الحـق غيـره رده وحملهمـا علـى رأيه دون رأي الحكـم، وقال ابـن أبي ليلى: حكم الحكـم جائز عليهمـا، وقال ابن شبرمـة إذا حكم الحكـم بينهما فلكل واحد منهما أن يبطله ما لم يرضيا بعد الحكم(٣).

القـول الثالـث: أنـه ملـزم إن وافـق الصواب، وهو للمالكية.
من المدونة وغيرها لو أن رجلين حكما بينهمـا رجـلا فحكـم بينهمـا أمضاه القاضـي ولا يـرده إلا أن يكـون جـوراً بينـاً، وظاهره ولو كان مخالفاً لما عند القاضي(٤).

وقال ابـن فرحـون: إن الخصمين إذا حكما بينهما رجلاً وارتضياه لأن يحكم بينهما فـإن ذلك جائز في الأموال وما فـي معناهـا، ولا يقيم المحكـم حداً، ولا يلاعـن بيـن الزوجيـن، ولا يحكم في قصـاص أو قذف أو طلاق أو عتاق أو نسـب أو ولاء. وإنمـا استثنيـت هذه المسائل من هـذه القاعدة لاستلزامها إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكمين

١- المبدع (٢٦/١٠).
٢- المغني (١٣٧/١٠).
٣- مختصر اختلاف العلماء (٢٠٣/٤).
٤- التاج والإكليل (١١٢/٦)، ومنح الجليل (٢٨٣/٨).

ومن عـدا هذين المتحاكمين لم يرض بحكم هـذا المحكم فاللعـان يتعلق به حق الولد في نفـي نسبه من أبيه، فقد ينفيه هـذا المحكم وليس له ولاية على الحكـم في هذا الولـد، وكذلك النسب والـولاء يسـري إلـى غيـر المحكمين، ومـن يسري ذلك إليـه لم يرض بحكم المحكم، وكذلك الطلاق والعتق فيهما حـق لله تعالـى، إذ لا يجـوز أن تبقـى المطلقـة البائـن فـي العصمـة ولا أن يـرد العتيق إلى الـرق وإن رضي، والله تعالى لم يجعل النظر في هذه الحقوق إلى هـذا الرجل المحكـم، وحيث قلنا لا يحكـم فـي هـذه المسائـل فلو حكم فيها بغيـر الجور نفذ حكمه وينهى عن العود لمثله، ولو أقام ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو ضـرب الحـد أدب وزجر ومضى ما كان صواباً من حكمه[1].

وفـي المغنـي: قـال مالـك: إذا حكما بينهمـا رجلاً جاز حكمـه عليهما، فإن رفـع إلى قاض لـم يبطلـه إلا أن يكون خطـأ بينـاً، وإن حكمـاه وأقـام البينة عنـده ثم بـدا لواحد منهمـا أن يحكم فقال لا يحكم شيئاً فإني أرى أن يقضي بينهما ويجوز حكمه[2].

مسألة «صورة كتاب التحكيم»:

إذا تحاكـم رجلان إلى رجـل من أهل العلـم والمعرفـة بالأحـكام الشرعية، وشرطه أن تكـون فيه أهليـة القضاء، وسألاه الحكم بينهما:

حضر إلـى شهوده في يـوم (تاريخه) (فـلان وفـلان)، وأشهـدا عليهمـا طوعـاً في صحتهمـا وسلامتهمـا، أنه جـرت بينهما منازعـات، وخصومات، ودعـاوى، فـي (كـذا، وكـذا) وأنهمـا ترافعا إلى (فلان الفلاني) ورضيا به، وحكماه على أنفسهمـا، وجعلاه ناظراً بينهما، وفاصلاً لخصومتهما، وقاطعاً لدعاواهمـا، وحاسماً لمنازعتهما، بعد أن سـألاه أن يحكـم بينهمـا، وأن يلزم كل واحـد منهمـا الواجـب لـه وعليه، وبعـد أن عرفا من علمه وثقته ومعرفته بالقضـاء، ووجوه الأحكام ما جاز لهما معـه تحكيمهما إياه، فقبل فلان منهما ذلك، وحكم بينهما بمـا أوجبه الشرع الشريـف، وبـت القضـاء بمـا قطع به الخصومـة بينهما، وألـزم كلاً منهما بمقتضى ذلك، فرضيا بما حكم به بعد أن حكم، وأشهدا عليهما بذلك.

ويؤرخ[3].

الخاتمة:

يبين مما تقدم أن:

التحكيـم هـو: الاختصـام إلـى غيـر الحاكـم وهـو ثابـت بالكتـاب والسنة والإجماع واختلـف العلماء على ما يقع فيه التحكيم، ومنهم مـن قال بشموله لجميـع المسائل كمـا اشترط الإسلام فـي المحكـم للتحكيم بيـن المسلمين كذلـك يجـب أن يكـون المحكـم وقت التحكيـم ووقـت الحكم أهـلا للقضاء ويجـوز رجـوع أحـد الخصميـن عـن تحكيمـه قبل شروع المحكم في الحكم وقد اختلـف العلماء فـي إلزامية حكم المحكم، والراجح الإلزام.

١- مختصر اختلاف العلماء (٢٠٣/٤).
٢- مختصر اختلاف العلماء (٢٠٣/٤).
٣- جواهر العقود (٣٢٣/٢).

نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

الدكتور خالد عبد الحميد
المستشار بمحكمة التمييز

التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات. وإذا كان اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع المعروض عليها يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب ولاية جهات القضاء، إلا أن التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضاء الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم [١].

ويمكن القول بالبناء على ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق، إذ يحدد طرفاه – وفقاً لأحكامه – نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تَعرض لهما، وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها [٢]. لكن هذا العنصر الإرادي الذي أحاط بالتحكيم في مرحلته الأولى يبدأ في الأفول تدريجياً تاركاً الغلبة منذ بدء مرحلة التداعي للخصائص التي يتسم بها العمل القضائي [٣].

وقد يكون الاتفاق على التحكيم بعد وقوع النزاع بتحرير مشارطة مستقلة عن العقد الأصلي يتفق فيها على اللجوء إلى التحكيم في خصوص هذا النزاع القائم فعلا بين الطرفين، ويسمى الاتفاق في هذه الحالة « مشارطة التحكيم ». كما قد يكون قبل حدوث أى نزاع بالنص في عقد معين على شرط يلزم الطرفين باللجوء إلى التحكيم لحسم ما قد يثور بينهما من منازعات بخصوص هذا العقد، ويسمى في هذه الحالة «شرط التحكيم» [٤]. وليس هناك ما يمنع من أن يرد هذا الشرط في محرر مكتوب مستقل عن العقد الأصلي [٥].

وقد عرف المشرع الكويتي هاتين الصورتين لاتفاق التحكيم وأجازهما بنصه في المادة ١٧٣/١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه « يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين ». فالاتفاق على التحكيم – بالبناء على ذلك – يجوز أن يكون في صورة مشارطة تبرم بعد وقوع النزاع، أو في صورة شرط يتعلق بمنازعات ستنشأ مستقبلاً [٦].

ومتى أبرم اتفاق التحكيم صحيحا فإنه – باعتباره عقدا – يلزم طرفيه باحترامه وإعمال آثاره، فلا يجوز لأحدهما التحلل منه دون موافقة الطرف الآخر. ويتمثل الأثر الجوهرى لهذا الاتفاق في التزام طرفيه بعرض المسائل التي يشتمل عليها على التحكيم، وحجب قضاء الدولة عن الفصل فيها إذا تمسك بذلك أحدهما. وقد أكد المشرع الكويتي هذا الأثر بنصه في المادة ١٧٣/٥ من قانون المرافعات على أنه « ولا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم في شأنها.. ».

ويخضع اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشارطة لمبدأ نسبية أثره، فلا يحتج به

١- حكم محكمة النقض المصرية في الطعنين رقمي ٤٧٢٩، ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ قضائية – جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢.

٢- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الطعن رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية « دستورية » – جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧.

٣- د. سامية راشد، « التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة »، دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٨٤، ص ٧١ ، رقم ٢٣.

٤- د. حمد الله محمد حمد الله، « النظام القانونى لشرط التحكيم في المنازعات التجارية »، دار النهضة العربية – القاهرة ٢٠٠٤، ص ١١ – ١٢ رقم ٧.

٥- د. أحمد عبد الكريم سلامة، « قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى ٢٠٠٤ – دار النهضة العربية – القاهرة، ص ٢٤٨ رقم ٧٨.

٦- د. عزمي عبد الفتاح عطية، « قانون التحكيم الكويتي »، الطبعة الأولى ١٩٩٠ – مطبوعات جامعة الكويت، ص ٩٣.

إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه[١]. فالأصل أن اتفاق التحكيم كالعقد لا تنصرف آثاره إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه والذي لم تربطه صلة بأي من طرفيه.

لكن تحديد الطرف في اتفاق التحكيم الذي يخضع لقوته الملزمة قد يدق في كثير من الأحوال. كما أن نطاق اتفاق التحكيم قد يتسع ليشمل أطرافا في علاقات أخرى ترتبط بالعلاقة الأصلية على الرغم من اعتبارهم من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم.

وعلى ذلك نقسم هذا البحث إلى فصلين نتناول في الفصل الأول منهما أطراف اتفاق التحكيم الذين يخضعون لقوته الملزمة، وفى الفصل الثاني مدى امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير.

الفصل الأول:

أطراف اتفاق التحكيم:

لا يلزم اتفاق التحكيم كقاعدة عامة سوى أطرافه، الذين ارتضوا التحكيم طريقا لفض المنازعات بينهم. فلا يخضع لولاية هيئة التحكيم التي تنشأ بمقتضى هذا الاتفاق من ليس طرفاً فيه. على أن المفهوم القانوني لتعبير "الطرف" الذي ارتضى اتفاق التحكيم يتسع ليشمل الخلف العام، كما قد يمتد إلى الخلف الخاص في أحوال معينة. فنعرض في هذا الفصل للمقصود بأطراف اتفاق التحكيم، ثم لأثر هذا الاتفاق على خلف طرفيه العام والخاص.

المبحث الأول:

المقصود بأطراف اتفاق التحكيم:

يعد طرفاً في اتفاق التحكيم كل من عبر عن إرادته في اتخاذ التحكيم وسيلة لفض نزاع نشأ أو سينشأ بينه وبين طرف آخر، وإقصائه عن سلطة قضاء الدولة، إذا أعقب هذا التعبير عن الإرادة قبول مطابق له من الطرف الآخر[٢]. فقوام اتفاق التحكيم - كغيره من العقود - التراضي بتقابل إرادتين متطابقتين على قبول التحكيم أداة لتسوية منازعاتهم. ويجب أن يتطابق الإيجاب مع القبول في جميع المسائل التي اتجهت إرادة الطرفين إلى الاتفاق عليها، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب في أى مسألة بالزيادة أو النقص أو التعديل فلا ينعقد اتفاق التحكيم. وعلى ذلك إذا كان الاتفاق في صورة مشارطة فإنه يتعين التحقق من تطابق إرادة الطرفين على قبول مبدأ التحكيم في النزاع الذي نشأ بينهما والتراضى على كل المسائل التي تضمنتها هذه المشارطة كاختيار المحكمين أو الجهة التي تتولى التحكيم. أما إذا كان الاتفاق في صورة شرط تحكيم تعين التحقق من تطابق إرادة الطرفين على إدراج هذا الشرط في العقد المبرم بينهما[٣].

ويجب لاعتبار من عبر عن إرادته في اختيار التحكيم طريقا لفض المنازعات مع آخر، طرفاً في هذا الاتفاق - فيخضع لقوته الملزمة - أن تتوافر لديه الأهلية اللازمة لذلك، وأن يكون تعبيره ثابتا بالكتابة. وهو ما سنعرض له تباعا.

أولاً:

أهلية طرفى الاتفاق على التحكيم:

إذا كان الرضا بالتحكيم وسيلة للفصل في المنازعات هو أساس الاتفاق عليه، فلا يقوم بغيره، بحيث إذا انعدم الرضا بطل الاتفاق. فإن توافر الرضا وحده غير كاف ليكون الاتفاق بمنأى عن كل خلل

١- د. علي سيد قاسم، «نسبية اتفاق التحكيم»، دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٠، ص ٤ رقم ٤.

٢- د. علي سيد قاسم ، المرجع السابق، ص ٩ رقم ٨.

٣- انظر : د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٩٣. د. محمود مختار بريري، «التحكيم التجاري الدولي»، دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثانية ١٩٩٩، ص ٣٦ رقم ٢٣. د. حسني المصري، «التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن»، الكويت ١٩٩٦، ص ١٢١.

يعتريه، إذ يلزم أن يصدر هذا الرضا عن شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لإبرامه.

وقد حدد المشرع الكويتي الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم بأنها أهلية التصرف، فنصت المادة ٣/١٧٣ من قانون المرافعات على أنه « ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع ». وعلى ذلك يجب أن يتمتع من يكون طرفاً في اتفاق تحكيم بالأهلية الكاملة التي تمكنه من مباشرة التصرفات القانونية المختلفة. فلا تكفى الأهلية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة أو الحفظ أو أهلية الالتجاء إلى القضاء، وإنما يلزم أن تتوافر لديه أهلية التصرف في المال الذي يتناوله التحكيم بصرف النظر عن طبيعة هذا المال[١].

ويرجع استلزام أهلية التصرف إلى أن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن الحق في اللجوء إلى قضاء الدولة، بما يوفره من ضمانات تقليدية للتقاضي، وأنه قد يترتب عليه فقدان الحق المتنازع عليه إذا قضى المحكمون لغير صالحه[٢].

وينبني على ذلك أنه إذا كان الشخص غير كامل الأهلية بسبب صغر السن، أو لعارض أصاب أهليته بعد بلوغه سن الرشد، كجنون أو عته أو سفه أو غفلة، فإنه لا يجوز له إبرام اتفاق تحكيم. فإذا أبرمه كان الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال بحسب الأحوال. وهو ما سنعرض له تفصيلا فيما يلى.

الصغير : لا يملك الصغير أهلية التصرف في أمواله فلا يكون له إبرام اتفاق التحكيم. فإذا لم يكن قد أكمل السابعة من عمره فهو غير مميز، وتكون أهليته لأداء التصرفات معدومة، وتقع كل تصرفاته باطلة[٣].

وإذا كان الصغير قد أكمل السابعة من عمره ولم يبلغ سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية فهو مميز وتكون تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحته[٤]. فإذا أبرم اتفاق تحكيم جاز له بعد بلوغه سن الرشد أو لوليه قبل ذلك التمسك ببطلانه، ولا يجوز ذلك للطرف الآخر لأن البطلان مقرر لمصلحة القاصر دون غيره[٥].

ويعد الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد، عديم الأهلية أو ناقصها بحسب الأحوال، من غير حاجة إلى تدخل من القاضى. إذ أن الصغير محجور عليه لذاته، لأن السن أمر موضوعى ليس من شأنه أن يثير كبير خلاف، وإن أثاره أمكن حسمه من غير حاجة إلى تدخل القضاء[٦].

لكن الصغير المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره جاز الاذن له في إدارة أمواله كلها أو بعضها[٧]، وتكون له في هذه الحالة أهلية إجراء التصرفات التي تقتضيها إدارة الأموال التي تسلم له، في حدود الاذن[٨]. كما تكون للصغير، أياً كانت سنه، أهلية التصرف فيما يعطى له من مال لأغراض نفقته[٩]. وعند بلوغه الخامسة عشرة تكون له أهلية إبرام عقد العمل، كما تكون له أهلية التصرف في أجره وفي غيره مما يكسب

١- د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٩٨.
٢- انظر : د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٩٨. د. فتحى والى، «الوسيط في قانون القضاء المدني»، القاهرة ١٩٨٠، ص ٩٢٨ رقم ٤١٠.
٣- المادة ٨٦ من القانون المدني الكويتي.
٤- المادة ٨٧ من القانون المدني الكويتي.
٥- انظر حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٧١/٢/١٦، السنة ٢٢ ص ١٧٩.
٦- المادة ١/٨٥ من القانون المدني الكويتي، والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني – الطبعة الثالثة ١٩٩٩ – ص ٩٧.
٧- المادة ٨٨ من القانون المدني الكويتي.
٨- المادة ٩٢ من القانون المدني الكويتي.
٩- المادة ١/٩٣من القانون المدني الكويتي.

من عمله[١]. وفى هذه الأحوال كلها يكون له إبرام اتفاق تحكيم إذا تعلق النزاع بالأموال التي يجوز له التصرف فيها، وفى حدود هذه الأموال.

وكذلك يجوز للقاصر المأذون له بالاتجار الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تثيرها التجارة التي أذن له فيها وفى حدود الأموال الداخلة في هذه التجارة، وذلك مثلما يجوز له التقاضى بشأنها[٢].

المجنون والمعتوه : المجنون معدوم أهلية الأداء وتقع تصرفاته كلها باطلة[٣]، كالصغير غير المميز. أما المعتوه فتسري على تصرفاته أحكام تصرفات الصغير المميز[٤]. فتكون تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحته. وعلى ذلك لا يجوز لأي منهما إبرام اتفاق تحكيم، فإذا أبرمه المجنون كان باطلاً بطلاناً مطلقاً وجاز لكل ذى مصلحة التمسك بهذا البطلان. أما إذا أبرمه المعتوه فإنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحته، فيجوز له بعد شفائه أو للقيم عليه قبل ذلك التمسك بهذا البطلان.

ويسري هذا الحكم ولو كانت المحكمة لم تعين قيما على المجنون أو المعتوه[٥] ذلك أن المجنون والمعتوه، كالصغير، محجور عليهما لذاتهما أى بحكم الشرع وبغير حاجة إلى تدخل القاضى. إذ أن الجنون والعته يمسان من الإنسان ذات عقله، وهما من بعد أمران واضحان يدمغان ببصماتهما تصرفات صاحبهما، بحيث يصعب عدم التعرف عليهما إلا فيما ندر[٦].

السفيه وذو الغفلة : السفه والغفلة يؤثران في أهلية من يصاب بهما فيصبح كل من السفيه وذى الغفلة ناقص الأهلية، وتسرى على تصرفاتهما أحكام تصرفات الصغير المميز، فتكون هذه التصرفات إذا كانت دائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحته. لكن يشترط لذلك أن يصدر قرار بالحجر عليهما وأن يشهر هذا القرار. أما التصرفات الصادرة قبل شهر قرار الحجر، فلا تكون قابلة للإبطال إلا إذا أبرمت بالتواطؤ توقعا للحجر[٧].

وإذا كان السفيه مأذونا له في إدارة أمواله كلها أو بعضها فإنه تكون له أهلية إجراء التصرفات التي تقتضيها هذه الإدارة في حدود الإذن الصادر له[٨]. وتكون له أهلية التصرف فيما يخصص له من مال لأغراض نفقته[٩]، وفيما يعود عليه من أجر أو غيره من عمله[١٠]. ومن ثم تكون له في الأحوال سالفة البيان إبرام اتفاق تحكيم بخصوص هذه الأموال التي يجوز له التصرف فيها إذا ثار نزاع بشأنها.

المفلس : لا يؤثر حكم شهر الإفلاس في أهلية المفلس إذ يظل متمتعاً بأهليته كاملة[١١]، لكن يترتب على صدور هذا الحكم أن تغل يده عن التصرف في أمواله وعن إدارتها[١٢]. فلا يجوز له الاتفاق على التحكيم في شأن هذه الأموال، وإذا أبرم مثل هذا الاتفاق فلا يكون باطلاً وإنما لا يحتج به على جماعة الدائنين[١٣].

وإذا كان المفلس قد أبرم اتفاق التحكيم قبل الحكم بشهر إفلاسه، فإنه يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره، ويكون لمدير

١- المادة ١/٩٤ من القانون المدني الكويتي.
٢- د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ١٢٣.
٣- المادة ١/٩٨ من القانون المدني الكويتي.
٤- المادة ٩٩ من القانون المدني الكويتي.
٥- المادتان ٣/٩٨، ٩٩ من القانون المدني الكويتي.
٦- المادة ١/٨٥ من القانون المدني الكويتي، والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني – ص ٩٧، ٩٨.
٧- المادة ١٠١ من القانون المدني الكويتي
٨- المادتان ١٠٣، ١٠٤ من القانون المدني الكويتي.
٩- المادة ١٠٥ من القانون المدني الكويتي.
١٠- المادة ١٠٦ من القانون المدني الكويتي.
١١- د. علي البارودى و د. محمد فريد العريني، « القانون التجاري – الجزء الأول – الأوراق التجارية والإفلاس»، دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية ٢٠٠٠، ص ٣٠٠ رقم ٢٠٤.
١٢- المادة ١/٥٧٧ من قانون التجارة الكويتي.
١٣- د. محسن شفيق، « التحكيم التجاري الدولي »، دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٧، ص ١٧٧ رقم ١١٤.

التفليسة بعد صدور الحكم متابعة إجراءات خصومة التحكيم[١].

ولا يجوز لمدير التفليسة إبرام اتفاق تحكيم لحسم المنازعات المتعلقة بأموال التفليسة، إذ ليست له إلا سلطة إدارة هذه الأموال والمحافظة عليها[٢]. لكنه يجوز له قبول التحكيم في كل نزاع يتعلق بالتفليسة إذا صدر إذن من قاضي التفليسة بذلك بعد أخذ رأي المراقب وسماع أقوال المفلس أو إخطاره بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول[٣].

ثانيا :

الكتابة شرط لإثبات الاتفاق على التحكيم :

لم يستلزم المشرع شكلاً معيناً للاتفاق على التحكيم – شرطاً كان أو مشارطة – فهو يتم بمجرد اقتران الايجاب بالقبول، لكنه لا يثبت إلا بالكتابة. فالكتابة هي شرط لاثباته وليست شرطاً لانعقاده[٤].

وهذا هو ما أفصحت عنه المادة ٢/١٧٣ من قانون المرافعات بنصها على أنه «ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة» فيشترط لإثبات اتفاق التحكيم – أياً كان الشكل الذي يتخذه – أن يكون مكتوباً[٥].

ويتفق هذا الاتجاه مع موقف المشرع المصرى قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، إذ كانت المادة ٢/٥٠١ من قانون المرافعات المصرى[٦] توجب الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم شرطاً كان أم مشارطة وليس لانعقاده أو لصحته. لكن هذا الاتجاه تغير بصدور القانون سالف البيان والذي استلزم أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً[٧]، وهو ما كانت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية قد أخذت به، فلا تلتزم الدول المتعاقدة الاعتراف باتفاق التحكيم إلا إذا كان مكتوباً[٨]، فالكتابة وفقا للاتفاقية تعد ركناً أساسياً يجب توافره لامكان القول بوجود اتفاق تحكيم وليست مجرد شرط لإثباته[٩]. لكن المشرع الفرنسي أخذ باتجاه مخالف، إذ فرق بين شرط التحكيم والمشارطة واشترط الكتابة لوجود وصحة شرط التحكيم بينما لم يتطلبها في المشارطة إلا للاثبات فقط[١٠].

وعلى ذلك فإن الاتفاق على التحكيم – وفقا للاتجاه الذي أخذ به المشرع الكويتي – ينعقد منذ تلاقى إرادة طرفيه على اتخاذه طريقاً للفصل في المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما، وتأتي الكتابة بعد ذلك لا لتكون مظهراً للتعبير عن الإرادة بل طريقاً لإثبات وجودها.

وإذا كان اتفاق التحكيم – بالبناء على ذلك – لا يجوز اثباته بشهادة الشهود أو بالقرائن، فإنه لا يوجد ما يمنع من

١- انظر : د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ١٠٣ – ١٠٤. د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦٣ رقم ١٠٨. د. علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص ١٠ رقم ٨.

٢- المادة ٦٣٠ من قانون التجارة الكويتي.

٣- المادة ٢/٦٤٩ من قانون التجارة الكويتي.

٤- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ١٩٩٧ تجارى، جلسة ١٩٩٨/٥/١٧، السنة ٢٦ ج ١ ص٣٠٦.

٥- د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ١٣٢.

٦- ألغيت المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات المصرى بموجب المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

٧- المادة ١٢ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

٨- انظر المادة الثانية من اتفاقية نيويورك.

٩- انظر : د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٢٣٥ رقم ١٣٦. د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ١٣٠. د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٣٣٨ رقم ٣٣٩. وعكس هذا الرأى : د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، رقم ١٢٣ ص ٤٢٥ وما بعدها، إذ يرى أن نص اتفاقية نيويورك لم يحدد هل الكتابة متطلبة لوجود اتفاق التحكيم وصحته أم متطلبة لاثباته، ويرجح أن الاتفاقية جعلت الكتابة شرطاً لإثبات الاتفاق وليس لوجوده وصحته.

١٠- انظر : د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ١٦١. د. محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص ٤٣ رقم ٢٩. د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٤٢١ – ٤٢٢ رقم ١٢٢.

اثباته بما يقوم مقام الكتابة وهو الإقرار واليمين[١]. ذلك أن الاقرار واليمين تؤديان إلى حسم النزاع في الواقعة التي كانت موضوعاً لأيهما لتصير في غير حاجة إلى إثبات، ويعتبران لذلك طرقا معفاة من الاثبات، لكن المشرع اعتبرهما من طرق الإثبات لأنهما يقومان مقام أقوى هذه الطرق[٢].

وإذا كان الأصل أن تتحقق الكتابة بتدوين اتفاق التحكيم في محرر يوقع عليه الطرفان، فإن الكتابة يمكن أن تتحقق أيضاً في حالة تبادل رسائل أو مكاتبات تتضمن الاتفاق على التحكيم، أو بالاحالة إلى عقد أو شروط نموذجية تتضمن شرط التحكيم. وهو ما سنعرض له تباعاً.

(١) اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف :

الغالب أن يتم تحرير اتفاق التحكيم بأن يبرم الطرفان اتفاقاً خاصاً على التحكيم في منازعة معينة، أو ينصان في العقد الأصلي على الالتجاء إليه إذا قام نزاع بينهما[٣]. وحتى يعتد بهذا المحرر المكتوب دليلاً كاملاً في الإثبات يجب أن يحمل توقيع من يحتج به عليه، فالتوقيع هو الشرط الجوهري الوحيد في المحرر العرفي الذي يمنحه حجيته في الإثبات ويسمح بنسبته إلى من صدر منه[٤]. ذلك أن التوقيع يقوم بوظيفتين هما تعيين صاحبه وأن إرادته قد انصرفت نهائياً إلى الالتزام بمضمون ما وقع عليه[٥]، فيعد عدم التوقيع على المحرر قرينة على أن طرفيه قد عدلاً عن المضى قدما في إبرام الاتفاق[٦].

وعلى ذلك فإن من وقع على اتفاق التحكيم – شرطاً كان أو مشارطة – معبرا عن إرادته في قبوله يعد طرفاً فيه. ولا يلزم أن يوقع الطرفان بجوار شرط التحكيم إذا ورد بنداً من بنود العقد الاصلى، إذ أن توقيعهما في نهاية العقد ينصرف إلى جميع بنوده[٧]. وإذا كان العقد مثبتا في محرر متعدد الأوراق فإنه يكفي التوقيع على الورقة الأخيرة، ولا يشترط التوقيع على سائر أوراقه متى قام الدليل على اتصال كل منها بالأخرى اتصالاً وثيقاً بحيث تكون معا محرراً واحدا[٨].

وقد لا يتضمن العقد أى توقيع لأطرافه كتذكرة السفر بطريق الجو أو البرأو السكك الحديدية، إذ تعد التذكرة بمنزلة عقد النقل وهي لا تحمل توقيع الناقل أو الراكب. ولكن التراضي يتوافر من اصدار التذكرة من جانب شركة النقل وحصول الراكب عليها ودفع مقابلها واستخدامها، فيتوافر بذلك الايجاب والقبول على العقد وعلى جميع ما تحمله التذكرة من شروط للنقل وتحديد المسئولية والاختصاص القضائي[٩].

(٢) اتفاق التحكيم الذي تضمنته الرسائل المتبادلة بين الطرفين :

لم يحدد المشرع شكل الكتابة المستلزمة لإثبات اتفاق التحكيم، لذلك فإنه يكفي للحكم بتوافرها أن يثبت الاتفاق فيما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة[١٠].

ولم يذكر المشرع الكويتي هذه الصورة

١- د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٩٢٩ رقم ٤١٠. د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ١٣٢. د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ١١٦.

٢- د. محمود جمال الدين زكي، « المبادئ العامة في نظرية الإثبات »، القاهرة ٢٠٠١، ص ٢٧ رقم ٦.

٣- د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٧٤ رقم ١١٣.

٤- د. ثروت عبد الحميد، « التوقيع الإلكتروني »، القاهرة ٢٠٠١، ص ١٧ رقم ١٢.

٥- د. محمد حسام محمود لطفي، « استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها »، القاهرة ١٩٩٣، ص ١٢.

٦- د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١٦ رقم ١١.

٧- د. محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص ٤٢ رقم ٢٨.

٨- د. حسام الدين كامل الأهواني، « النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول – مصادر الالتزام »، القاهرة – الطبعة الثانية ١٩٩٥، ص ١٢٨ رقم ١٥.

٩- د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ١٢٩ رقم ١٥٢ وكذلك ص ١٣٤ رقم ١٦٠.

١٠- د. علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص ٤٨ رقم ٢٩.

صراحة، لكن اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ أوردتها فاعتدت بالإتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات[١]. واعترفت محكمة التمييز الكويتية بهذه الصورة فأيدت حكم محكمة الاستئناف الذي قضى بثبوت الاتفاق على التحكيم على الرغم من عدم توقيع الطاعنة على العقد المتضمن شرط التحكيم استناداً إلى إقرار وكيلها به بموجب اخطار موجه منه للمطعون ضدها بالموافقة على عرض النزاع على هيئة التحكيم وتعيينه محكما عنها، ورد المطعون ضدها على هذا الإخطار[٢].

لكن يجب التحقق من تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين بشأن التحكيم. فإذا أرسل طرف رسالة تتضمن عرض الالتجاء إلى التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بمناسبة العقد الذي يجرى التفاوض لإبرامه، لزم التحقق من صدور قبول من الطرف الآخر واتصال هذا القبول بعلم الطرف الآخر[٣].

وتتفق هذه الصورة مع القواعد العامة التي لا تستلزم لإنعقاد العقد اثبات الايجاب والقبول في محرر واحد[٤]، فقد يثبت الايجاب في مكاتبات والقبول في مكاتبات أخرى[٥]. ويؤيدها أن المشرع جعل للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الاثبات[٦]، وألزم التاجر بأن يحتفظ بصورة مطابقة للأصل من جميع المراسلات والبرقيات التي يرسلها لأعمال تجارته، وأن يحتفظ بجميع ما يرد إليه من مراسلات وبرقيات وفواتير وغيرها من المستندات التي تتصل بأعمال تجارته[٧].

(٣) الإحالة إلى عقد أو شروط نموذجية تتضمن شرط التحكيم:

قد لا يتضمن العقد الأصلي شرطاً صريحاً باللجوء إلى التحكيم، ولكن يكتفى أطرافه بالإحالة إلى عقد نموذجي أو شروط عامة تتضمن شرطاً بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم. كالإحالة عند الإتفاق على بناء منشأة صناعية ونقل تكنولوجيا إلى الشروط العامة الواردة في العقد النموذجى الذي أعدته اللجنة الاقتصادية لأوربا عام ١٩٥٧ والذي يحتوى على شرط التحكيم لصالح غرفة التجارة الدولية بباريس. أو الإحالة في نطاق عقود المقاولات الدولية في مجال البناء والتشييد إلى الشروط العامة للفيديك والتى تتخذ التحكيم طريقاً لتسوية المنازعات بين رب العمل والمقاول والمهندس[٨]. كما يمكن أن تكون الإحالة إلى عقد سابق بين الطرفين يشتمل على شرط التحكيم.

ويعتبر شرط التحكيم في هذه الحالة جزءا مكملاً للعقد الأصلي فيلتزم أطرافه به، وتكون تسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم عن ذلك العقد بطريق التحكيم[٩]. ولكن يشترط لذلك أن يعلم الطرفان بتضمن العقد المحال إليه شرط التحكيم، فلا تصلح لذلك الإحالة العامة التي يظهر منها عدم علم أحد الطرفين بوجود شرط التحكيم[١٠].

يؤيد ذلك ما نصت عليه المادة ١/٥١ من القانون المدني من أنه « إذا اتفق المتعاقدان على أن تسرى في شئونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية، سرت هذه الأحكام، ما لم يثبت أي منهما أنه عند حصول الإتفاق بينهما

١- المادة ٢/٢ من اتفاقية نيويورك.
٢- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ١٩٩٧ تجارى، جلسة ١٩٩٨/٥/١٧، السنة ٢٦ ج ١ ص ٣٠٦.
٣- د. محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص ٤٢ رقم ٢٨.
٤- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣١٠ لسنة ٣٠ قضائية، جلسة ١٩٦٦/١/١١، السنة ١٧ ص ٧١.
٥- د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ١٢٩ رقم ١٥١.
٦- المادة ١٦ من قانون الإثبات الكويتى.
٧- المادة ٣١ من قانون التجارة الكويتى.
٨- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٢٥٩ – ٢٦٠ رقم ٨٠.
٩- د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ١٣٧.
١٠- د. محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص ٤٣ رقم ٢٨.

لم يكن يعلم بهذه الأحكام ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها» فالأصل أن يلتزم الطرفان جميع الشروط الواردة في العقد النموذجي المحال إليه ومنها شرط التحكيم، ولكن يجوز لأحدهما التمسك بعدم سريان هذا الشرط عليه إذا أثبت أنه لم يكن يعلم به عند إبرام العقد ولم تتح له الفرصة للعلم به.

المبحث الثاني:

أثر اتفاق التحكيم على من يخلف طرفيه:

إذا كان انصراف أثر اتفاق التحكيم إلى طرفيه أمرا تحتمه طبيعته، فإن هذا الأثر لا يقف عندهما وإنما ينتقل إلى من يخلفونهما. فينتقل بعد موت أحد طرفيه إلى خلفه العام، كما ينتقل إلى الخلف الخاص لأيهما في حالات معينة. فنعرض في هذا المبحث لأثر اتفاق التحكيم على الخلف العام، ثم لأثره على الخلف الخاص.

أولاً:

أثر اتفاق التحكيم على الخلف العام:

الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها. فالخلافة العامة تتحقق بالوفاة عن طريق الميراث أو الوصية، لكن الوصية لا تكون مصدراً للخلافة العامة إلا إذا كانت بجزء من التركة كمجموع قانوني، أما إذا كانت بعين معينة من أموال الموصي فإن الموصي له يعد خلفاً خاصاً[1].

والقاعدة أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام للمتعاقدين، وفي ذلك تقضي المادة ١/٢٠١ من القانون المدني بأنه « تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بأحكام الميراث». وعلى ذلك فإن اتفاق التحكيم – باعتباره عقدا – ينصرف أثره إلى الخلف العام لطرفيه، فيعتبرون أطرافا في هذا الاتفاق الذي يبرمه سلفهم وذلك إذا لم يستنفد كل آثاره في أثناء حياة السلف. وهم يكتسبون هذه الصفة بحكم القانون، ودون الاعتداد بإرادتهم، ولو كانون يجهلون وجوده[2].

ويشترط لانصراف أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام أن يكون قد نشأ صحيحا، بأن توافقت إرادة السلف مع إرادة الطرف الآخر على اختيار التحكيم طريقاً لحسم المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما. فإذا كان ما صدر عن السلف هو إيجاب فإنه يسقط بموته إذا لم يصدر قبول اتصل بعلمه قبل ذلك[3]، أما إذا كان ما صدر عنه هو قبول للإيجاب الموجه إليه فإنه يسقط إذا لم يتصل هذا القبول قبل موته بعلم الموجب[4].

ولا ينال من انصراف أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام أن يكون ذلك دون إخلال بأحكام الميراث، إذ إن المقصود بذلك هو عدم المساس بقاعدة أن لا تركة إلا بعد سداد الديون. ذلك أن ديون المورث تتعلق بتركته ولا تنشغل بها ذمة ورثته، فلا تنتقل هذه الديون إليهم إلا في حدود ما آل إليهم من أموال التركة[5]. ويكون مؤدى اعمال هذه القاعدة أن حكم التحكيم الذي يصدر بناء على اتفاق التحكيم الذي أبرمه السلف لا يرتب التزامات على عاتق الخلف العام ولا يحملهم بديونه إلا في حدود ما آل إليهم من تركته.

١- د. محمود جمال الدين زكي، « الوجيز في نظرية الالتزام »، القاهرة ١٩٦٨، ص ١١٨ رقم ١٠٩.

٢- د. محمد نور شحاتة، « مفهوم الغير في التحكيم »، دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٦، ص ٥٣ رقم ٧٠.

٣- المادة ٤٢ من القانون المدني الكويتي.

٤- المادة ٤٥ من القانون المدني الكويتي.

٥- د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٤٠ رقم ٤٦٦.

وإذا انتقل اتفاق التحكيم إلى الورثة وكان أحدهم قاصراً أو ناقص الأهلية، فإن الاتفاق لا يسري في مواجهته ويتعين عرض النزاع بالنسبة له على قضاء الدولة أو الانتظار لحين بلوغه سن الرشد أو زوال سبب نقص أهليته وعرض النزاع على التحكيم[1]. لكن يجوز عرض النزاع بالنسبة لباقي الورثة كاملي الأهلية على التحكيم، ولا يكون لهم الامتناع عن ذلك إلا إذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة فتعين عرض النزاع بأكمله على قضاء الدولة[2].

الاستثناءات على قاعدة انصراف أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام:

أورد المشرع استثناءات على قاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠١ من القانون المدني على أن «.. آثار العقد لا تنصرف إلى الخلف العام لأحد المتعاقدين أو لكليهما إذا اقتضى ذلك العقد أو طبيعة التعامل أو نص في القانون».

فإذا اتفق الطرفان على أنه في حالة موت أحدهما لا يلتزم الورثة باتفاق التحكيم الذي أبرماه، فإن اتفاقهما يكون صحيحاً ويتعين إعماله تطبيقاً لقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» وعرض النزاع على قضاء الدولة، ما لم يتفق الورثة بعد ذلك مع الطرف الآخر على إحالة النزاع إلى التحكيم.

وإذا اقتضت طبيعة التعامل عدم انصراف أثر العقد الأصلي إلى الخلف العام بأن كانت شخصية أحد المتعاقدين أو صفة خاصة فيه قد روعيت في إبرام العقد، كعقد عمل مع فنان أو العقد الذي يلتزم فيه طبيب علاج مريض، وكذلك إذا منع انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام نص في القانون، فإن ذلك لا يمنع من التزامهم باتفاق التحكيم لحسم المنازعات التي تثور بشأن ما يرتبه هذا العقد من حقوق مالية.

الخلافة العامة في الأشخاص الاعتبارية:

لا تقتصر الخلافة العامة على الأشخاص الطبيعية، إذ تمتد أيضاً إلى الأشخاص الإعتبارية كما يحدث في حالة اندماج الشركات[3]. ذلك أن الشركة الدامجة تخلف الشركة المندمجة في كل مالها من حقوق وما عليها من التزامات بقوة القانون[4].

ويتحقق الاندماج بإحدى طريقتين: إما بطريق الضم وهو حل شركة أو أكثر ونقل ذمتها إلى شركة قائمة، أو بطريق المزج وهو حل شركتين أو أكثر وتأسيس شركة جديدة تنتقل إليها ذمة كل من الشركات المندمجة[5].

ويترتب على الاندماج بعد استيفاء إجراءاته واعتباره نهائياً أن تحل الشركة الدامجة أو الشركة الجديدة محل الشركات المندمجة في جميع حقوقها والتزاماتها[6]، أي أنها تخلفها خلافة عامة في هذه الحقوق والالتزامات. فتكون الشركة الدامجة أو الجديدة هي وحدها التي تختصم في خصوصها بعد أن زالت شخصية الشركة المندمجة وانقضت بالاندماج. وعلى ذلك تلتزم الشركة الدامجة أو الجديدة باتفاق التحكيم الذي أبرمته الشركة المندمجة، كما يسري في مواجهتها حكم التحكيم وتلتزم تنفيذه إذا كان الاندماج قد حدث في أثناء الوقت الذي استغرقته إجراءات التحكيم[7].

لكن الحكم يختلف في حالة انقسام الشركة، ذلك أن الانقسام قد يقترن بعملية اندماج، بأن تنقسم ذمة شركة واحدة إلى قسمين أو أكثر ويندمج كل

١- د. محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٥٣ رقم ٧١.
٢- د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ١٤٠.
٣- د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٣٩ رقم ٤٦٥.
٤- د. علي قاسم، المرجع السابق، ص ١٨ رقم ١٣.
٥- المادة ٢٢٢ فقرة ١ بند ١، ٢ من قانون الشركات التجارية.
٦- الفقرة الأخيرة من المادة ٢٢٥ من قانون الشركات التجارية.
٧- د. علي قاسم، المرجع السابق، ص ١٨ رقم ١٣. د. محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٥٣ رقم ٧١.

قسم في شركة قائمة بما يكون عالقاً به من حقوق والتزامات. وقد يكون الانقسام غير مقترن بعملية اندماج، بأن تنقسم ذمة شركة واحدة إلى قسمين أو أكثر وتقوم على كل قسم شركة جديدة. ويترتب على الانقسام في الحالتين انقضاء الشخصية المعنوية للشركة المنقسمة[١].

وإذا كانت الشركة المنقسمة قد أبرمت اتفاق تحكيم يتعلق بالذمة المالية لأحد أقسامها، فإن الشركة التي اندمج فيها هذا القسم أو الشركة الجديدة التي قامت عليه، تلتزم الاتفاق باعتبار أنها قد حلت محله فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ومنها الحق في التحكيم أو الالتزام به.

أما إذا لم يتعلق اتفاق التحكيم بقسم معين من أقسام الشركة المنقسمة، وإنما بذمتها المالية في مجموعها، فإن الشركات الناتجة عن الانقسام تلتزم على وجه التضامن هذا الاتفاق[٢]. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه في حالة انقسام شركة واندماج أقسام ذمتها في شركتين قائمتين فإن الشركتين تصبحان ملتزمتين بالتضامن بجميع ديون الشركة المنقسمة[٣].

وإذا تحولت الشركة من شكل قانوني إلى شكل قانوني آخر، فإن هذا التحول لا يؤثر على التزامها اتفاق التحكيم الذي أبرمته. ذلك أن تحول الشركة لا يترتب عليه اكتسابها شخصية معنوية جديدة، وتظل محتفظة بما لها من حقوق وما عليها من التزامات سابقة على التحول[٤].

ثانياً : أثر اتفاق التحكيم على الخلف الخاص :

يقصد بالخلف الخاص من يتلقى من السلف حقا معينا كان قائما في ذمته، سواء أكان هذا الحق عينياً أم شخصياً أم معنوياً. كالمشتري يخلف البائع في ملكية العين المبيعة، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع، والمحال له يخلف المحيل في الحق المحال به، والناشر يخلف المؤلف في حق نشر المصنف[٥].

والأصل أن الخلف الخاص لا يتأثر بالعقد الذي يبرمه السلف، ما لم يرتض هو ذلك أو يقضي به القانون، إذ يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد. لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء «إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية متصلة بمال معين على نحو يجعلها من توابعه، أو أنشأ التزامات متصلة به على نحو يجعلها من محدداته، ثم انتقل المال إلى خلف خاص، فإن تلك الحقوق والالتزامات تنتقل معه»[٦].

وعلى ذلك فإنه إذا أبرم شخص عقداً أنشأ حقوقا أو التزامات بشأن مال معين انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الحقوق والالتزامات تنتقل من السلف إلى الخلف الخاص مع المال المتصلة به والذي يحصل فيه الاستخلاف. بشرط أن تكون هذه الحقوق من توابع المال أي خادمة له ومفيدة في استخلاص المنفعة منه، كعقد التأمين الذي أبرم لدرء الخطر عن الشيء، وأن تكون الالتزامات من محددات هذا المال أي تحد من الانتفاع به وتضيق من مجال الإفادة منه، كالتزام مالك العقار بعدم مباشرة نشاط معين فيه[٧].

ويشترط بالاضافة لما تقدم، بالنسبة للالتزامات التي أنشأها العقد، أن يكون الخلف الخاص عالماً بها عند إبرام

١- انظر في ذلك : د. حسني المصري، «اندماج الشركات وانقسامها»، الطبعة الأولى – القاهرة – ١٩٨٦، ص ٤٨ رقم ٢٧ وما بعدها.

٢- انظر : د. علي قاسم، المرجع السابق، ص ١٩ رقم ١٣ – وأشار إلى حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ ١٩٩١/٣/٢٩.

٣- حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٦٣/٢/١٣، مشار إليه في : د. حسني المصري، «اندماج الشركات وانقسامها»، المرجع السابق، ص ٥٠ – ٥١ رقم ٢٩.

٤- المادة ٢٢٠ من قانون الشركات التجارية.

٥- د. محمود جمال الدين زكي، «الوجيز في نظرية الالتزام»، المرجع السابق، ص ١٢١ رقم ١١٢. د. محمد حسام محمود لطفي، «مصادر الالتزام»، القاهرة – ٢٠٠٠، ص ١٥٩.

٦- المادة ١/٢٠٢ من القانون المدني الكويتي.

٧- انظر في انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص وشروطه : د. عبد الفتاح عبد الباقي، «نظرية العقد والإرادة المنفردة»، القاهرة ١٩٨٤، ص ٥٧٧ رقم ٢٨٧ وما بعدها.

التصرف أو في مقدوره العلم بها، وإلا لم تنتقل إليه[١].

وينبني على ذلك أن العقد الذي أنشأ الحقوق أو الالتزامات التي انتقلت إلى الخلف الخاص إذا ورد به شرط تحكيم، فإن أثر هذا الشرط ينصرف إلى الخلف الخاص فيحق له التمسك به واللجوء إلى التحكيم في خصوص النزاع المتعلق به[٢]. لكن لا يجوز الاحتجاج عليه بشرط التحكيم إلا إذا كان عالماً به أو كان في مقدوره العلم به. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ ١٩٩٠/١١/٦ قضاء محكمة الموضوع برفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة لوجود شرط تحكيم استنادا إلى أن هذا الشرط وإن كان يعد من ملحقات العقد الذي انتقل إلى الشركة المدعية إلا أنه لا ينتقل إليها إلا إذا كانت على علم به وهي كانت تجهل بوضوح وجوده[٣].

وإذا كانت الخصومة معروضة أمام هيئة التحكيم، فإن الخلف الخاص يلتزم السير في إجراءات التحكيم إذا كان عالماً بها، ويلتزم بالحكم الذي تصدره الهيئة، كما يكون هذا الحكم حجة له[٤].

الحوالة : يعد المحال له خلفاً خاصاً للمحيل، فيمتد أثر اتفاق التحكيم الذي أبرمه قبل انعقاد الحوالة بخصوص الحق المحال به إليه. فإذا كانت الحوالة للعقد بما تضمنه من حقوق والتزامات، أو للحقوق وحدها، فإن المحال له يحق له الاحتجاج بهذا الاتفاق في مواجهة الطرف الآخر. كما يحق لهذا الطرف الاحتجاج به في مواجهته إذا كان عالماً به أو كان في مقدوره العلم به.

يؤيد ذلك أن الحوالة تنقل إلى المحال له الحق ذاته الذي كان للمحيل في ذمة مدينه بصفاته وتوابعه وتأميناته[٥]. وأن المدين له أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له، وقت نفاذ الحوالة في حقه، أن يحتج بها على المحيل[٦]. فالمحال له يصبح بالنسبة للحق الذي آل إليه كما لو كان طرفاً في العقد الأصلي الذي تولد منه هذا الحق، فيجوز للمدين التمسك تجاهه بكل الدفوع التي كانت له قبل المحيل[٧]، ومنها الدفع بالتحكيم وهو أحد الدفوع الناشئة عن العقد الأصلي.

لكن يشترط لامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى المحال له أن تكون الحوالة قد نشأت صحيحة، وأن تكون نافذة في حق المدين، وهي لا تكون كذلك إلا إذا قبلها أو أعلنت له[٨].

وفى حالة الحلول القانوني أو الاتفاقي فإن من يحل محل الدائن يكون له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع[٩]. وعلى ذلك فإنه يلتزم باتفاق التحكيم الذي كان الدائن قد أبرمه مع الطرف الآخر. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن شرط التحكيم الذي تم ادراجه في عقد النقل تلتزمه شركة التأمين التي حلت محل الناقل في حقوقه[١٠].

ويمكن أن يطبق الحكم سالف البيان الخاص بحوالة الحق على حوالة الدين التي يترتب عليها نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه[١١]. ذلك أن المحال عليه يحل في مواجهة الدائن محل المدين الأصلي في ذات الدين بصفاته وتوابعه

١- المادة ٢/٢٠٢ من القانون المدني الكويتي.
٢- د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص ٢٠٩ رقم ١٤٥.
٣- انظر في عرض وقائع القضية والحكم الصادر فيها : د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٤٥٣ هامش ٢.
٤- د. حمد الله محمد حمدالله، المرجع السابق، ص ٢٠٩ رقم ١٤٥.
٥- المادة ٣٦٨ من القانون المدني الكويتي.
٦- المادة ٣٧٠ من القانون المدني الكويتي.
٧- د. علي قاسم، المرجع السابق، ص ٢٠ رقم ١٥.
٨- المادة ٣٦٦ من القانون المدني الكويتي.
٩- المادة ٣٩٦ من القانون المدني الكويتي.
١٠- د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص ١٩٧ رقم ١٣٧.
١١- المادة ١/٣٧٧ من القانون المدني الكويتي.

وتأميناته[١]، ويكون له التمسك بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بهذا الدين[٢]. فيحتج باتفاق التحكيم الذي كان قائماً بين الدائن والمدين الأصلي على المحال عليه إذا كان عالماً به، كما يكون له الاحتجاج به في مواجهة الدائن.

لكن يشترط لامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى المحال عليه في حوالة الدين أن تكون هذه الحوالة نافذة في حق الدائن. وإذا كانت الحوالة قد عقدت بين المدين الأصلي والمحال عليه فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها[٣].

الفصل الثاني: امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير:

تقضي القواعد العامة بأن العقد لا يضر الغير، فلا يستطيع بذاته وبمجرده أن يحملهم بالتزام ما، كما أنه أيضاً لا ينفعهم فلا يرتب لهم حقاً. وهو ما أكدته المادة ٢٠٣ من القانون المدني بنصها على أن « العقود لا تنفع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما.. » . وهو ما يعرف بنسبية آثار العقد.

وهذه القاعدة تطبق على اتفاق التحكيم كما رأينا باعتباره عقداً، فلا يرتب أثراً إلا على طرفيه وخلفائهما. لكن القواعد العامة تقرر استثناءات على هذه القاعدة في حالتي التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير. فهل يمتد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير في هاتين الحالتين أيضاً أم لا ؟

وبالاضافة إلى ذلك فقد نشأت نتيجة التطورات الاقتصادية الحديثة، ظاهرة تجمع عدد من الشركات وخضوعها لإدارة اقتصادية واحدة. فهل تلتزم الشركة العضو في مجموعة الشركات اتفاق التحكيم الذي تبرمه شركة أخرى في المجموعة ذاتها ؟

فنعرض في المبحث الأول لأثر اتفاق التحكيم على الغير وفقاً للقواعد المدنية التقليدية، وفى المبحث الثاني لأثر اتفاق التحكيم بالنسبة لمجموعة الشركات.

المبحث الأول: أثر اتفاق التحكيم على الغير وفقا للقواعد المدنية التقليدية:

إذا تضمن عقد التعهد عن الغير شرط تحكيم، فهل يمتد أثر هذا الشرط إلى الغير المتعهد عنه ؟ وهل يختلف الأمر إذا ورد هذا الشرط في عقد اشتراط لمصلحة الغير ؟ نعرض لهذين الموضوعين فيما يلي.

أولا - التعهد عن الغير :

يحدث في بعض الأحيان أن يتعهد شخص لآخر بأن يجعل أحدا من الغير يلتزم نحوه أمراً معيناً، ويقع هذا التعهد صحيحا، ويترتب عليه أن يلتزم المتعهد ما تعهد به دون ذلك الغير[٤]. فلا يتحمل الغير المتعهد عنه بأي التزام من جراء ذلك التعهد لأنه أجنبي عنه.

فالمتعهد يتعاقد باسمه هو وليس باسم الغير الذي تعهد عنه، ويقصد بأن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير. ويكون محل التزامه هو الحصول على موافقة الغير على إلتزام أمر معين، وهو التزام تحقيق نتيجة وليس مجرد بذل عناية[٥].

ويتحدد موقف الغير من هذا التعهد بأحد فرضين : الأول أن يرفض التعهد فيظل أجنبياً عن العقد ولا يرتب في ذمته أى التزامات، ولا تنعقد مسئوليته عن ذلك[٦]. لكن المتعهد يعد مخلاً بتعهده ويلتزم بتعويض المتعهد له عما يناله من ضرر بسبب إخلاله، ما لم يعرض هو أن يقوم بنفسه بالأمر المتعهد به، وكان ذلك في مقدوره من غير ضرر ينال المتعهد له[٧].

والفرض الثاني أن يقبل الغير التعهد وفى هذه الحالة يقوم عقد جديد بينه وبين المتعهد له، يختلف عن عقد التعهد

١- المادة ١/٣٨١ من القانون المدني الكويتي.
٢- المادة ٣٨٢ من القانون المدني الكويتي.
٣- المادة ١/٣٧٨ من القانون المدني الكويتي.
٤- المادة ١/٢٠٤ من القانون المدني الكويتي.
٥- د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٥٩ رقم ٤٩٩.
٦- د. محمد حسام محمود لطفي، «مصادر الالتزام»، المرجع السابق- ص ١٧١.
٧- المادة ٢/٢٠٤ من القانون المدني الكويتي.

من حيث أطرافه وموضوعه. فأطراف عقد التعهد هما المتعهد والمتعهد له، وأطراف العقد الجديد هما الغير والمتعهد له. وموضوع عقد التعهد هو الحصول على قبول الغير بالالتزام، أما العقد الجديد فموضوعه يختلف بحسب طبيعة هذا الالتزام[١].

ولا يكون لهذا العقد الجديد أثر رجعي، إذ يتحمل الغير بالالتزام من وقت رضاه به، ما لم يتبين أنه قصد أن يستند أثر هذا الرضا إلى وقت صدور التعهد[٢].

وينبني على ذلك أن شرط التحكيم الوارد في عقد التعهد لا يمتد أثره إلى الغير في جميع الأحوال، ذلك أنه إذا رفض التعهد ظل أجنبياً عنه ولا يرتب في ذمته أى التزامات. وإذا قبل التعهد فإن العقد الجديد الذي ينشأ نتيجة لذلك يختلف في موضوعه عن عقد التعهد، على ما سلف البيان، فلا يلتزم شرط التحكيم الوارد فيه إلا إذا وافق هو على ذلك. وأخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأى فقضت بأنه إذا تعهد شخص لآخر بأن يحمل أحداً من الغير على اقراضه، فإن شرط التحكيم الوارد في عقد التعهد لا يحتج به في مواجهة الغير متى قبل إقراض المتعهد له[٣].

ثانيا :

الاشتراط لمصلحة الغير :

يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير إذا اشترط الشخص، عند تعاقده عن نفسه، على المتعاقد معه التزامات معينة يتعهد بأدائها لشخص من الغير، هو المنتفع أو المستفيد، إذا كان للمشترط في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة مادية أوأدبية[٤]. فالمشترط يتعاقد باسمه الشخصي أصيلاً عن نفسه، فهو ليس بنائب عن المستفيد الذي يعتبر من الغير بالنسبة لعقد الاشتراط.

ويترتب على الاشتراط أن يثبت للمستفيد في ذمة المتعهد حق شخصي له، قوامه المنفعة المشترطة له. وهو حق يثبت له مباشرة من عقد الاشتراط، دون مرور بذمة المشترط، ويكون له أن يستأديه من المتعهد بدعوى مباشرة ما لم يتفق على خلافه. كما يجوز للمشترط أن يطالب المتعهد بأداء الحق المشترط للمستفيد ما لم يتفق على قصر ذلك للمستفيد وحده[٥].

وإذا تضمن عقد الاشتراط شرط تحكيم، فإنه في نطاق العلاقة بين المشترط والمتعهد يلتزم الاثنان هذا الشرط. ذلك أن العلاقة بينهما يحكمها عقد الاشتراط المبرم بينهما فيلتزمان بما ورد به من شروط ومنها شرط التحكيم.

أما في نطاق العلاقة بين المتعهد والمستفيد، فإن المستفيد كما ذكرنا يعتبر من الغير بالنسبة إلى عقد الاشتراط، فهو ليس طرفاً فيه، ولو قبل الحق المشترط. لأن قبوله لا يجعل منه طرفاً فيه فهو ينصب فقط على ثبوت الحق له إعمالاً لفكرة أنه لا يمكن أن نقرر حقا لشخص على الرغم من إرادته. لكن على رغم من ذلك فإن الحق المشترط يثبت للمستفيد شخصياً مباشرة من عقد الاشتراط، فهو لا يعتبر خلفا للمشترط، ويترتب على ذلك أنه يجوز له مطالبة المتعهد بهذا الحق بدعوى مباشرة كما ذكرنا. وفى هذه الحالة يجوز للمتعهد أن يتمسك في مواجهته بكل الدفوع الناتجة له من عقد الاشتراط والتى كان له التمسك بها في مواجهة المشترط[٦].

لذلك اختلف الرأي حول أثر شرط

١- د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٥٩ - ٣٦٠ رقم ٥٠٠.
٢- المادة ٣/٢٠٤ من القانون المدني الكويتي.
٣- مشار إليه في: د. علي قاسم، المرجع السابق، ص ٣٦ رقم ٢٢ وهامش ١.
٤- المادة ١/٢٠٥ من القانون المدني الكويتي.
٥- المادة ٢٠٦ من القانون المدني الكويتي، والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني ص ١٩٥.
٦- د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٩٧ رقم ٢٩٧ وما بعدها.

التحكيم على كل من المتعهد والمستفيد في نطاق العلاقة بينهما، فذهب رأى إلى أن المستفيد لا يجوز له إلا المطالبة بتنفيذ الاشتراط الذي تقرر لمصلحته، ولا يجوز له التمسك بشروط العقد الأخرى ومنها شرط التحكيم لأنه ليس طرفاً فيه[١]. بينما ذهب رأي آخر إلى أن المنطق القانوني لنظام الاشتراط لمصلحة الغير يقتضى عدم التمسك في مواجهة المستفيد بشرط التحكيم، وإن كان لهذا الأخير التمسك به فهو بالنسبة له حق له وليس التزاماً عليه[٢].

لكننا نرى أن نص المادة ٢٠٧ من القانون المدني جاء صريحا في أن المتعهد يجوز له أن يتمسك في مواجهة المستفيد بكل الدفوع التي تنشأ له من عقد الاشتراط، والتى كان يمكنه أن يتمسك بها في مواجهة المشترط. فإذا كان الدفع بالتحكيم من الدفوع التي كان يجوز له التمسك بها في مواجهة المشترط، فإنه يجوز له التمسك بهذا الدفع في مواجهة المستفيد في الدعوى المباشرة التي يقيمها عليه.

أما المستفيد فإنه يتلقى حقه من عقد الاشتراط، فإذا أراد الاستفادة من شرط التحكيم الوارد به فإننا لا نرى مانعاً يمنعه من ذلك[٣].

المبحث الثاني: أثر اتفاق التحكيم على مجموعة الشركات:

أدى التطور التكنولوجى وازدياد رؤوس الأموال إلى ظهور نزعة واضحة في المجتمعات الحديثة نحو التركز الاقتصادي في المشروعات، وذلك بتأسيس مجموعات الشركات التي تجمعها رابطة اقتصادية واحدة مع استقلال كل شركة منها من الناحية القانونية. فإذا أبرمت إحدى شركات المجموعة عقدا مع الغير يتضمن الاتفاق على التحكيم، فهل تمتد آثار هذا الاتفاق إلى باقي الشركات الأعضاء في هذه المجموعة أم تقتصر على الشركة التي أبرمته وحدها.

للإجابة عن هذا التساؤل نحدد أولاً المقصود بمجموعة الشركات، ثم نتكلم عن أثر اتفاق التحكيم عليها.

(١) المقصود بمجموعة الشركات:

يقصد بمجموعة الشركات التجمع الذي يضم عدداً من الشركات تجمعها رابطة اقتصادية واحدة وتهدف إلى تحقيق غرض مشترك، وتتمتع كل منها باستقلال قانوني، وتمارس إحداها سلطة الرقابة والتوجيه عليها جميعا. ويطلق على الشركة المسيطرة اسم الشركة الأم، وعلى الشركات الخاضعة اسم الشركات التابعة أو الوليدة[٤].

وتتعدد الأغراض التي تنشأ من أجلها مجموعة الشركات، فقد يكون القصد منها تحقيق التكامل الرأسي بينها بقيامها بانجاز عمليات انتاجية متكاملة، فتتخصص كل منها في عملية واحدة منها. وقد يكون القصد تحقيق التكامل الأفقى بينها بالتوسع في نشاط المشروع الذي يتخصص في عملية انتاجية واحدة، وذلك بزيادة عدد العمال أو رأس المال أو الفروع التابعة له. وقد تمارس شركات المجموعة أنشطة مختلفة ويكون تجمعها بقصد توزيع المخاطر بينها. كما قد يكون القصد من انشاء مجموعة الشركات توفير قدر من لامركزية الإدارة في المشروعات الكبرى أو من المرونة لغزو أسواق جديدة[٥].

والمميز الرئيسى لمجموعة الشركات هو أن كل شركة من الشركات الوليدة تتمتع باستقلال قانوني في مواجهة بعضها بعضاً وفى مواجهة الشركة الأم. فتكون لها شخصية اعتبارية مستقلة واسم يميزها عن غيرها وأهلية وموطن قانوني، وذمة مالية منفصلة عن الذمم المالية لباقي شركات المجموعة،

١- د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٧٠ رقم ٥٢٢.

٢- د. محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٧٣ رقم ٨٥.

٣- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٤٥٠ رقم ١٣١.

٤- د. علي قاسم، « الشركات التجارية »، دار النهضة العربية – القاهرة – الطبعة الثالثة ٢٠٠٥، ص ٥٥١ رقم ٥٥٨.

٥- د. على قاسم، « الشركات التجارية »، المرجع السابق، ص ٥٥١ رقم ٥٥٩. وانظر: « الموسوعة العربية » وموقعها على شبكة الانترنت : www.arab-ency.com تحت عنوان « الاحتكار».

وجنسية خاصة بها[١].

لكن على الرغم من الاستقلال القانوني لهذه الشركات، فإنها تخضع اقتصادياً للشركة الأم التي تملك اصدار التعليمات والأوامر لكل شركات المجموعة.

فالشركة الأم تمارس سلطة الرقابة والتوجيه على الشركات الوليدة التابعة لها، فهي تحدد الأهداف الاقتصادية للمجموعة وترسم استراتيجيتها وتلزم الشركات الوليدة باتباعها[٢].

وتتحقق سيطرة الشركة الأم على شركاتها الوليدة من خلال السيطرة على سلطة اتخاذ القرار في هذه الشركات بما يمكنها من التحكم فيها والسيطرة عليها، وقد يكون ذلك عن طريق تملكها أغلبية الأسهم في رأس مال تلك الشركات. أو عن طريق اتفاق مع باقي المساهمين فيها يكفل لها السيطرة على الإدارة أياً كانت نسبة الأسهم التي تتملكها.

ويستوي أن تقع الشركة الأم والشركات الوليدة في نطاق إقليمي واحد، كما هو الحال بالنسبة للشركة القابضة والشركات التابعة لها. أو أن تقع في دول مختلفة وتتمتع كل منها بجنسية مختلفة، وهي ما يطلق عليها الشركات المتعددة الجنسيات. فالشركة القابضة هي مثال لمجموعة الشركات في النطاق الوطني بينما الشركات متعددة الجنسيات هي مثالها في النطاق الدولى[٣].

وإذا كان المشرع الكويتي لم يضع تنظيما متكاملا لمجموعة الشركات، فإنه تناول تنظيم الشركات القابضة في الباب الثامن من قانون الشركات التجارية وعرفها بأنها « شركة الهدف منها تملك أسهم شركات مساهمة كويتية أو أجنبية وكذلك تملك أسهم أو حصص في شركات ذات مسئولية محدودة أجنبية أو الاشتراك في تأسيس هذه الشركات بنوعيها وإدارتها وإقراضها وكفالتها لدى الغير[٤].

فأجاز المشرع بذلك انشاء شركات قابضة يكون غرضها الأساسي تملك أسهم شركات أخرى أو تأسيسها، دون تفرقة بين ما إذا كانت هذه الشركات داخل الكويت أو خارجها. وأجاز لها الاشتراك في إدارة الشركات التي تملك فيها أسهما وإقراضها وكفالتها لدى الغير[٥]. لكن المشرع لم يبرز المميز الرئيسى لهذه الشركات وهو نزوعها إلى السيطرة على الشركات التي تساهم فيها[٦]، وهو ما قد يتحقق عن طريق الاشتراك في إدارتها أو عن طريق القروض التي تمنحها لها.

(٢) أثر اتفاق التحكيم على مجموعة الشركات :

إذا أبرمت إحدى الشركات الأعضاء في المجموعة اتفاق تحكيم فهل يجوز التمسك بهذا الاتفاق في مواجهة الشركات الأخرى في المجموعة ذاتها التي لم توقع على الاتفاق، أو يجوز لإحدى هذه الشركات طلب التحكيم مستندة إليه ؟

اختلفت آراء الفقه وأحكام القضاء في الدول المختلفة في الإجابة عن هذا التساؤل. ويمكن التمييز بين اتجاهين رئيسيين في ذلك :

الاتجاه الأول يذهب إلى رفض مد اتفاق التحكيم الذي أبرمته شركة إلى باقي شركات المجموعة أخذاً بتفسير ضيق

١- د. شريف محمد غنام، « مدى مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركتها الوليدة المصرية »، بحث نشر في مجلة الحقوق التي يصدرها مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد ١ السنة ٢٧ - مارس ٢٠٠٣، القسم الأول - ص ٣٣٨ رقم ٧.

٢- د. شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ٣٣٩ رقم ٨. د. علي قاسم، « الشركات التجارية »، المرجع السابق، ص ٥٥٢ رقم ٥٦١.

٣- د. شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ٣٤٢ رقم ١٣.

٤- المادة ٢٢٧ من قانون الشركات التجارية.

٥- المادة ٢/٢٢٨، ٣ من قانون الشركات التجارية.

٦- د. حسني المصري، « شركات الاستثمار »، دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨١، ص ٣٠ رقم ٢٠.

لهـذا الاتفـاق. إذ يجـب أن يستند ذلك الامتـداد إلـى إرادة حقيقيـة وصريحـة لأطـراف مجموعة الشـركات للإرتباط بهذا الاتفـاق. فلا تعد الشركـة التي لم توقـع الاتفـاق طرفاً فيه ولـو تدخلت في المفاوضـات التـي انتهـت إلـى إبرامـه أو شاركـت فـي تنفيـذه، إذ لا تعـدو في هـذه الحالة أن تكون وكيلـة عن الشركة الأم[١].

أما الاتجاه الثانـي فيذهب إلى أن اتفاق التحكيـم الذي وافقت عليـه شركة يمتد إلـى الشـركات الأخرى التـي تنتمى إلى المجموعـة ذاتهـا ولو لم تكـن قد وقعت عليـه استنـاداً إلى أن مسلكهـا بالتدخل فـي المفاوضات أو في تنفيذ العقد يخلق لـدى المتعاقد الآخر اعتقـاداً بأن العقد الأصلـي والاتفـاق على التحكيـم الوارد بـه ملـزم لـكل الشـركات الأعضـاء في المجموعة[٢].

والتزامـاً بهـذا الاتجـاه الأخيـر أكـدت محكمـة استئنـاف باريـس فـي أحـكام عديدة لها أن شرط التحكيم الذي قبلته صراحة بعض شـركات المجموعة يجب أن يقيـد الشـركات الأخرى التـي تبدو، بالـدور الذي لعبته في إبـرام أو تنفيذ أو فسخ العقود المنطوية على ذلك الشرط، وكأنهـا أطراف حقيقية فـي تلك العقود أو كأنها معنية أساسـاً بالمنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها[٣].

ويعتبـر حكم محكمـة استئنـاف باريس فـي قضية شركـة « سان جوبـان Saint Gobain » ضـد شركـة « داو كيميـكال Dow Chemical » مـن أشهـر هـذه الأحكام. وتخلص وقائع هذه القضية في أن شركتين أعضاء في مجموعة شركات « داو كيميكال » هما « داو كيميكال أوربا» و«داو كيميكال سويسرا» تعاقدتا مع شركة « سان جوبان» الفرنسية لتوزيع منتجاتها من العوازل الحرارية في فرنسا. وبدأت الشركتان المتعاقدتـان في تنفيذ العقد بتوريد البضائع إلـى الشركة الفرنسية، واشتركت في هـذا التنفيذ الشركة الأم « داو كيميـكال الدوليـة» وشركـة أخرى تابعـة لهـا هـي « داو كيميـكال فرنسا». وحدث خـلاف بشأن البضائـع الموردة قامت على إثـره الشركة الأخيرة بفسخ العقد، لكن الشركـة الفرنسية استمرت فـي توزيـع المنتجـات واستخدامهـا. فلجأت الشركـة الأم وتابعتها الفرنسية إلى التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية. فدفعـت الشركـة الفرنسيـة المحتكـم ضدهـا بعدم اختصـاص هيئة التحكيم استنـاداً إلـى أن هاتيـن الشركتيـن لم تكونـا أطرافاً في عقد التوزيع المتضمن شـرط التحكيـم. وردت هيئـة التحكيم علـى الدفع بـأن « شـرط التحكيم الذي قبلته صراحة بعض شركات المجموعة يلـزم الشـركات الأخـرى التـي لعبـت دورا فـي إبرام أو تنفيـذ أو فسخ العقود المتضمنة شرط التحكيم، والتى ظهرت وفقا للإرادة المشتركة لجميع الخصوم كما لـو كانـت أطرافا حقيقيـة في هذه العقـود أو تعنيهـا بدرجة كبيـرة العقود المبرمة والمنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها». وأيدت محكمـة استئناف باريس هـذا الحكـم عند نظـر دعـوى بطلانه للأسباب ذاتها التي استندت إليها هيئة التحكيم[٤].

وقـد أيـدت محكمـة النقـض المصرية الاتجـاه ذاته فاشترطت لالتزام الشركة الأم باتفاق التحكيـم الذي تبرمه إحدى الشـركات التابعة لهـا أن يثبـت أنها قد

١- انظر في عرض هذا الاتجاه والأحكام المؤيدة له : د. محمد نور شحاته، المرجـع السابـق، ص ٧٦ – ٧٧ رقـم ٨٩. د. أحمد عبـد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٤٦٣ رقم ١٣٣.

٢- د. محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٧٧ رقم ٩٠.

٣- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٤٦١ رقم ١٣٢.

٤- انظر في عرض وقائع القضية : د. علي قاسم، « نسبية اتفاق التحكيم »، المرجع السابق رقم ٢٨ ص ٤٣ وما بعدها.

تدخلت في تنفيذ العقود المبرمة معها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم بهذا الاتفاق[١]. وكانت وقائع القضية تخلص في أن شركة « كير للمشروعات الانشائية » تعاقدت مع شركة للخدمات البترولية على توريد كمية من « مواسير الزهر المرن »، لكن شركة كير لم تقم بتوريد كامل الكمية المتفق عليها فلجأت شركة الخدمات البترولية إلى التحكيم إعمالا لعقد الاتفاق المبرم بينهما. وأدخلت شركة «كير سيرفس ليمتد» في خصومة التحكيم باعتبارها الشركة الأم للشركة المتعاقد معها. وقضت هيئة التحكيم بإلزام الشركتين المحتكم ضدها والمدخلة بالتضامن بباقي ثمن البضائع وبالتعويض. فأقامت الشركة الأم دعوى ببطلان هذا الحكم استناداً إلى أن لها شخصية اعتبارية مستقلة عن الشركة المحتكم ضدها وأنها لم تكن ممثلة في اتفاق التحكيم، وأجابتها محكمة الاستئناف إلى طلبها فقضت ببطلان حكم التحكيم. وأيدت محكمة النقض الحكم بالنسبة للشركة الأم استنادا إلى أن « مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأسمالها لا يعد دليلا على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتملة على شرط التحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى ».

ونرى أن هذا المعيار الذي أخذت به محكمة النقض المصرية يتفق مع طبيعة نظام التحكيم وقيامه على إرادة الأطراف. ذلك أن مجرد تجمع عدد من الشركات في مجموعة واحدة ترتبط فيما بينها بوحدة اقتصادية لا يكفي وحده للقول بامتداد أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة إلى الشركة الأم أو إلى باقي الشركات في المجموعة ذاتها، لأن هذا القول يتعارض مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم ومع المميز الرئيسى لمجموعة الشركات وهو تمتع كل شركة منها بشخصية اعتبارية مستقلة عن باقى الشركات وعن الشركة الأم.

لكن ذلك لا يعني الاستقلال التام لهذه الشركات وتنصلها من اتفاق التحكيم الذي أبرمته إحداها، إذا ثبت اشتراكها كلها أو بعضها فعلا في إبرام العقد الذي تضمن شرط التحكيم ولو لم توقعه أو لعبت دورا في تنفيذه أو في فسخه، وتسببت بذلك في وقوع خلط لدى المتعاقد الآخر بشأن الطرف المتعاقد معه بسبب تداخل أنشطتها وصعوبة التمييز بينها، فتعد في هذه الحالة طرفاً في اتفاق التحكيم ويمتد أثره إليها[٢].

ويتصل بذلك أن تكون هذه الشركات هي مجرد شركات صورية، بحيث لا يوجد من الناحية الفعلية سوى شركة واحدة هي الشركة الأم التي تستقل وحدها بإدارة هذه الشركات واصدار الأوامر والتوجيهات إليها والاستفادة من مزايا العقود التي تبرمها فتنصرف إليها آثار التصرفات والأنشطة التي تمارسها. وقد تظهر هذه الصورية من وحدة الإدارة في هذه الشركات فيدير جميع الشركات شخص واحد أو مجموعة واحدة من الأشخاص، ومن وحدة الأنشطة التي تمارسها الشركات. فتكون هذه الشركات هي مجرد شركات وهمية انشئت بقصد إخفاء أنشطة الشركة الأم ونشاطها التجاري وإدخال الغش على من يتعامل معها[٣]. ويكون الجزاء في هذه الحالة هو أن تكون الشركة الأم مسئولة عن تصرفات الشركات التابعة لها وتلتزم ما أبرمته من عقود وما تضمنته من شروط ومنها شرط التحكيم.

١- حكم محكمة النقض المصرية في الطعنين رقمي ٤٧٢٩، ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ قضائية، جلسة ٢٢/٦/٢٠٠٤.

٢- د. علي قاسم، « نسبية اتفاق التحكيم »، المرجع السابق، ص ٥١ رقم ٢٩.

٣- د. شريف محمد غنام، المرجع السابق – القسم الثاني – مجلة الحقوق، العدد ٢، السنة ٢٧، يونيو ٢٠٠٣، ص ٢٠٣.

خاتمة :

نخلص مما تقدم إلى أن اتفاق التحكيم هو عقد كغيره من العقود يخضع لمبدأ نسبية أثره، فلا يحتج به إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه ولا ينصرف أثره إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه ولم تربطه صلة بأي من طرفيه. وهويرتب أثرا جوهريا يتمثل في التزام طرفيه بعرض النزاع الذي يثور بينهما على التحكيم والامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة.

ويعد طرفاً في اتفاق التحكيم، فيخضع لقوته الملزمة، كل من ارتضى التحكيم وسيلة لفض نزاع نشأ أو سينشأ بينه وبين طرف آخر. ولكن يجب أن تتوافر لديه الأهلية اللازمة لإبرام مثل هذا الاتفاق، وهي أهلية التصرف. فلا يجوز للصغير، أو لمن أصاب أهليته عارض كجنون أو عته أو سفه أو غفلة، ابرام اتفاق تحكيم. فإذا أبرم مثل هذا الاتفاق كان باطلاً أو قابلاً للإبطال بحسب الأحوال، فيكون بالنسبة للصغير الذي لم يكمل السابعة من عمره والمجنون باطلا بطلانا مطلقا يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به. أما بالنسبة للصغير الذي أكمل السابعة من عمره ولم يبلغ سن الرشد، والمعتوه والسفيه وذي الغفلة فيكون قابلا للإبطال لمصلحته.

كما يلزم لمن يعد طرفاً في اتفاق التحكيم أن يثبت تعبيره عن إرادته بالكتابة، وقد تتمثل هذه الكتابة في محرر يوقع عليه الطرفان، أو في رسائل ومكاتبات متبادلة بينهما تتضمن الاتفاق على التحكيم. كما قد تتمثل في مجرد الإحالة إلى عقد أو شروط نموذجية تتضمن شرط التحكيم.

ولا يقتصر أثر اتفاق التحكيم على طرفيه وإنما يمتد إلى خلفهما العام، فيعتبر الخلف العام طرفاً في هذا الاتفاق الذي أبرمه السلف إذا لم يستنفد كل آثاره أثناء حياته. ولا تقتصر الخلافة العامة على الأشخاص الطبيعية، إذ تتحقق أيضاً في الأشخاص الاعتبارية كما في حالة اندماج الشركات، فتنقضى الشركة المندمجة وتخلفها الشركة الدامجة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات بقوة القانون.

ويلتزم الخلف الخاص اتفاق التحكيم الذي أبرمه السلف إذا تعلق بالحقوق أو الالتزامات التي أنشأها العقد الذي انتقل إليه. فيحق له التمسك به واللجوء إلى التحكيم في خصوص هذا النزاع، لكن لا يجوز الاحتجاج عليه بشرط التحكيم إلا إذا كان عالماً به أو كان في مقدوره العلم به.

وإذا كانت القوة الملزمة لاتفاق التحكيم لا يخضع لها سوى طرفيه وخلفهما العام والخاص، فإن الغير لا يمتد إليه أثر هذا الاتفاق. وعلى ذلك لا يمتد أثر شرط التحكيم الوارد في عقد التعهد عن الغير إلى هذا الغير، لأنه لو رفض التعهد ظل أجنبياً عن العقد، أما لو قبله فإنه ينشأ نتيجة لذلك عقد جديد يختلف في موضوعه عن عقد التعهد.

لكن الحكم يختلف في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، إذ رغم أن المستفيد يعتبرمن الغير بالنسبة لعقد الاشتراط، إلا أننا نرى أن المتعهد يجوز له أن يتمسك في مواجهته بشرط التحكيم. إذ أجاز له المشرع التمسك في مواجهة المستفيد بكل الدفوع التي تنشأ له من عقد الاشتراط فيدخل فيها الدفع بالتحكيم . كما لا يوجد ما يمنع من استفادة المستفيد من شرط التحكيم إذا أراد التمسك به في مواجهة المتعهد.

وفى حالة تجمع عدد من الشركات في مجموعة واحدة، تتمتع فيها كل منها باستقلال قانوني وتمارس إحداها سلطة الرقابة والتوجيه عليها جميعا. فإن اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحداها لا يمتد أثره إلى الشركة الأم أو إلى باقى شركات المجموعة، إلا إذا ثبت اشتراكها في إبرام العقد المتضمن شرط التحكيم أو أنها أدت دوراً في تنفيذه أو في فسخه بحيث نتج عن ذلك وقوع خلط لدى المتعاقد الآخر بشأن الطرف المتعاقد معه.

وإذا كان هذا التجمع للشركات تجمعاً صورياً، فلا توجد من الناحية الفعلية سوى شركة واحدة هي الشركة الأم. فإنها تلتزم كل العقود التي تبرمها الشركات التابعة لها وما تتضمنه من شروط ومنها شرط التحكيم.

ومجمل القول إن امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى غير طرفيه وخلفهما العام والخاص ينبغى أن يؤخذ بحذر شديد، حتى لا يدخل في خصومة التحكيم من لم تتجه إرادته إلى اختيار هذا الطريق لحسم المنازعات مع آخر – بالمخالفة للطبيعة الإتفاقية للتحكيم – ويحرم بذلك من اللجوء إلى قضاء الدولة بما يكفله من ضمانات. فالتحكيم هو في جميع الأحوال طريق استثنائى يتعين التيقن من أن ولوجه كان عن إرادة صحيحة قاصدة إقصاء قضاء الدولة عن نظر المنازعة المزمع عرضها عليه.

مؤسسات التحكيم

إعداد : أسرة التحرير

لقد عرف التحكيم كآليه فعالة لفض المنازعات، وتطور على مر السنين بتطور نظم الاقتصاد والتجارة العالمية وذلك لقدرته على توفير سرعة الإجراءات ومرونتها وسرية جلسات التحكيم والكفاية المهنية المتميزة للمحكمين في موضوعاته وغيرها من المزايا العديدة.

واستجابة لمتطلبات العصر في مجال التحكيم ودعماً للنشاط التجاري وتفعيل الاقتصاد الوطني بدولة الكويت ظهرت بعض مراكز التحكيم الخاصة تنظمها بعض الجمعيات المهنية مثل جمعية المحامين وجمعية المهندسين، بالإضافة إلى ما ينظمه التشريع من تحكيم اختياري وتحكيم قضائي يتناول كافة الأنشطة، عدا قليل من المسائل لما تتسم به من طبيعة خاصة، فضلاً عن ذلك وعلى المستوى الإقليمي ظهر مركز التحكيم التجاري لدول الخليج وسوف نتناول في هذا الاستطلاع وبقدر ما يتسع له المقام السمات الخاصة بهذه المراكز على نحو ما يلي:

أولاً- التحكيم الخاص:

١- مركز تحكيم جمعية المحامين الكويتية:

يتيح المركز من خلال التحكيم الدولي أو الإقليمي أو المحلي أو من خلال التوفيق أو الوساطة سبيلاً لحل الخلافات التي تنشأ في مجال المعاملات جميعها سواء كانت تجارية أو مصرفية أو أي منازعة كانت، ويجوز أن يمثل الطرفين في التحكيم أشخاصاً من اختيارهما كما يجوز لهما تعيين أشخاص من اختيارهما لمعاونتهما في مباشرة التحكيم، هذا والمركز له سلطة تعيين المحكم الوحيد أو المحكم المرجح أو المحكمين إذا لم يتفق الأطراف على غير ذلك وقد وضع المركز نظاما له تناول الاجراءات التي يخضع لها التحكيم أمام المركز.

وتطبق هيئة التحكيم بالمركز على موضوع المنازعات الوطنية القوانين السارية في دولة الكويت ما لم يتفق طرفا التحكيم صراحة على خلاف ذلك، أما المنازعات ذات العنصر الأجنبي فتحسم طبقاً لقواعد قانون التجارة النموذجي الذي وضعته لجنة التجارة الدولية بالأمم المتحدة (الانسيترال) ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وجدير بالإشارة أن هيئة التحكيم وفقاً لنظام المركز لا تقضي بالصلح أو وفقا لقواعد العدل والإنصاف إلا إذا أتفق الأطراف على ذلك، وقد وضع هذا النظام أجلًا تنظيمياً لصدور حكم التحكيم هو ستة أشهر من تاريخ التوقيع على وثيقة مهمة هيئة التحكيم أو اعتمادها، كما يوفر النظام فكرة التحكيم المعجل حيث تنظر فيه دعوي التحكيم في جلسات لا تتجاوز ثلاثة أيام ولا يجوز بحال أن يستغرق نظر النزاع والحكم فيه أكثر من عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي للشروع في التحكيم.

ويباشر المركز نوعا من الوسائل البديلة في تسوية المنازعات منها نظام الوساطة حيث يتم حل النزاع عن طريق وسيط محايد يعينه المركز بعد مشاورة الطرفين ما لم يتفقا فيما بينهما على شخص الوسيط أو على إجراء آخر لتعيينه، ويعمل الوسيط على تسوية النزاع دون أن يكون له أية سلطة لفرض تسوية على الطرفين.

هذا ويقوم المركز بتنفيذ برامج متخصصة للتدريب والإعداد على أعمال التحكيم وبدائله، ويجري أيضا الدراسات والبحوث العملية في هذا المجال وكذلك ينظم الدورات والمؤتمرات المتعلقة بالتحكيم فضلاً

عن إعداد قائمة معلومات تتضمن التشريعات وأحكام المحاكم والمحكمين الوطنية والأجنبية.

٢- لجنة التحكيم الهندسي:

أُنشأت بجمعية المهندسين الكويتية «لجنة التحكيم وتأهيل المحكمين» حفاظاً على حقوق المهندسين أو الغير، وأنيط بها تأهيل وتسجيل وتصنيف واختيار المحكمين لفض النزاعات ووضع اللوائح والأنظمة باللجنة، واختير مقر جمعية المهندسين الكويتية مقراً لها. وحددت اللجنة أهدافها فيما يلي:

- وضع الأسس واللوائح المنظمة للتحكيم والمحكمين والخبراء.
- تسوية الخلافات بين الأطراف بالطرق الودية أو عن طريق التحكيم.
- ترشيح المحكمين للنظر في القضايا والنزاعات التي ترد للجنة.
- تسجيل وتصنيف وتأهيل وتدريب المحكمين.
- تقديم الاستشارات.
- التنسيق مع الجهات المختلفة داخل الكويت وخارجها والتي لديها لجان تحكيم أو علاقة بالتحكيم.
- إبراز دور اللجنة في مجال التحكيم من خلال الإعلام والندوات والمشاركات الداخلية والخارجية.

ويشترط في عضوية اللجنة أن يكون العضو كويتيا وغير محكوم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف وأن يكون عاملاً بجمعية المهندسين الكويتيين مسدداً لاشتراكاتها ومصنفاً كمحكم ومضى على تصنيفه سنة على الأقل وتكون مدة عضوية اللجنة سنتين تبدأ من تاريخ انتخاب الهيئة الإدارية.

وتضم اللجنة سبعة أعضاء يجتمعون مرة واحدة على الأقل كل شهر لدراسة الموضوعات الواردة في جدول الأعمال، ويعتبر الاجتماع قانونياً إذا حضره أربعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس أو المقرر، وتتخذ اللجنة قراراتها بأغلبية أصوات الحضور من الأعضاء وإذا تساوت يرجح الجانب الذي منه رئيس الاجتماع.

٣- مركز الكويت للتحكيم التجاري:

في الرابع عشر من نوفمبر ٢٠٠٠ أعلنت غرفة تجارة وصناعة الكويت إنشاء مركز الكويت للتحكيم التجاري. ويأتي إعلان قيام المركز على مشارف دخول القرن الحادي والعشرين ليثبت مواكبة غرفة التجارة والصناعة لأحدث التطورات المتعلقة بخدماتها التي تقدمها لأعضائها ولتأدية رسالتها في مجال اختصاصها. فإذا كان التحكيم التجاري خلال العقد الأخير من القرن العشرين قد أصبح الآلية الأنسب والأكثر إستخداما في مجال تسوية منازعات التجارة لا سيما الدولية منها، فإن إنشاء مركز الكويت للتحكيم التجاري، باعتباره مؤسسة تابعة لغرفة التجارة، يأتي كخطوة في تطوير نظام تسوية المنازعات أمام الغرفة.

يعتبر نظام تحكيم غرفة تجارة وصناعة الكويت أقدم أشكال التحكيم المؤسسي الذي عرفه النظام القانوني الكويتي. فقد قررت المادة ١١ من قانون إنشاء غرفة تجارة وصناعة الكويت الصادر سنة ١٩٥٩، حق الغرفة في تسوية المنازعات التجارية من خلال التحكيم، وقد ترجم النظام الأساسي للغرفة ذلك بتخصيص لجنة للنظر في أعمال التوفيق والتحكيم. ولم يبدأ العمل في هذه اللجنة من فراغ، بل قام على أساس متين من الخبرة المتراكمة للموروث الكويتي. فاللجنة منذ إنشائها قامت على خبرات رجال مارسوا التحكيم قبل قيام الغرفة من خلال ما كان يعرف بنظام «راعي السالفة» وهو نظام قضائي خاص أشبه ما يكون بالتحكيم، يقوم من خلاله ذوو الخبرة في الفصل في المنازعات التي تعرض عليهم وفق تخصصاتهم. و"السالفة" تعني هنا السابقة فهؤلاء المحّكمون يقضون من

خلال قواعد قانونية تتمثل بالأعراف والسوابق القضائية.

وقد تطور نظام التحكيم في غرفة تجارة وصناعة الكويت من نظام يقوم أساساً على فكرة التحكيم بالصلح، إلى أن شمل التحكيم القانوني بصدور قانون المرافعات وتنظيمه لأحكام التحكيم الاختياري. ثم أصدرت الغرفة في مرحلة لاحقة نظاماً خاصاً بإجراءات التحكيم أمامها، وتوجت مسيرة التطوير أخيراً بقيام مركز الكويت للتحكيم التجاري.

لقد جاءت فكرة إنشاء مركز متخصص في التحكيم التجاري استجابة لما تقتضيه المرحلة من تطوير في إدارة إجراءات التحكيم، وتطوير في القواعد الإجرائية في هذا المجال، ومسايرة للتطور العالمي في مجال التحكيم التجاري. فأصدر مجلس إدارة الغرفة قراره بإنشاء المركز في جلسته المنعقدة يوم الاثنين الموافق ٢٠-١٢-٩٩ بعد دراسة وافية ونقاش مستفيض من لجنة التوفيق والتحكيم والتسجيل ومن ثم في مجلس إدارة الغرفة. ثم اقتضى الأمر عاماً آخر من الدراسة والمناقشة والمشاورة مع الجهات ذات الصلة بموضوع التحكيم لإعداد واعتماد نظام التحكيم واللوائح الداخلية حتى كان المركز في نوفمبر ٢٠٠٠.

ومن الأهمية بمكان التأكيد على أن عمل المركز يقوم أساساً على إدارة التحكيم ومراقبة إجراءاته وليس الفصل في المنازعات. فهيئات التحكيم التي يختارها أطراف المنازعات المعروضة على المركز هي التي تصدر أحكام التحكيم وتفصل في هذه المنازعات. أما المركز فيمثل الجهة الإدارية التي تقوم على إدارة هذه الإجراءات من تقديم الطلب إلى إيداع الحكم لدى إدارة تنفيذ الأحكام.

ويقوم المركز على ثلاثة أنظمة إدارية تتمثل في مجلس الإدارة واللجنة التنفيذية والأمانة العامة.

مجلس إدارة المركز:

يُشكل مجلس إدارة المركز من أعضاء لجنة التوفيق والتحكيم والتسجيل لدى الغرفة، وثلاثة من رجال القانون ذوي الخبرة في مجال التحكيم.

ويختص مجلس إدارة المركز بوضع السياسات العامة للمركز وآلية تنفيذها واعتماد الأنظمة واللوائح واعتماد الميزانية

اللجنة التنفيذية:

أما اللجنة التنفيذية فتتكون من خمسة من أعضاء مجلس الإدارة يختارهم المجلس ويعين من بينهم رئيساً ومقرراً للجنة لمدة عامين. وتقوم اللجنة بالإشراف على أعمال المركز ومتابعة كل المسائل الإجرائية المتعلقة بالتحكيم.

كما تختص اللجنة التنفيذية بإعداد اللوائح الداخلية التي يحتاجها سير العمل في المركز ومن ثم تقوم بعرضها على مجلس الإدارة لإقرارها. كما أنيط باللجنة إعداد التقرير السنوي المالي وعرضه على مجلس الإدارة لإقراره.

الأمانة العامة:

وتعتبر هي الإدارة التنفيذية للمركز. حيث تتلقى كل الطلبات من طلبات التحكيم أو التوفيق، وطلبات التسجيل في جداول المحكمين والموفقين والخبراء، وأي طلبات أخرى للاستفادة من خدمات المركز، وعليها إعداد المذكرات الخاصة بها لعرضها على اللجنة التنفيذية. كما تتولى الأمانة العامة القيام بالإجراءات التنفيذية اللازمة لأعمال التحكيم سواء تولي أمانة سر جلسات التحكيم، أو متابعة إعلانات الأطراف بالجلسات أو الطلبات وغيرها. هذا فضلاً عن اختصاص الأمانة بمتابعة الأمور الإدارية الخاصة بالمركز ومقره.

ثانياً- التحكيم التشريعي:

لقد مر التحكيم في دولة الكويت بمراحل

متطورة ، إلى أن استقر على صورتين ، أولهما: نظمها قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ في بابه الثاني عشر بالمواد من ١٧٣ إلى ١٨٨ وهو ما يعرف بالتحكيم الاختياري، و ثانيهما القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية ويطلق عليه التحكيم القضائي.

١ - التحكيم الاختياري :

نظم قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٣٨/١٩٨٠ ، في مواده السابق بيانها ما تعارف على تسميته بالتحكيم الاختياري ، وهو الصورة الأولى من صورتي التحكيم في النظام القضائي الكويتي ، الذي اتصف بالمميزات الرئيسية التالية :

- هذا النوع من التحكيم أساسه إرادة الخصوم واختيارهم فهم وحدهم الذين يجوز لهم الاتفاق على التحكيم في نزاع معين أو في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين.
- أنه لم يحدد المنازعات التي يجوز للأفراد اللجوء إليه فيها وإنما يشترط لذلك ألا تكون من المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح، أو تلك المتعلقة بالنظام العام أو التي رسم القانون لها طريقا خاصا مثل منازعات العمل الجماعية.
- الأصل أن الخصوم هم الذين يتفقون على اختيار أشخاص المحكمين وإذا لم يكن هناك اتفاق على المحكمين 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 في هذا الشأن بين الخصوم عينت المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع من يلزم من المحكمين بناء على طلب أحد الخصوم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.
- قبل صدور القانون رقم ١١ لسنه ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي شكلت وزارة العدل إعمالاً للمادة ١٧٧ من قانون المرافعات هيئات تحكيم تكون رئاستها لمستشار أو قاض تختاره اللجنة العمومية للمحكمة المختصة وعضويتها لاثنين من التجار أو ذوي التخصصات الأخرى يتم اختيارهما من الجداول المعدة في هذا الشأن وقد صدر قرار وزير العدل رقم ٨٢ لسنه ١٩٨٠ بشأن اختيار هذين العضوين، وتعرض على هذه الهيئات بغير رسوم المنازعات التي يتفق ذوو الشأن كتابة على عرضها عليها.
- يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا القواعد الأساسية في التقاضي، ويكون حكمه في الموضوع على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام.
- يلاحظ أنه قد تم إلغاء المادة ١٧٧ من قانون المرافعات سالفة البيان وذلك بموجب القانون رقم ١١ لسنه ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي وبذلك حرم التحكيم الاختياري الذي ينظمه قانون المرافعات من العنصر القضائي في حل منازعاته.
- لا يجوز استئناف حكم المحكم إلا إذا اتفق الخصوم قبل صدوره على خلاف ذلك ومع ذلك لا يكون قابلاً للاستئناف إذا كان المحكم مفوضا بالصلح أو كان محكما في الاستئناف أو كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسمائة دينار أو كان الحكم صادرا من إحدى الهيئات المشكلة وفقاً للمادة ١٧٧ مرافعات المشار إليها سلفا – قبل الغائها–، ومع ذلك يجوز رفع دعوى ببطلان الحكم الصادر نهائياً في الأحوال التي حددها القانون.

٢-التحكيم القضائي :

صدر القانون رقم ١١ لسنه ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية في ١٩ فبراير ١٩٩٥م، على أن يعمل به بعد شهر من نشره في الجريدة الرسمية « الكويت اليوم » وقد نشر في العدد رقم ١٩٦ الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٢/٢٨ ويتسم هذا النظام بالملامح الرئيسية التالية:

- أنه أوجد نظاماً للتحكيم القضائي بواسطة هيئات مشكلة من ثلاثة من رجال القضاء يصدر بتعيينهم قرار من المجلس الأعلى للقضاء واثنين من المحكمين يختار كل من أطراف النزاع أحدهما من بين المحكمين المقيدين بالجداول المعدة لذلك بإدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف أو من غيرهم، وفي حالة عدم قيام أي من طرفي التحكيم بذلك خلال عشرة أيام تعين إدارة التحكيم المحكم صاحب الدور بجدول المحكمين المتخصصين في موضوع النزاع.
- أنه حدد اختصاص تلك الهيئات بالفصل في أمور ثلاثة أولها هي المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها أو الناشئة عن عقود مبرمة بعد العمل بهذا القانون وتتضمن حل المنازعات عن طريق التحكيم ما لم ينص في العقد أو نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك. والثاني يتمثل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم ، وفي هذه الحالة تلتزم الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء. أي أن التحكيم هنا من جانب الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة اختياري يتوقف على إرادتهم أما بالنسبة للجهات الحكومية فهو إجباري. وثالث هذه الأمور هي المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين الشركات، وهذا الاختصاص معقود لهيئة التحكيم القضائي دون غيرها أي أنه طريق إلزامي لنظر المنازعات بين هذه الجهات وحلها.
- وقد حدد قرار وزير العدل رقم ١٩٩٥/٤٣م الشروط اللازمة فيمن يقيد بجداول المحكمين وأهمها أن يكون كويتياً حسن السمعة تتوافر له الخبرات العلمية أو العملية المناسبة كما شكل القرار لجنة لاختيار المحكمين تكون برئاسة المستشار رئيس محكمة الاستئناف وعضوية وكيل الوزارة المساعد لشئون الخبرة والتحكيم ووكيل الوزارة المساعد للشئون المالية.
- جعل القانون نظر المنازعات أمام هيئات التحكيم القضائي بغير رسوم – ومع ذلك يتعين على كل من طرفي التحكيم إيداع المبلغ الذي يقدره رئيس الهيئة لحساب أتعاب محكمه بخزانة إدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف وذلك ما لم يخطره المحكم بأن الأتعاب سويت سلفا، ويلاحظ أن تقدير الأتعاب يجب أن لا يتجاوز الحدود القصوى بالجدول المرافق للقرار الوزاري رقم ١٧٩ لسنه ١٩٩٥ المنظم لهذا الشأن.
- صدر قرار وزير العدل رقم ٤٤ سنة لسنه ١٩٩٥ بإنشاء إدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف وتتولى هذه الإدارة جميع الأعمال الفنية والإدارية والكتابية التي يتطلبها سير العمل بهيئات التحكيم. وتشكل

هذه الإدارة من الأقسام التالية:

- قسم الجدول ويختص بتلقي طلب التحكيم ومرفقاته من ذوي الشأن، ويتولى عرضه على رئيس الهيئة لتحديد الجلسة الأولى لنظر النزاع كما يقوم القسم بإرسال الطلبات إلى قسم الإعلان ومتابعة تنفيذه، هذا بالإضافة إلى استيفاء إجراءات تعيين المحكمين المختارين وإجراءات إيداع المبالغ المخصصة لأتعابهم.
- قسم الإعلان ويقوم بإعلان أطراف النزاع وإخطار المحكمين المختارين بتاريخ الجلسة الأولى ومكان انعقاد الهيئة.
- قسم أمناء سر هيئات التحكيم ويتولى استلام طلبات التحكيم من الجدول بعد إنهاء إجراءات الإعلان، وتلقى مستندات ومذكرات الخصوم وإعداد جداول جلسات التحكيم ثم يعرض هذه الطلبات على الهيئة المختصة في الجلسات المحددة، وحضور الجلسات وإثبات ما يدور فيها وتنفيذ القرارات التي تصدر، وعليه أيضا متابعة طبع مسودات الأحكام ثم إرسال ملف التحكيم إما إلى محكمة التمييز في حالة الطعن عليه أو إلى قسم المحفوظات لحفظه بعد إنهاء الفصل في النزاع.
- قسم المحفوظات ويقوم بتسجيل وحفظ الملفات وتسليم المستندات وصور الأحكام إلى أصحاب الشأن.
- قسم الشئون الإدارية ومنوط به الأمور الإدارية الخاصة بسير العمل بالإدارة.

- صدر أيضا القرار الوزاري رقم ١٧٤ لسنه ١٩٩٥ بإنشاء مكتب فني لشئون هيئات التحكيم يؤلف من عدد كاف من رجال القضاء ويختص بإعداد الدراسات والبحوث القانونية والفنية التي تطلب منه، وإبداء الرأي في المسائل التي تتعلق بسير العمل بالإدارة وكذلك مراجعة طلبات التحكيم المقدمة من أصحاب الشأن واستيفائها وأيضا استخلاص القواعد والمبادئ القانونية التي تقررها هيئات التحكيم وتبويبها ومتابعة نشرها.
- أنه جعل لأحكام هيئات التحكيم قوة الأمر المقضي به وواجبه النفاذ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها بمعرفة إدارة كتاب محكمة الاستئناف ، كما حظر نشرها أو أجزاء منها إلا بموافقة الخصوم.

ثالثاً - مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي:

لقد وضع قادة دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي اللبنة الأولى الأساسية لقيام هذا المركز بإقرارهم «نظام» المركز وذلك أثناء انعقاد مؤتمر القمة الرابعة عشرة بالرياض في ديسمبر ١٩٩٣.

وقد بدأ العمل بهذا النظام بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ إقراره، حيث تم إعداد «لائحة إجراءات التحكيم» وقد اكتسبت هذه اللائحة صيغة التنفيذ بمصادقة لجنة التعاون التجاري عليها وذلك في نوفمبر ١٩٩٤.

وفي مارس ١٩٩٥ تم الإعلان رسميا عن بدء العمل بالمركز بعد أن أصبح جاهزاً للقيام بمهامه.

ويعتبر مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي العربية، مركزاً مستقلاً، قائماً بذاته ويتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة، ويختص بالنظر في المنازعات التجارية بين مواطني دول مجلس التعاون أو بينهم وبين الغير سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، والمنازعات التجارية الناشئة عن تنفيذ أحكام الاتفاقية الاقتصادية والقرارات الصادرة تنفيذاً لها، وذلك إذا اتفق

الطرفان كتابة في العقد أو في اتفاق لاحق على التحكيم في إطار هذا المركز، واتخذ المركز دولة البحرين مقراً له ويتكون المركز من مجلس إدارة وأمين عام وهيئة التحكيم وسكرتارية هيئة التحكيم على النحو التالي:

١- مجلس إدارة المركز يُشكل من ستة أعضاء، تعين غرف التجارة والصناعة في كل من دول المجلس عضوا ويجتمع المجلس مرة كل ستة أشهر على الأقل أو كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وتكون رئاسة مجلس الإدارة دورية وفقاً لما هو معمول به في اجتماعات مجلس التعاون، ويعين مجلس الإدارة من بين أعضاءه نائباً للرئيس، وتصدر قرارات المجلس بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، فإذا تساوت الأصوات رجح الجانب الذي منه الرئيس، ويعمل مجلس الإدارة على تحقيق أهداف المركز، والنهوض بمهامه، ويعتمد الميزانية السنوية للمركز ويصادق على التقرير السنوي عن أعمال ونشاط المركز

٢- كما يقوم على إدارة المركز أمين عام من مواطني دول المجلس يعينه مجلس الإدارة، ويحدد شروط خدمته وواجباته ومستحقاته، على أن يكون من ذوي الخبرة والاختصاص، والأمين العام هو الممثل القانوني للمركز أمام القضاء وأمام الجهات العامة والخاصة، ويساعده على مهامه عدد كاف من الموظفين وفقاً لأحكام التوظيف التي تتضمنها اللوائح التنظيمية التي يصدرها مجلس الإدارة.

٣- وتُشكل هيئة التحكيم بالمركز من محكم واحد أو ثلاثة محكمين بحسب اتفاق الأطراف في مشارطة التحكيم أو العقد ويشترط في المحكم أن يكون من رجال القانون أو القضاء أو من ذوي الخبرة والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال، وأن يكون متمتعاً بالأخلاق العالية، والسمعة الحسنة، والاستقلال في الرأي.

ويحق للأطراف المتنازعة تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع وفي حالة عدم تعيينه فيحدد القانون واجب التطبيق وفقاً لقواعد تنازع القوانين، ويكون الحكم الصادر من هيئة التحكيم وفقا لهذه الاجراءات ملزما للطرفين ونهائياً، وتكون له قوة النفاذ في الدول الأطراف بعد الأمر بتنفيذه من قبل الجهة القضائية المختصة.

٤- وتعمل سكرتارية هيئة التحكيم تحت إشراف الأمين العام وتتبعه إدارياً وتختص بتلقي طلبات التحكيم المحالة إليها من الأمين العام، وكذلك جميع الأوراق والمكاتبات والمستندات التي يقدمها أطراف النزاع طبقاً للائحة الإجراءات وما هو منصوص عليه في هذا النظام، وتتولى تدوين محاضر جلسات هيئة التحكيم، وتنفيذ قراراتها التي تصدر أثناء نظر الدعوى وقبل الفصل فيها، هذا وفي حالة تفويض المركز لاختيار محكمين وفقاً للائحة الاجراءات يضطلع الأمين العام للمركز بتلك المهمة وفقاً لنصوص اللائحة والتي تحدد كذلك الرسوم والتي يراعى فيها المصروفات الإدارية للمركز وحجم العمل به والنفقات الفعلية التي يتحملها.

يتمتع المركز وأعضاء مجلس الإدارة وأمين عام المركز وأعضاء هيئة التحكيم وأعضاء سكرتارية الهيئة بالحصانة ضد أي إجراءات قضائية أو إدارية، وذلك عند ممارستهم لأعمالهم وكذا الحصانات والمزايا المقررة لأعضاء السلك الدبلوماسي التي تمنح لهم بمناسبة السفر كما يعفون من أيه قيود على تداول النقد إن وجدت، كما يعفي المركز وممتلكاته وأمواله وموارده، وعملياته المالية من جميع أنواع الضرائب ومن الرسوم الجمركية.

دور القضاء في تفعيل التحكيم

المستشار / جمال حمد الشامري
وكيل محكمة الاستئناف

أولا - مقدمة :

الأصل في التحكيم أنه في جوهره نظام اختياري يفسح المجال أمام الأفراد لفض ما ينشأ بينهم من منازعات مدنية وتجارية واختيار من يثقون فيهم من غير القضاة للفصل في تلك المنازعات بقضاء يرضونه لما يتميز به عادة من بساطة وسرعة في الإجراءات ولذلك أصبح التحكيم نظاماً موازياً للمحاكم أداة السلطة القضائية لتحقيق العدالة، واعترفت الأنظمة القانونية المختلفة للمحكم بولاية القضاء في حدود الضوابط والضمانات الأساسية التي يكفلها قضاء الدولة بل إن بعضها اتجه إلى التوسع في نطاق المسائل الجائز فيها التحكيم.

ويمارس القضاء الوطني دوراً إيجابياً لتفعيل نظام التحكيم ويبدأ هذا الدور منذ لحظة تحرير اتفاق التحكيم مروراً بتعيين المحكم أو استبداله ويستمر في أثناء سير الإجراءات لمساعدة المحكم وإزالة العقبات الإجرائية التي قد تعترض خصومة التحكيم، وحل المشكلات التي يعجز عن مواجهتها لافتقاده لسلطة الأمر أو لخروجها عن حدود اختصاصه على النحو الذي يحدده المشرع أو الخصوم، كما يمتد هذا الدور الإيجابي لما بعد صدور حكم التحكيم وذلك بالاعتراف به والأمر بتنفيذه [1]، بل إنه في سبيل الحرص على تدعيم سير خصومة التحكيم وتحقيق الهدف الذي تتغياه اتجهت بعض التشريعات -كالنظام السعودي- نحو إفساح مجال أوسع لمساعدة التحكيم إذ تطلب قبل بدء التحكيم إيداع وثيقته لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع لاعتمادها بعد التحقق من صحة اتفاق التحكيم ليصبح اعتمادها بمنزلة تطهير له من أية دفوع قد تؤدي إلى فشل التحكيم أو تعوق سير الإجراءات مما يضاعف من احتمالات صحة التحكيم ويسهم في الحد من منازعات التنفيذ.

ونستعرض في هذه الدراسة بإيجاز الركائز الأساسية التي يقوم عليها الدور المساند للقضاء الكويتي في تفعيل التحكيم خاصة الداخلي أو الوطني أي الذي يجب أن يصدر فيه حكم المحكم في دولة الكويت عملا بنص المادة ١٨٢/٤ من قانون المرافعات أما الذي يصدر خارج دولة الكويت فتتبع بشأن تنفيذها القواعد المقررة لتنفيذ الأحكام الصادرة في بلد أجنبي وفقا للمادتين ١٩٩، ٢٠٠ من قانون المرافعات .

والتحكيم في دولة الكويت الأصل فيه أيضا أنه نظام اختياري أساسه الرضا [2] وقد نظمته المواد من ١٧٣ حتى ١٨٨ من قانون المرافعات كما توجد بعض أنواع التحكيم الإجباري مثل التحكيم في المنازعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم في سوق الأوراق المالية بالكويت وتلك المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل، ومنازعات العمل الجماعية وأخيرا المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات.

وفي هذه المنازعات الأخيرة يعد التحكيم أقرب إلى الاختصاص النوعي الإجباري لهيئة تحكيم قضائية وينظمه القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية الذي جعل كذلك الاختصاص اجبارياً في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في

١ - ويبرر البعض تدخل القضاء في هذا الشأن بأن الدولة تفوض التحكيم في جانب من اختصاصاتها السيادية المتمثلة في الفصل في المنازعات بين الأفراد الذي يضطلع به القضاء كأصل عام ولذا كان ضروريا أن يتدخل القضاء لمساعدة التحكيم د. أبو زيد رضوان – التحكيم التجاري الدولي ١٩٨٠.
٢ - تمييز ٤١٩ لسنة ٩٦ ت ١٩٩٧/٦/٢٣ بند ١ ص ١٢٥ ق ٤ م ٣.

المنازعات المدنية أو التجارية التي تقوم بينهم وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء، والملاحظ بالنسبة للقانون الأخير أن المادة الثانية منه جعلت اختصاص هيئات التحكيم الواردة به اختياريا بالنسبة للمنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها كما اعتبرت في حكم اتفاق الخصوم على العرض على هيئة التحكيم القضائي العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون[1]. وتتضمن نصاً بحل المنازعات الناشئة عنها بطريق التحكيم ما لم ينص في هذه العقود على غير ذلك كأن ينص فيها على اختيار محكم واحد أو أكثر يتم اختيارهم بمعرفة ذوي الشأن أو اختيار إجراءات أخرى خلاف إجراءات التحكيم القضائي بما يعني انصراف إرادتهم إلى إعمال الباب الثاني عشر (م ١٧٣ ـ ١٨٨) من قانون المرافعات، واختصاص هذه الهيئة في جميع الأحوال قاصر على المنازعات المدنية والتجارية ولا يمتد إلى المنازعات الإدارية.

ثانيا: صور المساندة أو المساعدة:

١ ـ صحة اتفاق التحكيم:

في مقدمة المسائل التي قد تعرض على القضاء الوطني فيما يتعلق بخصومة التحكيم قبل بدء الإجراءات تأتي مسألة صحة اتفاق التحكيم خاصة عندما يثار كدفع في خصومة قضائية قائمة بالفعل كدعوى مبتدأه لإبطال اتفاق التحكيم فيمارس القضاء دوره في الاستمرار في نظر النزاع إذا ما تبين له بطلان اتفاق التحكيم أو عدم قابليته للتنفيذ فيجنب الأطراف الاستمرار في إجراءات ستبطل لاحقاً، أو رفض نظره إذا تبين صحة الاتفاق.

وقد نصت المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي على أنه « يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، وقد يرد الاتفاق قبل قيام النزاع ويسمى في هذه الحالة شرط التحكيم وقد يكون الاتفاق على التحكيم بعد نشؤ النزاع وحينئذ يسمى مشارطة التحكيم[2] ولا يثبت اتفاق التحكيم إلا بالكتابة التي ينبغي أن تتضمن جميع عناصر التحكيم من تحديد للمسائل المتنازع عليها إلى غيرها من الأمور اللازمة[3]. وقد نصت الفقرة الثالثة من هذه المادة على أنه لا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع، كما نصت المادة ١/٧٠٢ من القانون المدني على وجوب أن تكون وكالة المفوض في إبرام اتفاق التحكيم وكالة خاصة[4] وينبغي أن ينصب اتفاق التحكيم على مسائل يجوز فيها الصلح وغير متعلقة بالنظام العام وذلك عملاً بالفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ من قانون المرافعات والمادة ٥٥٤ من القانون المدني.

ويلاحظ أن الحقوق المالية ولو كانت مترتبة على مسألة متعلقة بالنظام العام كحق التعويض المدني المترتب على الجريمة يجوز الاتفاق بشأنها على التحكيم،وكذا الحقوق المالية المترتبة على الإفلاس أما التحكيم بشأن الجريمة ذاتها أو بخصوص شهر إفلاس التاجر وما يترتب عليه من بطلان التصرفات في فترة الريبة أو إدارة التفليسة وغير ذلك فلا يجوز الاتفاق بخصوصها على التحكيم.

---

١ – طعن ٨٠٦ لسنة ٢٠٠٤ ت ٢٠٠٥/٦/١١ بند ٣ ص ٦٠ المستحدث في المواد المدنية والتجارية والإدارية والعمالية والأحوال الشخصية خلال الفترة من ٢٠٠٥/٤/١ حتى ٢٠٠٦/٣/٣١ المكتب الفني لمحكمة التمييز.

٢ – تمييز الطعن رقم ١٩ لسنة ١٩٧٤ ت جلسة ١٩٧٦/٦/٢ ص ٩١ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المدة من ١٩٧٢/١١/١ حتى ١٩٧٩/١٠/١.

٣ – تمييز الطعن رقم ٦ لسنة ١٩٧٤ مدني جلسة ١٩٧٤/٦/١٧ ص ٩١ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المدة من ١٩٧٢/١١/١ حتى ١٩٧٩/١٠/١.

٤ – « تمييز ٦٦ لسنة ٨١ ت جلسة ١٩٨١/١٢/٢٣ بند ١ ص ٤٤٢ ق ١ م ١.

والأصل أن التحكيم يقتصر على الجانب الموضوعي من النزاع وتظل المسائل المستعجلة من اختصاص المحكمة المختصة بها إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على شمول التحكيم لهذه المسائل[1] ومن أجل ذلك أوجب المشرع أن يحدد موضوع النزاع في الاتفاق على التحكيم أو في أثناء المرافعة حتى ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح وإلا كان التحكيم باطلاً[2] وعناصر اتفاق التحكيم وشروطه هي مناط صحة الاتفاق من عدمه وبها يتعلق دور القضاء في هذا الوجه من المساعدة.

٢ - الدفع بوجود اتفاق التحكيم :

يترتب على وجود اتفاق صحيح على التحكيم التزام الأطراف لحسم النزاع عن هذا الطريق وإذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء حق لخصمه الدفع بوجود هذا الاتفاق لمنع القضاء من نظره، ويستجيب القضاء لهذا الدفع إذا تبين له صحة هذا الاتفاق وقابليته لإعمال أثره، وقد اعتبرت المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي هذا الدفع دفعاً بعدم الاختصاص[3]. وعلى هذا النهج جاءت المادة الخامسة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية .

ويعتبر هذا الدفع خروجاً على الأصل العام المقرر في شأن الاختصاص الولائي المتعلق بالوظيفة وذلك نظراً للطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها التحكيم (مع ملاحظة أن هذا القول لاينطبق على التحكيم القضائي إلا بالنسبة للتحكيم الاختياري فيه) وهذا الاتجاه هو ما أخذ به التشريع الفرنسي وكانت تسير عليه محكمة النقض المصرية إلا أن قانون التحكيم المصري الجديد في المادة ١/١٣ منه اعتبر هذا الدفع دفعاً بعدم القبول.

٣ـ تعيين المحكم :

عادة يدرج الخصوم في اتفاق التحكيم بيانات بأسماء المحكمين الذين اختاروهم للفصل فيما قد ينشب بينهم من نزاع أو يكتفون ببيان الوسيلة التي سيتم بها تحديد المحكمين عند حدوث النزاع إلا أنهم قد لا يتفقون على المحكمين، أو يمتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل، أو يعتزل العمل أو يعزل عنه أو يحكم برده أو بعدم صلاحيته، أو قام به مانع من مباشرته له كمرضه أو وفاته ولا يوجد اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فحينئذ يتعرض اتفاق التحكيم لصعوبة قد ينقضي بسببها ولكن تشجيعاً لهذا النظام وإعطاء اتفاق التحكيم أكبر قدر من الفعالية انتصر الرأي إلى تدخل القضاء ليكون له دور مساند هو في حقيقة الأمر تنفيذ عيني لإرادة الخصوم التي اختارت التحكيم طريقاً لفض المنازعات بينهم فالقضاء لايفعل سوى تنفيذ عين ما اتفق عليه الخصوم. وبهذا الرأي جرى القضاء في فرنسا كما أباحت المادة ١٧ من قانون التحكيم المصري الجديد تدخل القضاء لحل الصعوبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم فيجوز للخصوم اللجوء إلى القضاء لتعيين المحكم إذا حدث أي عارض أو سبب، وفي دولة الكويت أناطت المادة ١٧٥ من قانون المرافعات بالمحكمة المختصة أصلاً نظر النزاع وتعيين من يلزم من المحكمين وذلك بناء على طلب أحد الخصوم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى[4].ويجب أن يكون عدد من تعينهم المحكمة مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكملاً له، وحظرت المادة الطعن في الحكم الصادر بذلك بأي طريق من

١- تميز ١٥٧ لسنة ٩٣ ت جلسة ١٩٩٣/١٢/١٩ ص ٦٧ ق ٣ م ٢.

٢- تمييز ١٩٨٧/١/١٧ مجلة القضاء والقانون س ١٥ ع ص ٣٤، ١٧٩ لسنة ١٩٩٠ ت ١٩٩٢/١/١٩.

٣- تمييز ١٨ لسنة ٢٠٠٤ مدني ٢٠٠٤/١٠/١١ قاعدة ٢ ص ١٥٢ المستحدث من ٢٠٠٢/٦/١ حتى ٢٠٠٥/٣/٣١.

٤- ندب المحكمين من المحكمة المختصة ٤٤٩ لسنة ٢٠٠٤ ت ٢٠٠٥/٦/٤ قاعدة ٢ ص ٥٩ المستحدث في ٢٠٠٥/٤/١ حتى ٢٠٠٦/٣/٣١ .

طرق الطعن العادية وغير العادية توفيراً للوقت والجهد، وينصرف الحظر إلى الحكم الصادر بتعيين المحكم أما إذا صدر الحكم برفض التعيين فإنه يكون قابلاً للطعن فيه عملاً بالقواعد العامة.

وبمثل ذلك قضت المادة الأولى من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية، وهي بصدد تشكيل هيئة تحكيم أو أكثر من ثلاثة من رجال القضاء واثنين من المحكمين يختار أطراف النزاع ولو تعددوا أحدهما من بين المحكمين المقيدين بالجداول المعدة لذلك إدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف أو من غيرهم، وفي حالة عدم قيام أي من طرفي التحكيم بذلك خلال الأيام العشرة التالية لتكليف إدارة التحكيم له باختيار محكمه تعين الإدارة المذكورة المحكم صاحب الدور بجدول المحكمين المتخصصين في موضوع النزاع لعضوية الهيئة.

هذا ويلاحظ أنه إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح فأنه يتعين أن يكونوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم عملاً بالمادة ١٧٦ من قانون المرافعات وإلا كان الاتفاق باطلاً لأن التحكيم بالصلح يرتكز على الثقة الكاملة في شخص المحكم ومن ثم ينبغي أن يكون معروفاً لأطراف الاتفاق ومحدداً بالاسم منه « راجع هامش ٤».

٤- رد المحكم :

تعترف بعض الأنظمة القانونية للقضاء بسلطة الفصل في طلبات رد المحكمين مثل ذلك القانون الفرنسي الذي يعطي لرئيس المحكمة الكلية سلطة الفصل في طلب رد المحكمين وذلك في ظل التحكيم الداخلي ومثل ذلك أيضا كان قانون المرافعات المصري وكذلك قضت المادة ١٧٨ من قانون المرافعات الكويتي بما يأتي «..... ويرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر الدعوى خلال خمسة أيام من إخبار الخصم بتعيين المحكم أو من تاريخ حدوث سبب الرد أو علمه به إذا كان تاليا لإخباره بتعيين المحكم».

كما نصت المادة السادسة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي على أن تختص محكمة التمييز بالفصل في طلب رد أي من أعضاء هيئة التحكيم، و حرصاً على أن لا يتخذ طلب الرد ذريعة لتعطيل الفصل في خصومة التحكيم قضت الفقرة الثانية من هذه المادة بأنه لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم كما قضت بالمقابل بأنه إذا قضى بالرد اعتبرت إجراءات التحكيم - بما فيها حكم هيئة التحكيم- كأن لم تكن، وفي ذلك ما يكفل عدم تعطيل إجراءات التحكيم نتيجة لطلب رد أي من المحكمين وسلامة الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم في الوقت ذاته.

وقد أجازت الفقرة الأخيرة من المادة ١٧٨ من قانون المرافعات لطالب الرد استئناف الحكم الصادر برفض طلبه أياً كانت قيمة المنازعة المطروحة على المحكم في حين نصت المادة السادسة من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥ على أنه لا يجوز الطعن في الحكم الصادر برفض طلب الرد بأي طريق من طريق الطعن.

هذا وتذهب أغلبية لوائح التحكيم المؤسسي- أي الذي تضطلع به مراكز أو مؤسسات تحكيم - إلى إعطاء الهيئات التنظيمية التي تتولى الإشراف والرقابة على سير التحكيم سلطة الفصل نهائيا في طلب الرد، ولاشك أن إسناد هذا الأمر إلى القضاء فيه من الضمان والحياد والتجرد ما يكفل نزاهة الفصل وهو أدعى لاطمئنان الخصوم بدلاً من اعتبار هذا الأمر مسألة إدارية وليست قضائية يترك البت فيها للهيئات التنظيمية أو جعل المحكم خصماً وحكماً في وقت واحد.

٥- القضاء في المواد المستعجلة والأمر بالإجراءات الوقتية والأوامر التحفظية وإجراءات الإثبات:

إن غاية قضاء الأمور المستعجلة أو الوقتية هي بسط الحماية المؤقتة للحق الموضوعي استناداً إلى الوضع الظاهر، والاتجاه الغالب أن هذه الحماية من اختصاص قضاء الدولة فحسب لأنها تصدر من خلال إجراءات قسرية تتطلب في من يصدرها توافر صفة الآمر لإمكان تنفيذها وهو ما لا يملكه المحكم ومن ثم حق للأطراف الالتجاء إلى القضاء يستمدون منه هذه الحماية خاصة إذا ما تعلق الأمر بأموال في يد الغير، ويبرز ذلك جلياً في صورة توقيع الحجوزات التحفظية أو فرض الحراسة القضائية، أو التحفظ على الدفاتر والمستندات، أو إيداع بضائع متنازع عليها تحت يد أمين، أو الأمر ببيع الجزء المعرض للتلف منها كذلك إذا ما تطلب الأمر إجبار أحد الخصوم أو الغير على القيام بإجراء ضروري لمصلحة العدالة، وبالجملة كل ما يترتب على إصداره من تحقيق فاعلية الدور الذي يقوم به المحكم لحل النزاع مثل ذلك أيضاً الإجراءات المتعلقة بالإثبات كإجبار شاهد على الحضور أو منعه من السفر أو إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده أو توجيه اليمين أو طلب الإنابة القضائية.

ويذهب البعض إلى أنه ليس هناك ما يحول دون اتفاق الأطراف على تخويل المحكم سلطة حسم بعض المنازعات الوقتية إلا أن هذا الاتفاق لا يكون مجدياً كما أوضحنا إذا كانت الأموال المطلوب الإجراء بشأنها في حوزة الغير أو كان الإجراء يتطلب سلطة الإجبار بالنسبة لهذا الغير وفي الحقيقة أن سلطة المحكم في هذا هي سلطة خاوية من المضمون في ظل تجرده من الوسائل التي تمكنه من التنفيذ الجبري، وتمتد صور المساعدة أيضاً إلى ما بعد صدور حكم التحكيم، ولاشك أن دور القضاء في ذلك كله يعد من هذه أهم صور المساندة والمساعدة للمحكم في إدارة العدالة.

وقد قضت الفقرة الأخيرة من المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي بأن التحكيم لا يشمل المسائل المستعجلة ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك تأسيساً على أن منح المحكم سلطة حسم النزاع لا يحيل إليه النزاع بشقيه الوقتي والموضوعي إلا إذا رغب الطرفان صراحة في تخويله ذلك.

وقد قضت المادة ١٨٠ من قانون المرافعات الكويتي في هذا الشأن بأنه إذا رأى المحكم أن الفصل في التحكيم يقتضي تكليف الغير بإبراز مستند في حوزته أو رأى أن الوضع يستلزم سماع شاهد متخلف عن الحضور أو ممتنع عن الإجابة بما يقتضي توقيع الجزاء المقرر قانوناً عليه أو أن الحالة تستلزم إنابة قضائية فإنه يوقف الخصومة ثم يلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لإصدار ذلك الحكم أو الأمر.

وعلى خلاف ذلك جاءت المادة الخامسة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في فقرتها الرابعة بتخويل هيئة التحكيم سلطة الحكم بالجزاء المقرر قانوناً على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة، وكذلك الحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته متى كان ضرورياً للحكم في التحكيم، وأيضاً سلطة الأمر بالإنابة القضائية، وفي الاتجاه ذاته قضت الفقرة عجز هذه المادة بأن تفصل هيئة التحكيم في المسائل المستعجلة المتعلقة بموضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك.

٦- الفصل في المسألة الأولية التي تخرج عن اختصاص المحكم:

إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية يترتب على الفصل فيها الحكم في موضوع النزاع أمام المحكم، وكانت هذه المسألة الأولية تخرج من ولاية المحكم

تعين الالتجاء إلى القضاء حتى يحسم الأمر فيها فيكون بذلك معيناً ومسانداً للمحكم حتى يتمكن من أداء مهمته والفصل في النزاع الأصلي محل التحكيم.

وقد عرضت لذلك المادة ٢/١٨٠ من قانون المرافعات الكويتي حيث قضت بأنه إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج من ولاية المحكم أو طعن بتزوير ورقة أو اتخذت إجراءات جنائية (جزائية) عن تزويرها أو عن حادث جنائي آخر أوقف المحكم عمله حتى يصدر فيها حكم انتهائي من المحكمة المختصة[١].

وعلى صعيد آخر قضت المادة الخامسة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي بأن تفصل هيئة التحكيم في المسائل الأولية التي تعرض لها في المنازعة والتي تدخل في اختصاص القضاء المدني أو التجاري، ويبدو أن دافع المشرع في تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في مسائل هي أصلاً من اختصاص قضاء الدولة ولا من سلطة المحكم يرجع إلى أن تشكيل هيئة التحكيم القضائي هذه يغلب عليه العنصر القضائي ممثلاً في ثلاثة من المستشارين في حين يقتصر عدد من يختاره الخصوم من المحكمين على اثنين فقط.

٧- مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم:

أ- قد تقع في حكم التحكيم أخطاء مادية بحتة : كتابية أو حسابية، أو قد يحتاج الأمر إلى تفسيره إذا وقع في منطوقه غموض أو لبس، وكذلك قد يحدث أن يغفل المحكم - عن سهو وعدم إدراك - الفصل في بعض الطلبات الموضوعية المعروضة عليه والتي يشملها اتفاق التحكيم، والأصل أن يختص المحكم بتصحيح هذه الأخطاء أو تفسير المنطوق أو الفصل في الطلبات المُغفلة مادام الأجل المحدد قانوناً أو اتفاقاً لإصدار حكمه قائماً إلا أنه قد يتعذر ذلك لأي سبب يتعلق بشخص المحكم أو قد ينتهي الأجل المحدد للحكم فهنا يظهر الدور المساند والمساعد الذي يضطلع به القضاء فتكون هذه المسألة من اختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

وبهذا المعنى المتقدم قضت المادة ١٨٣ مكرر من قانون المرافعات الكويتي والمادة الثامنة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي.

ب- اختلف الرأي فيما يتعلق بمدى جواز الطعن على حكم التحكيم إذ عارضت بعض الأنظمة القانونية إمكانية الطعن على أحكام التحكيم بالاستئناف طلباً للسرعة المنشودة في خصومة التحكيم مثل المشرع المصري والقانون الإيطالي والنظام السعودي بينما أجازت أنظمة أخرى مثل المشرع الفرنسي استئناف حكم التحكيم، ولا شك أن إجازة الطعن وإن كان فيه مسحة من رقابة القضاء للتحكيم فأنه من شأنه إصلاح ما قد يلحق بالحكم من عيوب، وذلك يمنح الأطراف الثقة في التحكيم ومآل الحكم فيه وفي الوقت ذاته يحقق فائدة عملية هي حرص المحكمين ومراعاتهم الدقة تجنباً للطعن على أحكامهم وفي ذلك جميعه ما يحقق فعالية التحكيم. هذا بالنسبة للتحكيمات الوطنية أما التحكيم الدولي فإن أغلب التشريعات تفرد له أحكاماً مستقلة تختلف باختلاف ما إذا كان حكم التحكيم الدولي صادراً في إقليم الدولة فلا يجوز الطعن عليها

١- بند ٩ ص ٦٩ ق ٣ م ٢.

إلا بدعوى البطلان أما تلك الصادرة خارجها فلا يجوز سوى استئناف الأمر الصادر بالاعتراف بالحكم أو تنفيذه.

وبالنسبة للتشريع الكويتي فإن المادة ١٨٦ من قانون المرافعات لم تُجز الطعن في حكم المحكم بالاستئناف إلا إذا اتفق الخصوم قبل صدوره. في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق. على خلاف ذلك، وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون أن الحكمة من منع استئناف الحكم عند عدم وجود الاتفاق هي أن الخصوم ما لجأوا إلى التحكيم في الأغلب الأعم إلا رغبة في تبسيط الإجراءات على أنفسهم باختيار طريق معفي - كأصل عام - من إجراءات المرافعات مما يجعل فتح باب الطعن مفوتاً عليهم أحد دوافعهم الأساسية لاختيار طريق التحكيم ومنطوياً على العودة بهم إلى ساحة القضاء من باب خلفي[1].

كما أجازت الفقرة الثالثة من المادة السالفة لكل ذي شأن أن يطلب من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بطلان حكم المحكم الصادر نهائياً وذلك في الأحوال الآتية ولو اتفق قبل صدوره على خلاف ذلك[2]:

١. إذا صدر بغير اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل أو سقط بتجاوزه الميعاد أو إذا كان الحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم.
٢. إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر.
٣. إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

هذا ولا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم المحكم[3] إلا إذا رأت المحكمة غير ذلك وكان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب البطلان مما يرجح معها القضاء ببطلان الحكم، وصيانة لحق المدعى عليه للمحكمة أن تلزم الطرف المستفيد من الحكم بوقف التنفيذ بتقديم كفالة تقدرها أو تأمر بما تراه لازماً لصيانة حق المدعى عليه (مادة ١٨٨ مرافعات).

وفيما تقدم جميعه تفعيل لحكم التحكيم وبث الثقة في نفوس أطرافه في الحكم متى استكمل مقومات وجوده وشرائط صحته وأنهم لن تتأثر حقوقهم إذا ما سلكوا طريق التحكيم.

ونظراً لما سبق أن قلناه بالنسبة لغلبة العنصر القضائي في تشكيل هيئة التحكيم في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ وكونها تضم ثلاثة مستشارين بما يجعلها تعدل في درجتها محكمة الاستئناف فقد جعلت المادة العاشرة من هذا القانون الطعن بطريق التمييز سبيلاً وحيداً للطعن في أحكام هذه الهيئة وذلك في أحوال محددة على سبيل الحصر هي:

١. مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله.
٢. إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم.
٣. إذا قضت هيئة التحكيم على خلاف حكم سبق صدوره بين الخصوم أنفسهم حاز حجية الأمر المقضي سواء صدر من المحاكم أو من إحدى هيئات التحكيم.
٤. إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر.
٥. هذا ولا يخفى ما لمحكمة التمييز من دور فعال في هذا الشأن.

٨ - مرحلة تنفيذ حكم التحكيم:

من المقرر أن أحكام التحكيم على الرغم مما تتمتع به من حجية لا تكتسب بذاتها القوة التنفيذية التي تخولها الحصول

١- تمييز ٤٧٣ لسنة ٢٠٠٣ ت ٢٠٠٥/٦/٢٥ بند ٥ ص ٦٣ المستحدث.
٧٠٢ لسنة ١٩٩٧ ت ١٩٩٨/١١/٧ بند ٣٣ ص ١٤٠ ق ٤ م ٣.
٤٤١ لسنة ١٩٩٨ ت ١٩٩٩/٢/١ بند ٣٤ ص ١٤١ ق ٤ م ٣.
٢- دعوى البطلان تمييز ٩ لسنة ١٩٩١ ت جلسة ١٩٩٣/١/١٠، ١٨٤ لسنة ١٩٩٢ ت ١٩٩٤/١٢/١٥ بندي ١٦، ١٩ ص ٧١، ٧٢ ق ٣ م ٢، تمييز ١٠٦٥ لسنة ٢٠٠٥ ت ٢٠٠٧/٢/١٨ ص ١٣٥ المستحدث من ٢٠٠٦/٤/١ حتى ٢٠٠٧/٣/٣١.
٣- تمييز ٤٤٤ لسنة ١٩٩٦ ت ١٩٩٨/١/١١ بند ٢٩ ص ١٣٨ المستحدث.

على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري إذ لا تعد سندات تنفيذية، فالقوة التنفيذية لا تلحق حكم التحكيم إلا بصدور أمر خاص من جهة القضاء يسمى أمر التنفيذ، ويعد تدخل قضاء الدولة بما له من سلطة عامة للأمر بتنفيذ أحكام التحكيم ضرورياً لكي يتحقق للتحكيم فاعليته ويؤدى دوره المنشود بوصفه طريقا منشوداً للفصل في المنازعات فهو يمثل اعترافاً من قضاء الدولة بسلامة الحكم وإمكانية تنفيذه جبراً بمختلف الوسائل التي يتيحها القانون. ولا شك أن ذلك يبعث الاطمئنان والأمان لدى الأفراد على أن اتفاقهم على التحكيم له نتيجة معترف بها من سلطات الدولة، الأمر الذي يمكن معه القول أن القضاء الوطني بذلك يمارس دوراً مهماً في تفعيل دور التحكيم والوصول به إلى الهدف الذي تغياه أطرافه منه. ولا بد من الإشارة بداءة إلى أنه تستبعد مما تقدم أحكام التحكيم الصادرة من هيئات التحكيم المشكلة وفقاً للقانون ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي إذ أن هذه الأحكام وفقاً للمادة التاسعة من هذا القانون تعامل معاملة الأحكام القضائية فتكون واجبة النفاذ طبقاً للإجراءات المقررة في قانون المرافعات بعد وضع الصيغة التنفيذية على الحكم بمعرفة إدارة كتاب محكمة الاستئناف بمجرد صدورها دون حاجة إلى أي إجراء آخر أي أنها لا تحتاج إلى أمر بتنفيذها ومن ثم يكون محل حديثنا هنا هو أحكام هيئات التحكيم الاختيارية سواء كانت صادرة من هيئة تحكيم خاصة أو من أحد مراكز التحكيم.

وهذه الأحكام قد تتسم بصبغة الوطنية وذلك متى صدرت داخل دولة الكويت وفقاً لما نصت عليه المادة ٤/١٨٢ من قانون المرافعات بصرف النظر عن جنسية المحكمين أو القانون المنطبق على النزاع حتى لو عقدت بعض جلسات التحكيم خارج دولة الكويت أما إذا صدر الحكم خارج دولة الكويت فتسبغ عليه سمة الحكم الأجنبي ولو كان الخصوم كويتيين، وتختلف إجراءات الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية عن تلك الأجنبية وذلك على النحو التالي:

أ- يختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الوطني وفقاً للمادة ١٨٥ من قانون المرافعات الكويتي رئيس المحكمة التي أودع الحكم إدارة كتابها - وهي المختصة أصلاً بنظر النزاع - وفقاً لنظام الأوامر على العرائض دون تكليف للخصم بالحضور، ويصدر رئيس المحكمة الأمر بعد الإطلاع على اتفاق التحكيم وحكم التحكيم وبعد التثبت من انتفاء موانع تنفيذه وانقضاء ميعاد الاستئناف إذا كان الحكم قابلاً له وغير مشمول بالنفاذ المعجل، ويذيل أصل الحكم بأمر التنفيذ.

أما أحكام التحكيم الأجنبية وهي كما قلنا وفقاً لمعيار مكان صدور الحكم الذي أخذ به المشرع الكويتي تلك الصادرة في بلد أجنبي. ولو كان الخصوم كويتيين أو أبرم اتفاق التحكيم في الكويت أو اتخذت بعض إجراءات التحكيم في الكويت. فهي عملاً بالمادتين ١٩٩، ٢٠٠ من قانون المرافعات يجوز الأمر بتنفيذها في الكويت بالشروط نفسها المقررة في قانون ذلك البلد "الصادرة فيه" لتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في الكويت "مبدأ المعاملة بالمثل" بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون حكم

المحكين صادراً في مسألة يجوز فيها التحكيم طبقاً للقانون الكويتي وقابلاً للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه. هذا ويطلب الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم هذه أمام المحكمة الكلية بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ولا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يلي:

١. أن الحكمَ صادر من هيئة تحكيم مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه.

٢. أن الخصوم في خصومة التحكيم التي صدر فيها حكم التحكيم الأجنبي قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

٣. أن حكم التحكيم الأجنبي حاز قوة الأمر المقضي طبقاً لقانون الهيئة التي أصدرته.

٤. أن حكم التحكيم الأجنبي لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة أو هيئة تحكيم بالكويت ولا يتضمن ما يخالف الآداب أو النظام العام في الكويت و قريب من هذا أن هناك مسائل لا تخالف الآداب أو النظام العام إلا أنه لا يجوز فيها التحكيم وفقاً للقانون الكويتي وقد حددتها المادة ٣/١٧٣ من قانون المرافعات لقاعدة عامة بأنها المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ثم حددت المادة ٥٥٤ من القانون المدني هذه المسائل بأنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ولكن يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها، وهذا يعني أن المشرع الكويتي عاد إلى فكرة النظام العام واعتبر أن المسائل المتعلقة به لا يجوز فض المنازعات الناشئة عنها بطريق التحكيم أو تنفيذ أحكام التحكيم التي فصلت فيها وذلك مثل المسائل المتعلقة بالجنسية والجرائم والعقوبات والإفلاس أما الحقوق المالية المترتبة عليها فإنه وعلى ما سلف بيانه يجوز التحكيم فيها.

ب- ويلاحظ أن دولة الكويت قد انضمت بموجب المرسوم بالقانون رقم ١٠ لسنه ١٩٧٨ وتاريخ ١٩٧٨/٣/٢٦ إلى اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، وهذه الأحكام وفقاً للاتفاقية إما أن تكون صادرة في دولة خلاف الدولة التي يطلب التنفيذ على إقليمها وقد تحفظت دولة الكويت على هذه الحالة واشترطت أن يكون حكم التحكيم المطلوب تنفيذه في الكويت صادراً في دولة متعاقدة - والحالة الثانية أن يكون حكم التحكيم المطلوب تنفيذه في إقليم دولة معينه يوصف وفقاً لقانونها بأنه أجنبي بصرف النظر عن مكان صدوره حتى لو صدر في هذه الدولة ذاتها كأن يكون جرى وفقاً لإجراءات منصوص عليها في قانون أجنبي.

ويتم تنفيذ هذه الأحكام المبينة في الاتفاقية طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ أي طبقاً لإجراءات التداعي التي يجب اتباعها للحصول على الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي أما فيما عداها من أحكام تتعلق بالشروط اللازمة في حكم المحكمين فتخضع لنصوص الاتفاقية[1]. وقد سبق تفصيل ذلك.

وقد وضعت الاتفاقية قرنية قانونية على توافر جميع الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم إلا أن هذه القرنية قابلة لإثبات العكس متى تمسك الخصم المحكوم عليه بتوافر حالة من الحالات التي توجب رفض

١- تمييز ١٦٦ لسنه٨٧ ت جلسه ١٩٨٨/٢/٨م ص٩٣ مجموعة القواعد القسم الثاني المجلد الثاني، ١٨٤ لسنه١٩٩٢ ت جلسه ١٩٩٤/٢/١٥ ص ٧٣ ق ٣م٢، ٨٠لسنه١٩٩٧ ت جلسه ١٩٩٨/٥/١٠.

تنفيذ حكم التحكيم[1] مثل نقص أهلية أحد أطراف التحكيم وفقاً للقانون الشخصي، أو عدم صحة اتفاق التحكيم بأن كان غير مكتوب مثلاً، أو عدم إعلان المحكوم عليه بإجراءات التحكيم، أو أن الحكم تجاوز نطاق التحكيم وفصل في نزاع غير وارد فيه، أو أن تشكيل هيئة الحكيم أو إجراءاته تشوبها شائبة وكذلك في حالة عدم نهائية حكم التحكيم أو إبطاله أو إيقاف تنفيذه، كما أن هناك حالات ترفض فيها المحكمة الأمر بالتنفيذ من تلقاء نفسها إذا تبينت أن النزاع الصادر فيه الحكم مما لا يجوز فيه التحكيم أو أن حكم التحكيم جاء متعارضاً مع النظام العام للدولة المطلوب التنفيذ على إقليمها.

وجدير بالذكر أن طالب التنفيذ يحق له التمسك بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الصادر لصالحه ولو تخلف أحد الشروط السالفة إذا كانت دولة التنفيذ قد انضمت إلى اتفاقية أخرى جماعية أو ثنائية لا تتطلب توافر الشرط المتخلف مثل ذلك اتفاقية تنفيذ الأحكام المعقودة بين بعض حكومات الدول العربية والتي وافق عليها مجلس الجامعة في ١٩٥٢/٩/١٤ وانضمت إليها الكويت بتاريخ ١٩٦٢/٥/٢٠، وكذلك اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى الموقع عليها في واشنطن بتاريخ ١٩٦٥/٣/١٨ وانضمت إليها الكويت بموجب المرسوم بالقانون رقم١ لسنه١٩٧٩ وكذلك اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنه ١٩٧٤ وانضمت إليها الكويت بموجب المرسوم بالقانون رقم ٨٢ لسنه١٩٧٦.

ج) سلطة القضاء بالنسبة لطلب تنفيذ حكم التحكيم :

سبق أن قلنا أن الذي يملك الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الوطني أي الصادر داخل دولة الكويت «التحكيم الاختياري غير الصادر من هيئات التحكيم المشكلة وفقاً للقانون١١ لسنه١٩٩٥» هو رئيس المحكمة التي أودع حكم التحكيم إدارة كتابها وهي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، ولا يملك الآمر بالتنفيذ مراجعة الحكم من الناحية الموضوعية وتقدير صحته أو بطلانه أو ملاءمة ما انتهى إليه أو سلامته وصحة تفسيره للقانون أو سلامه تحصيله للوقائع وإنما يقتصر سلطانه على التثبت من وجود اتفاق التحكيم وصحته، وتوافر الشروط القانونية اللازمة في المحكمين وصحة تعيينهم،وسلامة إجراءات التحكيم واتفاقها مع المبادئ الأساسية في التقاضي ولو لم تكن واردة في باب التحكيم باستثناء المحكم المفوض بالصلح، وصحة حكم

١- ٦٢ لسنه ١٩٨٠ ت ١٩٨١/٥/٢٧ بند ١٣ صـ ٤٤٩ ق١م١

التحكيم من حيث الشكل بإيراد أسماء الخصوم والمحكمين وتحديد موضوع النزاع ومطابقته لاتفاق التحكيم، ومنطوق الحكم وتاريخه ومكانه وتوقيع المحكمين أو أغلبيتهم وذكر من رفض التوقيع[١]، واشتمال الحكم على أسباب ولو بصفة عامة أو مجملة[٢] مع مرعاه عدم مخالفته للنظام العام والتثبت من عدم وجود ما يمنع تنفيذه. فهي رقابة خارجية على الحكم للتأكد من صلاحيته للتنفيذ وعدم وجود ما يمنع ذلك. والأمر بالتنفيذ هنا هو عمل ولائي يقبل التظلم منه إما لنفس رئيس المحكمة الآمر أو أمام المحكمة المختصة التي يتبعها.

أما بالنسبة لأحكام التحكيم الأجنبية فالذي يصدر بشأن تنفيذها هو حكم قضائي وليس أمراً ولائياً ومن ثم يخضع لطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية وقد بينا فيما سلف شروط إصدار هذا الحكم. وتتحدد سلطة المحكمة عند نظر الدعوى بطلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بالرقابة الخارجية على الحكم من ناحية الشكل والإجراءات أيضاً.

ثالثاً- خاتمة :

تبين مما أوردناه بعجالة أن فاعلية التحكيم تعتمد في المقام الأول على موقف القضاء الوطني من التحكيم ومساندته وتدعيمه لعملية التحكيم والتدخل لتصحيح مسار الإجراءات بدءاً من اتفاق التحكيم، وطلب تعيين المحكم واستبداله والفصل في طلب رده، وطلب اتخاذ إجراءات وقتية أو تتعلق بمسائل الإثبات، أو الفصل في مسألة أوليه تخرج عن نطاق اختصاص المحكم، وضمان التزام المحكمين لنطاق التحكيم، فضلاً عما قد يثار من صعوبات بعد صدور الحكم وقبل تنفيذه، وأخيراً الأمر أو الحكم بتنفيذه ومن ثم يمكن القول إن العلاقة بين المحاكم والتحكيم هي علاقة أساسها المشاركة لتحقيق العدالة القضائية وهو ما يفترض قدراً من التعاون والتكامل بينهما، فالتحكيم لا يمكنه الاستمرار بعيداً عن القضاء مهما سعت بعض التشريعات لوضع نظم ذاتيه متكاملة للتحكيم، والقيمة الحقيقية لهذا النظام تستند إلى الدور الذي يؤديه القضاء في خصوصه والذي يستهدف أساساً المساعدة والمساندة لتفعيل نظام التحكيم.

قائمة بالمراجع :

١- د. رضا السيد عبد الحميد
مسائل في التحكيم الكتاب الأول.

٢- د. علي سالم إبراهيم
ولاية القضاء على التحكيم رسالة دكتوراه ١٩٩٥ جامعة عين شمس.

٣- د. هدى عبد الرحمن
دور المحكم في خصوم التحكيم وحدود سلطته ١٩٩٧.

٤- د. أحمد مليجي
قواعد التحكيم في القانون الكويتي ١٩٩٦.

٥-د. علي بركات
خصومة التحكيم والقانون المدني والقانون المقارن ١٩٩٦.

١- تمييز١٤٣، ١٤٩ لسنه ١٩٩٨ ت ٨٩/١١/٩ بند ل، م، صـ ١٣٨ ق٤م٣.
٢- تمييز ٤٦ لسنه ١٩٨٣ ت ١٩٨٤/٢/٢٢ بند٧ ،صـ ٤٤٥ ،ق١ ،م١.

التحكيم في التشريع الكويتي

المستشار / فاروق علي الدين
وكيل محكمة الاستئناف سابقاً

مقدمـــة:

إذا كان العـدل فطـرة فـي الإنسان جبل عليها فقـد حرص التشريـع الإسلامي والتشريعـات الوضعيـة مـن بعـده وعلى هداه علـى إفساح المجال أمـام الأفراد فـي سبيـل فض ما قـد ينشأ بينهم من منازعات مدنيـة أو تجارية على لإختيار من يثقون فيهم من غير القضاة للفصل فـي تلـك المنازعـات بقضـاء يرضونه يتميـز ببساطـة إجراءاتـه وسرعتها مع استمـرار حسن الصلـة بينهم والحفاظ على سرية منازعاتهم وهو ما أطلق عليه نظام التحكيم.

وقـد حرصـت دولـة الكويـت منـذ فجر استقلالهـا وإكتمـال النظـام القضائـي الحديث فيها بصدور المرسـوم الأميري رقـم ١٩٥٩/١٩ بقانـون تنظيـم القضـاء علـى الأخذ بنظـام التحكيـم فـي المواد المدنيـة والتجاريـة وذلـك إيمانـاً مـن المشـرع الكويتـي بأهميـة ذلـك النظام وإعتبـاره نظامـاً موازيـاً للمحاكـم أداة السلطـة القضائيـة التـي تكفـل حـق المواطـن الدستـوري فـي التقاضـي، فأتاحـت للخصـوم حق اللجـوء إليه في فـض منازعتهـم بطريقـة مبسطة وفق قواعد قانونية محـددة وبأحكام لها قوة أحكام السلطة القضائية.

ونظـراً لأهميـة نظام التحكيـم ولتنامي دوره فـي التشريـع الكويتـي خاصة على ضـوء أحكام القانون الأخيـر بشأنه رقم ١٩٩٥/١١ بشأن التحكيـم القضائي في المنازعـات المدنية والتجارية والمعمول به اعتبـاراً من ١٩٩٥/٣/٢٩ جاءت هذه الدراسة فـي بابين، يتنـاول أولهما وفي فصـول أربعة نبذة تاريخية عن التحكيم فـي ضـوء التشريـع الكويتـي وشرحـاً لأحكام القانـون رقم ١٩٩٥/١١ السالف والقـرارات المنفذة له باعتبـاره قمة ما بلغه نظام التحكيم القضائي في التشريع الكويتي وتعليقاً بالرأي حول تلك الأحكام والرؤية المستقبلية المتوقعة حول تطبيق أحكام ذلك القانون وقراراته – ويتناول ثانيهمـا مـدى فاعلية أنظمـة التحكيم السالفة وأثرها في الاستثمار الأجنبي.

البـاب الأول:

الفصل الأول - التطور التاريخي للتحكيم في التشريع الكويتي:

أولاً - برز نظـام التحكيم لأول مرة في التشريع الكويتي بالنص عليه في المادة ٣٩ من المرسوم الأميري رقم ١٩٥٩/١٩ بقانـون تنظيـم القضـاء والمعمـول بـه اعتباراً من أول نوفمبر ١٩٥٩ ومن عباراته أنه (لا يجوز للقاضي بغير موافقة مجلس القضاء أن يكون محكماً ولو بغير أجر إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة).

والذي أجاز للقاضي بصفته الشخصية وبعـد موافقة مجلس القضـاء الأعلى أن يكـون محكماً في نزاع بين أحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة وبين آخرين تنفيـذاً لإتفـاق بينهم حـول الفصل في ذلـك النزاع عن طريـق التحكيم، وذلك كلـه في ظلال قواعد التحكيم الاختياري والتـي نظمها قانـون المرافعات المدنية والتجاريـة الصادر بالمرسـوم الأميري رقم ١٩٦٠/٦ والمعمول به أيضاً اعتباراً مـن أول نوفمبـر ١٩٦٠ في مـواده ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦ والتي تناولـت بالتنظيم قواعد ذلـك التحكيم فأجازته فـي جميع المنازعـات المدنية والتجاريـة إلا في المسائـل التي لا يجوز فيهـا الصلـح وأوجبت أن يكـون الاتفاق عليه كتابـة، وحددت شرائـط من يتولاه وأجـازت تعددهم علـى أن يكون عددهم وتـراً وكيفيـة تعيينـه قضـاء إن اتفـق علـى التحكيـم دون المحكـم وإجراءات مباشرتـه وكيفيـة صـدور الحكـم فيـه

وشكل الحكم وكيفية إيداعه وتنفيذه وأجازت استئنافه في غير حالات تفويض المحكمين للصلح وأجازت طلب بطلانه وحددت نطاق ذلك وكيفيته.

ثانياً : ثم تطور ذلك النظام بالقانون رقم ١٩٧١/٣ والذي أضاف إلى قانون المرافعات السالف مادته الرقيمة ٢٦٤، مكرراً والتي جاء نصها على أنه:

« تنشأ في مقر المحكمة الكلية لجنة أو أكثر للتحكيم يرأسها مستشار أو قاض تختاره الجمعية العمومية للمحكمة المختصة وعضوية اثنين من التجار تختارهما غرفة التجارة والصناعة ويكون إنعقادها في المكان الذي يعينه رئيس اللجنة على أن تعرض عليها بغير رسوم المنازعات المدنية والتجارية التي يتفق ذوو الشأن كتابة على عرضها عليها ولا تتقيد اللجنة بالقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية عدا ما نص عليه في هذا الباب- الباب الثالث من الكتاب الثاني من القانون – ولها في سبيل أداء مهمتها أن تستمع إلى الشهود وإجراء المعاينة والاستعانة بأهل الخبرة إذا اقتضى الأمر ذلك كما أن لها أن تستعين بأحد موظفي المحكمة للقيام بأمانة السر وتصدر حكمها بأغلبية الآراء على أن يكون غير قابل للاستئناف ويودع قلم الكتاب خلال خمسة الأيام التالية لصدوره ».

ويعتبر ذلك النص بحق أساس وجود نظام التحكيم القضائي في التشريع الكويتي والذي تتولاه لجنة برئاسة أحد رجال القضاء وعضوية محكمين آخرين من التجار وذلك في دائرة قواعد التحكيم الاختياري للخصوم وبإتفاقهم على الإحتكام لتلك الهيئة والتي توافر لها بعض الثقة وقد تولى رئاستها أحد رجال القضاء للفصل في منازعتهم بصورة نهائية ومبسطة – وإن كان يؤخذ عليه أنه جعل الأغلبية في لجنة التحكيم لغير رجال القضاء وقصر المحكمين الآخرين على التجار دون غيرهم من أصحاب المهن والتخصصات والخبرات الأخرى التي يتطلبها الفصل في النزاع المطروح أمامها محل التحكيم.

ثالثاً : وإذ صدر قانون المرافعات المدنية والتجارية الحديث رقم ١٩٨٠/٣٨ والمعمول به من أول نوفمبر ١٩٨٠ نظم في بابه الثاني عشر من الكتاب الأول وفي المواد من ١٧٣ –١٨٨ قواعد التحكيم الاختياري وقد جاءت تلك النصوص في جوهرها مطابقة لنصوص المواد من ٢٥٤ إلى ٢٦٦ من أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم الأميري رقم ١٩٦٠/٦ السالف بيانه من إضافة بيان واضح عن حالات تنحي المحكم وعزله ورده وتفصيل أوفى لإجراءات الخصومة فيه وحالات إنقطاعها ووقفها والأجل الواجب صدور الحكم فيه وشكله وتصحيح أخطائه المادية وحالات استئنافه وكيفية ذلك وكيفية إيداعه وتنفيذه وإجراءات دعوى البطلان المتعلقة به وأثرها.

كما رأي المشرع الكويتي التوسع في تشكيل الهيئة القضائية التي تتولى التحكيم القضائي بصورته الواردة في المادة ٢٦٤ مكرراً من القانون السالف فلا تقتصر عضويتها على التجار حتى ينفسح المجال لأن تعرض عليها منازعات أخرى فنية أو عملية في مختلف التخصصات الهندسية أو الطبية أو العمالية أو ما إلى ذلك والتوسع في سلطاتها لدى نظر النزاع المعروض عليها.

فتناولت المادة ١٧٧ منه ضمن أحكام التحكيم الواردة بالباب الثاني عشر ذلك النوع من التحكيم القضائي على النحو التالي:

((يجوز لوزارة العدل أن تشكل هيئة تحكيم أو أكثر تنعقد بمقر المحكمة الكلية أو أي مكان آخر يعينه رئيس الهيئة وتكون رئاستها لمستشار أو قاض تختاره الجمعية العمومية للمحكمة المختصة وعضويتها لاثنين من التجار أو ذوي

التخصصات الأخرى، يتم اختيارهما من الجداول المعدة في هذا الشأن وذلك وفق القواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل ويقوم بأمانة سر هذه الهيئة أحد موظفي المحكمة الكلية – وتعرض عليها بغير رسوم المنازعات التي يتفق ذوو الشأن، كتابه على عرضها عليها وتسري في شأنها القواعد المقررة في هذا الباب ومع ذلك يجوز لها أن تصدر الأحكام والأوامر المشار إليها في الفقرات أ، ب، جـ من المادة ١٨٠ من القانون (وهي تغريم من يتخلف من الشهود عن الحضور أمامها أو تكليف الغير بتقديم مستند تحت يده ضروري للحكم في التحكيم أو الأمر بالإنابة القضائية).

ويكشف ذلك النص عن تحقيق الغاية التي توخاها المشرع من تدعيم نظام التحكيم القضائي بصورة أقوى مما كان عليه الأمر في ظل قانون المرافعات المدنية والتجارية القديم كما تكشف المذكرة الإيضاحية للقانون الجديد تعليقاً على ذلك النص أن التحكيم القضائي بصورته السالفة أمر جائز في المنازعات العمالية خارج دائرة التحكيم في منازعات العمل الجماعية المنظم بالمادتين ٨٨ و٨٩ من القانون رقم ١٩٦٤/٣٨ في شأن العمل في القطاع الأهلي (وهو نوع من التحكيم القضائي الجبري) شريطة إتفاق طرفي المنازعة العمالية (وهي ولا شك نوع من المنازعات المدنية) على عرض النزاع على هيئة التحكيم المشكلة وفق المادة ١٧٧ مرافعات في دائرة أن ذلك التحكيم هو نوع من التحكيم الاختياري.

وقد صدر بمناسبة تطبيق ذلك النص قرار وزير العدل رقم ١٩٨٠/٨٢ بشأن اختيار عضوي هيئة التحكيم وقد نص على أن يتم اختيار عضوي هيئة التحكيم سواء كانا من التجار أو من ذوي التخصصات الأخرى من الجداول المودعة لدى إدارة كتاب المحكمة الكلية وعلى أنه يشترط فيمن يدرج اسمه بهذه الجداول أن يكون كويتي الجنسية محمود السيرة حسن السمعة لم يسبق فصله من الخدمة بقرار تأديبي نهائي ما لم تمض على صدوره ثلاث سنوات على الأقل وألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية في جناية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن قد رد اعتباره إليه وأن يتم ترشيحه من الغرفة التجارية أو من الجهات أو الجمعيات المهنية المختصة وأن يحلف عضو هيئة التحكيم قبل مباشرة مهمته اليمين أمام إحدى دوائر محكمة الاستئناف بأن يؤدي مهمته بالأمانة والصدق – وعلى أن يتم تزويد محكمة الاستئناف بنسخ من تلك الجداول.

رابعاً : وإذ لم يجد نظام التحكيم القضائي بصورتيه الأخيرتين صدى في التطبيق العملي على الرغم مما به من مزايا تجمع بين سرعة الفصل في المنازعات بين الخصوم دون رسوم قضائية والثقة في الهيئة التي تتولاه وقد تولى رئاستها أحد رجال القضاء يرجع ذلك وفي تقديرنا إلى أنه نظام اختياري في جوهره وأن النزاع الناشئ بين المتخاصمين يوجد وبطبيعته نوعاً من التنافر بينهما قل أن يجمع بينهما على إتفاق حول اختيار ذلك التحكيم وسيلة للفصل في ذلك النزاع وأن وجود الأغلبية بين المحكمين من غير رجال القضاء قد قلل من اطمئنان الخصوم إلى ذلك النظام على ضوء ثقته الكاملة في النظام القضائي الأساسي المتوافر بين يديه أيضاً وإن طالت إجراءاته تدخل المشرع الكويتي – تأكيداً لإيمانه بأهمية نظام التحكيم القضائي وضرورته لمواجهة تطورات الحياة المستقبلية ونوعية المنازعات الجديدة التي تطرأ على المجتمع وضرورة سرعة الفصل

فيها بنظام قضائي مبسط - بالقانون رقم ١٩٩٥/١١ بشأن التحكيم القضائي في المنازعات المدنية والتجارية لإيجاد دفعه قوية لنظام التحكيم القضائي ولإرساء مبادئ جديدة حوله سيفرد لها الفصل الثاني من هذه الدراسة في محاولة للإحاطة بها على نحو مفصل.

خامساً : أنه وفي هذا المجال تجدر الإشارة إلى أن جواز قيام القاضي بالتحكيم اختياراً في منازعة على نحو ما سبق بيانه بالبند الأول من هذا الفصل قد تردد ذكره بالمادة ٢٦ من المرسوم بقانون رقم ١٩٩٠/٢٣ بشأن قانون تنظيم القضاء والمعمول به اعتباراً من أول سبتمبر ١٩٩٠ والذي ألغى في مادته الرابعة أحكام المرسوم الأميري رقم ١٩٥٩/١٩ بقانون تنظيم القضاء.

الفصل الثاني :

التحكيم القضائي وفق أحكام القانون رقم ١١ / ١٩٩٥ والقرارات الوزارية المنفذة له :

صدر القانون رقم ١٩٩٥/١١ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية بتاريخ ١٩٩٥/٢/١٩ في أربع عشرة مادة وقد نشر بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) بملحق العدد١٩٦ السنة الحادية والأربعون الصادر في ١٩٩٥/٢/٢٨ وقد نصت مادته الأخيرة على سريانه بعد انقضاء شهر على تاريخ النشر أي اعتباراً من ١٩٩٥/٣/٢٩.

ويرجع أهمية بيان ذلك التاريخ باعتبار أن التنظيم الجديد والمستقل الذي أوجده ذلك القانون للتحكيم القضائي قد تضمن تحديد نوع من الاختصاص النوعي لهيئات التحكيم القضائي دون غيرها بنظر نوع من المنازعات وهي المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات (الفقرة الثانية من المادة الثانية) وقد تناولت أحكام ذلك القانون الأمور التالية :

أولاً - تشكيل هيئة التحكيم :

فقد نصت المادة الأولى منه على أنه تشكل بمقر محكمة الاستئناف هيئة تحكيم أو أكثر تشكل من ثلاثة من رجال القضاء يختارهم مجلس القضاء الأعلى لمدة عامين وإثنين من المحكمين يختار كل طرف من أطراف النزاع أحدهما ولو تعددوا وذلك من بين المحكمين المقيدين بجداول المحكمين المعدة بإدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف أو من غيرهم.

وأنه إن تخلف أي من طرفي النزاع عن اختيار محكمة في خلال الأيام العشرة التالية لإخطاره من إدارة التحكيم بذلك قامت إدارة التحكيم باختيار المحكم صاحب الدور من المحكمين المتخصصين في موضوع النزاع محكماً عنه وعضواً في هيئة التحكيم.

ويتولى رئاسة الهيئة أقدم الأعضاء من رجال القضاء وعلى أن يكون بدرجة مستشار وعلى أن يتولى أمانة سرها أحد موظفي محكمة الاستئناف.

ثانياً - إختصاص هيئة التحكيم القضائي :

وقد حددته المادة الثانية من القانون إضافة إلى الإختصاص النوعي الموضح بالفقرة الثانية والسالف بيانه في المسائل الآتية :

الفصل في المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها وفي المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون وتتضمن حل هذه المنازعات بطريق التحكيم مالم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك (الفقرة ١)

الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم وتلتزم هذه الجهات التحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء (الفقرة٣).

ثالثاً - إجراءات التحكيم القضائي والحكم فيه :

تضمنت المواد الثالثة والرابعة والخامسة من القانون تلك الإجراءات وهي على النحو التالي :-

١. يقدم طلب التحكيم إلى إدارة التحكيم وعليها قيده بالجدول الخاص في يوم تقديمه.
٢. تقوم إدارة التحكيم في حالة عدم تحديد طرفي النزاع لمحكميهما في طلب التحكيم بإخطار الطرفين لتحديد محكميهما سواء من المقيدين بجداول المحكمين أو من غيرهما.
٣. بعد مضي عشرة أيام من تاريخ الإخطار السالف دون أن يحدد الطرفان محكميهما تتولى إدارة التحكيم تحديد محكم عن الطرف المتخلف وهو المحكم صاحب الدور بجدول المحكمين المتخصصين في موضوع النزاع لعضوية الهيئة.
٤. تعرض إدارة التحكيم طلب التحكيم خلال الأيام الثلاثة التالية لتحديد باقي المحكمين على رئيس هيئة التحكيم لتقدير المبلغ الذي يجب على كل من طرفي النزاع إيداعه تحت حساب أتعاب محكمة وذلك في حالة عدم وجود إخطار سابق من المحكم بأن هذه الأتعاب قد سويت.
٥. بعد تقدير الأتعاب على ضوء ما سلف تكلف إدارة التحكيم طرفي النزاع بإيداعها خزانة الإدارة وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ التكليف.
٦. إذا تم اختيار المحكمين وإيداع أتعابهما المقدرة يعرض الطلب خلال الأيام الثلاثة التالية على تاريخ الإيداع على رئيس الهيئة لتحديد جلسة لنظره وموعد ليقدم الخصمان مستنداتهما ومذكرات دفاعهما.
٧. إذا تخلف أحد الطرفين عن إيداع أتعاب محكمة في الموعد المحدد بالبند رقم ٥ تخطر إدارة التحكيم الطرف الآخر بذلك خلال خمسة الأيام التالية لإنتهاء ذلك الموعد وبأن له إن شاء الاستمرار في إجراءات التحكيم إيداع المبلغ المقرر لأتعاب محكم خصمه الآخر خلال عشرة أيام من تاريخ الإخطار وإن تم ذلك عرض الطلب على رئيس الهيئة لتحديد جلسة لنظره – وفي حالة انقضاء الموعد الأخير دون إيداع أتعاب محكم الخصم الآخر عرض الطلب على رئيس هيئة التحكيم للأمر بحفظه ورد ما قد يكون قد تم إيداعه من أحد الخصوم تحت حساب محكمة (وهو الأمر الواجب الإتباع بالضرورة إن تخلف الطرفان عن إيداع الأتعاب المقدرة وهو أمر سكت عنه القانون).
٨. عند تحديد جلسة لنظر الطلب تتولى إدارة التحكيم إعلان الطرفين ووفق حكم المادة ١٧٩ مرافعات (والتي أجازت الإعلان بأوراق التحكيم دون التقيد بقواعد إعلان الأوراق القضائية المقررة بذات القانون) ما لم يتفق طرفا النزاع على طريقة معينة للإعلان فإنه يتعين اتباعها – بتاريخ تلك الجلسة وموعد تقديم المستندات ومذكرات الدفاع وبكامل تشكيل الهيئة وذلك خلال خمسة الأيام التالية على تحديد تلك المواعيد.

رابعاً - إصدار الأحكام في طلبات التحكيم وذلك على نحو ما نصت عليه المادتان السابعة والثامنة من القانون ووفق ما يلي :

١- في الجلسة المحددة تنظر المحكمة الطلب في حضور الخصوم أو وكلاء عنهم وتصدر حكمها فيه دون تقيد بمدة معينة لذلك استثناءً من حكم المادة ١٨١ مرافعات (التي تحدد مدة ستة أشهر من تاريخ نظر التحكيم لوجوب صدور الحكم فيه مالم يتفق الطرفان وفي مشارطة التحكيم على أجل آخر لصدور الحكم).

٢- يصدر الحكم بأغلبية آراء هيئة التحكيم وينطق به في جلسة علنية يعلن بها طرفا التحكيم.

٣- يجب أن يشتمل الحكم على موجز للاتفاق على التحكيم وملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه وتاريخ صدوره ومكانة وتوقيعات المحكمين.

٤- تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه والموقع عليها من المحكمين عند النطق به ويكون الحكم صحيحاً إذا وقعه أغلبية المحكمين ولو كان قد تنحى أو اعتزل واحد منهم أو أكثر بعد حجز الدعوى للحكم وبدء المداولة.

٥- يودع أصل الحكم المنهي للخصومة مع أصل الاتفاق على التحكيم إدارة كتاب محكمة الاستئناف خلال خمسة الأيام التالية لإصداره.

٦- تختص هيئة التحكيم بتصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية أو حسابية وبتفسيره إذا وقع في منطوقه لبس أو غموض وبالفصل فيما غفلت عن الفصل فيه من طلبات الخصوم الموضوعية ويتم ذلك طبقاً لحكم المواد ١٢٤ و١٢٥ و١٢٦ مرافعات فإن تعذر ذلك تكن هذه المسائل من اختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع – وإذا طعن بالتمييز في حكم الهيئة اختصت محكمة التمييز بتصحيح أخطائه المادية أو تفسيره.

خامساً - سلطات هيئة التحكيم بالنسبة للنزاع المطروح أمامها :

جعلت المادة الخامسة لهيئة التحكيم سلطة الفصل في المسائل الأولية التي تعرض لها المنازعة والتي تدخل في اختصاص القضاء المدني أو التجاري وفي الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك تلك المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع والتي يجب التمسك بها قبل التحدث في الموضوع – وبالدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يبديه الطرف الآخر من طلبات في أثناء نظر النزاع فور إبدائها وإلا سقط الحق فيه وإن أجازت للهيئة قبول الدفع المتأخر بذلك إذا رأت أن التأخير كان له ما يبرره كما أجازت لها إصدار الأحكام والأوامر المنصوص عليها بالفقرات أ وج من المادة ١٨٠ مرافعات التي سلف الإشارة لها كما أجازت لها الفصل في المسائل المستعجلة المتعلقة بموضوع ما لم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك.

سادساً - إجراءات رد أعضاء هيئة التحكيم :

١- أجازت المادة السادسة من القانون طلب رد أي من أعضاء هيئة التحكيم (دون بيان أسباب ذلك الرد والتي يتعين الرجوع بشأنها إلى أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٩٨٠/٣٨) وعلى أن يتم ذلك بتقرير يودع إدارة كتاب محكمة التمييز (المختصة بالفصل فيه) خلال خمسة أيام من تاريخ إعلان طالب الرد تشكيل الهيئة أو من تاريخ حدوث سبب الرد أو من تاريخ علمه به إن كان تالياً لذلك.

٢- وأوضحت أنه لا يترتب على طلب الرد وقف النظر في إجراءات التحكيم وبأنه إذا حكم بالرد اعتبرت إجراءات التحكيم التي تمت بما في ذلك حكم هيئة التحكيم كأن لم يكن – وأن

الحكم في طلب الرد بالرفض النهائي لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

٣- كما بينت أنه في حالة الحكم برد أي من المحكمين أو إعتزاله أو عزله لأي سبب يتم تعيين من يحل محله للإجراءات ذاتها التي اتبعت عند تعيينه.

سابعاً - طرق الطعن في أحكام هيئة التحكيم :

أجازت المادة العاشرة من القانون الطعن بالتمييز فقط في أحكام هيئة التحكيم في الأحوال التي يجوز الطعن فيها بالتمييز في الأحكام النهائية الصادرة عن محكمة الاستئناف مضافاً إليها حالة ما إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر.

ثامناً- تنفيذ أحكام هيئة التحكيم :

نصت المادة التاسعة من القانون على أن الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم تحوز قوة الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ طبقاً للإجراءات المقررة في قانون المرافعات وذلك بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها بمعرفة إدارة كتاب محكمة الاستئناف.

تاسعاً - أحكام عامة :

١- أحالت المادة الثانية عشرة من القانون وبصدد مالم يرد به نص أو لا يتعارض مع أحكامه إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٩٨٠/٣٨ باعتباره القانون العام في ذلك الشأن كما نصت على إلغاء المادة ١٧٧ من ذلك القانون.

٢- فوضت المادة الثالثة عشرة وزير العدل في إصدار القرارات المنفذة للقانون على أن تتضمن ما يلي :

أ- الأحكام الخاصة بتنظيم إدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف وقد صدر قرار السيد وزير العدل رقم ١٩٩٥/٤٤ بإنشاء تلك الإدارة وتحديد مديرها والجهات المعاونة له وأقسامها المتعلقة بجدول التحكيم والإعلان وأمناء سر هيئة التحكيم والمحفوظات والشئون الإدارية واختصاص كل قسم وبيان السجلات والدفاتر التي يتعين عليها إمساكها.

ب- تنظيم القيد في جدول المحكمين وبإجراء اختيارهم واستبدالهم وتقدير أتعابهم.

و صدر في هذا الشأن قرار السيد وزير العدل رقم ١٩٩٥/٤٣ وقد تضمن بيان شروط القيد بجداول المحكمين وهي الشروط ذاتها الواردة في قرار وزير العدل رقم ١٩٨٠/٨٢ السالف بيانها عدا ما تعلق منها بشرط ترشيحه من غرفة تجارة وصناعة الكويت ومع الاستبدال به شرط أن تتوافر فيه الخبرات العلمية أو العملية المناسبة التي تقرها لجنة اختيار المحكمين المقبولين للقيد بالجداول – وتشكل تلك اللجنة برئاسة المستشار رئيس محكمة الاستئناف وعضوية وكيلي وزارة العدل المساعدين لشئون الخبرة والتحكيم وللشئون المالية وقصر العدل وفق قرار وزير العدل رقم ١٩٩٣/١٣٣ بشأن تسمية وكلاء الوزارة المساعدين وتحديد اختصاصاتهم – وسكرتارية مدير إدارة التحكيم – كما تضمن بيان إجراءات التحكيم القضائي على النحو الوارد بنصوص القانون النص على وجوب حلف عضوي هيئة التحكيم المختارين أمام رئيس الهيئة قبل مباشرة العمل يميناً بأن يؤدي عمله بالأمانة والصدق.

الفصل الثالث - الرأي حول أحكام قانون التحكيم القضائي رقم ١٩٩٥/١١ في المواد المدنية والتجارية والقرارات المنفذة له :

يثور البحث والرأي والتعليق بمناسبة صدور قانون التحكيم القضائي في

المواد المدنية والتجارية رقم ١٩٩٥/١١ والقـرارات الوزاريـة المنفـذة لـه حول الأمور التالية:

أولاً : طبيعـة نظـام التحكيم القضائي فـي ضـوء التنظيـم الـوارد عنـه بذلك القانـون وهل تعد هيئات ذلـك التحكيم القضائيـة وبتشكيلهـا الـوارد بنصوصه وفـي دائرة اختصاصاتها السالف بيانها هيئات قضائية تابعـة للسلطة القضائية وفرعاً مـن فروع نظامها القضائي أم لا، وتكشف نصوص القانون عن أن المشرع قد أخـذ فيه بنظام جامـع بين التحكيم القضائي الاختيـاري لمن يرغب فيه من الخصـوم والتحكيم القضائـي الجبري لنـوع مـن المنازعـات وهـي المنازعات الواردة بالفقرة الثانية من المادة الثانية منـه والسابق ذكرها يمتنـع على غيرها نظـره والفصل فيه والتحكيـم القضائي شبـه الجبري التـي تتعلـق بالمنازعات المدنيـة والتجارية الناشئة عـن العقود المبرمة بعد تاريـخ العمل بذلك القانون والمتفـق فيها على حلها بطريق التحكيم مالم ينص فيها أو نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك – وبطلبات التحكيم التي يقدمها الافـراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصـة ضـد الـوزارات أو الجهـات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقـوم بينهم على أن تلـزم هذه الجهـات التحكيـم مالم تكن المنازعة قـد سبق رفعها أمـام القضاء – يغلب فيـه ولا شك التحكيم الجبري وشبه الجبـري – ومن أن تلـك الهيئات التي يغلب في تشكيلها العنصر القضائي الـذي يتـم اختيـاره بمعرفـة المجلس الأعلـى للقضاء وهو أعلى سلطة قضائية تشـرف علـى شئـون القضـاء والنيابـة العامة (المواد ١٦ و١٧ و١٨ من المرسوم بقانـون رقـم ١٩٩٠/٢٣ بشـأن قانـون تنظيم القضـاء) ويرأسها عضو قضائي بدرجـة مستشـار (وهـو أعلـى درجات رجال القضـاء) عن أن تلك الهيئات هي وفـي جوهرهـا وبصورتهـا الحالية تعد فرعـاً من فـروع السلطـة القضائية وهو مـا قد يعد مـن جانب آخر أخـذاً بنظام مشاركـة المواطنيـن ممثلين في عضوي هيئـات التحكيم من غيـر رجال القضاء في ممارسة القضاء وهو نظام أخذت به بعض الدول في نظامها القضائي.

ثانياً : بيان درجة التقاضي التي استقر عندها نظام التحكيم القضائي وبصورته التـي استقر عليها فـي مفهومنا ومن أنه وفي جوهره فـرع من النظـام القضائي بدولة الكويت.

وتكشف نصوص ذلك القانون وخاصة ما أوردته بصدد إنشاء هيئات التحكيم بمقر محكمـة الاستئنـاف ومن أن مقـر إدارة التحكيـم هو محكمـة الاستئنـاف أيضاً ومـن أن موظفيها وخاصة أمناء سر تلك الهيئات من موظفـي محكمة الاستئناف ومـن أن الأحـكام المنهيـة للخصومـة الصـادرة من تلـك الهيئات فـي طلبات التحكيم وأصول الاتفاق حولها تودع وبعد صدور تلك الأحكام إدارة كتاب محكمة الاستئناف ومن وضع الصيغة التنفيذية على تلك الأحـكام وتكون بمعرفة الإدارة الأخيرة ومن الطعـن في تلك الأحكام لا يكون إلا عن طريق الطعن بالتمييز فقط – ولـدى استعراضهـا عـن أن المشرع وبأحكام القانون رقم ١٩٩٥/١١ قد جعل من التقاضي أمـام هيئات التحكيم التي تعـدل فـي درجتهـا محاكـم الاستئناف تقاضـي علـى درجة واحـدة تصدر فيها الأحـكام بصفـة نهائيـة وذلـك بهدف تبسيـط إجراءات التقاضـي خاصة وقد توافـر لتلـك الهيئـات خبـرة قضائيـة غالبة.

ومن هـذا الجانب الأخير فإنـه وإن كان القانـون قد نص علـى أن تشكل كل هيئة تحكيم من ثلاثة من رجال القضاء يتولى رئاستهـا أقدمهـم على أن يكـون بدرجة مستشـار إلا أن مجـرى نصوص القانون وما كشفـت عنه كما سلـف وثبت من أن هيئة التحكيم درجـة تقاض تعدل درجة محكمـة الاستئنـاف يوحي بـأن عضوي

تلك الهيئة الآخرين لابد وأن يكونا من الدرجة ذاتها لرئيسها أي مستشارين أيضاً وهو أمر يؤكده من ناحية أخرى طبيعة المنازعات التي تختص تلك الهيئات بالفصل فيها وما تتسم به من أهمية وأمور قانونية تقتضي توافر خبرة كافية فيمن يتصدى للقضاء بها خاصة مع حصول نظام التحكيم القضائي على موقع جديد ومتميز في دائرة تطوره التشريعي بالقانون الأخير وهو ما يتوافق من جانب أخير مع إجراءات التحكيم القضائي في منازعات العمل الجماعية وفق حكم المادتين ٨٨ و٨٩ من القانون رقم ١٩٩٤/٣٨ في شأن العمل في القطاع الأهلي، واللتين جعلت أولهما ذلك التحكيم لأحدى دوائر محكمة الاستئناف (المشكلة من ثلاثة مستشارين) يضاف إليها رئيس للنيابة العامة وممثل عن وزارة الشئون الإجتماعية والعمل ومندوبان عن العمال وأرباب العمل أصحاب المنازعة محل التحكيم ونشير في هذا المقام إلى أن المجلس الأعلى للقضاء قد جرى ومنذ صدور القانون رقم ١٩٩٥/١١ السالف بيانه على تشكيل هيئات التحكيم القضائي من ثلاثة من المستشارين مع توصية أخيرة منه صائبة أن يكونوا من المتخصصين في الفصل في منازعات المواد التجارية والمدنية.

ثالثاً: إذا كانت الفقرة الثالثة من المادة السابعة من القانون قد أوجبت إيداع أصل الحكم الصادر عن هيئة التحكيم والمنهي للخصومة مع أصل الاتفاق على التحكيم إدارة كتاب محكمة الاستئناف خلال مدة معينة من صدور ذلك الحكم بما يكشف بالضرورة عن وجوب وجود مشارطة للتحكيم أصلاً وهو ما لم تشر إليه نصوص القانون من قبل بصدد قواعد إجراءات نظر التحكيم كذلك قرار وزير العدل رقم ١٩٩٥/٤٤ سوى ما ورد بتلك النصوص من إشارة إلى طلب التحكيم بما قد يثير الغموض حول القول السابق بوجوب تلك المشارطة قبل التحكيم ووجوب تقديمها رفق ذلك الطلب.

ونرى وفي هذا المجال أنه يتعين تقديم تلك المشارطة والتي تتضمن الاتفاق على التحكيم عند تقديم طلب التحكيم في المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها وتختص هيئة التحكيم بنظرها والفصل فيها (الفقرة الأولى من المادة الثانية) دون باقي المنازعات التي تختص بها تلك الهيئة والتي تناولت التحكيم الإجباري وشبه الإجباري على نحو ما سلف الإشارة إليه وعلى أن تكون نصوص القانون هي مشارطة التحكيم الخاصة بها.

رابعاً: إن القانون وإن كان قد حدد وفي الفقرة الثانية من المادة الثانية نوعاً من الاختصاص النوعي لهيئات التحكيم وهي المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات لم ينظم كيفية إحالة مثل هذه المنازعات المنظورة حالياً أمام المحاكم التي لم يفصل فيها بعد بحكم نهائي خاصة على ضوء الثابت من أن الفصل في تلك المنازعات أمام هيئات التحكيم لا تفرض عليه أية رسوم (الفقرة الأخيرة من المادة الثانية) وسابقة أداء الخصوم الرسوم عنها ولدى نظرها أمام المحاكم ومدى أحقية دافع ذلك الرسم في استرداده بعد الإحالة – وإنه وإن كان الأمر قد تم تداركه بالإشارة له عرضاً بالفقرة أولاً/٥ من المادة الرابعة من قرار وزير العدل رقم ١٩٩٥/٤٤ بشأن إدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف – إلا أن ذلك وفي تقديرنا لا يكفي وقد أفرد القانون رقم ١٩٩٥/١١ بشأن التحكيم القضائي قواعد خاصة بالاختصاص

القضائي بما يتعين معه تعديل ذلك النص بتنظيم تلك الإحالة والنص عليها صراحة خاصة أنه قد تطرق إلى ذلك بالنسبة للمنازعات الواردة بالفقرة الثالثة من المادة الثانية والمحددة لنوع آخر من الاختصاص لهيئات التحكيم وإنه لا يغني عن ذلك نص المادة الثالثة من إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٩٨٠/٣٨ والتي تناولت بالتنظيم الدعاوى المنظورة أمام المحاكم وفق أحكامه، وذلك دون تلك الخاصة بالتحكيم القضائي المنظم بقانون لاحق وبقواعد خاصة انفردت بها خاصة بصدد تحديد اختصاص هيئاته.

خامساً: إن الاختصاص بالتحكيم الجبري لهيئات التحكيم والسالف بيانه قد يثير القول حول مداه على ضوء حكم المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٩٨١/٢٠ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظره المنازعات الإدارية، جعلت الاختصاص لتلك الدائرة دون غيرها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر – خاصة مع عدم الإشارة إلى أحكام ذلك المرسوم في إصدار القانون رقم ١٩٩٥/١١.

ونرى بصدد ذلك اختصاص هيئات التحكيم القضائي بنظر تلك المنازعات (وهو تتضمن ولا شك نوعاً من المنازعات المدنية أو التجارية) إن جاءت وفق أحكام الفقرة الثانية من المادة ذاتها الثانية من القانون رقم ١٩٩٥/١١ أو تلك التي يقبل فيها أفراد التحكيم وفق حكم الفقرة الثالثة من المادة ذاتها باعتبار أن أحكام القانون الأخير جاءت ناسخة ضمناً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٩٨١/٢٠ المشار إليه.

سادساً: إنه وإن كان القانون رقم ١٩٩٥/١١ لم ينظم أحكام القيد بجداول المحكمين تاركاً الأمر وطبقاً لمادته الثالثة عشرة لوزير العدل حيث صدر القرار الوزاري رقم ١٩٩٥/٤٣ متضمناً في مادتيه الثانية والثالثة تنظيماً لذلك ومشترطاً لطالب القيد وفي أولى المادتين شرائط محددة، منها أن يكون كويتي الجنسية دون أن يفسح المجال لغير الكويتي بالعمل في هذا المجال وهو أمر محمود كأصل عام باعتبار أنه يفسح للمواطن الكويتي صاحب الخبرة العمل في مجال التحكيم القضائي (وإن جاء على خلاف قواعد التحكيم العامة بقانون المرافعات) جاعلاً الاختصاص باختيار هؤلاء المحكمين للجنة خاصة برئاسة المستشار رئيس محكمة الاستئناف ثم لمجلس شئون التحكيم المنشأ بالقرار الوزاري رقم ١٩٩٨/١١٤.

ونرى أنه كان من الأوفق النص على السماح لغير الكويتي من أصحاب التخصصات أو الخبرات العلمية أو العملية التي لا تتوافر في دولة الكويت والتي تحتاجها طبيعة المنازعات التي تختص بها هيئات التحكيم مع خطورتها وأهميتها بالانضمام إلى هيئات التحكيم إثراء للعمل بها خاصة مع طبيعة العمل التجاري بدولة الكويت وارتباطه بأشخاص أجانب في الغالب منه وجذباً لهذه المنازعات إلى دائرة اختصاص تلك الهيئات خاصة مع سهولة وبساطة إجراءات الفصل فيها وهو ما قد يحتاجه تنشيط التجارة وسوقها وما هو متوقع من نجاح مستقبلي لنظام التحكيم الدولي خاصة مع نشاط دولة الكويت في هذا المجال.

وإن ذلك الإتجاه قد أخذ به المشرع الكويتي في قانون تنظيم القضاء الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٩٩٠/٢٣ للاستفادة من الخبرات القضائية العربية (المادة ١٩/ب) وفي قانون الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ١٩٧٩/١٥ (المادة ١/١ من مرسوم نظام الخدمة المدنية الملحق به).

سابعاً: إن القانون رقم ١٩٩٥/١١ قد ترك في مادته الأولى تحديد اختيار المحكم صاحب الدور لإدارة التحكيم

وإن كان من الأوفق تعديل من النص بجعل ذلك لرئيس هيئة التحكيم وذلك اختبار المحكم صاحب الخبرة في النزاع المطروح.

ثامناً: إنه وإن كان القانون قد حدد الطعن بالتمييز طريقاً وحيداً للطعن في أحكام هيئات التحكيم إلا أنه جعل من بين أسباب ذلك الطعن تحقق الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر فيما بعد في ذاته إجازة ضمنية لطريق الطعن بالتماس إعادة النظر في تلك الأحكام وإن كان قد جعل الاختصاص بنظره لمحكمة التمييز وهو أمر يناقض طبيعة اختصاص هذه المحكمة من الناحية الفنية باعتبارها محكمة قانون وطبيعة التماس إعادة النظر القانونية من أنه يقتضي ولدى قبوله إعادة طرح موضوعي النزاع على المحكمة التي أصدرته (المادة ١٥١ مرافعات) وبما يتعين معه ومن الأوفق جعل الاختصاص بذلك الالتماس للهيئة ذاتها التي أصدرت حكمها في التحكيم.

الفصل الرابع: الرؤية المستقبلية المتوقعة حول تطبيق القانون رقم ١١/١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية والقرارات الوزارية المنفذة له:

تكشف نصوص ذلك القانون وعلى نحو ما سلف بيانها والغاية التي توخاها المشرع الكويتي من إصداره والتطور الذي لحق وبتلك النصوص نظام التحكيم القضائي - وما جاء بهذه الدراسة عنها عن أهمية ذلك النظام في المجال القضائي خاصة بالنسبة للنشاط التجاري وسرعة الفصل في المنازعات حولها ومشاركة محكمين عن الخصوم في ذلك وفي عرض وجهات نظرهم حولها عن توقع بنجاح نظام التحكيم القضائي والقيام بدور فعال في النظام القضائي بدولة الكويت يبشر باحتمال وجود نوع من التحكيم الدولي بها حول تلك المنازعات.

ونرى ومن هذا المنطلق ما يلي:

١. دعوة الجمعيات العلمية والمهنية إلى المساهمة في تنفيذ أحكام ذلك القانون عن طريق مشاركة أعضائها في القيد بجداول المحكمين.
٢. الدعوة إلى عقد ندوات أو مؤتمرات دورية حول التحكيم القضائي وفق أحكام القانون رقم ١١/١٩٩٥ والقرارات الوزارية المنفذة له والرؤية المستقبلية له يتبناها معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية التابع لوزارة العدل يدعى إليها جميع المتصلين بأحكام ذلك القانون من الجهات العلمية (جامعة الكويت على سبيل المثال) والجمعيات المهنية إضافة إلى رجال القضاء وذلك للمشاركة في دراسة أحكام ذلك القانون وإثراء نظام التحكيم القضائي والدعوة إلى تطبيق أحكامه - خاصة وأن عقد مثل تلك الندوات والمؤتمرات يدخل ضمن اختصاص ذلك المعهد.
٣. عقد دورات في المعهد السالف ذاته لإعداد المحكمين الراغبين في العمل في مجال التحكيم العادي والقضائي وتزويدهم بالدراسات القانونية والعملية في هذا المجال ولا يسمح بالعمل في ذلك المجال إلا بعد إجتيازها بنجاح.

الباب الثاني:

أثر تنظيم التحكيم بالتشريع الكويتي في تشجيع الاستثمار الأجنبي:

كشف ما سلف بيانه في الباب الأول من هذه الدراسة أن المشرع الكويتي قد عني على مجرى التطور التشريعي بالدولة منذ استقلالها في سنة ١٩٦١

بل قبل ذلك على الأخذ بنظام التحكيم في فض المنازعات المدنية والتجارية التي قد تنشأ بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتبار بين لما استشرفه من أن ذلك النظام أقرب إلى طبيعة المنازعات المدنية والتجارية وما تقتضيه هذه المنازعات وخاصة التجارية منها من وجوب سرعة الفصل فيها بأسلوب يخرج عن دائرة الإجراءات التي تقتضيها الدعاوى القضائية وبأحكام تعد أحكاماً قضائية يكفل لها المشرع سرعة تنفيذها لتستقر بها الحقوق وهو ما يبعث على الاطمئنان والأمان وهذا خير ما يستجلب به المال الأجنبي للبلاد وتزداد به أوجه الاستثمار ويعم به النماء - التحكيم خاصة في المنازعات التجارية سوف يصبح بلا شك لغة التقاضي العالمية بالنسبة لها وأن مراكز التحكيم الدولية من تلك المنازعات سوف تكون ساحة الفصل فيها بلغة قضائية عالمية.

وقد وفر المشرع الكويتي بتشريعاته السابق بيانها صورتي التحكيم الرئيسيتين التحكيم العادي الذي لا يشارك فيه أحد من القضاة بصفته القضائية الوظيفية بل يتولاه من يختاره المتنازعون من الأفراد ذوي الخبرة القانونية والفنية يكون لهم سلطة الحكم في تلك المنازعات والذي لم يمنع أحكامه من الاستعانة في هيئته بأحد رجال القضاء لتولي التحكيم منفرداً أو لرئاسة هيئتها إن تعدد أفرادها وذلك بوصفه محكماً لا قاضياً - والتحكيم القضائي بمعرفة هيئات يرأسها قاض أو يشارك بها عدد من القضاء ينضم إليه من ذوي التخصصات المحددة بجداوله خاصة أو من يختاره الخصوم بأنفسهم يرشحونه لذلك الأمر أو من جداول خاصة - وفي صور متعددة غدت تحت تصرف الأفراد طبيعيين أو إعتبار بين يختارون منها ما يوافقهم.

ونظام التحكيم السالف بصوره المتعددة السالفة يحقق العديد من المزايا التي تؤثر ولا شك في تشجيع الاستثمار الأجنبي من جوانب متعددة نشير إلى بعضها مثالاً لا حصراً :

أولاً : أنه يوفر للمال الأجنبي المستثمر في البلاد الشعور بالأمان وهو من أهم العوامل المؤثرة في جذب ذلك المال في ضوء المعروف في عالم الإقتصاد من أن رأس المال جبان لا يوجد في مكان يفقد فيه الشعور به ويسعى إلى المكان الذي يستشعر أنه متوافر فيه.

ثانياً : أن وجود المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي وهو أمر محتمل الوقوع بل هو غالب وما قد يتحقق به من آثار سلبية على ذلك الاستثمار، سوف يدفعها بلا شك بما يتوافر به في المجتمعات من وسائل سريعة وناجحة لفض تلك المنازعات ووصول الحقوق إلى أصحابها التي تتمثل في صور التحكيم لفضها وفي سهولة تنفيذ أحكامها ويسره.

ثالثاً : أن التحكيم بصوره المتعددة العادية والقضائية يبيح للمستثمر فرصة الوجود بمحكمة في هيئة الفصل في النزاع وفي الحرية الكاملة في الاتفاق على تطبيق قانون معين لا يخالف النظام العام في الدولة مقر التحكيم على النزاع بل في وضع إجراءات فض النزاع ووسيلته وكيفية تنفيذ حكمه في المشارطة للتحكيم وهو ما يتحقق به القاعدة المرتبطة بذلك النظام من أن تلك المشارطة هي قانون الفصل في النزاع شكلاً وموضوعاً وهو ما يتوافر به أقصى درجات الأمان بالنسبة للمال الأجنبي.

رابعاً : أن نظام التحكيم ولكي يحقق آثاره الكاملة في تشجيع الاستثمار الأجنبي لابد أن يصاحبه تشريعات متعلقة بالرسوم والضرائب والاستيراد والتصدير والعمل تعمل جميعها مع التحكيم كمنظومة متكاملة تحقق المصالح المتبادلة.

الإيداع الإلكتروني للأوراق القضائية

المستشار / أحمد إبراهيم
وكيل المحكمة الكلية سابقاً

إن التطور الهائل لنظم المعلومات الرقمية ووسائل الاتصالات كان له أثره البالغ في تطوير طائفة من القواعد القانونية ووضع نظم قانونية جديدة تواكب هذا التطور، وتحكم هذه الوسائل وسبل استعمالها وتنفذ إلى العلاقات والمبادلات وجميع المعاملات والانتهاكات التي تتم من خلالها ، مما كان له أثره في إيجاد قواعد قانونية موضوعية شقت طريقها لتحل محل مثيلتها التي وقفت عند حد تلبية مقتضيات عصري التجارة الزراعية والتجارة الصناعية، ولتواكب عصر التجارة الرقمية أو ما يطلق عليه التجارة الإلكترونية، وقد صاحب ذلك التطور أثر طردي على القواعد الإجرائية تعلق بأسلوب استغلال النظم المعلوماتية في عمل المحاكم و سبل إدارتها وسير إجراءات الدعاوى لديها، ولئن بدأ ذلك بمجرد تعديل تعلق بإستخدام الوسائل التقنية الحديثة المتاحة مثل الفاكس وغيره من وسائل الاتصال، فإنه أوجد فيما بعد نظاماً جديداً أطلق عليه (المحاكم الإلكترونية) (ELECTRONIC COURTS) يتم من خلاله تحويل جميع المستندات والمعلومات الورقية إلى معلومات رقمية (إلكترونية) يجري إيداعها وحفظها وتداولها بين أطراف الخصومة وإدارة المحكمة وإجراءات الجلسات والجهات القضائية والإدارية المعاونة وإيداع التقارير والقرارات والأحكام القضائية وسبل تنفيذها بإستخدام الحاسبات الآلية ونظم الربط والاتصال بينها، ليبرز انسجام بين سلطات الدولة التي تأخذ بنظام الحكومة الإلكترونية[1] في سلطتيها التنفيذية والتشريعية ويساير مجتمعها هذا التطور.

وسوف نتناول في هذا البحث بيان المقصود بالإيداع الإلكتروني للأوراق القضائية وأهميته، ثم نعرض للتطبيقات الخاصة بهذا النظام في بعض الأنظمة القضائية التي أخذت به سواء تلك التي طبقته بصورة شبه شمولية كالولايات المتحدة الأمريكية، أما الدول التي تناولته بصورة جزئية مثل كندا وألمانيا وأستراليا فسنعرض لها في بحث مستقل.

١ـ المقصود بالإيداع الإلكتروني للأوراق القضائية وأهميته :

١.١ـ مفهوم الإيداع الإلكتروني للأوراق القضائية :

الايداع الإلكتروني ونظام PDF Portable Document Format[2]:

١- انظر أ.د علي السيد الباز « في دور الأنظمة والتشريعات في تطبيق الحكومة الإلكترونية » أكاديمية الشيخ سعد العبد الله الأمنية – الكويت.

٢- (Acrobat PDF) إطار أو شكل PDF هي تقنية طورتها شركة Adobe مطورة لغة Post Script عام ١٩٩٣، وهي تهدف إلى نشر وتبادل المعلومات المقروءة إلكترونياً بشكل يحفظ للمادة التي يتم تبادلها الجوانب التالية:

أ- الدقة: بحيث تحفظ تقنية PDF تنسيق الصفحة Page Layout الذي وضعه مصمم الوثيقة أصلاً أثناء تصميمه لوثيقته. وملفات PDF لا يتم إعادة تنسيقها من قبل القارئ عن طريق برنامج التصفح، كما أن القارئ لا يمكن له أن يغير الخطوط التي يحويها ملف PDF بعكس ملفات HTML، فالخطوط Fonts تظهر في ملف الـ PDF كما وضعها مصمم الوثيقة حيث يظهر الخط نفسه والأسلوب نفسه (مائل أو سميك على سبيل المثال) وبالألوان نفسها. كما أن تنسيق النص لا يتغير على عكس HTML وإن كان يمكن أن يتغير بتغير الخط أو بتغير برنامج التصفح. وهذا الأمر ضروري في مجال النشر والتصميم وفي مجال الوثائق الرسمية أو العقود. كما أن التنسيق الذي يضعه المصمم يكون له عادة هدف معين. فإستخدام الخط السميك أو المائل أو اللون أو تنسيق النص بطريقة معينة يمكن أن يوصل رسالة معينة وتغيير هذا التنسيق الأصلي قد يغير هذه الرسالة، فملف PDF يعد صورة رقمية للصفحة المطبوعة.ب- الحجم المضغوط : ملفات PDF صغيرة الحجم وذلك يساعد على نقلها بسرعة عبر الإنترنت، حتى رسوم الـ Bit Mapped والـ Vector-Based التي تحويها ملفات PDF يتم ضغطها أيضاً.

جـ - التوافقية: فيمكن قراءة ملف PDF من قبل أي مستخدم وعن طريق أي نظام تشغيل بإستخدام برنامج Acrobat Reader المتوافر مجاناً على موقع Adobe . فصيغة PDF لا تعتمد نظام تشغيل معين Platform Independent، حيث يمكن قراءة ملف PDF مصمم بإستخدام Windows من قبل شخص يستخدم جهازاً يعمل على نظام Macintosh أو NIX.

د - جودة العرض والطباعة: ملفات PDF تحفظ للمستخدم أعلى جودة عند قراءتها من الشاشة. كما أنها تسمح للقارئ بتكبير أجزاء من الصفحة دون تأثر الحروف ودون تشويه لشكل الصفحة. ولأن ملفات PDF تعتبر بشكل عام ملفات Vector-Based فإنها تعرض بإستخدام أعلى جودة لجهاز العرض حيث تعرض على الشاشة بدقة تصل إلى ٧٢ DPI كما تطبع بإستخدام أعلى جودة للطباعة (٣٠٠ إلى ٦٠٠ DPI على طابعات الليزر و ٢٥٤٠ DPIأو أعلى على طابعات الـ Image Setters). عدم الحاجة إلى ربط ملفات PDF بأي ملفات أخرى كملفات الصور وغيرها كما هو الحال في ملفات HTML حيث إن ملف PDF الواحد يمكن أن يحوي النصوص والرسوم والصور. إضافة إلى ذلك فإن تقنية PDF تملك إمكانيات أخرى توفرها للقارئ والناشر منها. (أمن النشر الإلكتروني E-Publishing Security).

الأصل أن الدعوى ترفع إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تودع إدارة كتابها، وهذا أمر لا خلاف فيه بين النظم القضائية المختلفة ويقتضي القيام بأمرين : تحرير صحيفة الدعوى ثم إيداع الصحيفة إدارة كتاب المحكمة[١]، ويعتبر تحرير الصحيفة أو الطلب القضائي والإيداع من أهم الإجراءات التي تعطي العمل القضائي طابعه العملي، فالإجراءات القضائية تتسم - في معظمها - بالطابع التحريري، ولئن صادف ذلك الطابع الشفوي السمعي كالمرافعة الشفوية وسماع أقوال الشهود وأداء اليمين والمسجلات الصوتية فإنه يتعين للحفاظ عليها تمكيناً للرجوع إليها أن يجري تدوينها كتابياً. إذاً،فالعمل الكتابي هو قوام العمل القضائي ولما كانت الكتابة تتم في الأغلب الأعم على محررات ورقية فإن تلك المحررات سواء تعلقت بأوراق افتتاح الدعوى أو جريان الإجراءات أو الفصل فيها أو التنفيذ بها يتعين الحفاظ عليها في ملفات تعد للأغراض المتعددة[٢]، وتبدأ عملية الحفظ هذه بما يطلق عليه الإيداع، فالدعوى أو الخصومة القضائية تبدأ بإيداع صحيفتها إدارة كتاب المحكمة (المادة ٤٥ مرافعات) وعلى المدعي أن يقدم مع الصحيفة جميع المستندات المؤيدة لدعواه ومذكرة شارحة، وعلى المدعى عليه أن يودع مستنداته ومذكرة بدفاعه (المادة ٤٦ مرافعات) ثم تجرى بعد ذلك إجراءات القيد، و تحدد إجراءات تسليم المستندات والمذكرات إلى إدارة الكتاب واسترداد المستندات من ملف الدعوى (م ٥٣ مرافعات) ويجوز إجراء الإيداع أثناء نظر الخصومة كما هو الحال في الطلبات العارضة والمذكرات والمستندات التي يؤذن بتقديمها بالجلسة أو حال آجال معينة، ومسودات الأحكام والقرارات وما إلى ذلك من الأوراق وتودع ملف القضية أو خزينة المحكمة بحسب الأحوال. ولا يختلف الأمر في قانون المرافعات الأمريكي الاتحادي؛ ذلك أن الأصل طبقاً للمادة ٥/٥ منه أن إيداع الأوراق القضائية لدى المحكمة يتم بتقديمها إلى إدارة الكتاب ما لم يأذن القاضي بأن يتم الإيداع في أثناء التداول أمامه.[٣]

وقد تزايد الاعتماد يوماً بعد يوم على وسائل تقنية المعلومات في إدارة الأعمال المختلفة، وارتفعت حمى التوجه نحو عالم الرقميات بديلاً لعالم المحسوسات، وعالم البيانات والملفات المخزنة في أنظمة المعلومات بديلاً للبيانات المحررة على الورق وحوافظ الملفات التقليدية.[٤]

ولما كانت المحررات سالفة البيان إنما تنطوي على بيانات أو معلومات تتعلق بأسماء أو أوصاف أو أفعال أو أرقام أو تواريخ أو صور أو غير ذلك مما تتناوله الخصومة القضائية، فإنه مع التطور التقني أمكن بواسطة الحاسبات الآلية نقل تلك البيانات أو المعلومات إلى وسائط إلكترونية تحتفظ بها في شكل رقمي وتخزنها مع سهولة الرجوع إليها، وبالاطلاع أو النسخ والطباعة تستعيد شكلها الورقي بسرعة بارقة. وتتنوع البرامج المستخدمة في ذلك وتختلف، ومنها معالج الكلمات Microsoft Word أو غيره من البرامج التي تتميز بإمكان إدخال البيانات والمعلومات المستندية في حيز قليل مع إمكان

١- أ.د فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة ١٩٨٠، القاهرة، ص ٤٩١.

٢- في دور الكتابة والمحررات الخطية ومدى إستخدام التقنيات الحديثة في إجراءات المرافعات انظر رسالة الدكتوراه المقدمة من
Sophia BINET. L'utilisation des nouvelles technologies dans le procès civil, Vers une procédure civile intégralement informatisée { UNIVERSITE LUMIERE LYON 2. FACULTE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE Le 17 juin 2005

٣- rule 5/e. FILING WITH THE COURT DEFINED. "
The filing of papers with the court as required by these rules shall be made by filing them with the clerk of court. except that the judge may permit the papers to be filed with the judge

٤- حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية للأستاذ المحامي يونس عرب، الأردن.

الرجوع إليها بالاستعانة ببرامج أخرى أكثر أماناً بحيث لا تمكن المطلع على محتواها إحداث تغيير فيها بالمحو أو الإضافة أو التعديل.

ويشترط في نظام الإيداع بالطريق الإلكتروني أن تحرر الوثيقة المودعة بنظام معالج الكلمات Word أو ما شابهه، ثم تحول إلى إطار PDF،ثم يتم نسخها على أسطوانة C.D أو قرص مرن لتسلم إلى إدارة الكتاب أو المحكمة أو ترسل إلى الموقع الإلكتروني للمحكمة على شبكة الإنترنت بحسب الأحوال. وهو ما بينته قواعد نظام(ECF)

Electronic Case Files system

المعمول به في محاكم ولاية مين، التي نصت على أنه اعتباراً من أول أكتوبر ٢٠٠٣، فإن كل الوثائق في الدعاوى المدنية والجزائية المقامة ابتداء من أول يناير ٢٠٠٣، ماعدا تلك الوثائق المعفاة بموجب الفقرة (g) من هذه الإجراءات، يتعين إيداعها إلكترونياً إما بطريق (ECF)

Electronic Case Files system

(نظام الإيداع الإلكتروني لملفات الدعاوى القضائية) أو تحمل على قرص ٣,٥ أو قرص مضغوط مصوغة في إطار (PDF) لكي يمكن إضافتها إلى الملف الإلكتروني للدعوى.

ويراعى أن بعض المحاكم قد تركت الباب مفتوحاً في هذا الصدد لما يطرأ من تطور في الشكل والإطار الذي تودع به الوثيقة، فالقواعد القضائية في ولاية كاليفورنيا لم تشترط الاقتصار على إطار(PDF) وإنما اشترطت في الإطار المقدمة به الوثيقة، أن تتوافر فيه الشروط الاتية :

١- أن يكون البرنامج المتعلق بإنشاء المستند أو قراءته شائعاً وبصفة عامة متاحاً بتكلفة معقولة.

٢- ألا يترتب على طباعة المستند الإضرار بمحتواه أو شكله أو مظهره.

٣- بحلول ٢٠٠٧/١/١ فإن الشكل الذي تقره المحكمة يتعين أن يسمح بالبحث الكامل للنص. وأن المستندات التي لا تتيح البحث الكامل للنص يتعين أن تمسح ضوئياً أو تصور طبقاً لما تتطلبه المحكمة ما لم تأمر المحكمة بأن المسح الضوئي أو التصوير سيكون مثقلاً.

أما الأمر الثاني وهو الإيداع الإلكتروني Electronic filing فهو بمنزلة إجراء نقل أو تحويل transmitting للوثائق وغيرها من المعلومات القضائية إلى المحكمة من خلال وسيط إلكتروني electronic medium بدلاً من الورق[1].

وتتم عملية الإيداع بدخول الوثيقة إلى الملف الإلكتروني للدعوى لدى المحكمة وصدور إخطار إلكتروني من المحكمة (NEF)

Notice of Electronic Filing

بتمام ذلك. ومتى استوفت الوثيقة المودعة الشكل المطلوب فيها فإنها تتضمن إشهاداً بأنها أودعت إلكترونياً وأنها صالحة للاطلاع والنسخ من ملفها الإلكتروني[2].

١-٢ أهمية الإيداع الإلكتروني للأوراق القضائية :

إن الزيادة المطردة في عدد القضايا وحجم ملفاتها الورقية وما يستلزم ذلك من أعباء مالية وأماكن لازمة لإيداعها وحفظها وتداولها وحاجة الخصوم إلى الانتقال إليها للاطلاع أو النسخ وتوصيل محتواها إلى علمهم بوسائل وطرق الإعلان المختلفة تجعل الحاجة ملحة لاستغلال التطور التقني في مجال الحاسبات الآلية وقدرتها على تخزين قدر هائل من المعلومات وترتيبها وتنسيق

1- McMillan, J., J. Douglas Walker and Lawrence P.Webster. A Guidebook for Electronic Court Filing. (1998) 10

2- How to file electronically. Western District of Wisconsin www.wiwd.uscourts.gov/feedback.html

مفرداتها وسرعة الرجوع إليها وتداولها وانتقالها بسرعة هائلة والتعامل معها في الأماكن المختلفة من العالم في الوقت ذاته من خلال شبكة الإنترنت، وهي أمور لاشك توفر كثيراً من الوقت والجهد وتضفي على الإجراءات طابع الانسيابية وما يتبع ذلك من خفض لتكلفة مباشرة تلك الإجراءات والأدوات المستخدمة فيها بالمقارنة مع التعامل اليدوي بالشكل الورقي[١] وبعد تطبيق هذه الأنظمة والعمل بها تلاحظ أنها جنت الفوائد الآتية :

١. توفير المال في المدى الطويل من حيث المواد والأماكن المستخدمة والأشخاص العاملة في تلك الإجراءات[٢]

٢. توفير الوقت:

أما التحديات والعقبات التي واجهت هذه الأنظمة فكانت على النحو الآتي :

١- تكاليف تنصيب النظم المبنية على المدى القصير بما تحتاج إليه من أجهزة وأدوات وبرامج وعمالة مدربة[٣].

٢- مقاومة التقنية Technology Resistance المتمثلة في المخاطر التي تتعرض لها الأجهزة والبرامج المستخدمة من سوء الاستعمال أو أعمال التعدي والقرصنة الإلكترونية.

٣- الحاجة إلى الطمأنينة والخصوصية لحماية البيانات والمعلومات المودعة وما تمثله من خصوصية بالنسبة لأصحاب الشأن لتجنب إفشائها وإذاعتها بغير رغبتهم[٤].

٤- التوحيد والقابلية للمعالجة Uniformity and Interoperability[٥].

٢. نظام الإيداع الإلكتروني في القضاء الأمريكي:

الأنظمة القضائية في الولايات المتحدة وتنوعها:

أهم ما يلاحظ على القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية انقسامه إلى قضاء اتحادي وقضاء داخلي للولايات المختلفة، وتبع ذلك تباين مصادر القانون في كل من هذين القسمين؛ ففي قضاء المحاكم الاتحادية فإن أهم مصادر القاعدة القانونية سواء كانت موضوعية أو إجرائية هي التشريع الاتحادي والسوابق القضائية لهذه المحاكم أما بالنسبة لمحاكم الولايات فإن أهم مصادر القواعد القانونية التي تطبقها هو تشريع الولاية المعنية والسوابق القضائية لدى محاكمها.

٢-١- تاريخ التعامل بنظام الإيداع الإلكتروني في القضاء الأمريكي:[٦]

قبل تدخل المشرع بإجازة الإيداع بالطريق الإلكتروني تبنت المحاكم الاتحادية المبادرة للسماح بتعامل الخصوم بنظام الإيداع الإلكتروني في بعض القضايا متى اتفق الأطراف على ذلك،وأتاحت لهم إمكاناتهم التعامل بذلك وقد بدأت بالدور الرائد محاكم الإفلاس إلى أن أعدت مشروعاً نموذجياً في بداية عام ١٩٩٠ ينظم التعامل بهذا

1- David J. Egar; 'Electronic Filing and Judicial Electronic Document and Data Interchange (JEDDI)'(1994)<http://ncsc.dni.us/ncsc/ctc4/articles/elec_c.htm

2-Tom O'Connor, 'It's Still Slow Go for E-Filing' (2001) Law Technology News http://www.law.com/cgi-bin/gx.cgi/AppLogic+FTContentServer?

3- Jerry Lawson, 'Six Bum Raps Against E-filing' (2000) www.llrx.com/extras/6bum.htm

4- Robert E. McBeth, 'E-Filing THE FUTURE IS NOW' (2001) 40 NO.3 Judges' Journal 5.

5- Elizabeth Bacon Ehlers, Carl H. Poedtke, III, and Joan G. Ritchey, Business, Law, and the Internet (2002) {3.11}. في هذا الصدد أنظر الرسالة الموجهة من Arthur Sims,Executive Officer/Clerk,Superior Court of California County of Riverside, Open Letter to the Legal Community of Riverside County, www.co.riverside.ca.us/depts/courts

يتحدث فيها عن الفوائد العملية التي عادت على المحكمة من تطبيق هذا النظام..

6- Michael Griese, Electronic Litigation Filing in the USA, Australia and Germany: a Comparison, University of Melbourne

الطريق أطلق عليه The CM/ECF
The Case Management/
Electronic Case Files Project
أو ما يعرف بنظام System[1]،وذلك بغية تمكين المحكمة من الاحتفاظ بملفات الدعاوى إلكترونياً وإجراء عملية إيداع الأوراق القضائية من خلال شبكة الإنترنت، وقد لاقى هذا النظام نجاحاً حيث جمع بين عنصر إدارة القضايا مع عنصر الإيداع الإلكتروني بشكل إجرائي مبسط.

وبالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا فبينما لم تكن هناك خطط لديها في بداية الأمر لتأخذ بنظام الإيداع الإلكتروني للطعون المقدمة أمامها فإن الظروف التي تلت أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١. منها الفزع الناتج عن دس عقار الإنثراكس داخل المظاريف البريدية المرسلة للمحكمة والتي أدت إلى إغلاق مبنى المحكمة في ٢٠٠١/١٠/٢١ وتوقيف عملية استلام البريد وكنتيجة لتأخر المحكمة في تسلم الطعون التي ترسل في صيغة ورقية بطريق البريد.

٢-٢- ترتب عليها أن اتخذت المحكمة إجراءات طوارئ سمحت بموجبها بالإيداع الإلكتروني لصحف الطعون والالتماسات المقدمة إليها خلال المدة من ١١/٢٦ حتى ١٠/١٢/ ٢٠٠١ [2].

التنظيم التشريعي والقضائي للإيداع الإلكتروني في القضاء الأمريكي :

بموجب التعديل الصادر في عام ١٩٩٦ على قانون المرافعات المدنية الاتحادي أجازت المادة ٥/٥ منه للمحاكم أن تضع قواعد منظمة تقبل بموجبها إيداع الأوراق القضائية بالوسائل الإلكترونية[3] على ألا تقبل إدارة الكتاب ذلك الإيداع مالم تتوافر في الوثيقة المقدمة للإيداع الشكل و الشروط التي تفرضها تلك القواعد. وقد تعدل. على ضوء ذلك النص. المقابل في قانون المرافعات المدنية لمحاكم الاستئناف الاتحادية ومحاكم الإفلاس كما أن قانون الإجراءات الجنائية اعتنق ذلك التعديل بالإحالة عليه [4].

وفي ديسمبر من عام ٢٠٠١ أدخلت تعديلات جديدة على المواد ٥/ b،٦/e، ٧٧ من قانون المرافعات الاتحادي والمواد ٧٠٠٥، ٩٠٠٦، ٩٠٢٢ من قانون إجراءات الإفلاس الاتحادي the Federal Rules of Bankruptcy Procedure.

وقد سمحت تلك التعديلات للأطراف (بما فيها المحكمة) في الخصومة القضائية أن يتفقوا على تبادل أوراق المرافعات والمذكرات والالتماسات والتلخيصات بطريق البريد الإلكتروني أو الفاكس أو غير ذلك من الوسائل الإلكترونية الأخرى[5].

٢.٢.١.سلطة المحاكم في تنظيم الإيداع الإلكتروني في القضاء الأمريكي :

دور الاتحادية في تنظيم إجراءات الإيداع الإلكتروني :

قبل تدخل المشرع في إجازة الإيداع بالطريق الإلكتروني تبنت المحاكم الاتحادية المبادرة للسماح بتعامل

1- http://www.uscourts.gov/cmecf/cmecf.html
2- Charles Lane, Anthrax Scare Prompts Supreme Court E-filing Discussions Washington Post 17.12.2001 www.infowar.com/law/01/law_121701c_j.shtml.
3- rule 5/e....... A court may by local rule permit papers to be filed, signed, or verified by electronic means that are consistent with technical standards, if any, that the Judicial Conference of the United States establishes. A paper filed by electronic means in compliance with a local rule constitutes a written paper for the purpose of applying these rules. The clerk shall not refuse to accept for filing any paper presented for that purpose solely because it is not presented in proper form as required by these rules or any local rules or practices.»
4- Michael Griese, cited
5- (D)Delivering a copy by any other means, including electronic means, consented to in writing by the person served. Service by electronic means is complete on transmission; service by other consented means is complete when the person making service delivers the copy to the agency designated to make delivery. If authorized by local rule, a party may make service under this subparagraph (D) through the court's transmission facilities.

الخصوم بنظام الإيداع الإلكتروني في بعض القضايا متى وافق الأطراف على ذلك وأتاحت لهم إمكاناتهم، وقد بدأت بهذا الدور الرائد محاكم الإفلاس التي أعدت مشروعاً نموذجياً منذ بداية عام ١٩٩٠ ينظم التعامل بهذا الطريق أطلق عليه
The CM/ECF
The Case Management/
Electronic Case Files Project
أو ما يعرف بنظام. System[١]،،وذلك بغية تمكين المحكمة من الاحتفاظ بملفات الدعاوى إلكترونياً وإجراء عملية إيداع الأوراق القضائية من خلال شبكة الإنترنت، وقد لاقى هذا النظام نجاحاً حيث جمع بين عنصر إدارة القضايا مع عنصر الإيداع الإلكتروني بشكل إجرائي مبسط.

دور المحكمة الاتحادية العليا :

بينما لم تكن هناك خطط لدى المحكمة العليا الاتحادية في بداية الأمر لتأخذ بنظام الإيداع الإلكتروني للطعون المقدمة لها فإن الظروف التي تلت أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ قد دفعت إلى ذلك ؛ فبعد الفزع الناتج عن دس عقار الإنثراكس داخل المظاريف البريدية المرسلة للمحكمة ما أدى إلى إغلاق المبنى في ٢١/١٠/٢٠٠١ و توقف عمليه تسلم البريد وكنتيجة لتأخر المحكمة في تسلم الطعون التي ترسل في صيغة ورقية بطريق البريد اتخذت المحكمة إجراءات طوارئ سمحت بموجبها بالإيداع الإلكتروني لصحف الطعون والالتماسات المقدمة إليها خلال المدة من ٢٦/١١حتى ١٠/١٢ /٢٠٠١ .[٢]

دور محاكم الولايات في تنظيم القواعد الإجرائية للإيداع الإلكتروني: Court Rules

نظمت محاكم الولايات قواعد تحكم عمليات الإيداع والإعلان الإلكتروني بموجب السلطة المخولة لها من الدستور، ومن التعديلات التي أدخلت على قوانين المرافعات في تلك الولايات إجازة التعامل بهذه النظم،ولما كانت هذه الأنظمة تتعدد بتعدد المحاكم المختلفة داخل الولايات وتعددها على نطاق الولايات الأمريكية بالإضافة إلى الأنظمة الخاصة بالمحاكم الاتحادية فسوف نتناول نماذج أساسية من تلك المحاكم تمثل الطوائف المقسمة إليها.[٣] لقد صنف Nelson &Simek تلك الأنظمة إلى ثلاث مجموعات رئيسية ؛ الأولى: الرواد الأوائل the pioneers في الأخذ بنظام الايداع الإلكتروني. والثانية: المستجدون الحذرون wary beginners. والثالثة: الأغلبية،وهم المراقبون المنتظرون . Wait Watchers[٤]. وتقع ولاية كلورادو ضمن الطائفة الأولى والتي أرست قواعد تنظيم قضائي طموح يرجع إلى عام ١٩٩٧،تبعه تنظيم يتعلق بالإيداع الإلكتروني في يوليو ٢٠٠٠ استخدمت فيه خبرات مجهز خدمة اتصال إلكتروني قضائي وحتى يناير من عام ٢٠٠١ تمكنت محاكم الولاية، وعددها ٦٣ محكمة، من التعامل بهذا النظام في الدعاوى المدنية والبلدية. و مع تلك البداية قادت ولاية كلورادو جميع الولايات في التعامل بهذا النظام. وقد سنت قواعد ذلك النظام ضمن قانون المرافعات المدنية لتلك الولاية،التي صدرتها بتعريف لعملية الإيداع الإلكتروني بأنها نقل للوثائق إلى إدارة كتاب المحكمة، ومنها بطريق نظام الإيداع الإلكتروني[٥].

أما ولاية نيويورك فقد كانت مثالاً متقناً في المجموعة الثانية وقد أطلق على مشروع هذه الولاية اسم FBEM
Filing by Electronic Means

1- http://www.uscourts.gov/cmecf/cmecf.html
2- Charles Lane, Anthrax Scare Prompts Supreme Court E-filing Discussions Washington Post 17.12.2001www.infowar.com/law/01/law_121701c_j.shtml
3- Categories according to Karen Evie Kalnins, 'Emerging Electronic Filing Court Rules and Standards' (2002) 2 E-Filing Report 5, 6.
4- Sharon D. Nelson, John W. Simek, 'Going Online E-FILING PRIMER' (2001) 18 NO. 8 General Practice, Solo and Small Firm Section 41, 42.
5-'Electronic filing («E-Filing») is the transmission of Documents to the Clerk of the Court, and from the Court, via the E-Filing System>, Colorado Rules of Civil Procedure Rule 121 sec 2.

الذي دخل ضمن قانون القواعد المدنية للمحكمة العليا ومحاكم المقاطعات للولاية[1].

وقد تناولت هذه القواعد إجراءات إيداع المعلومات التي تتضمنها الأوراق القضائية المتعلقة بافتتاح الدعوى وحفظ هذه المعلومات لدى الحاسب الآلي بالمحكمة وإنشاء ملف رقمي يحتويها، مع بيان تحديد دور الخصوم وإدارة الكتاب في هذا الخصوص والحد الأدنى من التقنية المؤهلة لهذا العمل وجريان هذه المعلومات عبر شبكات الاتصال الداخلية بالمحكمة وشبكات الإنترنت وكيفية وصول هذه المعلومات إلى علم أطراف الخصومة وقيامهم بتقديم المعلومات الخاصة بالمرافعة والدفاع والوسائل التي تكفل العلم بجميع ما يدور بالجلسات، وكيفية إثبات ما يدور خلال ذلك بالأسلوب الرقمي، وتوفير المعلومات المتعلقة بالواقعة والقانون لقاضي الدعوى وحفظ ما يصدر عنه من قرارات وأحكام واتصال علم الجهات المعنية بهذه المعلومات، مع مراعاة حقوق أطراف الدعوى في سرية خصوصياتهم فيما يعرضون في الملف الإلكتروني من معلومات، وضوابط هذه السرية والخصوصية ونطاقها.

٢.٢.٢ عقود خدمة الإيداع الإلكتروني:

لما كان إستخدام التقنية الحديثة في مجال الإجراءات في الدعوى يتطلب توفير الأجهزة والبرامج والفنيين، وهي لا شك أمور تحتاج إلى الاستعانة بالجهات المتخصصة في مجال الإلكترونيات والاتصال فقد اقتضى الأمر إبرام عقود مع مجهزي هذه الخدمات إما لتوفير تلك الإمكانات وإما أن تقوم بنفسها بالتعامل مع الخصوم في هذا الشأن. وقد بينت قواعد محاكم ولاية كاليفورنيا الأطراف والشروط العامة التي تجري على أساسها صياغة بنود العقود التي تبرم بين المحكمة التي تتعامل بنظام الإيداع الإلكتروني والمجهزين من الكيانات العاملة في مجال تزويد خدمات الاتصال الإلكتروني electronic filing service providers، حيث خولت المحكمة حق التعاقد Right to contract مع مقدم خدمة (مجهز) أو أكثر لتزويدها بنظام الإيداع الإلكتروني وصيانته.

ومتى تعاقدت المحكمة مع مجهز خدمة إيداع إلكتروني فلها أن تشترط على طالب الإيداع أن ينقل أوراقه من خلال ذلك المجهز. قد يسمح العقد للمجهز بتحميل طالب الإيداع بسداد رسم عن هذه الخدمة بالإضافة إلى الرسم الذي تتقاضاه المحكمة عن الإيداع. كما أن العقد قد يخول للمجهز وضع اشتراطات معقولة لإستخدام نظام الإيداع الإلكتروني.

وبالنسبة لحقوق الملكية على معلومات نظام الإيداع الإلكتروني فإن أي عقد يتم بين المحكمة والمجهز يتعين أن يوضح أن المحكمة هي صاحبة الحق على محتويات نظام الإيداع الإلكتروني وأن لديها حقاً خالصاً (حصرياً) في التحكم في استعماله. وأوصت اللجنة الاستشارية للتقنية لدى محكمة كاليفورنيا أن على مجهز خدمة الإيداع الإلكتروني أن تتوافر لديه تقنية يجب أن تتفق مع المستوى التقني technical standards لموقع محاكم الولاية على الإنترنت. وتوقعت اللجنة إحداث تعديل في تلك القواعد بما يتفق وقياسات التقنية للإيداع الإلكتروني وتطورها المطرد بكاليفورنيا.

1- Uniform Civil Rules for the New York Supreme and County Courts §202.5- b(a)(2).

٢.٢.٣ نطاق التعامل بنظام الإيداع الإلكتروني في القضاء الأمريكي :

كان الهدف من التعامل بهذا النظام هو خدمة البيئة التجارية في الولايات المتحدة باعتبارها . بحسب أشخاص المنازعة فيها . أكثر استجابة للتعامل به والإفادة منه، وعلى ذلك اشترطت الكثير من القواعد المنظمة تحديد نطاقه في القضايا التجارية والإفلاس كما أنها جعلته مقتصراً على القضايا التي يمثل فيها محامون عن الخصوم حتى تتوافر لديهم الإمكانات وسرعة الاستجابة للتعامل بهذه التقنية. غير أن التجربة مع ما حققته من نجاح في سنواتها الأولى استجابت للممارسة في غير القضايا التجارية حتى إنها امتدت إلى القضايا المدنية عموماً ومنازعات الأسرة والقضايا التي يباشرها الخصوم بأنفسهم، وسوف نعرض فيما بعد للحلول التي اتخذت في هذا الشأن لتوسع من النطاق المستهدف لهذا النظام(١). وقد نصت قواعد ولاية مين على أنه اعتباراً من أول أكتوبر ٢٠٠٣، فإن كُلّ الوثائق في الدعاوى المدنية والجزائية المقامة ابتداء من أول يناير ٢٠٠٣، ماعدا تلك الوثائقِ المعفاة بموجب الفقرة(g) من هذه الإجراءاتِ، يتعين إيداعها إلكترونياً إما بطريق (ECF) أو تحمل على قرص ٣,٥ أو قرص مضغوط مصوغة بإطار (PDF) لكي يمكن إضافتها إلى الملف الإلكتروني للدعوى. ولا تحتفظ إدارة الكتاب بأية ملفات ورقية للقضايا المدنية أو الجزائية التي ترفع ابتداء من أول أكتوبر ٢٠٠٣ باستثناء ما نص على خلافه بموجب هذه الأحكام.

٢- ٣ الإجراءات الخاصة بالإيداع الإلكتروني في القضاء الأمريكي:

اتفقت القواعد المنظمة للإيداع الإلكتروني على النص على أنه في أية دعوى تسري عليها فإن الخصم يفتتح دعواه بحفظ معلومات الأوراق الافتتاحية للدعوى إلكترونياً لدى الموظف المختص بإدارة كتاب المحكمة أو بتحميل هذه المعلومات على أقراص صلبة لدى هذه الإدارة أو من خلال موقع المحكمة الإلكتروني على شبكة الإنترنت، وبمجرد إتمام ذلك الإيداع، يقوم الموظف المختص بإعطاء الطالب إشعاراً (شهادة) يتعلق باعتماد الإيداع وعلى ذلك تتم عملية الإيداع وتترتب عليها آثارها القانونية وبمجرد ذلك يعلن المودع سائر الخصوم بهذا الإشعار ضمن أوراق الدعوى الافتتاحية.

وإذا تبين موافقة سائر الخصوم على استعمال الحفظ الإلكتروني وأن طالب الإيداع قد أصبح معلوماً بالنسبة لهم فإن على هؤلاء الخصوم أن يوقعوا على النموذج المعد ما يفيد موافقتهم على نظام الحفظ الإلكتروني ويقوموا بإيداع تلك الموافقة لدى المحكمة إلكترونياً. وتقوم إدارة الكتاب باستبعاد القرص PDF بعد تحميل محتواه على الملف الإلكتروني للدعوى ECF.

إذا أثير خلاف حول ما إذا كانت الدعوى تخضع لنظام الإيداع الإلكتروني من عدمه فإن قاضي التحضير المعين في الدعوى هو الذي يبت في هذا الخلاف ليأمر بإيداع مفردات الدعوى بشكلها الورقي أو إلكترونياً بتوقيع منه بالأحرف الأولى ثم تتولى إدارة الكتاب بالمحكمة بعد ذلك إجراءات الإيداع إلكترونياً إذا أمر القاضي بذلك.

ويراعى أن قبول المحكمة إيداع أوراق ومستندات الدعوى إلكترونياً لا يمنعها بأي حال وفي أي حالة كانت عليها الدعوى أن تخرجها من هذا النظام وتحولها إلى نظام الملفات الورقية متى رأت أن لذلك ما يبرره لمنع وقوع ضرر أو النزول على مقتضيات العدالة. ثم تتولى إدارة الكتاب توجيه الخصوم نحو إيداع أوراق الدعوى بالملفات الورقية التقليدية.

1- Electronic filing project exceeds expectations□ By Grace Wilson□ KBA Desktop Publishing Assistant ,©The Journal of the Kansas Bar Association

٢-٣-١ دور الخصوم طالبي الإيداع :

طالب الإيداع الإلكتروني Electronic filer هو الخصم المتقدم لطلب إيداع وثيقة في شكل إلكتروني لدى المحكمة ويلاحظ أن بعض الأنظمة اشترطت في بداية الأمر قصر التعامل بهذا الطريق من الإيداع على القضايا التي يمثل فيها الخصوم بمحامين[1].

وأنظمة أخرى لم تشترط ذلك غير أنه في حالة القضايا التي يمثل فيها الخصوم بمحامين فإنه يتعين على هؤلاء المحامين أن يسجلوا أنفسهم لدى القيد الخاص بهذا النظام في المحكمة وأن تتوافر فيهم الاشتراطات التي تضعها المحكمة لذلك [2].

وبعد هذا القيد يزود المحامي باسم مستخدم وكلمة مرور سرية حتى يتمكن من الدخول على هذا النظام ويتعامل معه، وعليه أيضاً أن يقيد نفسه في السجل الخاص بإستخدام نظام الاطلاع PACER system ويحصل على اسم مستخدم وكلمة مرور للدخول،وبالنسبة للخصوم غير الممثلين بمحامين فقد أجازت بعض القواعد لهم أن يستخدموا هذا النظام بأنفسهم وتسهيل عمليات الإيداع الإلكتروني لهؤلاء الأشخاص على أن يزود الخصم باسم مستخدم وكلمة سر تمكنه من التعامل مع موقع المحكمة في خصوص ملف دعواه على أنه يلاحظ أنه إذا تبين أن هذا الخصم يستعين بمحام خلفه ففي أية حالة كانت عليها الدعوى يتعين أن يظهر هذا المحامي ليتعامل هو بهذا النظام وإلا كان لإدارة الكتاب أن تلغي قيد هذا الخصم في النظام.

ويتعين على المستخدم المسجل سواء كان محامياً أو خصماً بشخصه ألا يسمح لشخص آخر بإيداع مستند مستخدماً الإدخال الخاص به كمستخدم وكلمة السر ما عدا الوكلاء المرخص لهم من المستخدم أو أحد الموظفين لديه.

ويعتبر التسجيل بمنزلة رضا بالخدمات المتعلقة بجميع الوثائق التي تمر من خلال الوسائل الإلكترونية على النحو المبين بهذه القواعد.

أما بالنسبة للمحامين أو الخصوم غير المقيدين كمستخدمين مصرح لهم باستعمال الملفات الإلكترونية فإن حقوقهم المتعلقة بالاطلاع المنصوص عليها بقانون المرافعات (المادة p/5 من قانون المرافعات الاتحادي) تتم بالتقدم بطلبات الحصول على نسخ ورقية مطبوعة من المسجلات المودعة.

٢-٣-٢ طرق الإيداع الإلكتروني ووسائله :

٢-٣-٢-١ الإيداع في مقر المحكمة :

قد يتم الإيداع بالتعامل مع إدارة الكتاب مباشرة سواء داخل مقر المحكمة وذلك بأن يتقدم طالب الإيداع إلى إدارة الكتاب بالوثيقة المطلوب إيداعها محملة على قرص ليتولى الموظف المختص إدخالها ملف الدعوى على شبكة الإنترنت ويتم استبعاد القرص بعد إتمام ذلك.

كما أن للقاضي الذي ينظر الدعوى بناء على طلب أي من الأطراف أو من تلقاء نفسه أن يأمر الطرفين بإيداع وإعلان الأوراق إلكترونياً في أي نوع من الدعاوى متى وجد أن ذلك الأمر لا يلحق ضرراً بأي طرف.

1- (26) Colorado Rules of Civil Procedure Rule 121 prohibit filing by pro se litigants in sec 5 as they only permit licensed attorneys to participate in electronic filingOnly attorneys licensed to practice law in Colorado may register to use the E-Filing System in the pilot program.

2- The Uniform Civil Rules for the New York Supreme and County Courts §202.5-b(d)(1),(2)

٢-٣-٢-٢ الإيداع من خلال شبكات الاتصال بموقع المحكمة :

تقوم المحكمة بتدشين موقع إلكتروني على شبكة الإنترنت يسمح للخصوم المجازين بالدخول عليه للاطلاع والإيداع من خلاله ويتم إدارة هذا الموقع إما بمعرفة إدارة الكتاب في المحكمة أو من خلال مجهز خدمة إنترنت،وقد يسمح العقد للمجهز بتحميل طالب الإيداع بسداد رسم عن هذه الخدمة بالإضافة إلى الرسم الذي تتقاضاه المحكمة عن الإيداع. كما أن العقد قد يخول المجهز وضع اشتراطات معقولة لإستخدام نظام الإيداع الإلكتروني.

وأنه إذا تم الإيداع بواسطة المجهز فإن عليه القيام بنقل الإيداع الإلكتروني والرسم المقرر إلى المحكمة، ثم يكون على المجهز أن يبعث فوراً إلى طالب الإيداع بتأكيد تلقيه ذلك الإيداع على عنوان الطالب الإلكتروني مبيناً فيه تاريخ ووقت استلام الأوراق، ويكون على المحكمة أيضاً بعد مراجعة المستندات أن تبعث فوراً إلى المجهز والطالب تأكيدها بالإيداع أو رفضه.

ويتم الإيداع من خلال الموقع الإلكتروني في أي وقت من النهار أو الليل، ويعتبر قد تم بمجرد استقبال التحويل على موقع الإنترنت في مواعيد عمل المحكمة الرسمية وإلا اعتبر قد تم في يوم العمل التالي. مع مراعاة أنه في حالة عدم سداد الرسم المطلوب فإنه لا يعتد بعملية الإيداع ما لم تكن مصحوبة بإذن بطاقة ائتمانية كامل. ويصاحب إتمام ذلك أن تقوم إدارة الكتاب بإخطار المرسل إلكترونياً بتأكيد أن الإيداع قد تم. وبمجرد إيداع الأوراق الافتتاحية للدعوى فإنه يتم إدراج هذه الدعوى في كشف وتقيد فيه برقم،ويرسل هذا الرقم إلى الطالب ضمن بيانات تأكيد حصول الإيداع الإلكتروني:

Confirmation of Electronic Filing [1]

٢-٣-٣- توقيع الخصوم :

٢-٣-٣-١ توقيع الوثائق المودعة :

ويراعى أنه طبقاً لنص الفقرة 11(a) Fed.R.Civ.P.Rule.

فإن بعض المستندات التي تودع لدى المحكمة يتعين أن تكون موقعة من محام واحد على الأقل ولتطبيق هذا الاشتراط في حالة الإيداع الإلكتروني فإن المحامي يقوم بتوقيع اتفاق مع إدارة المحكمة يتعهد بموجبه أن استعماله لاسم المستخدم وكلمة المرور (سواء بنفسه أو بواسطة مندوب لدى مكتبه مفوض عنه) يعد بمنزلة توقيع منه على المستندات المودعة إلكترونياً [٢].

وبالنسبة للوثائق التي يتعين توقيعها من الدائن مثل العرائض petitions والقوائم lists والجداول schedules وغيرها فإنه يتعين الاحتفاظ بنسخ أصولها لدى محامي المودع لمدة خمس سنوات.

وتعتبر الوثيقة المودعة أو المعلنة إلكترونياً أنها موقعة بواسطة الشخص (المودع) ويبين فيها البيانات المتعلقة به (طبقاً لأحكام الفقرة ١ أو ٢ أو ٣) مما يعد بمنزلة توقيع اعتباري يقوم مقام التوقيع المادي على الأوراق المودعة تقليدياً، وعليه فإن الموقع يكون مسؤولاً عنها كما لو كانت موقعة بطريقة مادية وتعامل بتوقيع الموقع إذ يكفي عند إيداعها أن يكون قد استعمل بياني اسم المستخدم وكلمة السر.

في حالة إذا لم يكن المودع هو مستخدم الإيداع ولم يستعمل اسم المستخدم أو كلمة السر الخاصة به فإن الورقة المقدمة منه المحملة على قرص يتعين أن تكون موقعة منه بطريقة مادية قبل إيداعها ومستخدم الإيداع الذي يودع أو يقوم بإعلان تلك الورقة عليه أن يبين أن لديه الورقة الأصلية أو النسخة المحملة على قرص ليجري تداولها بناء على طلب الخصوم.

1 - قواعد محاكم ولاية كاليفورنيا ٢٠٥٤ م

2 - (30) Bradley J. Hillis, ‘The Digital Record A REVIEW OF ELECTRONIC COURT FILING IN THE UNITED STATES’ (2000) 2 Journal of Appellate Practice and Process 319.

وطبقاً لأحكام المادة ٢٠٥٧ من القواعد المقررة بولاية كاليفورنيا[١] فيما يتعلق بالاشتراطات الخاصة بتوقيع الأوراق فقد اشترطت بالنسبة للأوراق التي تخضع لعقوبة الحنث باليمين أنه إذا كانت المقدمة للإيداع الإلكتروني فإنه يتعين توقيعها في وضعها الورقي المطبوع وقبل إيداعها إلكترونياً ممن هو صادرة عنه. وأنه بإيداع الورقة إلكترونياً فإن على طالب الإيداع أن يبين أنه قد التزم الفقرة (أ) من هذه المادة وأن الورقة الأصلية الموقعة صالحة للمراجعة والنسخ منها بناء على طلب المحكمة أو أي من الأطراف في أي وقت بعد الإيداع يجوز لأي من الخصوم المطالبة بإبراز الورقة الأصلية الموقعة.

وفي خلال خمسة أيام من تاريخ إعلان ذلك الطلب يكون على الخصم المعني أن يجعل الورقة الأصلية الموقعة صالحة للمراجعة والنسخ لجميع الخصوم.

أما بالنسبة للأوراق التي لا تخضع لعقوبة الحنث باليمين فإنه يتعين أن تبدو موقعة من مودعها إلكترونياً.

وبالنسبة للأوراق التي يتعين أن تكون موقعة من الخصم الآخر طبقاً لأحكام قانون المرافعات فإنه يتعين على الخصم طالب الإيداع أن يحصل على توقيعات جميع الخصوم على الورقة المطبوعة في شكلها الورقي، وأن يحتفظ بها ويجعلها صالحة للمراجعة والنسخ على النحو المنصوص عليه بالفقرة أ ٢، وأنه بإيداع الورقة إلكترونياً فعلى طالب الإيداع أن يبين أن جميع الخصوم وقعوا الورقة الأصلية وأنها في حيازته.

وقد أوردت هذه القواعد حكماً بالنسبة للتوقيع الرقمي مفاده أنه لا يتعين على الخصم أن يستخدم توقيعه الرقمي (الإلكتروني) على الورقة المودعة إلكترونياً وإنما يكفي التعامل باسم المستخدم وكلمة المرور الخاصة بالنظام ليعد ذلك بمنزلة توقيع إلكتروني.

٢-٣-٣-٢ التوقيع بما يفيد الاطلاع :

في حالة الاطلاع على مسجلات المحكمة فإن الدخول على الملف سواء في مقر المحكمة أو من خلال موقعها على شبكة الإنترنت بواسطة المحامين المجازين أو الخصوم أنفسهم يتم بإستخدام اسم المستخدم للدخول وكلمة السر المطلوبة للاطلاع على الوثائق المودعة بنظام ECF ويعد ذلك بمنزلة توقيع في مفهوم (المادة P/11 من قانون المرافعات الاتحادي والقواعد الخاصة بالمحاكم) وبديلاً عن توقيع طلبات الاطلاع.

وتنص القواعد الخاصة بمحاكم ولاية نيويورك[٢] على أن المحامي المقبول لدى ولاية نيويورك أو المجاز له مباشرة دعوى معينة له أن يقيد نفسه باعتباره مستخدماً في موقع المحكمة على شبكة الإنترنت. كما أن للخصم غير الممثل بمحام أن يقيد نفسه كمستخدم في هذا الموقع بخصوص الدعوى التي هو أحد أطرافها، ويتم القيد على نموذج ورقي معد من قبل إدارة الكتاب المتخصصة على أن يدرج فيه بيانات الدعوى واسم المستخدم وعنوانه ورقم هاتفه وعنوان بريده الإلكتروني، وبالنسبة للمحامي عليه أن يبين أنه مقيد لدى جمعية المحامين بنيويورك أو مجاز للتمثيل في دعوى معينة.

وعلى مستخدم الإيداع أن يخطر إدارة الكتاب بأي تغيير يطرأ على البيانات المتطلبة في القيد وللمستخدم الحصول من الموظف المختص بإدارة الكتاب على البطاقة الموضح بها اسم المستخدم وكلمة السر بمجرد إجراء القيد. وعلى إدارة الكتاب أن تقيد هذين البيانين بالسجل المعد لذلك.

1- Electronic Filing in California,www.courtinfo.ca.gov
2- Electronic Filing The State of New York ,www.courts.state.ny.us

ويتم الاحتفاظ باسم المستخدم وكلمة السر لدى إدارة الكتاب بصفة سرية موثوق بها مع مراعاة ما نص عليه بالفقرة[1].

ومتى قامت إدارة الكتاب بإجراء تعديل في بيان اسم المستخدم وكلمة السر الخاصة بالخصم فعليها إخطاره بذلك سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب صاحب الشأن طبقاً للإجراءات المقررة .على أنه في الأحوال التي يجيز فيها المستخدم لشخص آخر إيداع ورقة في الملف الإلكتروني نيابة عنه مستخدماً اسمه وكلمة السر الخاصة به فإن المستخدم الأصيل يكون هو نفسه مسؤولاً عن أية ورقة تودع بهذه الطريقة وليس له التنصل مما تضمنته.

٤.٣.٢ مسؤولية طالب الإيداع عن أمن المعلومات في أنظمة الإيداع :

الأصل أن أي دخول على برنامج النظام بموجب استعمال اسم المستخدم وكلمة السر يجعل صاحب هذين البيانين مسؤولاً عن تلك الممارسة وما ينشأ عنها من أضرار بالمواقع الإلكترونية ونظام عملها. وقد نصت القواعد الخاصة بمحاكم ولاية كاليفورنيا على التزام طالب الإيداع الشروط الاتية :

١- كل ما تضعه المحكمة من شروط لتأمين سلامة الإيداع الإلكتروني ولحماية المعلومات الشخصية.

٢- أن يزود المحكمة بالمعلومات المطلوبة عن القضية المعنية.

٣- أن يتخذ جميع السبل المعقولة ليؤكد أن الإيداع لا يتضمن شفرات كمبيوترية تحتوي على فيروسات قد تضر بنظام الإيداع الإلكتروني لدى المحكمة أو بالمستخدمين الآخرين لهذا النظام.

٤. أن يزود المحكمة بعنوانين إلكترونيين له بالطريقة التي تحددها المحكمة متى قبل الطالب الإعلان بهذه الوسيلة.

دور إدارة الكتاب في حالة الأعطال الفنية :

يتولى أحد الموظفين المختصين بإدارة الكتاب اعتبار موقع المحكمة على شبكة الإنترنت في حالة عطل فني في وقت محدد متى كان هذا الموقع غير قادر على قبول عمليات الإيداع، أو يرخص بالدخول لإيداع المستندات بشكل مستمر أو منقطع على مدى أي فترة زمنية تزيد على ساعة واحدة بعد الساعة الثانية عشرة ظهراً من ذلك اليوم. ويقوم الموظف المختص بعمل إثبات حالة عن جميع تلك الأعطال وإدراجها على موقع المحكمة على الإنترنت وكذلك بيان حالة الموقع وإعلام الأشخاص عنها هاتفياً. وفي هذه الحالة يكون للخصم طالب الإيداع أن يتوجه لادارة الكتاب بنسخة محملة على قرص صلب ليجري الإيداع بسراي المحكمة. وباستثناء مواعيد السقوط التي لا تمتد بمقتضى القانون، فإن المدة التي يتأخر خلالها إيداع الورقة بسبب عطل فني في موقع المحكمة على الشبكة يمتد الميعاد يوماً عن كل يوم يقع فيه العطل ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك.

تأكيد عملية الإيداع وإثباتها : Court Confirmation

عند إيداع الوثيقة لدى المحكمة فإن تأكيد الإيداع يكون عنصراً أساسياً لدى الطرف المودع بغض النظر عما إذا كان الإيداع قد تم بالطريقة التقليدية أو بالطريق الإلكتروني. فقد أوجبت القواعد الموحدة للمحكمة العليا وسائر محاكم ولاية نيويورك على إدارة الكتاب أن توجه إلى المودع تأكيداً بما أجراه من إيداع فيما لا يجاوز اليوم التالي من تلقي المحكمة الوثيقة المودعة.

ويشترط أن يتضمن التأكيد. كما نصت القواعد الخاصة بولاية كاليفورنيا. بياناً بتاريخ ووقت استلام المحكمة للورقة،

1- white paper, self – represented litigants and electronic filing, By Ronald w. staudt, Professor of law, Chicago-kent college of law.

ويعـد هـذا التأكيد دليـلاً على حصول الإيـداع بهذا الوجه، وفي حين حصوله يتعيـن أن يتضمـن التأكيـد فـوق ذلك بيان:

أ- رقم المعاملة المصاحب للإيداع.

ب- عنـوان الورقـة كما تـودع بواسطة المحكمة.

ج - بيـان سداد الرسـوم المقررة لهذا الإيـداع.. ويراعى أنه فـي حالة عدم حصـول الطالب المودع علـى تأكيد الاستلام والإيـداع فإنه لا يتوافر ثمة دليل على أن المحكمة تسلمت الورقة أو أنها أودعت لديها. ويقع عبء إثبات استـلام المحكـمة للورقـة وإيداعها على عاتق طالب الإيداع.

وفـي تصديـق المحكـمة علـى الورقة المودعـة إلكترونيـاً يتعيـن أن ينص علـى الآتـي: « أودع إلكترونيـاً لـدى المحكـمة.... لولايـة...... مقاطعة... بتاريـخ..... ثم يتبع ذلـك اسم الكاتب المختص.»

وهـذا التصديق تكون له قـوة وفاعلية دمغـة التصديـق الملصقـة يدويـاً ذاتها وعليها التوقيـع بالأحرف الأولى للموظـف المختـص بالمحكـمة علـى الورقة التـي تـودع إدارة الكتاب طبقاً للإجراءات اليدوية.

رفض إيداع الورقة :

إذا رفضـت إدارة الكتـاب إيـداع الورقة بسبب تخلف شروط الإيداع فيها أو لعدم سـداد الرسم المقرر، فعلى المحكمة أن توجه إخطـاراً إلى طالـب الإيداع بذلك مبيناً فيه أسباب الرفض.

إيداع الأحكام والقرارات القضائية :

علـى إدارة الكتـاب أن تـودع إلكترونيـاً القـرارات والأحـكام الصـادرة عـن المحكمة طبقـاً لإجراءات نظام الإيداع الإلكتروني التي تضمن الدخول إلى هذه القرارات أو الأحكام وتمكن من الاطلاع عليهـا. علـى أن ذلـك لا يمنـع إدارة الكتـاب مـن الاحتفاظ بنسخـة ورقية لتلـك الأحـكام أو القـرارات فـي ملف وحفظها بسرية وتكـون تحت تصرفها. ولـدى إدخال القرار أو الحكم فإن على إدارة الكتاب أن ترسل إخطاراً بواسطة البريـد الإلكتروني إلى جميـع العناوين المسجلـة بالدعوى بأن القرار أو الحكم تـم إدخالـه وتحرر ملاحظـة بذلك في فهرس الإيداع الإلكترونـي. ويراعى أن الإخطار الذي تجريه إدارة الكتاب على هـذا النحـو لا يسقط التـزام المحكوم لـه بإجراء إعلان ذلـك الحكم بالطرق المقررة لإعلان الأحكام.

موقع المحكمة على شبكة الإنترنت والتعامل معه :

تسمح القواعد المنظمة للمحكمة بالتعاقد مع مجهـزي خدمة مواقـع الإنترنت على استغلال موقع على الشبكة باسمها يسمح بتعامل ذوي الشأن من خلاله مع القضايا الخاصة بهم من إيداع واطلاع ونسخ ورد فقد سبـق بيـان أن للمحكمة التـي تأمر بالإيداع الإلكتروني أن تسمح بذلك الإيداع علـى الشبكـة بالوسائل التـي تكفل أمان وسلامـة النقل من خـلال الشبكة،وذلك بمـا لا يخل بحقها في منـع ذلك بالنسبة لقضية معينـة أو إجراء ما مـن شأنه أن يضر بـأي من الأطراف ضرراً بالغاً. وإن اشتـراط أن تدعم المحكمة إذن الدخول إلـى المسجلات الإلكترونية بحالة تجعله ذا جدوى يعنـي أن المحكمة يتعين عليها وهـي تدعم الدخـول الإلكتروني أن يكون لديهـا الوسائـل والتقنية المؤهلـة لأداء ذلك،ويشتـرط في هـذا التعاقد أن يبين حـق المحكـمة فـي ملكيـة المسجـلات المخزنـة عليه ولو كانت إدارته من خلال المجهـز مقـدم الخدمـة علـى الشبكـة، كمـا أن للمحكمـة أو المجهـز أن يفرض رسوماً لكلفة دخـول الجمهور على شبكة الإنترنت على نحـو ما هو منصوص عليه بقانون الحكومة الإلكترونية على أن ينشر

بياناً بمفردات تلك الرسوم ومقابلها من الخدمة المقدمة، أما بالنسبة للرسوم التي يضعها مجهز خدمة الدخول على الإنترنت فيتعين أن ينص في التعاقد منه على اشتراط أن تكون هذه الرسوم إلى حد ما معقولة القدر.

و على المحكمة أن تتخذ من الوسائل اللازمة لأن تنشر على موقعها المتطلبات والشروط الخاصة بالإيداع الإلكتروني بالإضافة إلى وسائل الطباعة الورقية، وأنه في حالة إذا ما واجهت المحكمة صعوبة من شأنها إعاقة أو الحيلولة دون إجراء عملية الإيداع الإلكتروني في الوقت المحدد لذلك فإن عليها أن تتخذ الخطوات المناسبة للإخطار عن تلك الصعوبة.

ويلاحظ أنه في كل دعوى تخضع لنظام الايداع الإلكتروني فإن موقع المحكمة على الإنترنت طبقاً لقواعد ولاية مين يتعين أن يبين به قائمة ذات ترقيم مسلسل لجميع الأوراق المودعة لدى المحكمة و صدور أي قرار أو حكم بغض النظر عن تلك الأوراق إذا ما كانت قد حفظت إلكترونيا أم لم تحفظ.

المسجلات الإلكترونية والاطلاع والنسخ من بعد[1] The PACER System Public Access to Court Electronic Records

اصطلاح مسجلات المحكمة بحسب ما نصت عليه قواعد محاكم كاليفورنيا ينصرف إلى أي مستند أو ورقة أو أي محرر يودعه الخصوم في الدعوى أو أي أمر أو حكم قضائي صادر من المحكمة..

ب – كما أنها كذلك تنصرف إلى المسجلات المحولة إلى مادة كمبيوترية بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة لتحويلها كذلك. كما يشمل هذا الاصطلاح المحرر المودع في الشكل الورقي...

ويشترط لتعامل الجمهور مع المسجلات المودعة أن يكون لدى المتعامل إذن بالدخول الإلكتروني،وهذا الإذن بالدخول يتم من خلال الأجهزة المتوافرة بسراي المحكمة أو بالوسائل الأخرى عن بعد ما لم تقرر القواعد خلاف ذلك.

والأصل في الإذن بالدخول أنه حق عام، فجميع المسجلات الإلكترونية يتعين أن تكون متاحة بصفة معقولة للجمهور وأن تكون في حالة تسمح للجمهور بالدخول عليها للاطلاع والنسخ سواء في شكلها الإلكتروني أو الورقي عدا تلك المطموسة بأمر من المحكمة أو بمقتضى القانون حفاظاً على سرية محتواها.

المسجلات التي لا يجوز الدخول عليها من خلال شبكة الإنترنت

هناك مسجلات لايتم الدخول عليها إلا من خلال الوسائل المتاحة بسراي المحكمة دون شبكة الإنترنت وهي:

١- أي مسجل في دعوى تتعلق بمنازعات الأسرة مثل الإجراءات المتعلقة بفسخ عقد الزواج والانفصال القانوني وبطلان عقد الزواج وإجراءات نفقة الزوجية والأولاد وإجراءات حضانة الأولاد.

٢- أي مسجل يتعلق بإجراءات محكمة الأحداث.

٣- أي مسجل يتعلق بإجراءات الوصاية والمساعدة القضائية.

٤- أي مسجل يتعلق بإجراءات الحجر للجنون.

٥- أي مسجل يتعلق بإجراءات جزائية.

٦-أي مسجل يتعلق بالمضايقات المدنية طبقا للمادة ٦/٥٢٧ من قانون المرافعات

ضمانات الخصوصية والحفاظ على السرية في الملفات الإلكترونية :

الأصل أن كل ما يودعه الخصوم هو مباح للاطلاع من الغير ما لم يضف عليه القانون صفة السرية أو ما ترى المحكمة أنه سري،ومن أمثلة البيانات السرية أسماء الأشخاص القصر فيتم إدراجها بالأحرف الأولى فقط وأرقام الضمان الاجتماعي التي يكتفي فيها بذكر أربعة أرقام منها، وبالنسبة لتاريخ

1- (32) Public Access to Court Electronic Records (PACER) www.pacer.psc.uscourts.gov

الميلاد يكتفى بذكر السنة، وبالنسبة لأرقام الحسابات المالية يكتفى بذكر نوع الحساب والمصرف وآخر أربعة أرقام منه، وبالنسبة لمحل الإقامة يكتفى بذكر اسم الولاية والمدينة.

الرسوم القضائية :

رسوم الإيداع :

قد تسمح المحكمة بإستخدام بطاقات الائتمان وغيرها من بطاقات الحسابات البنكية في دفع رسوم الإيداع الإلكتروني كما هو منصوص عليه في قانون الحكومة الإلكترونية أو القانون الواجب التطبيق، كما أن للمحكمة أن تسمح بأي وسيلة أخرى للدفع، كما أن للأشخاص المؤهلين أن يحيلوا إلى المحكمة الرسوم والمصروفات بالكيفية المنصوص عليها في قانون الحكومة، وللمحكمة أن تقبل طلب سداد الرسوم والمصروفات بأي إجراء تراه متى قبلت الإيداع الإلكتروني.وإذا ما تم سداد الرسم بالطريقة المقبولة لدى المحكمة فعليها أن توجه تأكيد السداد مع بيانات تأكيد استلام الإيداع على النحو السالف بيانه، وهو الذي يعتبر أيضاً دليلاً لدى طالب الإيداع على قيامه بسداد الرسم المقرر.

وقد نصت قواعد ولاية مين على أنه عند إعداد الورقة للإيداع يتعين أن يرفق بها إذن بطاقة الائتمان وما يتعلق ببيانات سداد رسوم الإيداع خاصة تلك المتعلقة ببطاقة الائتمان التي يتم السداد من خلالها وبيانات الدفع الخاصة بمقدمها ليكون مسئولاً عن سداد الرسوم قبل إدارة الكتاب. وتقوم إدارة الكتاب بإيداع إذن البطاقة الائتمانية منفصلاً، وهو لا يعد جزءاً من المسجلات العمومية للمحكمة (المعلومات التي يجوز لغير صاحبها الاطلاع عليها) . ولرئيس المحكمة أن يجيز إستخدام أساليب أخرى لسداد رسوم الإيداع عن بعد كنظام التحويلات المالية الإلكترونية أو اتخاذ ما يراه من قواعد تنظم هذا الشأن.

رسوم خدمة مجهز الإيداع الإلكتروني :

قد تسمح عقود خدمة الإيداع الإلكتروني للمجهز بتحميل طالب الإيداع سداد رسم عن هذه الخدمة بالإضافة إلى الرسم الذي تتقاضاه المحكمة عن الإيداع على أن ينشر بيان بمفردات تلك الرسوم ومقابلها من الخدمة المقدمة، أما بالنسبة للرسوم التي يضعها مجهز خدمة الدخول على الإنترنت فيتعين أن ينص في التعاقد معه على اشتراط أن تكون هذه الرسوم معقولة.

الإيداع الإلكتروني والمواعيد الإجرائية :

تاريخ الإيداع ووقته :

اهتم قانون المرافعات وغيره من التشريعات بوضع حد زمني لإقامة الدعاوى أو إجراء عمليات الإيداع للأوراق المختلفة واعتبر هذه الفواصل الزمنية بمنزلة الميعاد الذي يسقط الحق فيه في اتخاذ الإجراء،وهى ما يطلق عليه deadline أو مواعيد السقوط وقد نص صراحة على التزام هذه المواعيد في عمليات الإيداع الإلكتروني بما يطلق عليها مواعيد سقوط الإيداع filing deadline،وقد نصت قواعد محاكم ولاية مين على أن الوثيقة المودعة إلكترونياً تعتبر مودعة في الوقت والتاريخ ذاتهما المبينين على ملاحظة التسجيل الإلكتروني المسلم من المحكمة، وأن إيداع الوثائقِ إلكترونياً لن يغير من مواعيد السقوط. فجميع عمليات إرسال المستندات ينبغي أن تتم قبل منتصف الليل بالتوقيت الشرقي لنيويورك وواشنطن لاعتبارها مودعة بتاريخ ذلك اليوم ما لم يحدد موعد خلافه بأمر من المحكمة أو بموجب نص.

كما أن قواعد ولاية كاليفورنيا عنيت ببيان انتهاء مواعيد العمل من أجل

الوقوف على تحديد يوم اتخاذ إجراء الإيداع، حيث نصت على أن ينتهي العمل الخاص بالايداع في تمام الساعة الخامسة أو في أي وقت يتحدد بموجب المادة ١٣٣ من قانون المرافعات، الذي بتمامه تتوقف المحكمة عن قبول إيداع الأوراق في عداد الإيداع. وللمحكمة أن تعلن عن انتهاء العمل الإلكتروني لديها بأي وسيلة إضافية تراها ملائمة.

وبالنسبة للأوراق التي تودع بعد وقت انتهاء العمل فإنها تعتبر كأنها أودعت في يوم العمل التالي للمحكمة. أما في حالة تأخير الاستلام فإذا حدثت صعوبة فنية بنظام الإيداع الإلكتروني لدى المحكمة حالت دون استلام المحكمة إيداع إلكتروني في أثناء ساعات العمل المعتادة، وأثبت طالب الإيداع أنه حاول في ذلك الوقت إجراء الإيداع، فإن على المحكمة أن تعتبر الإيداع قد تم في ذلك اليوم، وذلك باستثناء صحف الدعاوي والطعون.

مدى قابلية الوثائق القضائية للإيداع الإلكتروني :

سبق بيان أن المقصود بالإيداع الإلكتروني هو إيداع الحزمة المعلوماتية التي يتضمنها المستند أو الورقة موضوع الإيداع،وعلى ذلك فمن الأهمية بمكان تحديد الصيغة التي يكون عليها الشكل الإلكتروني للورقة بما يسمح بإيداعها في أضيق مساحة إلكترونية وبما يكفل تداولها والتعامل معها في موقع المحكمة دون إضرار به. هذا ـ كما سبق بيانه ـ بالنسبة إلى الإطار أو الشكل أما من حيث المعلومات التي تتضمنها الورقة وقيمة هذه المعلومات من حيث العمومية أو الخصوصية أو قابليتها لأن تكون علنية أو تكون متاحة لسائر خصوم الدعوى ووكلائهم على شبكة الإنترنت أو في الأجهزة المعدة لذلك بمقر المحكمة فإن قواعد الإيداع في الولايات المختلفة نظمت ما يتعلق بهذه الأمور.

الوثائق التي تقبل الإيداع الإلكتروني :

وقد نصت القواعد الخاصة بولاية مين على أنه في أي دعوى يتم الإيداع فيها إلكترونياً، فإن جميع الأوراق المودعة يتم حفظها إلكترونياً على موقع المحكمة على الإنترنت مالم ينص على خلاف ذلك. ويكون لمستخدم الإيداع المبين بالفقرة (ب) فقط حق إجراء هذا الإيداع وأن كل ورقة تودع إلكترونياً يتعين توقيعها للأغراض المنصوص عليها في الجزء١٣٠ من القواعد الصادرة عن رئيس المحكمة. وطبقاً للفقرة الفرعية (f).. ويتعين أن تتضمن هذه الورقة اسم الموقع عليها وعنوانه ورقم هاتفه.

الوثائق التي لا تقبل الإيداع الإلكتروني:

وهذه هي الحالة التي يتعين فيها إيداع الأوراق ذاتها بشكلها الورقي دون أن تحول إلى صيغة إلكترونية ؛ فقد نصت قواعد محكمة كاليفورنيا على أنه عندما لا يكون من المناسب للخصم تحويل المستند إلى شكل إلكتروني سواء بالمسح الضوئي أو التصوير أو أي وسيلة أخرى فإن للمحكمة أن تقبل الإيداع في الشكل الورقي.

كذلك عنيت القواعد المختلفة بالنص على بيان هذه الأوراق منها الأوراق التي يؤشر بإيداعها مطموسة بالخاتم documents filed under seal لسرية أو خصوصية البيان المطموس والمسجلات الإدارية في دعاوى الضمان الاجتماعي ؛ وما يدور بالجلسات الاستماعية للتحضير قبل المحاكمة وما يعرض بالجلسات.

الأوراق التي يتم إيداعها بإذن من المحكمة :

وطبقاً لقواعد محاكم كاليفورنيا فإن للمحكمة أن تسمح بالإيداع الإلكتروني لمستند في أي دعوى أو إجراء مالم تمنع هذه القواعد أو السلطة القضائية صراحة ذلك الإيداع،وفي الحالات التي يقتضي فيها القانون ضرورة إيداع الأصل من الورقة فإن الإيداع الإلكتروني يقتضي في هذه الحالة إيداع نسخة من المسح الضوئي للمستند الأصلي

وقت الإيداع على أن يقوم المودع بإيداع المستند الأصلي لدى المحكمة خلال عشرة أيام. وبالنسبة للأوامر والأحكام القضائية للمحكمة يجب أن تأمر بإيداعها إلكترونياً. وأنه متى تم إيداع الورقة إلكترونياً فإنه طبقاً لهذه القواعد يكون لها القوة والفاعلية ذاتها التي تكون لها في شكلها الورقي.

الحلول العملية لتمكين الخصوم غير الممثلين بمحامين وذوي القدرات والاحتياجات الخاصة وذوي الدخل المحدود من التعامل بنظام الإيداع والاطلاع الإلكتروني :[١]

اهتمت الأوساط القانونية والقضائية بدراسة المشكلات التي صاحبت تطبيق نظام إيداع الأوراق القضائية وإعلانها إلكترونياً بعد أن برزت فوائد وميزات التعامل به، ورأت الخروج به من نطاق القضايا التجارية التي يقتصر فيها على الخصومات الممثلة بمحامين مشتركين في هذا النظام فقد كان المرجح أن العملاء الحقيقيين لهذه التجارة هم المحامون وموكلوهم لقدرتهم على سداد الرسوم التي تغطي نفقات تلك الاستثمارات وتحقق لها عائداً يجزئ ممارستها. إلا أنه مع تنامي ظاهرة عدم الاستعانة بمحامين self-represented في بعض القضايا كالدعاوى قليلة القيمة ومنازعات الأسرة والدعاوى الخاصة بالخصوم ذوي الدخل المحدود وظاهرة النفور disaffection من التعامل مع المحامين ذوي الأتعاب المكلفة وانتشار الحركة الاجتماعية " افعلها بنفسك "«do it yourself» مما أوجد عدداً كبيراً من الخصوم الشخصيين مثلوا إرباكاً لمنظومة العدالة في المحاكم والقائمين على نظام الإيداع الإلكتروني الأمر الذي دعا إلى التوجه الحثيث نحو مساعدة هؤلاء الخصوم في الاستفادة من هذا النظام،وقد تحقق ذلك في النواحي وبالأساليب الآتية :

١- اهتمت بعض المحاكم بوضع قواعد إرشادية للخصوم الشخصيين تتعلق بإجراءات الإيداع الإلكتروني.

٢- قيام المركز القومي للدراسات القضائية لمحاكم الولايات والمنظمات المنبثقة عنه بإجراء الكثير من الدراسات والمؤتمرات والمبادرات فيما يتعلق بمواجهة المشكلات الناجمة عن التعامل بتلك الأنظمة في محاكم الولايات، وقد أنشأ لجاناً فرعية تتولى دراسة المشكلات المتعلقة بذلك وسبل حلها. ومن بين الحلول التي تبنتها تلك اللجان تقديم المساعدة للخصوم غير الممثلين بمحامين من غير الناطقين باللغة الإنجليزية، والفئات الأمية التي تجهل القراءة والكتابة، وفاقدي البصر والصم وغير ذوي المهارات اللازمة للتعامل مع أجهزة الكمبيوتر، كما اقترحت هذه اللجان على إدارة المحاكم أن تضع الخطط لتبسط لمثل هؤلاء الخصوم طرق إستخدام تلك الأنظمة والتعامل معها والعمل على إعفائهم من رسوم مجهزي الخدمة في هذه الأنظمة والتأكيد على سهولة إستخدامهم لها و إمكانية دخولهم على المواقع الخاصة بقضاياهم والتعامل معها.

٣- بموجب وثيقة حقوق التقنية TBOR The Technology Bill of Rights الموقعة في واشنطن فقد منحت المحكمة العليا الفقراء وأصحاب الاحتياجات الخاصة حقوقاً في إستخدام تقنية الإيداع الإلكتروني بمعاونتهم مادياً وفنياً بالقدر المتاح لهم لتمكينهم من إستخدام تلك التقنية

٤- ولعل المثال الريادي في هذا الصدد

1-WHITE PAPER□Self-Represented Litigants and Electronic Filing, By Ronald W. Staudt,Professor of Law,Chicago-Kent College of Law

هو مشروع I-CAN System[1]
Community Assistance Network
المطور بمعرفة مجلس المساعدات القضائية Legal Aid Society في مقاطعة Orange بولاية California الذي يستخدم أكشاكاً kiosks في المناطق الحيوية بالمقاطعة ومواقع إلكترونية لتعليم تلك الطائفة من الخصوم حقوقهم القانونية والأساليب التي تعينهم على صياغة أوراقهم القضائية وتمكينهم من إيداعها إلكترونياً بإستخدام أجهزة الكمبيوتر الموجودة في تلك الأكشاك،وقد أظهرت تجربة هذا المشروع أن نظام الوثائق الإلكترونية لم يكن بالضرورة لتزيد المشكلات الخاصة بغير ناطقي اللغة الإنجليزية أو المعاقين أو الأشخاص الأميين illiterate persons، وتم تقديم حلول للخصوم فاقدي البصر بتفريغ نسخ من الوثائق الإلكترونية في ترددات صوتية يمكنهم من خلالها الاستماع إلى جميع المعلومات والبيانات التي تتضمنها هذه الوثائق ولو بالاستعانة بموظفين من المحكمة أوغيرهم من العاملين بالجهات المتعاملة في هذا النظام أو أشخاص متطوعين volunteers لجعل هذه الطائفة من الخصوم قادرة على إستخدام الإيداع الإلكتروني والتأهيل للدخول إليها بنجاح.

٥- قيام هيئة الخدمات القضائية LSC Legal Services Corporation بإعداد مشروع يطلق عليه المجهود القومي لمساعدة كل ولاية في إطلاق موقع إلكتروني يتضمن معلومات وتدريبات وصيغاً وأدوات معقدة لتعليم ذوى الدخل المحدود.

٢ـ دور التقنيه الحديثة في القضاء الكويتي :

بعد استعراض ما سبق في شأن إستخدام التقنية الحديثة في إجراءات الإيداع والإعلانات القضائية وأثر ذلك على أطراف الدعوى وهيئة الفصل فيها وما حققته تلك التقنية وتطبيقاتها في هذا المجال من نجاح نتيجة ما أثمر عنها من منافع وفوائد، يبقى السؤال ما مدى إمكانية نقل هذه التقنية بقواعدها إلى المجتمع القضائي الكويتي والقانوني بصفة عامة ؟

للإجابة عن هذا السؤال ينبغي الوقوف على بيان البنية التحتية للتقنية الرقمية بصفة عامة في دولة الكويت على نطاق الدولة ومؤسساتها ومدى استجابة الأشخاص، اعتباريين كانوا أم أفراداً، للتعامل بتلك التقنيات للوقوف على مدى كفايتها للأخذ بنظام الملفات والإعلانات الإلكترونية في الدعاوى القضائية.

١- فعلى نطاق الدولة : فقد اهتمت دولة الكويت بإطلاق المبادرة الأولى بالارتباط بشبكة الإنترنت منذ عام ١٩٩١ في المنطقة العربية، وبذلك كانت والجمهورية التونسية أولى الدول العربية التي ارتبطت بالشبكة العنكبوتية، وقد كان لهذا السبق أثره الواضح في التعامل مع الشبكة في شتى مجالات الاتصال من خلالها وتلقي المعلومات وبثها وملاحقة أي تطور يطرأ على هذه الشبكة وإكساب خبرات قوية في التعامل معها وقد أسند إلى وزارة المواصلات منح تراخيص تقديم خدمات الإنترنت الفرعية ووضع الأسس والضوابط اللازمة لذلك مع الحرص على رعاية القيم الدينية والأخلاقية والاجتماعية في المجتمع في تناول المواد المقدمة عبر هذه الشبكة، وعلى ذلك أصدرت وزارة المواصلات القرار رقم١٠٣/ ٢٠٠٠ بشأن أسس وقواعد منح تراخيص تقديم خدمات الإنترنت الفرعية (ISP).ثم القرار رقم ٧٠ /٢٠٠٢ بشأن أسس وضوابط الترخيص لمقدمي خدمة الإنترنت، كذلك كان الاهتمام بكل تطور في تقنية الحاسبات وبرامجها المتنوعة.

٢- اهتمت قطاعات الدولة ومؤسساتها

١-على موقعه الإلكتروني (http://www.legal-aid.com)

المختلفة بالتعامل مع الشبكة بتدشين مواقع كبرى عليها لتقديم قدر وافر من المعلومات الخاصة بها وعرض كل ما يهم المتعاملين معها وإنهاء بعض المعاملات مع ذوي الشأن من خلال الشبكة.

٣- اهتمت وزارة العدل بالأمور الآتية (من دون حصر) :

أ- وضع استراتيجية تكنولوجيا المعلومات لأنشطة وخدمات المعلومات للأجهزة القضائية من خلال إنشاء مركز نظم المعلومات بالوزارة لتطوير القضاء، وذلك بالعمل على تيسير إجراءات التقاضي ودعم الأداء القضائي وإيجاد حلول للمشكلات والمعوقات الناجمة عن العمل اليدوي نتيجة زيادة حجم العمل بصفة مستمرة.

ب ـ تنسيق العمل بين مركز نظم المعلومات ومعهد الكويت للدراسات القضائية في عمل دورات تدريبية للقضاة وأعضاء النيابة العامة والعاملين بالأجهزة المعاونة للتعامل مع وسائل التقنية الحديثة في شتى المجالات للحاسبات الآلية والاتصالات وربط ذلك بالعمل القضائي.

ج - تدشين موقع للوزارة على شبكة الإنترنت متضمناً معلومات وافرة عن الجهاز القضائي وقطاعات الوزارة والمعلومات ودليل الخدمات والأخبار الواردة بنشرة الصحافة اليومية، كما يتضمن الموقع خدمات إلكترونية تتعلق بشبكة المعلومات القانونية الدولية والكتب القانونية والإحصاءات. ويهمنا في هذا الصدد في تلك الخدمات بوابة العدل الإلكترونية الخاصة بالتعامل مع ملفات القضايا التي تتيح للمستخدم الدخول إلى المعلومات الخاصة بالقضايا المنظورة في محاكم دولة الكويت و إدارة الخبراء لمعرفة ما اتخذ في شأنها من قرارات أولاً فأول وغير ذلك من الخدمات المعلوماتية التي يقدمها هذا الموقع.

٤- استجابة العمل القضائي في محاكم الدولة للتعامل مع تكنولوجيا نظم المعلومات سواء من الناحية الإدارية أو الفنية وإمداد البوابة الإلكترونية للتعامل مع ملفات القضايا بالبيانات والمعلومات اللازمة.

٥- اهتمام مكاتب المحامين بالتعامل بأجهزة الحاسب الآلي في تحرير الأوراق القضائية وغير ذلك من المعلومات والتعامل مع البوابة الإلكترونية لوزارة العدل مع ملاحظة أن الكثير من هذه المكاتب لكل منها مواقعها الخاصة على شبكة الانترنت بالإضافة إلى الموقع الخاص بجمعية المحامين الكويتية.

٦- الاهتمام البالغ للبيئة التجارية سواء كانت مصرفية أو شركات صناعية أو تجارية أو وكالات تجارية أو غير ذلك في دولة الكويت بإستخدام الحاسبات الآلية والاتصال من خلال شبكة الإنترنت في تعاملاتها وإثبات البيانات الخاصة بتلك التعاملات.

٧- اهتمام الأفراد بالتعامل مع كل ما يطرأ على هذه التكنولوجيا من تطور.

إن المعطيات سالفة البيان وغيرها من الأمور التي كان من شأن مثيلاتها في الولايات المتحدة الأمريكية أن مهدت لإصدار قانون الحكومة الإلكترونية بحسب ما ورد في ديباجته، فإنها على الأقل وفي نطاق العمل القضائي تؤهل للتعامل بنظام الإيداع الإلكتروني والاستبدال بالملفات الورقية للقضايا ملفات إلكترونية والتعامل معها من خلال شبكة الإنترنت، وهو الأمر الذي يتطلب تدخلاً تشريعياً محدوداً في قانون المرافعات ليجيز إيداع الأوراق القضائية والاطلاع عليها والنسخ وسداد الرسوم بالطرق الإلكترونية و لو في نطاق بعض المنازعات كالدعاوى التجارية وإعداد الدراسات وتوفير التقنية اللازمة للتعامل بهذا النظام.

التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات

د. علاء خلاف
وكيل نيابة التمييز

يستعمل مصطلح التوقيع بمعنيين : فعل التوقيع أو عملية التوقيع ذاتها، أي واقعة وضع التوقيع على مستند يحتوى على معلومات معينة، أو علامة أو إشارة معينة تسمح بتمييز شخص الموقع، وهو المعنى المقصود بالتوقيع في نطاق قانون الإثبات، وعلى ذلك فالتوقيع هو علامة خطية خاصة ومميزة يضعها الموقع بأي وسيلة على مستند لإقراره. وللتوقيع فوائد كبيرة بالنسبة لقوة الدليل الكتابي في الإثبات، بل هو الذي يجعل للكتابة أفضلية في الإثبات، فالكتابة وحدها دون توقيع ليست لها حجية ملزمة للقاضي، والتوقيع بذلك ليس فقط عنصراً من عناصر الدليل الكتابي - وإنما هو ايضاً - بالدرجة الأولى - دليل معد مقدما على الحضور الجسدي لأطراف التصرف، وتعبيراً عن إرادة الموقع في الالتزام بمضمون الورقة وإقراره لها، ووسيلة لتمييز هوية الموقع وبذلك فللتوقيع دور ثلاثي، فهو وسيلة لتحديد شخصية الموقع، وهو تعبير واضح عن إرادة الموقع في التزامه بمضمون الورقة وإقراره لها، وهو أخيراً دليل على حضور أطراف التصرف وقت التوقيع أو حضور من يمثلهم قانوناً أو اتفاقاً.

و يعتبر التوقيع (Signature) شرطاً أساسياً في توثيق أغلب المستندات سواء أن كانت في المراسلات العادية اليدوية أم المراسلات الإلكترونية الرقمية بجميع أنواعها وحتى إن كانت محلية أو دولية، ومع ظهور التحديات الجديدة التي يواجهها الاقتصاد الرقمي والأمني خصوصاً وأهمها الحكومات الإلكترونية وعدم توافر الضمانات الكافية التي تحمي المجتمع الذي يستخدم هذا النظام الإلكتروني ويتعامل معه بكل ثقة وأمان أصبحت الحاجة ملحة إلى ظهور طريقة آمنة وسريعة وفعالة في عمليات تصديق الوثائق التي يتم تبادلها إلكترونيا على جميع المستويات بكل مراحلها وإضفاء الصفة القانونية عليها مما أدى إلى ظهور ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني (Electronic Signature)

وقد عرف المشرع المصري في القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ التوقيع الإلكتروني بأنه " هو كل ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره.

وعرفه مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي بأنه " ما يوضع على المستند الإلكتروني، ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو إشارات أو غير ذلك، ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره.

وقد تدخل المشرع الفرنسي بتعديل بعض نصوص القانون المدني لتتفق مع التوقيع على العقود والمحررات الإلكترونية فنص في المادة ١٣١٦ مدني فرنسي المعدلة بأن التوقيع هو الذي يميز هوية صاحبه، وإذا ما تم التوقيع في شكل إلكتروني وجب إستخدام طريقة موثوق بها لتمييز هوية صاحبه .

وعرفه القانون الفيدرالي الامريكى بأنه أي رمز أو وسيلة بصرف النظر عن التقنية المستخدمة إذا ما تم نسبته إلى شخص يرغب في توقيع مستند.

وعرفه قانون إمارة دبي بأنه «توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة».

وعرفه قانون الاونسترال النموذجي- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - بأنه « بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات أولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات».

ويبين لنا من التعريفات المتقدمة أنه لا يشترط شكل معين في التوقيع الإلكتروني ولكن يلزم أن يكون دالاً على شخصية الموقع وتمييزه عن غيره.

والتوقيع الإلكتروني يؤدى العديد من الوظائف المهمة منها :

١- تحويل المعلومات الشخصية بصورة سرية ومضمونة لكل مواطن.

٢- يمكن الاعتماد اعتماداً كلياً على التوقيع الرقمي ضمن الإجراءات القانونية والقضائية في المنازعات بين الأشخاص والشركات الخاصة أو المؤسسات والهيئات الحكومية.

٣- توفير الهوية الرقمية لكل مواطن.

٤- التوقيع بإستخدام التوقيع الرقمي الإلكتروني على جميع المستندات ونماذج الطلبات والعقود وغيرها من الطلبات.

٥- التوفير في جميع إجراءات إرسال البيانات إلى المواطن والحصول على المعلومات منه (التوفير في الورق، الطلبات، الطباعة، الأحبار، إلخ..).

٦- توفير عامل الوقت الثمين للمواطن والعاملين بالهيئات والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية.

٧- خلق وعي رقمي وفكري للمواطن، وتطوير التعامل في الإنترنت وتوسيع التجارة الإلكترونية، وقد أوصت المنظمة العربية للتنمية الإدارية بضرورة عقد سلسلة من الندوات في عقود التجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، والتنسيق بين أجهزة القضاء العربية والمنظمة لتوحيد التشريعات التي تحكم وتنظم المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني.

صور التوقيع الإلكتروني :

أولا : التوقيع الرقمي أو الكودي Deigitl Signature :

ويقصد به بيانات أو معلومات متصلة بمنظومة بيانات أخرى أو صياغة منظومة في صورة مشفرة.

ويتم تحويل المحرر المكتوب بإستخدام العمليات الحسابية من أسلوب الكتابة العادية إلى معادلة رياضية وتحويل التوقيع إلى أرقام، وحتى يكتمل المحرر من الناحية القانونية فإنه يجب وضع التوقيع عليه وهو ما يحدث بإضافة الأرقام إلى المعادلة الرياضية حيث يكتمل المحرر ويتم حفظه في جهاز الكمبيوتر وقد خلا قانون التوقيع الإلكتروني المصري وكذا مشروع قانون التجارة الكويتي من تعريف لعملية التشفير ولكنهما أجازاها، والتشفير يعني تحويل نص الرسائل إلى صيغ غير مفهومه ثم إعادتها بعد ذلك إلى صيغتها الأصلية، ويستخدم هذا النظام في المعاملات البنكية والمعاملات المالية المماثلة وأوضح مثال لها بطاقة الائتمان التي تحتوي على رقم سري لا يعرفه سوى صاحب البطاقة، ويسمح نظام التشفير بتجنب بعض المخاطر المتوقعة من إستخدام الطرق الإلكترونية في المعاملات التجارية، حيث يتم التأكد عن طريقه من أن المعلومات التي تسلمها المرسل إليه هي تلك البيانات التي قام المرسل بالتوقيع عليها، بحيث يتأكد المرسل إليه الذي يستطيع عن طريق إستخدام وسائل فنية الاطلاع على محتوى المعلومة.

ثانيا : التوقيع بالقلم الإلكتروني pen - op :

ويتم ذلك التوقيع باستخدام قلم إلكتروني حسابي يمكن عن طريقه الكتابة على شاشة الكمبيوتر وذلك باستخدام برنامج خاص للكمبيوتر يقوم بوظيفتين الأولى خدمة التقاط التوقيع والثانية خدمة التحقق من صحة التوقيع.

ثالثا التوقيع بالضغط على مربع الموافقة OK -BOX :

ويكون ذلك عن طريق إرسال نموذج للعقد إلى موقع المشتري حتى يتمكن من الاطلاع على بنود العقد الذي يحتوى على

عبارة تفيد قبوله التعاقد بالضغط على زر الموافقة YES أو الرفض NO، وهذه الطريقة لا تعتبر في حد ذاتها توقيعاً، ولذلك يتم اللجوء إلى إضافة خانة في نموذج التعاقد الموجود على صفحة الويب يضع فيها المتعاقد الرقم السري بالإضافة إلى إمكانية إستخدام المفتاح الخاص الذي تقوم على منح الشهادة الخاصة به جهات معتمدة من الدولة .

رابعا التوقيع البيومترى Biometric Signature:

وهو طريقة من طرق التحقق من الشخصية عن طريق الاعتماد على الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للأفراد التي جعلها الله سبحانه تختلف وتتميز من شخص لآخر، ومن هذه الطرق بصمة الأصبع، مسح العين البشرية (وهما وسيلتان مما يمكن تسميته بالبيومتركس، وهي خصائص بيولوجية خاصة في جسم الإنسان، لا تتكرر من شخص إلى آخر أبداً.)، خواص اليد البشرية، نبرة الصوت، بصمة الشفاه.

ويتم أخذ صورة للخاصية وتخزينها داخل الحاسب في نظام حفظ الذاكرة، ويتم تشفير الصورة لمنع أي إستخدام غير مشروع لها ومحاولة العبث بها أو تغييرها، ويرتبط إستخدام هذه الوسيلة بمدى القدرة على منع التلاعب فيها.

الفروق بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي :

١. التوقيع التقليدي -كقاعدة – يكون مكتوباً بخط يد الموقع، فالإمضاء بحسب تعبير محكمة النقض المصرية هو «الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه»[1]، إلا أن المشرع الكويتي في المادة ١٣ إثبات، والمشرع المصري في المادة ١٤ إثبات، أجاز أن يكون التوقيع بالإمضاء أو الختم أو البصمة، أما التوقيع الإلكتروني فلا يشترط فيه شكل أو وضع معين، فقد يتخذ شكل حروف أو أرقام أو إشارات أو غير ذلك بشرط أن يكون طابعاً متفرداً يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره .

٢. التوقيع التقليدي يتم عبر وسيط مادي محسوس وفي الغالب يكون ورقياً، أما التوقيع الإلكتروني فيتم عبر وسيط إلكتروني غير محسوس.

٣. التوقيع التقليدي دليل على الحضور المادي لأطراف التصرف وقت التوقيع أو حضور من يمثلهم قانوناً أو اتفاقاً، أما التوقيع الإلكتروني ففي الغالب يكون التعاقد عن بعد.

شروط حجية التوقيع الإلكتروني :

يترتب على أوجه الاختلاف التي أشرنا إليها بين التوقيع التقليدي والإلكتروني أن القواعد العامة للإثبات قد تكون غير قادرة على استيعاب أحكام التوقيع الإلكتروني، كما أن المشرع قد يتطلب في بعض التصرفات القانونية أن تتم كتابة ويرتب البطلان على تخلفها، لذلك اعترفت الكثير من التشريعات بالتوقيع الإلكتروني ومنحته الحجية القانونية في الإثبات، منها القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي سنعرض له، والتوجه الأوربي الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ اعترف بالتوقيع الإلكتروني وحث الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي على منحه الحجية القانونية في التعاملات الإلكترونية، وميز بين نوعين من التوقيع، الأول التوقيع الإلكتروني المعزز أو المؤهل ADVNCED والثاني : التوقيع غير المعزز، ونص القانون الفيدرالي الأمريكى الصادر في ٣٠ يونيو ٢٠٠٠ على أنه لا يجب إنكار الأثر القانوني للتوقيع ولا إنكار صلاحيته أو تنفيذه فقط لأنه في شكل توقيع إلكتروني، وأصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ في شأن المبادلات والتجارة الإلكترونية ونص في المادة ١٣١٦ / ١ على أن الكتابة

١-نقض مصري جلسة ١٩٧٨/١/٣١ مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٩، ص ٣٥٧.

الإلكترونيـة دليل مقبول في الإثبات شرط أن تكـون منسوبة إلـى صاحبها ودالة على شخصيتـه ، كمـا اعترف به قانـون إمارة دبي للتجارة الإلكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ ونـص على أن له حجيـة كاملة في الإثبات شـرط أن يتضمـن عناصـر أو شـروط صحتـه الـواردة بالمـادة ٢٠ منـه، كذلك ذهب مشـروع قانون التجـارة الإلكترونية الكويتي إلى النص على أنه « يكون للتوقيع الإلكترونـي ذات الحجيـة المقررة للتوقيع في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجاريـة متى روعي فـي إنشائه وإتمامه الشـروط المنصوص عليهـا فـي هـذا القانون واستوفى الضوابط الفنية والتقنية التي تحددهـا اللائحة التنفيذية » ونصت المادة الثامنة من المشروع على أنه « يكون للمستند الإلكتروني الأثر القانوني أو صفة النسخـة الأصلية إذا توافـرت له الشروط الآتية مجتمعة »:

أ- أن تكـون المعلومات الـواردة فيه قابلة للاحتفـاظ بهـا وتخزينهـا بحيـث يمكن الرجوع إليها في أي وقت.

ب- أن يكـون الاحتفاظ بها ممكنا بالشكل الـذي تم إنشاؤه بـه أو إرسالـه أو تسلمه أو بـأى شكل يسهـل به إثبـات المعلومات التي وردت فيـه عند الإنشاء أو الإرسال أو التسليم.

ج- أن تـدل المعلومـات الـواردة فيه على من ينشئه أو يتسلمه وتاريخ ووقت الإرسال أو التسلـم. ويجـوز للمنشـئ أو المرسـل إليه إثبـات هذه الشـروط بواسطة الغير، وجـاء في المادة ١٥ منـه أنه إذا استوجب القانون الاحتفاظ بمستند لغايات الإثبات أو التوثيـق أو لأى غايـة أخـرى مماثلـة، فيجزئ الاحتفـاظ بمستند إلكتروني لهذه الغايـة، وقد قصر المشـروع نطاق تطبيق القانـون على جميع المعلومـات التي تتخذ شـكلاً إلكترونيـاً وتتصـل بالمعاملات أو بالتجارة الإلكترونية، كمـا تسرى أحكامه علـى كل نـزاع حـول إنشـاء المستنـدات الإلكترونيـة أو إرسالهـا أو استلامهـا أو تخزينهـا أو تجهيزهـا علـى أي وجه آخر مـا لم يتفـق الأطـراف على غيـر ذلك أو يتبيـن مـن الظـروف أن قانونـا أخـر هو الواجب التطبيـق، ونص في المادة الثالثة علـى أن أحكامـه لا تسـري على مـا يأتي:

أ- المعامـلات والأمـور المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والوصية.

ب- سندات ملكية الأموال غير المنقولة أو إنشـاء الحقوق العينية عليهـا أو أي حقوق أخرى متعلقة بها أو المعاملات التي تتعلق ببيعهـا أو شرائهـا أو الوكالـة فيها ج- أي مستند يستلـزم القانون إفراغه في محرر رسمي أو توثيقه.

وفـي مصر نص قانون التوقيع الإلكتروني رقـم ١٥ لسنـة ٢٠٠٤ فـي المـادة ١٥ منه على أنه « للكتابـة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية في نطـاق المعاملات المدنية والتجاريـة والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابـة للمحررات الرسميـة والعرفية في أحكام قانون الإثبات متى استوفت الشروط المنصوص عليهـا في هذا القانـون وفقاً للضوابـط الفنيـة والتقنية التـي تحددها اللائحـة التنفيذية، وبينـت المادة ١٨ من القانون تلـك الشروط ووضحـت اللائحة الضوابط الفنية والتقنية.

فقـد اشترطـت تلـك التشريعـات ومنهـا – التشريـع المصري الذي سنعرض له – لكي يتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في إثبات ما توافر بالمحرر، الشروط الآتية :

أولاً : ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

وقـد نصـت عليـه المـادة ١٨ مـن قانون التوقيع الإلكترونـي المصري – م ١/٣/٦أ من القانـون النموذجي – ويقصد بالموقع الشخص الحائز على بيانات إنشاء التوقيع ويوقـع عن نفسـه أو عمن ينيبـه أو يمثله قانونـاً، ويتحقق ارتبـاط التوقيع بالموقع وحـده دون غيره من الناحية القانونية إذا كان يسمح بتحديد هويـة صاحب التوقيع ويميـزه عن غيره من الأشخاص ويعبر عن

إرادة الموقع في الالتزام بمضمون المحرر الذي وقع عليه، ومن الناحية الفنية يرتبط التوقيع بالموقع متى استند هذا التوقيع إلى منظومة تكوين بيانات إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة وتوافرت إحدى الحالتين الآتيتين :

أ-ارتباط التوقيع الإلكتروني بشهادة تصديق إلكتروني.

ب- أن يتم التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني طبقاً لأحكام اللائحة.

وتفصيل ذلك، أن هناك آلية عمل للتوقيع الرقمي الإلكتروني،تؤدى عملها على الوجه الاتى، تبدأ العملية بكتابة الرسالة التي يراد إرسالها، سواء أكانت الكتابة ضمن برنامج البريد الإلكتروني مباشرةً، أم كانت على ملف خاص تتم الكتابة عليه ويتم إلحاقه فيما بعد بالبريد الإلكتروني ليرسل معه، وبعد أن تتم عملية الكتابة، توقع رقمياً، وذلك بإدخالها إلى برنامج تشفير يقوم بتطبيق معادلة رياضية عليها، تقوم بتحويلها إلى صيغة تبدو غير مفهومة وغير قابلة للقراءة. ولكي تتم عملية التشفير هذه لا بد من إستخدام منشئ هذه الرسالة لما يسمى بمفتاحه الخاص، وهذا المفتاح هو مجموعة من الأعداد الضخمة التي يتم الحصول عليها بإستخدام سلسلة من الصيغ الرياضية المطبقة على أعداد أولية. ومن ثم يقوم المنشئ بإرسال الرسالة فيما بعد، عندما تصل الرسالة إلى المرسل إليه لا بد له لكي يستطيع قراءتها من معرفة المفتاح العام لمرسلها، حيث يقوم متسلم الرسالة بإدخالها إلى برنامج تشفير موافق لذلك الذي أدخلها المرسل إليه، مستخدماً المفتاح العام العائد للمرسل، والذي يعتبر مترابطاً مع مفتاحه الخاص، فتتم عملية التعرف على شخصية المنشئ، ومن ثم التأكد من أن الرسالة لم يتم العبث بها بعد أن تم توقيعها، ويتم بعد ذلك تحويلها مرة أخرى إلى صيغة مقروءة يفهمها مستلم الرسالة الإلكترونية .

ومن ذلك يتضح أن التوقيع الرقمي يتطلب وجود مفتاحين، الأول يسمى بالمفتاح الخاص، الذي يستخدمه المرسل لكي يوقع على رسالته الإلكترونية أو على الوثيقة المرفقة بها، حيث إنه من المفترض به أن يحتفظ بهذا المفتاح سرياً، وأن لا يعلم به أحداً لأنه مرتبط بشخصه كلياً، أما المفتاح الآخر وهو المفتاح العام فإن الموقع يعطيه إلى الآخرين، ويمكن أن يعلن عنه وأن يضعه على منشوراته ومطبوعاته، لكي يكون بالإمكان إستخدامه لفك تشفير الرسائل والوثائق التي سيرسلها إليهم.

ويمكن التحقق من أن المفتاح العام يعود لذلك الشخص الذي يزعم أنه يملكه، -فقد ينتحل شخصٌ ما شخصية آخر، ويرسل المفتاح العام الذي يملكه على أنه مملوكٌ لشخصٍ آخر، -عن طريق سلطة التوثيق، وهي هيئة مستقلة تقدم خدماتها بوصفها طرفاً ثالثاً موثوقاً، يقوم بإصدار شهادات رقمية يستطيع من خلالها التعرف على المفتاح العام لأيِّ شخصٍ من الأشخاص، والتعرف أيضاً على جميع المعلومات الخاصة به بدلاً من أن يلجأ إلى الحصول على هذا المفتاح من ذلك الشخص مباشرة، وقد سميت سلطة التوثيق هذه في قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية بمقدم خدمات التوثيق، الذي عرِّف بأنه شخصٌ يصدر الشهادات (وهي رسالة بيانات أو أي سجل آخر يؤكد الارتباط بين الموقِّع وبيانات إنشاء التوقيع) ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية.

ويتم التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني طبقاً للمادة السابعة من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري عن طريق شهادة التصديق الإلكتروني، وهى شهادة تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبيت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع التي يجب أن تكون مؤمنه ومنظومة، ويطلق عليها منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني وهى مجموعة عناصر مترابطة ومتكاملة تحتوي على

وسائط إلكترونية وبرامج حاسب آلي، ويتم بواسطتها التوقيع إلكترونياً على المحرر الإلكتروني وذلك بإستخدام بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادة التصديق الإلكتروني، كما يتم بواسطتها وضع وتثبيت المحرر الموقع إلكترونياً على دعامة إلكترونية، ويشترط في هذه المنظومة لكي تكون مؤمنه ما يلى :

١- الطابع المتفرد لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
٢- سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
٣- عدم قابلية الاستنتاج أو الاستنباط لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
٤- حماية التوقيع الإلكتروني من التزوير أو التقليد أو التحريف أو الاصطناع أو غير ذلك من صور التلاعب أو من إمكان إنشائه من غير الموقع.
٥- عدم إحداث أي إتلاف بمحتوى أو مضمون المحرر الإلكتروني المراد توقيعه.
٦- ألا تحول هذه المنظومة دون علم الموقع علما تاماً بمضمون المحرر الإلكتروني قبل توقيعه له ويتعين أن تتضمن المنظومة ضوابط فنية وتقنية، منها :

١-أن تكون المنظومة مستندة إلى تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص وإلى المفتاح الشفري الجذري الخاص بالجهة المرخص لها والذي تصدره لها الهيئة، وذلك كله وفقا للمعايير الفنية والتقنية المشار إليها في الفقرة (أ) من الملحق الفني والتقني لهذه اللائحة، ويقصد بالمفتاح الشفري الجذري أداة إلكترونية تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة، وتستخدمها جهات التصديق الإلكتروني لإنشاء شهادات التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

٢- أن تكون التقنية المستخدمة في إنشاء مفاتيح الشفرة الجذرية لجهات التصديق الإلكتروني من التي تستعمل مفاتيح تشفير بأطوال لا تقل عن ٢٠٤٨ حرفاً إلكترونياً bit .

٣- أن يتم إستخدام بطاقات ذكية غير قابلة للاستنساخ ومحمية بكود سري، تحتوي على عناصر متفردة للموقع وهى بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادة التصديق الإلكتروني، ويتم تحديد مواصفات البطاقة الذكية وأنظمتها وفقاً للمعايير الفنية والتقنية المبينة في الفقرة ج من الملحق الفني والتقني للائحة.

٤- أن تضمن المنظومة لجميع أطراف التعامل إتاحة البيانات الخاصة بالتحقق من صحة التوقيع الإلكتروني، وارتباطه بالموقع وحده دون غيره.

ولا يجوز مزاولة إصدار شهادات التصديق الإلكتروني إلا بترخيص من الهيئة المختصة – هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات – وذلك نظير مقابل يحدده مجلس إدارتها وفقاً للإجراءات والقواعد والضمانات التي تقررها اللائحة التنفيذية وبالشروط التي تطلبتها، كما تختص الهيئة بإصدار شهادة اعتماد جهات التصديق الإلكتروني الأجنبية، ويتعين أن تتضمن شهادات التصديق الإلكتروني البيانات الآتية :

١- ما يفيد صلاحية هذه الشهادة للإستخدام في التوقيع الإلكتروني .
٢- موضوع الترخيص الصادر للمرخص له، موضحاً فيه نطاقه ورقمه وتاريخ إصداره وفترة سريانه .
٣- اسم الجهة المصدرة للشهادة وعنوانها ومقرها الرئيسي وكيانها القانوني والدولة التابعة لها إن وجدت.
٤- اسم الموقع الأصلي أواسمه المستعار أو اسم شهرته، وذلك في حالة إستخدامه لأحدهما.
٥- صفة الموقع.
٦- المفتاح الشفري العام لحائز الشهادة المناظر للمفتاح الشفري الخاص به.
٧- تاريخ بدء صلاحية الشهادة وتاريخ انتهائها.
٨- رقم مسلسل الشهادة.
٩- التوقيع الإلكتروني لجهة إصدار الشهادة.

١٠- عنوان الموقع الإلكتروني (WEB SITE) المخصص لقائمة الشهادات الموقوفة أو الملغاة، ويمكن أن تشتمل الشهادة عند الحاجة على البيانات الآتية:

١- ما يفيد إستخدام الموقع والغرض الذي تستخدم فيه الشهادة.

٢- حد قيمة التعاملات المسموح بها في الشهادة.

٣- مجالات إستخدام الشهادة.

ثانيا : سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني :

وهو ما نصت عليه المادة ١٨ / ب من قانون التوقيع الإلكتروني المصري - م ٦ / ٣ / ب من القانون النموذجي - ويقصد بالوسيط الإلكتروني أداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني.

وعرفه مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي بأنه « برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من اجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسليم مستند إلكتروني دون تدخل شخصي.

وتتحقق سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني عن طريق حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الشفري الخاص - وقد سبق بيانه - متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة والكود السري المقترن بها.

ويقصد بالبطاقة الذكية وسيط إلكتروني مؤمن يستخدم في عملية إنشاء وتثبيت التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني، ويحتوى على شريحة إلكترونية بها معالج إلكتروني وعناصر تخزين وبرمجيات التشغيل، ويشمل هذا التعريف البطاقات الذكية والشرائح الإلكترونية المنفصلة أو ما يماثلها.

ثالثا : إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني:

وقد نصت على ذلك المادة ١٨ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري - المقابلة للمادة ٦ / ٣ / ج من القانون النموذجي-، وتتحقق إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني عن طريق إستخدام تقنية شفرة المفاتيح العام والخاص، وبمضاهاة شهادة التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات أو بأي وسيلة مشابهة (مادتين ١ / ٨، ١١ من اللائحة).

رابعا : أن يكون الغرض من اشتراط التوقيع قانونا ًهو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع وأي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع يكون قابلا ً للاكتشاف.

وهذا الشرط نص عليه القانون النموذجي في الفقرة الأخيرة من المادة السادسة منه، وأغفله المشرع المصري، ولم يعرض له مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، و نرى أنه يتعين على المشرع الكويتي تدارك ذلك قبل إصدار القانون.

ونرى أنه فيما عدا ما تقدم بيانه يمكن تطبيق المبادئ العامة في الإثبات، فيظل عبء الإثبات على عاتق المدعى [٢] ويجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات، وان عبء إقامة الدليل على الواقعة يقع على عاتق من يدعيها مدعيا كان أو مدعى عليه [٣] والأصل هو سلامة المحرر طبقا للوضع الظاهر وعلى من يتشكك في صحته عبء إثبات ذلك، ومن ثم فإنه يفترض صحة المحرر والتوقيع الإلكتروني من حيث الظاهر لتأكيدهما إلى أن يثبت العكس، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المدعى [٤]، ويكون لكل شخص الحق في إثبات دعواه وذلك بإقامة الدليل على ما يدعيه، ولكن لا يجوز له أن يصطنع دليل إثبات لنفسه، وتخضع المحررات لتقدير القاضي في الإثبات، وأن محكمة الموضوع لا تلتزم تكليف الخصوم تقديم الدليل على دفاعهم أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا

٢-راجع الطعن بالتميز، رقم ١٤٤ سنة ٢٠٠١ تجاري، جلسة ٢٠٠٢/٦/١، السنة ٣٠، ج٢، ص ١٨.
٣-راجع الطعن السابق والطعن بالتميز، رقم ٢١٩ سنة ٢٠٠٠، جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٤، السنة ٣٢، ج٢، ص ٣١.
٤-راجع الطعن بالتميز، رقم ١٥٩ سنة ٢٠٠١ مدني، جلسة ٢٠٠٢/١/١٤، السنة ٣٠، ج١، ص ٣٤٦.

الدفاع كما أنها غير ملزمة باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات لم يطلب منها ولم تر هي لزوما له مادام قد وجدت في الدعوى من الأدلة ما يكفي لتكوين عقيدتها، وان الأصل أن الخصم لا يجبر على تقديم دليل تحت يده في الواقعة التي يتمسك بها إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة وفي حدود ما نص عليه[٥]، وان الأصل أنه لا حجية لصور الأوراق العرفية ولا قيمة لها في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي به إلى الأصل إذا كان موجوداً فيرجع إليه، أما إذا كان غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت منه إلا إذا أقر بمطابقة هذه الصورة للأصل[٦]، وبالنسبة للمحررات الإلكترونية الخالية من التوقيع فيمكن أن تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت صادرة من الخصم الذي يراد الاحتجاج به عليه وكان من شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال[٧]، ولا يلزم لصحة الورقة أن تكون مؤرخة إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا[٨]، ويعمل بالاتفاق المسبق بين الأطراف على طريقة الإثبات[٩] بعيدا عن نطاق القواعد الآمرة [١٠]، ويغلب ذلك في نطاق التعامل التجاري ولا سيما إذا كان تشريع الدولة يخلو من وجود نص يضفي الحجية على المحررات الكمبيوترية.

التزامات الموقع :

هذه الالتزامات نصت عليها المادة ٨ من قانون الاونستيرال النموذجي، حيث جاء بها أنه في حالة إمكان إستخدام بيانات التوقيع لإنشاء توقيع ذي مفعول قانوني يتعين على كل موقع :

١- أن يولى قدراً معقولاً من العناية لاجتناب إستخدام بيانات توقيعه إستخداماً غير مأذون به.

٢- أن يبادر دون تأخر لا مسوغ له إلى إستخدام الوسائل التي يوفرها مقدم خدمات التصديق بمقتضى المادة ٩ من هذا القانون أو خلافاً لذلك إلى بذل جهود معقولة لإشعار أي شخص يجوز للموقع أن يتوقع منه على وجه معقول أن يعول على التوقيع الإلكتروني أو أن يقدم خدمات تأييداً للتوقيع الإلكتروني وذلك في حالة :

أ- معرفة الموقع بأن بيانات إنشاء التوقيع تعرضت لما يثير الشبهة.

ب- كون الظروف المعروفة لدى الموقع تؤدى إلى نشوء احتمال قوي بتعرض بيانات إنشاء التوقيع لما يثير الشبهة.

٣- أن يولى قدراً من العناية في حالة إستخدام شهادات لتأييد التوقيع الإلكتروني لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه الموقع من تأكيدات مادية ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها أو يتوخى إدراجها في الشهادة.

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨ على أن الموقع يتحمل التبعات القانونية لتخلفه عن الوفاء بالاشتراطات السابقة.

وهذه الالتزامات التي نص عليها القانون النموذجي خلا منها قانون التوقيع الإلكتروني المصري، وكذلك مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي وهو نقص تشريعي ينبغي سرعة تداركه قبل إصدار قانون التجارة الإلكترونية الكويتي وتعديل قانون التوقيع المصري.

الادعاء بتزوير التوقيع الإلكتروني:

ونقصد به الادعاء بالتزوير الذي يكون أثناء نظر الدعوى المدنية، وعلى مدعي التزوير أن يبين ما يدعي تزويره على وجه دقيق فلا يكون مبهماً أو غامضاً وما إذا كان واقعاً على متن السند أو على التوقيع الإلكتروني.

ويكون الطعن بالتزوير في أية حالة عليها الدعوى، ويحدد الطاعن كل مواضع التزوير المدعى به، وأدلته وإجراءات التحقيق التي

٥-راجع الطعنان، رقم ١٦٥،١٦٦ سنة ١٩٩٨ تمييز، عمال، جلسة ٢٤/٢/٢٠٠٣، السنة ٣٠، ج١، ص ٢٣٨.

٦-راجع الطعن، رقم ١٧٢ سنة ٢٠٠٣، تمييز تجاري، جلسة ٢٣/٦/٢٠٠٤، السنة ٣٢، ج٢، ص ٢٤٥.

٧-راجع الطعن، رقم ٥٤١ سنة ١٩٩٧ تمييز تجاري، جلسة ١/٦/١٩٩٨.

٨-راجع الطعن، رقم ١٠٧ سنة ١٩٩٤ تمييز تجاري، جلسة ٥/٧/١٩٩٤.

٩-تعليمات البنك الوطني الكويتي.

١٠-راجع الطعن، رقم ٥١ سنة ١٩٩٣ تمييز أحوال شخصية، جلسة ٤/٦/١٩٩٤، السنة ٢٢، ج٢، ص ٣٥٣.

يطلب إثباته بها ويكون ذلك بمذكرة يقدمها للمحكمة أو بإثباته في محضر الجلسة[١١]، وإذا أنكر من نسب إليه السند الإلكتروني نسبة صدور السند إليه، فإن للمحكمة أن تقدر جدية هذا الإنكار وفيما إذا كان السند منتجاً في الدعوى أم غير منتج[١٢]، ولها ألا تستجيب لطلب المنكر متى وجدت في ظروف الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها بصحة السند وان الإنكار ليس إلا وسيلة للكيد أو إذا كان عدم صحة السند الإلكتروني ظاهرة بوضوح للمحكمة، كأن يكون السند الإلكتروني الذي ينكر الخصم توقيعه عليه منسوبا لشخص لا يعرف القراءة أو الكتابة، فيجوز للمحكمة أن تستبعد هذا السند على أن يكون قرارها مسببا، وإذا كان الطعن منتجا في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لإقناع المحكمة بصحة الورقة أو بتزويرها ورأت أن إجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن منتج وجائز أمرت بالتحقيق بالمضاهاة أو بشهادة الشهود أو بكليهما (مادة ٣٢ من المرسوم بقانون ٣٩ لسنة ١٩٨٠ بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية) ويكون للمحكمة أن ترجع إلى جهات التصديق الإلكتروني للتأكد من صحة التوقيع .

ويجوز للمطعون ضده بالتزوير وقف سير التحقيق فيه، في أية حالة كانت عليه بنزوله عن التمسك بالورقة المطعون فيها وللمحكمة في هذه الحالة أن تأمر بضبط الورقة أو بحفظها إذا طلب الطاعن بالتزوير ذلك لمصلحة مشروعة، وللمحكمة أيضاً أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها، وإذا كانت صحة الورقة محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدرت عنه أو الشخص الذي حررها ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر فيها (مادة ٢٦)، فإذا كان السند الإلكتروني مثلاً مرسلاً عن طريق مكتب البرق بواسطة موظف التلكس، فإن للمحكمة أن تستدعى هذا الموظف الذي اصدر هذا السند ليوضح حقيقة السند المشكوك فيه، وقد يستلزم الأمر الرجوع إلى النسخة التي يحتفظ بها مكتب البريد و يرد الطعن بالتزوير على الأوراق الرسمية والعرفية، أما إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع فلا يرد إلا على الأوراق العرفية، وعلى من يطعن بالتزوير عبء إثبات طعنه، أما من ينكر صدور الورقة العرفية منه أو يحلف بعدم علمه أنها صدرت ممن تلقى الحق عنه فيقع على خصمه عبء إثبات صدورها منه أو من سلفه، (م ٢٧).

وعلى الطاعن بالتزوير أن يسلم إدارة الكتاب الورقة المطعون فيها إن كانت تحت يده أو صورتها المعلنة إليه، فان كانت الورقة تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب إيداعها إدارة الكتاب، وإذا كانت تحت يد الخصم كلفه رئيس الجلسة بمجرد تقديم الطعن بالتزوير تسليمها فوراً إلى إدارة الكتاب، وإلا أمر بضبطها وإيداعها إدارة الكتاب، وإذا امتنع الخصم عن تسليمها وتعذر ضبطها اعتبرت غير موجودة، ولا يمنع هذا من ضبطها فيما بعد إن أمكن (مادة ٣٣).

و يجوز للمحكمة ولو لم يطعن أمامها بالتزوير، أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر لها بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة ويجب عليها في هذه الحالة أن تبين في حكمها الظروف والقرائن التي تبينت منها ذلك. (م ٣٥)، ونخلص مما تقدم أن التوقيع الإلكتروني له صور متعددة، وان هناك فروقاً بينه وبين التوقيع التقليدي، وانه له حجيته في الإثبات إذا استوفى شروطاً معينه، يمكن تطبيق مواد قانون الإثبات بشان الطعن بالتزوير[١٣] على المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني عليها.

١١-راجع الطعنان، رقم ٧٢،٧٠ سنة ١٩٩٣ تمييز تجاري، جلسة ١٩٩٤/١/١٦.
١٢-راجع الطعن، رقم ١٨٣، سنة ١٩٩٥ تمييز تجاري، جلسة ١٩٩٥/١/٢٧.
١٣-راجع الطعن، رقم ١٥٢، سنة ١٩٩٤ تمييز جزائي، جلسة ١٩٩٥/١/١٦، راجع الطعن، رقم ١٧٢، سنة ١٩٩٤ تمييز جزائي، جلسة ١٩٩٥/١/٩.

حول مؤتمر
دور التحكيم في تشجيع الاستثمار

الذي نظمته وزارة العدل بالكويت خلال الفترة من ٢٠٠٨/٣/٢٤ حتى ٢٠٠٨/٣/٢٦

إعداد : أسرة التحرير

ارتبط نمو المعاملات الدولية والمحلية خلال السنوات القليلة الماضية بتزايد اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل المنازعات حتى إنه أصبح سمة بارزة في المعاملات المحلية والدولية، وقد ساعد على انتشار التحكيم رغبة الأطراف في التحرر من القيود التي تفرضها النظم القانونية للتقاضي، وسرعة الفصل في المنازعات، وخلق جو من الثقة يسود العلاقات التجارية ويشجع الاستثمار.

ولقد أدركت دولة الكويت هذه الحقائق منذ زمن بعيد فساهمت في تأصيلها وحرصت على أن يكون لهذا النظام أهمية خاصة في تشريعاتها، فنظمت دورات ومؤتمرات للاطلاع على كل ما هو جديد في مجال التحكيم، وكان آخر تلك المؤتمرات مؤتمر (دور التحكيم في تشجيع الاستثمار) الذي أقيم خلال الفترة من ٢٤ إلى ٢٦ مارس ٢٠٠٨ تحت رعاية سمو الشيخ ناصر المحمد الأحمد الصباح رئيس مجلس الوزراء وبحضور ثلة من أعضاء السلطة القضائية من داخل الكويت وخارجها ومجموعة من المحكمين الدوليين تداولوا محاور عديدة على مدار ثلاثة أيام مرتبطة بالدور الذي يتبوأه نظام التحكيم في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي ودوره البارز في خلق جو مشجع للاستثمار، وهذه المحاور هي أربعة نوجزها فيما يلي:

المحور الأول:

وضع التحكيم الدولي وتطوره:

اكتسب التحكيم – بوصفه أسلوباً لحل المنازعات خاصة الناشئة عن العلاقات ذات العنصر الأجنبي - أهمية كبيرة في الوقت المعاصر، وقد ساعد على انتشار التحكيم في مجال هذه العلاقات اعتبارات عدة، من أبرزها:

- رغبة المتعاملين في الأسواق الدولية في التحرر بقدر الإمكان من القيود التي توجد في النظم القانونية لمختلف الدول، سواء من حيث تعدد درجات التقاضي، أو بطء إجراءات المرافعات، أو عدم تجاوب القواعد القانونية الوطنية التي يطبقها القاضي الداخلي مع متطلبات المرونة والمفاهيم الموسعة التي تقتضيها طبيعة التعامل الدولي.
- الحرص على أن يتم حل المنازعات بأقل قدر ممكن من العلانية والنشر، فتتم الإجراءات في أضيق نطاق من حيث الأشخاص المشتركون فيها، وباحتواء النزاع في أبعاد لا تؤثر على سمعة الأطراف وإمكان استمرارية تعاملاتهم المستقبلية وذلك كله في إطار يظل بمنأى عن شكل الخصومة القضائية بالمعنى السائد في القضايا المطروحة أمام المحاكم.
- الحاجة إلى أن يكون الأشخاص الذين يناط بهم حل تلك المنازعات ذات الطابع الدولي على دراية باللغات التي تتم بها هذه المعاملات، فضلاً عن الخبرة العملية في العمليات موضوع تلك المعاملات، وما يرتبط بها من عادات وأعراف ومصطلحات لا مثيل لها في غالب الأحيان في محيط التطبيقات القضائية المتعلقة بروابط قانون داخلي معين، تنظمها قواعد وطنية لم تُعد أصلاً لمواجهة مقتضيات التعاون الدولي.

وكان طبيعياً أن يأتي رد الفعل تجاه التحكيم بمختلف صوره سلبياً في فترة ازدهار النزعات الوطنية المصاحبة لسن التشريعات الداخلية وحرص كل دولة على استئثار قضائها بممارسة وظيفة الفصل في المنازعات وحده دون مشاركة من (قضاء خاص) يستند إلى إرادة الأطراف وحريتهم في اختيار الأشخاص الذين يناط بهم مهمة حل المنازعات.

وتمثل ذلك الموقف المناهض للتحكيم في صورة نصوص مقيدة أوردتها قوانين المرافعات في العديد من الدول، وفي موقف متشدد من جانب القضاء الوطني سواء بالنسبة لصحة اتفاقات التحكيم أو من حيث مدى الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها.

بيد أن الأمر بدأ يتغير تدريجياً وخاصة في مجال المنازعات ذات العنصر الأجنبي المتصلة بالمعاملات الدولية، حيث اتجه القضاء الوطني إلى اتخاذ مواقف مشجعة لإخضاع النزاعات الدولية إلى ما عرف اصطلاحاً باسم "التحكيم التجاري الدولي"، وذلك بالتوسع في تقرير صحة اتفاقات التحكيم المرتبطة بالمعاملات الدولية، وأيضاً بتخفيف الرقابة على أحكام التحكيم الأجنبية عندما يطلب من القضاء الوطني الاعتراف بها والأمر بتنفيذها.

وجاء التطور الحاسم عقب نشأة هيئات تحكيم دائمة، بعضها تخصص في نوع معين من الأنشطة الاقتصادية، حيث لاقت تلك الهيئات الدائمة تشجيعاً من جانب الدول، تمثل في إقرار صحة الخضوع ابتداء للقواعد التي قررتها، سواء من حيث تشكيل هيئة التحكيم في الحالات المطروحة، أو فيما يتعلق بالنفقات والرسوم، أو بالنسبة للإجراءات وقواعد المرافعات الواجبة الاتباع.

كما ظهرت جهود جماعية في مؤازرة التحكيم الدولي بدأت في نطاق عصبة الأمم المتحدة واستمرت في إطار الأمم المتحدة، فقد قامت عصبة الأمم المتحدة بتبني مشروع اتفاقية دولية تنظم قواعد الاعتداد باتفاقات التحكيم، وتكفل تسهيل الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وأسفرت جهود عصبة الأمم عن وثيقتين أساسيتين: بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣ في شأن التحكيم واتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧ الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم.

وقد جاء ذلك التنظيم الدولي المبكر في فترة ما بين الحربين، ولكن القواعد التي أوردها كل من البروتوكول والاتفاقية ما لبث أن صارت بعد سنوات قليلة تضيق عن مجاراة التطور السريع في الاحتياجات العملية، مما تطلب استحداث أساليب أقل تعقيداً، وخاصة وجوب التحرر من نظام "الأمر بالتنفيذ المزدوج Double exequatur الذي يقتضي الحصول على أمر بالتنفيذ وفقاً لقانون الدولة المطلوب فيها التنفيذ، مع ما يستلزمه ذلك من اشتراط أن تكون الدولة الصادر فيها حكم التحكيم من بين الأطراف المنضمة لإتفاقية جنيف حتى تسري أحكامها، وهو القيد المعروف بشرط "التبادل" الذي تعكسه التشريعات الوطنية وقوانين المرافعات في كثير من الدول.

وبعبارة أصدق، فقد كشف الواقع العملي أن بروتوكول واتفاقية جنيف لم يستحدثا تنظيماً أكثر يسراً بدرجة ملحوظة من القواعد المعتادة في القوانين الداخلية، بحيث كانت قيمتها الأساسية منصرفة إلى إضفاء أساس دولي تستند إليه اتفاقيات التحكيم وأحكامه، لإعطائها قوة إلزامية أعلى من النصوص الوطنية التي لا تختلف كثيراً في مضمونها وفحواها عن الحلول التي أخذت بها الاتفاقية والبروتوكول.

ومن أجل ذلك انعقد مؤتمر في مقر الأمم المتحدة بنيويورك خلال الفترة ما بين ٢٠ مايو و١٠ يونيه سنة ١٩٥٨ بحضور الممثلين المعتمدين لست وأربعين دولة، وأسفر المؤتمر عن إعداد وإقرار الاتفاقية التي عرفت باسم اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ حول "الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية" وهي تمثل تقنيناً للقواعد الدولية التي تحكم موضوع التحكم في العلاقات الدولية الخاصة، وأضفت على التحكيم قوة وهيبة دولية فعالة.

المحور الثاني:

نظام التحكيم في دولة الكويت:

عرفت الكويت نظام التحكيم منذ الأزل قبل نشوء الدولة، حيث كان التحكيم في الغالب يتم من خلال أصحاب المهن المختلفة، الغواصين، التجار، البنائين، وغيرهم. ومنذ فجر الاستقلال واكتمال النظام القضائي الحديث بالكويت بصدور المرسوم الأميري رقم ١٩/١٩٥٩ بشأن تنظيم القضاء، أقر نظام التحكيم في المواد المدنية والتجارية، وذلك إيماناً من المشرع الكويتي بأهمية ذلك النظام باعتباره نظاماً موازياً للمحاكم أداة السلطة القضائية التي تكفل حق المواطن الدستوري في التقاضي وللخصوم حق اللجوء إلى التحكيم في فض منازعاتهم بطريقة مبسطة وفق قواعد محددة وبأحكام تُعطى قوة أحكام السلطة القضائية.

ثم جاء قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم الأميري رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ وتناول بالتنظيم قواعد التحكيم الاختياري وأجازه في مختلف المنازعات المدنية والتجارية فيما عدا المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ثم تطور هذا النظام بالقانون رقم ٣ لسنة ٧١ الذي جعل التحكيم بواسطة لجنة أو أكثر تنشأ في مقر المحكمة الكلية ويرأسها مستشار أو قاضٍ وعضوية اثنين من التجار تختارهما غرفة تجارة وصناعة الكويت، ولا تتقيد هذه اللجنة أصلاً بقانون المرافعات عدا القواعد الأساسية في التقاضي.

ثم توسع قانون المرافعات الحالي في اختيار عضوي هذه اللجنة فجعلهما من التجار أو ذوي التخصصات الأخرى يتم اختيارهما من الجداول المعدة في هذا الشأن بقرار يصدر من وزير العدل.

ونظراً لأهمية نظام التحكيم ولتنامي دوره اتجه المشرع الكويتي إلى الأخذ بنظام مبسط للتحكيم القضائي، وذلك بالقانون رقم ١١/١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المنازعات المدنية والتجارية والمعمول به اعتباراً من ١٩٩٥/٣/٢٩ .

وقد قضت المادة الأولى من هذا القانون بأن تشكل في مقر محكمة الاستئناف هيئة تحكيم أو أكثر تشكل من ثلاثة من رجال القضاء يختارهم المجلس الأعلى للقضاء لمدة عامين، واثنين من المحكمين يختار كل طرف من أطراف النزاع أحدهما على أن يتولى رئاسة الهيئة أقدم الأعضاء من رجال القضاء، وعلى أن يكون بدرجة مستشار، وأن يتولى أمانة سرها أحد موظفي محكمة الاستئناف.

كما حددت المادة الثانية من القانون اختصاص هيئة التحكيم القضائي بالفصل في المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها، وفي المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون، وتتضمن حل هذه المنازعات بطريق التحكيم ما لم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك، وكذلك الفصل دون غيرها في

المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأسمالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات، كما تختص هيئة التحكيم بالفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الهيئات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم، وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء.

وقد تضمنت المواد الثالثة والرابعة والخامسة من القانون بيان إجراءات طلب التحكيم القضائي وفصلت المادتان السابعة والثامنة من القانون قواعد نظر خصومة التحكيم وإصدار الحكم فيها، حيث تنظر هيئة التحكيم الطلب في حضور الخصوم أو وكلاء عنهم وتصدر حكمها فيه دون تقيد بمدة معينة لذلك، ويصدر الحكم بأغلبية آراء هيئة التحكيم وينطق به في جلسة علنية يعلن بها طرفا التحكيم، كما يجب أن يشتمل الحكم على موجز للاتفاق على التحكيم وملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه وتاريخ صدوره ومكانه وتوقيع المحكمين، وتكفي الأغلبية، ثم تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه والموقع عليها من المحكمين عند النطق به، ويكون الحكم صحيحاً إذا وقعه المحكمون ولو كان قد تنحى أو اعتزل واحد منهم أو أكثر بعد حجز الدعوى للحكم وبدء المداولة، وبعدها يودع أصل الحكم المنهي للخصومة مع أصل الاتفاق على التحكيم إدارة كتاب محكمة الاستئناف خلال الأيام الخمسة التالية لإصداره، ولا يجوز الطعن في الحكم إلا بطريق التمييز، والأحكام الصادرة من هيئات التحكيم القضائي تحوز قوة الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها بمعرفة إدارة كتاب محكمة الاستئناف.

وهذا القانون يكشف عما استشعره المشرع الكويتي من أن ذلك النظام أقرب إلى طبيعة المنازعات المدنية والتجارية وما تقتضيه من وجوب وسرعة الفصل فيها بأسلوب يخرج عن دائرة الإجراءات التي تقتضيها الدعاوى القضائية، وبأحكام تعد أحكاماً قضائية يكفل لها المشرع سرعة تنفيذها لتستقر بها الحقوق، وهو ما يبعث على الاطمئنان والأمان وهو خير ما يشجع على جلب المال الأجنبي للبلاد، وتزداد به أوجه الاستثمار، ويعم به النماء.

المحور الثالث:

اختيار المحكمين:

ليس هناك شيء أهم من اختيار المحكم المناسب أو هيئة التحكيم المناسبة.

إن هذا الاختيار ليس مهما، فقط لطرفي النزاع في قضية بعينها بل إنه مهم أيضاً:

- لإظهار سمة الإجراءات التحكيمية وصورتها في أي بلد.
- للمحكمين أنفسهم الذين يجب أن تبرز قدراتهم على القيام بالإجراءات التحكيمية على أفضل وجه، وأنهم مؤهلون لما انتدبوا له، وإلا انعدمت القناعات بهم إن كانوا غير مؤهلين.

وعند اختيار المحكم نجد أن معظم الأنظمة والقوانين العالمية تعطي طرفي النزاع الحرية الكاملة في اختيار المحكمين، حتى يتم حل النزاع بواسطة قضاة من اختيارهما، فيتحمل كل طرف مسئولية اختياره، حيث يطمئن إلى الإجراءات بمساهمته في تشكيل هيئة التحكيم بتعيين محكم يثق في علمه وعدالته.

ولكن في بعض الأحيان قد لا يجد طرفا النزاع أي فرصة مؤثرة في اختيار محكميهما، سواء من حيث عدد المحكمين أو مؤهلاتهم، فقد يكون الطرفان قد نصا مسبقاً في شرط التحكيم على عدد المحكمين أو مؤهلاتهم، وهذا يكون خاصة عندما يستطيع أحد الطرفان أن يتنبأ بنوع النزاع الذي قد يظهر بينهما في أثناء تنفيذ العقد.

فهناك عوامل كثيرة يجب أن يؤخذ بها عند اختيار المحكمين، ومن هذه العوامل ما هو قانوني أو فني عندما يكون النزاع في أمر فني، ويشترط كذلك أن يكون المحكم على علم دقيق وعملي باللغة المستخدمة في عملية التحكيم.

وعلى الصعيد المقابل فإن للمحكمين حقوقاً قبل الخصوم، منها الحصول على أتعاب مقابل أعمالهم في التحكيم، وكذلك الحصانة من المقاضاة، وهنا نجد أن القوانين في الدول الغربية تنحى منحيين في هذا الموضوع، فبعض الدول لا توفر للمحكم الحصانة ضد المقاضاة، فالقانون الأسترالي- على سبيل المثال - ينص على أن المحكم الذي لا يؤدي مهامه كاملة، والمفترضة لقبوله كمحكم أو لا يؤديها خلال المدة المحددة قد يتحمل المسئولية أمام الأطراف عن جميع الخسائر الناتجة من تصرفه الخاطئ، ومع ذلك لا يكون كذلك في كل الأحوال، فالمسئولية الناتجة من أخطاء إجراءات التحكيم، والقرارات الخاطئة محددة بالأضرار الناتجة من العمل أو التقاعس والإهمال، والقانون الألماني يقف الموقف نفسه.

في حين نجد دولاً أخرى تعتبر المحكم محصناً من المسئولية، وهذا مؤسس على أرضية دستور اجتماعي، بأن المحكمين يؤدون عملاً قضائياً أو شبه قضائي، ويجب أن يكونوا بحصانة من الشكاوى حتى يؤدوا مهامهم باستقلالية، فلا يمكن أن يتحمل المحكم المسئولية عن أدائه لمهامه التحكيمية إلا إذا ثبت عليه سوء النية أو الغش، إذ إن حق المحكم بوجود نظام يحميه من دعاوى الخصوم أمر غاية في الأهمية حتى يعمل باستقلال وحرية واطمئنان، وإلا لأحجم المؤهلون عن القيام بهذه المهمة خوفاً مما قد يلحقهم من أضرار مادية أو معنوية.

المحور الرابع: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي:

(أ) التحكيم الخاص:

وفي هذا النوع من التحكيم يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل، ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم.

ويعتبر التحكيم خاصاً ولو تم الاتفاق بين طرفي النزاع على تطبيق الإجراءات والقواعد المتبعة في أية منظمة أو هيئة تحكيمية مادام التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة، ومن ذلك - على سبيل المثال- أن يختار الطرفان تطبيق القواعد الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية المعروفة بقواعد (الانسيترال) للتحكيم، فالعبرة في هذا النوع من التحكيم بما يختاره طرفا النزاع من إجراءات وقواعد تطبق على التحكيم وخارج أية هيئة أو منظمة تحكيمية حتى وإن استعان الطرفان بالإجراءات والقواعد والخبرات الخاصة بتلك الهيئة أو المنظمة، هذا التحكيم الذي

كان أول نوع من أنـواع التحكيم ما زال مستمـراً وما زالت له مكانـة مهمة في حقل التحكيم، ولا سيما في المنازعات التـي تقع بيـن الدول، فـإن الدول ذات السيـادة حيـث تذهـب إلـى التحكيـم فإنهـا لا ترضى بـه إلا إذا فصلته على القيـاس والشكل الـذي يراعي سلطتها وسيادتهـا، وكثيراً مـا يحصل ذلك في منازعـات تكون أطرافهـا الدولة ذاتها أو إحـدى وزاراتهـا أو مصالح حكومية تابعة للدولة، ولكن مفهوم الدولة أوجد نوعين مـن المؤسسات العامـة التابعة للدولـة، منهـا التـي ترتبـط بمرافـق عامـة ومنها التي لها نشاطات صناعية وتجاريـة ولها طابع خاص من الذاتية والاستقلاليـة الإداريـة والماليـة، هذه المؤسسات حين تكون طرفاً في النزاع لا تطرح سلطـة الدولة وسيادتها، وهي تقبـل ثـم تذهـب بسهولة إلـى تحكيم مراكـز التحكيم، ولكن النوع الآخر من المؤسسات العامة أو الوزارات هو الذي لا يقبل إلا التحكيم الذي يساهم هو في تنظيمـه وتشكيل محكمتـه التحكيمية، بحيـث يختار هـو محكميـه ويختار هو وخصمه المحكم الثالـث، حتى إذا لم يتوصـل هو وخصمـه إلى هـذا الخيار توقف التحكيم، ثـم ينظم هو وخصمه إجـراءات التحكيم وأصولـه، ثم تتولى المحكمـة التحكيميـة التـي أوجداهـا بالاتفـاق النظر في الخـلاف والفصل فيـه بحكم لا يكون خاضعاً لرقابة هيئة أخرى.

وهـذا النـوع مـن التحكيـم إذا كانـت كمية المنازعـات التي تحل عن طريقه هـي أقل، فـإن نوعية المنازعـات التي تحل عن طريقه عديـدة، لأنه يناسبها أكثر، ولاسيمـا المنازعات الكبرى بين الدول حول المواضيع التجارية والمالية أو المنازعـات بيـن شـركات متعـددة الجنسيـات. من هنا فإن الظاهرة التي تلفـت النظر فـي الزمـن الحاضر هي أن هذا النـوع من المحاكم التحكيمية، الذي تنشئه الأطـراف خصيصا، لحل النـزاع Ad HOC ويسمـى تحكيـم الحـالات الخاصـة، لـه معاييـره، وله مكانتـه ومنازعاتـه، ويمكن القـول إن تحكيـم الحـالات الخاصة هـو تحكيم على القياس في معاييره.

(ب) التحكيم المؤسسي:

كمـا ذكرنا آنفـا، لقد فرض التحكيم أهميته وجـدواه بل ضرورته، خصوصاً في مجال علاقات التجارة الدولية، مما اقتضى قيام مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصـة فـي مجـال التحكيـم بما تملكه من إمكانـات علمية وفنية مادية وعمليـة ولوائـح خاصـة فـي إجراءات التحكيـم، وقـد أنشئـت كثيـر من تلك الهيئات سواء على المستويات الإقليمية أو الدولية، كما ذكرنا آنفاً. وعلى سبيل المثال:

(١) نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية I.C.C:

المعدل والسـاري المفعول اعتباراً من ١/١/١٩٩٨م، وفـي البنـد الأول لهذا النظـام حددت مهـام هيئـة التحكيم إدارة غرفـة التجـارة الدوليـة في حل النزاعـات ذات الطابـع الدولـي فـي مجال الأعمـال، والملاحـظ أن نظام هذه الهيئـة لـم يستعمل عبارة التجارة الدولية بـل عبارة (الأعمـال) حرصاً منه على توسيع دائرة التحكيم، بحيث تشمـل كل الأعمـال، وبذلـك يكون قد تبنـى المعيـار الاقتصـادي لدوليـة التحكيـم، وجعـل كل موضـوع يتعلـق بالأعمال قابـلاً للتحكيم. إلا أنه يجوز للهيئـة أن تحـل النزاعـات التـي ليس لهـا طابع دولي في مجـال الأعمال إذا خولهـا العقـد التحكيمـي الصلاحية، وقـد أوصـت غرفة التجـارة الراغبين فـي ذلـك بالبنـد التحكيمـي التالـي: "جميـع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقـد يتم حسمها نهائيـاً وفقاً لنظام المصالحـة والتحكيم لغرفـة التجارة

الدولية بواسطة محكم أو محكمين يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام".

ويلاحظ أن قرارات التحكيم الصادرة عن هذه الهيئة بغرفة التجارة الدولية تتم مراجعتها بصورة مستقلة بواسطة المحكمة المشكلة في الغرفة التجارية الدولية التي لها أن تقضي بإدخال تعديلات على الحكم من حيث الشكل، ولها - مع احترامها لحرية تقرير هيئة التحكيم - أن تنبه الهيئة إلى نقاط تتعلق بموضوع النزاع، ولا يجوز أن تصدر حكماً دون أن تقره المحكمة من حيث الشكل.

(٢) هيئة التحكيم الأمريكية A.A.A:

دخلت حيز التنفيذ في ١٩٩٢/٥/١م، وهذه الهيئة تنظر في عدد كبير من الدعاوى، وبالتأكيد ليست بالمظهر الدولي نفسه لمحكمة غرفة التجارة الدولية، وهي لا تطبق نظام مراجعة قرارات التحكيم الصادرة منها كما هو الحال في محكمة غرفة التجارة الدولية.

(٣) محكمة لندن للتحكيم الدولي:

وهي من أقدم هيئات التحكيم الدولي، وهذه المحكمة تدير خدمات التحكيم بموجب لوائحها الخاصة وكذلك لوائح التحكيم الخاصة بقانون لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي، وتعمل بموجب أي نظام قانوني في أي مكان في العالم.

وأنشأت المحكمة مجالس للتحكيم تغطي المجالس الرئيسية للتجارة في العالم، مثل المجلس الأوروبي لجميع الدول الأوروبية والشرق الأوسط / مجلس أمريكا الشمالية / ومجلس دول جنوب شرق آسيا / والمجلس الإفريقي.

(٤) وعلى المستوى الإقليمي:

أقيم مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالبحرين، وقد أقر قادة هذه الدول نظامه في أثناء انعقاد مؤتمر القمة الرابعة عشرة في الرياض في ديسمبر عام ١٩٩٣م . وتم العمل بهذا النظام بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ إقراره. ويتمتع المركز بالشخصية المعنوية المستقلة، ويختص - بموجب المادة الثانية من نظامه - بالنظر في المنازعات التجارية بين مواطني دول مجلس التعاون أو بينهم وبين الغير، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، وذلك إذا اتفق الطرفان كتابة في العقد أو في اتفاق لاحق على التحكيم في إطار هذا المركز . ويجري التحكيم فيه وفقاً للائحة إجراءات المركز ما لم يرد نص مغاير في العقد المتعلق به النزاع . ويكون الحكم الصادر من هيئة التحكيم وفقاً لهذه الإجراءات ملزماً للطرفين ونهائياً .

وبعد ثلاثة أيام من النقاش والحوار بين مختلف الفعاليات المشاركة في المؤتمر حول التحكيم وأهميته والفرص الممكنة لتوسيع مجالاته، تم الاتفاق على إصدار مجموعة من التوصيات التي صاغها المشاركون والمحاضرون، وهي:

١. حث المتنازعين على اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة ناجحة وفعالة ضمن حسم منازعات الاستثمار بعدالة سريعة ومتوازنة ونافذة.
٢. تأكيد ضرورة نشر الثقافة القانونية لقضاء التحكيم في البلاد العربية عن طريق الدورات التدريبية والندوات والمؤتمرات التي تنظمها مراكز التحكيم العربية والأمريكية، وغيرها من مراكز

التحكيم، مما يؤهل المحامين والمحكمين العرب على أداء دور أكبر في قضاء التحكيم الدولي في المنازعات التي يكون الجانب العربي طرفاً فيه.

٣. حث الدول العربية على تنظيم المزيد من الندوات والمؤتمرات الدولية في التحكيم، والانفتاح على أنظمة ومراكز التحكيم المنتشرة في مختلف الدول لتدعيم ثقافة التحكيم في الدول العربية ليكون له دور فاعل في حسم منازعات الاستثمار.

٤. تأكيد ضرورة تعاون مراكز التحكيم الأوربية والأمريكية الكبرى مع مراكز التحكيم العربية من أجل تبادل الخبرات وتحقيق الاستفادة المشتركة.

٥. دعوة مراكز التحكيم العربية للتنسيق فيما بينها لتنظيم التحكيم العربي ودعمه، وذلك بأن يختص كل واحد منها في مجال من مجالات التحكيم بهدف تحقيق التكامل فيما بينها.

٦. ضرورة قيام الدول العربية بتسهيل إجراء تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في الدول المطلوب التنفيذ فيها لحين تسن القوانين والتشريعات المناسبة.

٧. حث الدول العربية على إصدار قوانين تنظم كلاً من التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي كل على حدة، والعمل على التقليل من طرق الطعن في أحكام المحكمين،وذلك لبلوغ الغاية من التحكيم،وهي سرعة حسم المنازعات وسهولتها، وحث رؤوس الأموال على العمل بحرية أوسع.

٨. ضرورة العمل على إبرام اتفاقات دولية تنظم التعاون فيما بين مراكز وهيئات التحكيم الدولي لإيجاد نوع من الثقة بين المستثمرين والمتعاملين مع هذه المراكز والمؤسسات الدولية.

٩. ضرورة توفير الدعم لمراكز التحكيم العربية وهيئاته ومؤسساته كي تضطلع بدورها في حماية الاستثمار وتشجيعه.

١٠. حث مراكز التحكيم وهيئاته على تقديم المشورة والنصح للمتعاقدين قبل نشأة النزاعات، والاهتمام بالوسائل البديلة الأخرى كالوساطة والتوفيق والصلح.

١١. ضرورة توعية أطراف التحكيم من المستثمرين والمتعاقدين معهم بالحصول على النصح والمشورة، والاهتمام بصياغة العقود التي تتضمن حل المنازعات عن طريق التحكيم لتقليل حدوث المنازعات بينهم، والاهتمام بمشارطة التحكيم التي تبرم مع وقوع النزاع، واتخاذ الحيطة قبل النص على شرط التحكيم.

١٢. ضرورة تمتع المحكم بكفاءات ومهارات وثقافات متعددة تؤهله للحكم بحيادية ووفق معايير قانونية محددة.

١٣. التوصية بجعل مادة التحكيم مادة إلزامية في كليات الحقوق ومدارس القانون على المستوى العربي.

١٤. دعوة المشرع الكويتي إلى تعديل نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية بدولة الكويت والخاص بباب التحكيم لتنظيم إجراءات الخبرة أمام هيئات التحكيم وإجازة بطلان حكم هيئة التحكيم للخطأ في تطبيق القانون أو مخالفته، إذا كانت هيئة التحكيم مقيدة بأحكام القانون.

١٥. دعوة الجهات والمؤسسات العربية المعنية بالدراسات القانونية والقضائية إلى تضمين خططها التدريبية برامج تتناول جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم.

حول دورة تدريبية في العدالة الجنائية الدولية

إعداد : أسرة التحرير

عندما ترتكب الجرائم الخطيرة ويفر مرتكبها من العقاب، يمكن أن يترتب على ذلك نتائج خطيرة بالنسبة إلى الأفراد والجماعات، و بالنسبة إلى الاستقرار الوطني والإقليمي، فمثل هذه الجرائم الخطيرة. كما ورد في ديباجة نظام روما الأساسي. "تهدد السلم والأمن والرفاه في العالم"، لذلك تكاتفت جهود الإنسان من أجل إيجاد آلية قوية ومستقلة قائمة على تحقيق العدالة الجنائية الدولية، مهمتها الحفاظ على الأمن الدولي وإعادة السلام إلى مختلف أنحاء المعمورة، فضلاً عن أن إنشاء تلك الآليات يعكس تطور شعور الشعوب بالمسئولية والعدالة كقيم معترف بها على المستوى الدولي أو سياسات ضرورية لأمن النظام الدولي وإعادة السلام.

وتطبيقاً لما تتسم به العدالة الجنائية من عالمية وما تتطلبه من تعاون بين الدول نظم معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية بالاتفاق مع المركز القانوني الجنائي والعدالة الجنائية بجامعة درهام البريطانية دورة تدريبية حول العدالة الجنائية الدولية وشارك فيها على امتداد جلسات عمل نظرية وتطبيقية مكثفه لفيف من رجال القضاء وأعضاء النيابة العامة، إضافة إلى عدد من المحامين ورجال القانون العاملين بالإدارة العامة للتحقيقات في وزارة الداخلية والحرس الوطني.

وحاضر في هذه الدورة القاضي الدولي بالغرفة الاستئنافية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لروندا وولف جانج شومبرج، ومدير مركز القانون الجنائي والعدالة الجنائية والأستاذ بقسم القانون في جامعة درهام بالمملكة المتحدة البروفيسور مايكل بولاندر،والمستشار بإدارة التعاون الدولي والتخطيط بوزارة العدل في دولة الإمارات العربية المتحدة الأستاذ عادل ماجد،وارتكزت الدورة على عدة محاور عكست الغنى المعرفي للمحاضرين والمشاركين وكرست حوار الخبرات العالمية مع الأطر الوطنية.

وانتظمت المحاور الأساسية للدورة مايلي:

١- تطور العدالة الجنائية الدولية والتحديات التي تثيرها :

تطرق المحاضرون إلى أن أولى المحاكم الدولية كانت في القرن الخامس عشر عندما شكلت للمرة الأولى في سنة ١٤٧٤ محكمة دولية خاصة (ad hoc) مؤلفة من ٢٧ قاضياً ينتمون إلى ألمانيا وسويسرا والنمسا لمحاكمة "بيتر دوها غنباخ"، المتهم بالقتل والاغتصاب وبجرائم أخرى ضد ما كان يسمى، « قوانين الله والإنسان »، لكن تلك المحكمة كانت هي الوحيدة على مدار أربعة عقود من الزمن، إذ لم تطرح فكرة إنشاء محكمة دولية إلا أوائل القرن التاسع عشر من خلال "غوستاف مونييه"، مؤسس الصليب الأحمر الذي تقدم في عام ١٨٧٢ باقتراح بهذا المعنى « بهدف تأمين تطبيق معاهدة جنيف لعام ١٨٦٤ » بعدما لاحظ عدم كفاية العقوبات المعنوية» وهكذا أنشأ الحلفاء المنتصرون إبان الحرب العالمية الأولى لجنة تحقيق دولية، ثم نصت معاهدة فرساي على إنشاء محكمة جنائية خاصة لمحاكمة قيصر ألمانيا "وليام الثاني" لدوره في إشعال الحرب، كما نصت على محاكمة ضباط الجيش الألماني أمام المحاكم العسكرية التابعة لدول الحلفاء،

وسمحت تجربة محكمة نورنبرغ باستخلاص دروس كان أهمها اقتراحاً تقدم به عام ١٩٤٧ القاضي الفرنسي "هنري دونديو دوفابر"، وكان عضواً في تلك المحكمة، ويرمي إلى إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة.

ثم توالت جهود الأمم المتحدة كثيفة ولافتة، وكان من أبرز نتائجها:

- إنشاء لجنة الخبراء المشكلة بناء على قرار مجلس الأمن رقم ٧٨٠ للتحقيق في جرائم الحرب وانتهاكات القانون الإنساني في يوغسلافيا السابقة (١٩٩٢)، وإنشاء محكمة جنائية خاصة في ١٩٩٤/١١/٨،إذ أصدر مجلس الأمن قراره رقم ٩٥٥ بإنشاء محكمة جنائية دولية لرواندا ومركز هاتين المحكمتين هو مدينه لاهاي بهولندا.
- وفي ١٩٩٨/٨/٢٧ أصدر مجلس الأمن القرار ١١٩٢، وفيه رحب بالمبادرة المتعلقة بمحاكمة الشخصين الموجهة إليهما تهمة تفجير طائرة « بانام » أمام محكمة اسكتلندية تعقد في هولندا، بعد قرارين سابقين نصا على عقوبات اقتصادية على الجماهيرية الليبية، إثر حدوث هذا التفجير.

وفي الوقت ذاته كانت دوائر الأمم المتحدة وخبراؤها يعكفون على مسألة إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة، لايقتصر اختصاصها على بلد محدد أو حالة محددة،وتوجت هذه الجهود بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية (La Cour penale international) عندما صادقت ١٢٠ دولة على نظام المحكمة المعروف بنظام روما في ١٩٩٨/٧/١٧، وهذه الأخيرة لاعلاقة لها بمحكمة العدل الدولية.

٢-المحاكم الجنائية الدولية الخاصة :

أُنشِئت المحاكم الجنائية الدولية الخاصة أو ما يصطلح عليه بـ (ad hoc) لمنع إفلات العديد من الاعتداءات الوحشية والجرائم ضد الإنسانية من العقاب، فبعد كل حرب أنشئت لهذا الغرض لجان تحقيق ومحاكم دولية خاصة لتحقيق العدالة، فخلال الفترة الواقعة ما بين العامين ١٩١٩، ١٩٩٤ تم إنشاء خمس لجان تحقيق دولية خاصة وأربع محاكم جنائية دولية خاصة تحت مسميات قانونية مختلفة بشأن الجرائم التي وقعت خلال الحربين العالميتين الأولى والثانية وما بعدهما ،وجاءت نتائج العديد منها مغايرة لهدفها المنشود في معاقبة المجرمين وتحقيق العدالة، ولعل أهم لجان التحقيق والمحاكم التي شكلت في هذا الإطار :

لجنة ١٩١٩ لتحديد مسئوليات مبتدئي الحرب وتنفيذ العقوبات، لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب (عام ١٩٤٣)، المحكمة العسكرية الدولية في نورمبرغ ألمانيا (عام ١٩٤٥)، لجنة الشرق الأقصى والمحكمة الدولية للشرق الأقصى في طوكيو (عام ١٩٤٦)، لجنة الخبراء لتقصي الحرب في يوغسلافيا السابقة (عام١٩٩٢)،المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة (عام ١٩٩٣)، لجنة الخبراء لرواندا (عام ١٩٩٤)، والمحكمة الجنائية الدولية بسيراليون، إضافة إلى المحاكم الاستثنائية الخاصة بكمبوديا أو تيمور الشرقية.

لكن تلك اللجان والمحاكم الدولية كانت محصورة بمتهمين محددين في نزاعات محددة، لذلك صارت الحاجة ضرورية أكثر وأكثر لإنشاء نظام دولي قوي لتحقيق العدالة الجنائية الدولية.

٣.الاختصاص بالجرائم الدولية أمام القضاء الوطني والمحاكم الجنائية :

الاختصاص الجنائي أو بالأحرى الولاية القضائية لمحاكم الدولة على المسائل الجنائية، هي إحدى صور ممارسة الدولة لسيادتها، فالأصل العام هو اختصاص المحاكم الوطنية بما يرتكب على إقليم الدولة من جرائم طبقاً لمبدأ إقليمية القانون الجنائي، وبما يرتكب من مواطني الدولة من جرائم ولو وقعت في الخارج طبقاً لمبدأ الاختصاص الشخصي بالجريمة.

والأمر ذاته ينطبق على الجرائم الدولية، حيث يمكن خضوعها لقواعد الاختصاص المتقدمة ذاتها، بالإضافة إلى مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي. وتعد المحاكم الوطنية الآلية الأولى المناسبة للتصدي للجرائم الدولية للأسباب التالية :

أ.إن ذلك يعد من قبيل الحفاظ على سيادة الدولة التي ارتكبت الجرائم في إقليمها.

ب. إن الأدلة المادية على ارتكاب تلك الجرائم غالباً ما توجد في إقليم الدولة التي ارتكبت بها تلك الجرائم.

ج. إن المجني عليهم و الشهود غالباً يوجدون في إقليم الدولة التي ارتكبت بها تلك الجرائم.

د. إن من مصلحة العدالة أن يشاهد الضحايا وذووهم المحاكمات تجرى أمام عيونهم على الإقليم ذاته الذي ارتكبت فيه تلك الجرائم.

هـ. تحقيق الردع الخاص والردع العام على إقليم الدولة التي ارتكبت فيها تلك الجرائم.

بالإضافة إلى الأسباب الموضوعية المتقدمة التي ترشح لاختصاص القضاء الوطني بالجرائم الدولية وخاصة إذا تم ارتكابها بإقليم الدولة المعنية، فإن الاتجاهات الحديثة في العدالة الجنائية الدولية تلقي العبء الأساسي بمكافحة الجرائم الدولية وملاحقة مرتكبيها على عاتق القضاء الوطني،وإن مبدأ الاختصاص التكميلي الذي يعد إحدى دعائم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يعكس هذا الاتجاه، في حين تعتبر المحكمة الجنائية الدولية مختصة عند تحقق الشروط الآتية :

- أن تكون الجريمة محل الاتهام قد ارتكبت في إقليم دولة من الدول المصادقة على نظام تلك المحكمة، أو بمعرفة أحد رعاياها، أو عندما توافق دولة ليست طرفاً على اختصاص هذه المحكمة وتكون الجريمة قد ارتكبت على إقليمها، أو يكون المتهم أحد رعاياها، فلكل دولة الحق في أن تنقل اختصاصها القضائي إلى دولة أخرى أو إلى هيئة دولية للمحاكمة بدون أن يعتبر ذلك انتهاكاً لسيادتها الوطنية ولاتقليلاً منها.
- لايشمل اختصاص هذه المحكمة الجرائم التي ارتكبت قبل سريان مفعول نظام روما عام ١٩٩٨ ،ولايشمل اختصاصها أيضاً الدول التي تنضم إلى هذه المعاهدة لاحقاً إلا في ١٩٩٨/٧/١٧ بخصوص الجرائم التي ارتكبت قبل نفاذها على الدولة المنضمة.
- يجوز للدولة عندما تصبح طرفاً في هذه المعاهدة أن تختار تأجيل

تطبيق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية فيما يتعلق بجرائم الحرب لمدة سبع سنوات.

- يطبق اختصاص هذه المحكمة على الأفراد الذين يرتكبون جريمة بعد بلوغهم سن الثامنة عشرة فقط وليس لهذه المحكمة اختصاص على الدول أو الهيئات المعنوية (الاعتبارية) ولاتحول الحصانات الدولية أو الوطنية للأشخاص دون ممارسة المحكمة لاختصاصها قبلهم.
- يشمل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية من حيث الموضوع أربع جرائم دولية محددة، هي جريمة الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وجريمة العدوان.

٤ـ مصادر القانون الجنائي الدولي:

إن مصادر القانون الجنائي الدولي -بالمعنى القانوني-،التي تطبقها المحكمة، قد حددتها المادة ٣٨ من نظامها الأساسي الذي يشكل جزءً لايتجزأ من ميثاق الأمم المتحدة،وتلك المصادر هي:

أ. الاتفاقيات الدولية سواء أكانت عامة أم خاصة.

ب - العرف الدولي بصفته إثباتاً للممارسة العامة المعترف بها كقاعدة قانونية.

ج ـ المبادئ العامة للقانون.

دـ أحكام المحاكم وقراراتها ووثائقها.

٥ـ أركان الجرائم الدولية :

وفقاً لنص المادة ٩ من النظام الأساسي تستعين المحكمة في تحديد الجرائم التي ينعقد لها الاختصاص بنظرها وقيام أركانها بتفسير المواد ٦، ٧، ٨ من هذا النظام، وتتطلب الجرائم الدولية توافر الركن المادي والركن المعنوي، كما أورد نص المادة ٥ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أنواع الجرائم التي تختص بها، وهي الإبادة الجماعية وجرائم الإنسانية، وجرائم الحرب، وجريمة العدوان (التي لم يتم الانتهاء بعد من التحديد النهائي لتعريفها وأركانها الرئيسية)، وقد عرف الحضور في الدورة أركان هذه الجرائم على النحو التالي:

أولاً ـ الأركان المميزة لجريمة الإبادة الجماعية :

أ ـ ارتكاب السلوك المحظور بمقتضى المادة ٦ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي يكون محله شخصاً أو أكثر، وهذا السلوك هو أي فعل من الأفعال التي حددتها تلك المادة بقصد إهلاك جماعة إهلاكاً كلياً أو جزئياً.

ب ـ أن يكون الأشخاص المجني عليهم منتمين إلى جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية وأن تكون هذه الصفة هي الدافع إلى ارتكاب الجريمة.

ج- حددت المادة السالفة أفعال الهلاك في خمس صور هي قتل أفراد الجماعة، أو إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بهم، أو إخضاعهم عمداً لأحوال معيشية يقصد بها هلاكهم كلياً أو جزئياً، أو فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة، أو نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.

د- أن يصدر السلوك في سياق نمط سلوك ماثل واضح موجه ضد تلك الجماعة أو يكون من شأن السلوك أن يحدث بحد ذاته ذلك الهلاك.

ثانياً الأركان المميزة للجرائم ضد الإنسانية :

أ- ارتكاب السلوك المحظور بمقتضى المادة ٧ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ب- أن يرتكب السلوك في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين.

ج- أن يعلم مرتكب الجريمة بأن السلوك جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد سكان مدنيين.

د- حددت المادة أفعال هذا السلوك في إحدى عشرة صورة، منها الاسترقاق، والاختفاء القسري، والتعذيب والاغتصاب الجنسي أو الإكراه على البغاء، أو التعقيم القسري، أو إبعاد السكان أو نقلهم قسرياً.

ثالثاً: الأركان المميزة لجرائم الحرب:

أ- أن يصدر السلوك في سياق نزاع مسلح دولي أو غير دولي، وذلك في إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم وصورها ست مجموعات تنطوي تحتها الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف والانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي، وتتوافر هذه الانتهاكات في أي فعل من أفعالها في حالة المنازعات المسلحة سواء كانت ذات طابع دولي أم غير دولي دون حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية.

ب- أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود ذلك النزاع المسلح.

ج- لا يشترط قيام مرتكب الجريمة بالتقييم القانوني لوجود نزاع مسلح أو لطابعه الدولي أو غير الدولي.

د- لا يشترط كذلك إدراك مرتكب الجريمة للوقائع التي تثبت الطابع الدولي أو غير الدولي للنزاع.

٦- التحقيق والاتهام والإثبات أمام المحاكم الجنائية الدولية والخاصة :

ظهرت الحاجة إلى نظام دائم للعدالة الجنائية الدولية بعد أن تراكمت خبرات المحاكم الخاصة لمدة غير قصيرة، ونظراً لأن هذه المحاكم كانت تحاكم متهمين معينين في نزاعات محددة، فقد أثارت تلك المحاكم وقوانينها تساؤلات جوهرية حول مدى اتفاقها مع مبادئ الشرعية والاعتبارات العامة الأخرى للعدالة، فقد شعر البعض عقب الحرب العالمية الثانية بأن الحلفاء يطبقون قانوناً خاصاً لأنفسهم وقانوناً آخر للمهزومين، فأطلق على محاكمات ألمانيا والشرق الأقصى «انتقام المنتصرين» فكان لابد من تجاوز تلك المحاكم الخاصة ووضع نظام دولي موحد وفعال للعدالة الجنائية، ومن ثم جاء نظام روما الأساسي في المواد ٤، ٥، ٦،بكوكبة حقيقية من العمليات القانونية المختلفة، إلا أن تنظيم عمليات مواجهة الخصوم بعضهم ببعض والرد على الاتهامات من حيث المضمون، وهناك نصوص كثيرة محددة كانت هي الدافع لإرساء قواعد مفصلة في هذا الشأن، وذلك رغبة في حماية حقوق المتهمين.

وتلزم المادة ٥٩ الدول الأطراف أن تلبي فوراً طلبات المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بالقبض على المتهمين

الموجودين في أراضيها وتسليمهم إليها كما ينبغي على المحكمة حتى تساعد الدول على تحديد مكان وجود المتهم أن ترفق مع الطلب أمراً بإلقاء القبض عليه والمعلومات التي تمكن من تعرفه والوثائق المطلوبة لتلبية الاشتراطات التي ينص عليها القانون الوطني لعملية التسليم في البلد المعني، والدولة تلتزم القبض على المتهم وتسليمه في أسرع وقت ممكن، وذلك إذا كانت طرفا في النظام الأساسي. وعلى أية حال فقد وافقت الدول الأطراف بموجب المادة ٨٦ على أن تتعاون تعاوناً تاماً مع المحكمة الجنائية الدولية، ومن بين جوانب هذا التعاون الامتثال لطلبات تسليم المتهمين، كما تنفذ الدول الأطراف أحكام جبر الأضرار وأوامره التي تصدرها المحكمة الجنائية الدولية لصالح المجني عليهم، كما أشارت المادة ٧٠ إلى أن القوانين الوطنية تجرم الأعمال التي تعوق المحكمة الجنائية الدولية عن تطبيق العدالة مثل شهادة الزور وتهديد الشهود، وأن تحيل هذه الوقائع بناء على طلب المحكمة إلى جهات التحقيق لدى الدولة المعنية.

٧- الشهود أمام المحاكم الجنائية الدولية والخاصة :

بالإضافة إلى حماية حقوق المتهم تنص المادة ٦٨ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على حماية الشهود المشتركين في الإجراءات ومن أوجه هذه الحماية واستثناءً من مبدأ علانية المحاكمة الإدلاء بالشهادة في غرفة بها كاميرات مغلقة أو بالوسائل الإلكترونية أو بأي وسيلة أخرى، إضافة إلى ذلك فإن وجهات نظر واهتمامات المجني عليهم يجوز عرضها في مراحل مناسبة من الإجراءات، وحيثما ترى المحكمة ذلك مناسباً (المادة ٦٨(٣))، كما يجب على الدول تسليم الشهود والمتهمين وضمان حمايتهم وعدم إجبارهم على أداء شهاداتهم لذلك تلجأ المحاكم الخاصة في غالب الأحيان إلى وضع ستار للشهود وتغيير أصواتهم حرصاً على سلامتهم.

٨- شروط قبول الدعوى أمام المحاكم الجنائية الدولية :

تنظر المحكمة في الدعاوى التي تختص بها وفقاً للمادة ١٧ من النظام مع مراعاة الفقرة ١٠ من الديباجة والمادة الأولى من النظام، وقد حددت المادة ١٧ حالات عدم قبول الدعوى أمام تلك المحكمة فيما يلي:

أ- إذا كان التحقيق في الدعوى أو المحاكمة يجرى بواسطة دولة لها ولاية، ما لم تكن هذه الدولة غير راغبة في الاضطلاع بالتحقيق أو المحاكمة أو غير قادرة على ذلك.

ب- إذا كانت قد أجرت التحقيق في الدعوى دولة لها ولاية عليها، ثم قررت عدم محاكمة الشخص المعني ما لم يكن القرار ناتجاً عن عدم رغبة الدولة المعنية أو عدم قدرتها على المحاكمة.

ج- إذا كان الشخص المعني قد سبق أن حوكم على السلوك ذاته لموضوع الشكوى، فلا يجوز للمحكمة إجراء محاكمتة طبقاً للفقرة ٣ من المادة ٢٠ من النظام.

د- إذا لم تكن الدعوى على درجة كافية من الخطورة تبرر اتخاذ المحكمة إجراء آخر. هذا إذا قررت المحكمة اتخاذ إجراء آخر فإنها تنظر في مدى توافر واحد أو أكثر من الأمور التالية بحسب الحالة، مع مراعاة أصول المحاكمات التي يعترف بها القانون الدولي:

أولاً- أن يكون قد تم اتخاذ الإجراءات أو جار اتخاذها أو اتخاذ القرار الوطني بغرض حماية الشخص المعني من المسئولية الجنائية عن جرائم داخلة في اختصاص المحكمة على النحو المشار إليه في المادة "٥".

ثانياً- أن يكون قد حدث تأخير لا مبرر له في الإجراءات بما يتعارض في هذه الظروف مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة.

ثالثاً- عدم مباشرة الإجراءات أو مباشرتها بشكل غير مستقل أو غير نزيه أو بوشرت أو تجري مباشرتها على نحو لا يتفق في هذه الظروف مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة.

ولتحديد عدم القدرة في دعوى معينة، تنظر المحكمة فيها إذا كانت الدولة غير قادرة بسبب انهيار كلي أو جوهري لنظامها القضائي أو الوطني بسبب عدم قدرته إحضار المتهم أو الحصول على الأدلة والشهادة الضرورية أو عدم قدرته لسبب آخر على الاضطلاع بإجراءاتها.

٩- التعاون القضائي مع المحاكم الجنائية الدولية والخاصة:

إن المحكمة الجنائية الدولية هي مؤسسة بحكم المعاهدة تعتمد من الناحية العملية على التعاون الفعال فيما بين الدول من أجل آداء واجباتها على النحو الصحيح، كما هو الحال مع المحكمتين الجنائيتين الدوليتين المخصصتين ليوغسلافيا السابقة ورواندا.

ولا تملك المحكمة الجنائية الدولية - على عكس المحاكم الوطنية- سلطات مباشرة ماعدا سلطات التحقيق المحدودة التي تمارسها في حالة استثنائية واحدة هي أن يتقوض نظام العدالة الجنائية في الدولة، فهي لا تستطيع أن تنفذ أمراً بالقبض على أي شخص أو تفتيش منزل أو منشأة أو إجبار الشهود على المثول أمامها، وتعتمد على السلطات الوطنية في تنفيذ ذلك، ما لم توافق الدول على أن تقوم بذلك ومن ثم بات من المهم لفعالية آداء المحكمة لواجباتها أن تتعاون معها الدول التي صدقت على نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، تعاوناً كاملاً منذ فتح باب التحقيق حتى تنفيذ الحكم، كما تنص المادة ٨٦ من النظام الأساسي للمحكمة على أن تتعهد كل دولة بأن تتعاون «تعاوناً تاماً» مع المحكمة الجنائية الدولية في إطار اختصاص المحكمة من تحقيقات في الجرائم والمحاكمة عليها، كما تفيد المادة ٨٧ من النظام الأساسي أن للمحكمة أن تدعو أي دولة غير طرف إلى تقديم المساعدة بناء على ترتيب أو اتفاق خاص،وإذا انضمت دولة ما إلى اتفاقية من هذا النوع تصبح ملزمة بالامتثال إلى طلبات المساعدة، وعلاوة على ذلك، يجوز للمحكمة في حالة عدم امتثال دولة طرف لطلب تعاون مقدم من المحكمة أن تتخذ قراراً بهذا المعنى وتحيل المسألة إلى جمعية الدول الأطراف أو إلى مجلس الأمن إذا كان قد أحال هذه المسألة إليها.

وبموجب المادة ٩٣ تمتثل الدول

الأطراف لأن تقدم مجموعة واسعة من المساعدات إلى المحكمة في أثناء التحقيقات أو المحاكمة القضائية، ومن بينها تحديد هوية ومكان وجود الأشخاص وموقع الأشياء، وجمع الأدلة، واستجواب الأشخاص محل التحقيق أو المقاضاة، وتقديم المستندات وتيسير مثول الشهود والخبراء طواعية أمام المحكمة، وفحص أماكن المواقع واستخراج الجثث، وتنفيذ أوامر التفتيش والحجز وتوفير الوثائق، وحماية المجني عليهم والشهود والمحافظة على الأدلة، وتحديد وتعقب وتجميد الممتلكات وأدوات ارتكاب الجرائم، بهدف مصادرتها دون مساس بحقوق الغير حسن النية، وعلاوة على ذلك فقد وافقت الدول الأطراف أن تقدم أي ضرب آخر من ضروب المساعدة التي لا تحظرها قوانينها الخاصة، ولتعزيز فعالية المحكمة الجنائية الدولية، ينبغي للدول أن ترفع هذه القيود.

وجدير بالذكر أن السعي نحو العالمية هو أمر ملازم لطبيعة المحكمة، فالمحكمة موجودة لأن الدول أوجدتها، ومن ثم يجب أن تمثل مختلف الثقافات، ولا يمكن تحديد دعم المحكمة بمناطق دون أخرى.

وبالنسبة لمجالات التعاون الأخرى بين القضاء الوطني والمحكمة الجنائية الدولية، يتعين أن يجرم القانون الوطني الجرائم المنصوص عليها في نظام روما الأساسي، بما في ذلك الجرائم الأخرى التي يؤثمها القانون الدولي، ومن ثم ينبغي أن تتفق مبادئ المسئولية الجنائية وأن تتفق الدفوع في التشريع الوطني الخاص ومثيلها في القانون والعرف الدوليين.

واختتمت الدورة التدريبية بتدريب عملي أشرف عليه المحاضرون بعد تقسيم المشاركين إلى ثلاث مجموعات، وقد اتسم التدريب العملي بغزارة النقاش واستخلاص العبر من الفظائع التي اكتنزها التاريخ عن طريق إيجاد وسيلة فعالة للعقاب على المستوى العالمي، واتفق الحضور على أن أهمية الموضوع تكمن في أن العدالة الجنائية الدولية ترتبط ارتباطاً جوهريا بالعلاقات الدولية المعاصرة وضرورة حفظ السلام وأمن البشرية ودرء أعمال العدوان ومنع الانتهاكات الواسعة للحقوق والحريات الأساسية وغيرها من القضايا التي تعكر صفاء الأجواء الدولية اليوم.

وختاماً:

مع مراعاة ما تقدم ذكره، فإنه لتحقيق فاعلية المحكمة الجنائية الدولية وبالتالي العدالة الجنائية، يجب تعاون الدول مع المحكمة وإصدار الدول جميع التشريعات والقوانين والإجراءات الوطنية لكفالة التوازن بين ما ارتبطت به دوليا وبين قوانينها وتشريعاتها الوطنية من أجل التطبيق العملي والفعلي للالتزامات الدولية في إطار النظم القانونية الداخلية. ويأمل المعهد عن طريق هذه الدورة التدريبية أن يكون قد أسهم في توسيع الوعي القانوني ونشره وتعميقه وتهيئة الكوادر الوطنية في مجال العدالة الجنائية الدولية عن طريق احتكاكها بالخبرات العالمية.

الدورة التدريبية حول

مكافحة الاتجار بالبشر المنعقدة

بمعهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية بتاريخ ١ مايو ٢٠٠٨

إعداد: أسرة التحرير

استقرت مسألة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في الضمير الإنساني باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من نظام الحكم في كل دولة، بل أصبحت تمثل البنيان الذي يجب أن يقوم عليه النظام الاقتصادي والاجتماعي لأي مجتمع، إلا أن تلك الحقوق والحريات تتعرض دوماً وفي مختلف الأمم – بدرجات متفاوتة – للسلب والتهديد والانتقاص من بينها، ظاهرة التفرقة العنصرية والاضطهاد، والاتجار بالبشر،وغيرها من الطرق الأخرى.

وقد كان المنهج الإسلامي سباقاً في العناية بالفرد وتحصين حقوقه من حيث الشمول والتفصيل، حتى أنه لم يصل إلى دقته وسموه أي نظام فلسفي، أو أخلاقي أو اجتماعي من صنع البشر، فقد جاء الإسلام منذ ما يزيد على أربعة عشر قرناً من الزمان ليقرر أن للإنسان حقوقاً يجب أن تراعى فالشريعة الإسلامية العدل مقصدها، والسلام والأمن غايتها، وتحقيق مصالح الناس هدفها ومبتغاها، والكرامة الإنسانية محلها وموضوعها وأساسها.

وانطلاقاً من هذا الأساس فقد التزمت الكويت صيانة الحقوق والكرامة الإنسانية قبل أي اتفاقية، حتى صار ذلك عرفاً وتقليداً داخل المجتمع، ومما يؤكد ذلك ما جاء بجل المواثيق الوطنية والدولية، فقد أكد الدستور الكويتي في المادة (٢٩) منه على أن الناس سواسية في الكرامة الإنسانية وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين.

وقد حرص الدستور الكويتي والتشريعات الوطنية على حفظ كرامة الإنسان ومنع استخدامه في أعمال تحط من كرامته سواء بالاختيار أو بالإكراه (أعمال السخرة أو العمل الاجباري) وكذلك أفعال الدعارة المنافية للأخلاق، والاستغلال الجنسي والعنف فذلك كله يعتبر اتجاراً بالبشر، ويظهر حرص الدستور الكويتي على ذلك فيما نص عليه في المواد التالية:

المادة (٩) : إن الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، ويحفظ القانون كيانها، ويقوي أواصرها، ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة.

المادة (١٠): ترعى الدولة النشء وتحميه من الاستغلال وتقيه الإهمال الأدبي والروحي.

المادة (٢٩): الناس سواسية في الكرامة الإنسانية وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين.

المادة (٣١): لا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون، ولا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للمعاملة الحاطة بالكرامة.

ونظراً لأن هذا النوع من الجرائم قد أخذ طابعاً دولياً، حين عبر مرتكبوها بها الحدود لتقع الجريمة أو تمتد آثارها في أكثر من دولة.

ومن هنا فقد اضطر المجتمع الدولي للتحرك ليدفع عن نفسه شر هذا النوع من الجرائم الخطيرة، عن طريق وضع القواعد التشريعية والتدابير الوقائية لمواجهة (الجريمة المنظمة عبر الوطنية) وذلك في صورة عدد من الاتفاقيات والبروتوكولات التي خصصت لمكافحة الجريمة في بعض صورها الشائعة، بهدف الحد من آثارها على المستويين الدولي والداخلي، وعنيت هذه الاتفاقيات بأن توجب على الدول الأطراف تضمين تشريعاتها الوطنية القواعد اللازمة لتجريم هذه الأنشطة

تاركة تحديد العقاب المناسب عنها لكل دولة وفقاً لظروفها الاجتماعية والاقتصادية.

وفي هذا الاتجاه اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في نوفمبر من عام ٢٠٠٠ اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولين المقترنيين بها والمكملين لها، أولهما لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، والثاني لمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو. وقد صدقت دولة الكويت على هذه الاتفاقية والبروتوكولين المقترنيين بها بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٦، بعد أن أضحى من اللازم اتخاذ التدابير التشريعية الجزائية الملائمة لمواجهة هذه الجرائم بتوصيفها ووضع العقاب المناسب لكل منها ومن ثم تحقيق التكامل مع القواعد العامة الواردة في قانون الجزاء للحد من هذه الجريمة.

وإيماناً بأن القدرة على مكافحة الاتجار بالبشر تتطلب أدوات تكوينية جد فاعله فقد نظم معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية بالتعاون مع وزارة العدل – العديد من الدورات التدريبية لفائدة أعضاء السلطة القضائية والأجهزة المعاونة لهم وكذلك ليستفيد منها منتسبي وزارة الداخلية وتعريفهم بالقوانين الدولية ذات الصلة وتقدير حجم مشكلة الاتجار بالبشر، وظهر ذلك في سياق محدد، وصياغة استراتيجية فعالة وعملية بشأنها، لتنمية القدرة اللازمة لتطوير الاستراتيجيات، ثم تطوير وتنفيذ الإجراءات والممارسات الفعالة الخاصة بتنفيذ القوانين، وبالشئون القضائية ووضع تدابير لتسهيل تحديد هوية ضحايا الاتجار بالأشخاص وتوفير الحماية والمساعدة لهم وأخيراً العناية بمسألة وضع ضحايا الاتجار الخاص بالهجرة[1]، واعتماد تدابير لتيسير إعادتهم إلى أوطانهم أو إعادة توطينهم وإدماجهم في المجتمع.

وعلى الرغم من كل تلك الجهود المبذولة، يبقى التحدي قائماً، لما تتصف به جريمة الاتجار بالبشر من قدرة حركية وقابلية للتكيف بحسب الظروف، ولأنه – على غرار كثير من أشكال الأنشطة الإجرامية الأخرى – نشاط دائم التغير يحاول أن يحبط الجهود التي تبذلها سلطة القانون لمنعه، لكن أنماط الاستجابة في التصدي للمشكلات الناجمة عن هذه الظاهرة الإجرامية أخذت تتغير بوتيرة سريعة أيضاً وخصوصاً بفضل اعتماد الأمم المتحدة تعريفاً متفقاً عليه لهذه الظاهرة الإجرامية في نوفمبر ٢٠٠٠، كما أننا نتعلم يومياً دروساً جديدة عن الطرق التي تعد أكثر فاعلية في توفير الحماية والمساعدة لضحايا هذه الجرائم، ويجدر بنا التنويه بأن جهود دولة الكويت الواضحة تعتبر عاملاً حاسماً في تحقيق النجاح لمعظم مبادرات التدخل من أجل مكافحة الاتجار بالبشر مع ما تتطلبه من تعاون دولي قوي في هذا المجال خصوصاً أن العالم حالياً صار يتحدث عن عولمة الاتجار بالبشر.

١- شكل الحكم في قضية سيليدان ضد فرنسا أول إثبات لحالة انتهاك المادة (٤) (التي تحظر العبودية والتبعية والعمل الشاق أو الإلزامي) مما جعل من المادة نصاً إجرائياً في قانون الاتفاقية كما سمح لقاضي ستراسبورغ بإطلاق رسالة حزم صحي في وجه هذا الشكل الحديث من العبودية المتمثل بالعبودية المنزلية في قضية هي نموذج على الاستمرار في البلدان الأوربية باستغلال آلاف الفتيات المهاجرات اللاتي يستعبدوهن تماماً أفراد «اشتروهن» من أسرهن لقاء وعد وهمي بتسوية أوضاعهن الإدارية أو تأمين التحاقهن بالمدارس وفي حالتنا هذه كانت فتاة توغولية عمرها ١٥ سنة ونصف السنة قد أحضرتها إلى فرنسا سيدة فرنسية هي بالأصل من نفس البلد ثم صادرت جواز سفرها قبل أن تعيرها إلى زوجين من الأصدقاء وطوال أكثر من ٣ أعوام كان على الفتاة أن تصبح خادمة تفعل كل شيء كل أيام الأسبوع ولمدة ١٥ ساعة دون أجر، تنام على الأرض في غرفة الأطفال ويمنحها أرباب عملها إذنا لخروج استثنائي لحضور القداس في بعض أيام الأحد، وتبدو أهمية الحكم في انه عرف نوع الواجب الايجابي المترتب على الدولة بتبني أحكام في المادة الجزائية تعاقب على الممارسات التي تستهدفها المادة ٤ وتطبيقها في الواقع وهو واجب يشارك في إعادة تفعيل القيمة الردعية للقانون الجزائي في ميدان حقوق الإنسان والحفاظ على القيم الأساسية للمجتمعات الديمقراطية، واعتبرت المحكمة أن الفتاة خاضعة لعمل شاق على الأقل ومكرهة على أعمال عديدة مجهدة وهكذا فالدولة لم تؤمن للمستدعية حماية ملموسة وفعلية ضد الأعمال التي كانت ضحية لها.
(مجلة القانون العام وعلم السياسة،ص ؛٨٠٢ ؛٨٠٣؛ العدد الثالث ٢٠٠٦).

التطور التاريخي لنظام التحكيم

إعداد: أسرة التحرير

التحكيم هو أقدم الوسائل التي ابتكرها الإنسان لفض ما قد ينشأ بينه وبين أقرانه من منازعات، وأبرز دليل على قدم التحكيم ودوره في حل الخلافات ما ورد في قضية النزاع الذي نشب بين قابيل وأخيه هابيل على الزوجة التي سيقترن بها حيث كان النظام السائد هو أن يتزوج الرجل بشقيقته بشرط ألا يكون توأماً لها، فكان الزواج يتم مع المغايرة في شريك الرحم في نفس الفترة، مفاد ذلك أن المقدر كان أن يتزوج هابيل بتوأم قابيل ويتزوج قابيل بتوأم هابيل فأراد قابيل أن يتزوج بتوأمه خلافاً للمألوف حيث رأى نفسه أحق منها بأخيه. فكان أن احتكما إلى «السماء» فقدم كل واحد منهما قرباناً فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر، فرفض قابيل الحكم الصادر لصالح شقيقه وقتله.

وتفيد الموسوعة الأمريكية Encyclopedia Americana في الجزء الثاني من World Book «كتاب العالم»، وكذلك الأستاذ خالد القاضي في كتابه (طابا مصرية)، وكذلك موسوعة Hutchinson Encyclopedia ٢٠٠٠ أنه من المرجح أن التحكيم قد بدأ في الدولة الإغريقية في عصورها الأولى والدولة الرومانية حيث تمت نحو (٨٠) عملية تحكيم دولي، أشرف عليها الكهان لدورهم الكبير في الحرب والسلم، وفي العصور الوسطى كانت المنازعات حول الإقطاعيات بين النبلاء وبين الدول يحكم فيها البابا، ومن ذلك الخلاف الذي كان بين إسبانيا والبرتغال حول مستعمراتهما في العالم الجديد سنه (١٤٩٣م)، فحكم البابا بينهما على أن تأخذ إسبانيا BUll of Demarcation الأمريكتين عدا البرازيل، بينما يذهب جنوب آسيا للبرتغال عدا الفلبين.

وفي سنة ١٧٤٩، أي في عصر النهضة وقعت اتفاقية Jay's Treaty بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، وبموجبها تكونت ثلاث لجان للتحكيم في المسائل الاقتصادية والتجارية والاجتماعية بين البلدين.

أما في عام (١٨٩٩ – ١٩٠٧) فعقدت مجموعة من الاجتماعات سميت باجتماعات Hague، توجت باتفاقية تحمل الاسم نفسه Hague، وبموجبها كانت أول محكمة دولية دائمة للتحكيم الدولي في مدينة هيج بإيرلندا الشمالية لفض النزاعات بطريقة سلمية بعد عجز الشرطة عن توقيف العنف السائد، وجدير بالنظر أن المحكمة علقت بها قائمة بأسماء محكمين من مختلف الأسر الكبرى إرضاء لكل الأطراف.

وفي سنة ١٩٢٠ تكونت من خلال عصبة الأمم المتحدة محكمة دولية دائمة World Court، لكن بسبب اندلاع الحرب العالمية الأولى أجهضت الفكرة.

وتأتي سنة ١٩٢٨ بعقد اتفاقية عامة لتسوية المنازعات نشأت على إثرها محكمة العدل الدولية لأمريكا الوسطى لتتداول حالات التحكيم في النزاعات التي تنشأ بين دول أمريكا الوسطى خصوصاً خلال فترة الحرب الباردة، حيث تفشل الجهود الدبلوماسية والتوفيق والقضاء العادي ليكون الحل هو حكم التحكيم، فالدول الاشتراكية لا تعترف بالنظام القضائي للدول الرأسمالية، وتعتبره مكرساً للطبقية ومحصناً للأثرياء، وفي المقابل ترى الدول الرأسمالية أن القضاء في الدول الاشتراكية شمولي، يلغي حقوق الأفراد، لذلك كان أفضل حل حينذاك لتجنب تلك الخلافات الأيديولوجية هو اللجوء إلى التحكيم.

وفي سنة ١٩٤٩ تشكلت لجنة القانون التجاري الدولي «الانسيترال»، وكان من الموضوعات التي أعطتها اللجنة أولوياتها دراسة إجراءات التحكيم بين الدول، فتوصلت إلى إقرار قانون

نموذجي للتحكيم التجاري أقرت قواعده الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٧٦/١٢/١٥، وتم إبرام اتفاقية بين دولها في ١٩٨٥/٦/٣٠، وفي الفترة نفسها تشكلت محكمة الدول الأوروبية، ومنها محكمة تحكيم لتحكم في النزاعات التي تنشأ من اتفاقية روما المنظمة للاتحاد الأوروبي وتبنت حل النزاعات سلمياً عام ١٩٧٧.

- وفي عام ١٩٩٤ وبعد جولة الأورجواي ومحادثات مراكش بالمغرب نشأت منظمة التجارة العالمية WTO، وتحديداً في ١٩٩٤/٤/١٥، وهي تنص على إنشاء جهاز لتسوية المنازعات، له سلطة إقرار لجان تحكيم.

وتجدر الإشارة إلى الإحصائية التي أعدها الدكتور Evans Darby في كتابه (The arrested progress of international arbitration) سنة ١٩٠٤، وذكر خلالها أن هناك ست حالات تحكيم دولي تمت في القرن ١٨، و٤٧١ حالة أجريت في القرن ١٩، و ٦٣ حالة تحكيم دولي تمت في الأعوام الثلاثة الأولى من القرن العشرين.

أما في عالمنا العربي فقد كان المتنازعون يلجأون إلى شيوخ القبائل لحل خلافاتهم ويقومون بذلك بأنفسهم أو بتعيين شخص أو أشخاص لذلك، كما يلجأ الناس إلى أشخاص عرفوا في المجتمع بالحكمة والأمانة وسداد الرأي والفكر المستنير.

وكان يتم اللجوء للمحكم بعد اختبار ذكائه وفطنته بإخفاء شيء ثم يطلب من المحكم المرشح الكشف عن مكانه، فمتى حصل ذلك تم تكليفه بالفصل في النزاع وإذا عجز عن كشفه اختاروا غيره، وكان هذا يتم في غالب الأحوال مع الكهنة والعراف، ومثال ذلك ما روي أن عبد المطلب بن هاشم والثقفيين في نزاعهما حول المال الكائن بالطائف اختصما إلى عزي بن سلمة وقد خبئوا له رأس جرادة في خرزة وجعلوه في سلسلة في رقبة كلب يسمى سوار، فلما أرادوا تحكيم الكاهن قالوا له: قد خبأنا لك خبئاً فأنبئنا عنه ثم نخبرك ما حاجتنا، قال: خبأتم لي شيئاً طار فسطع فتصوب فوقع في الأرض منه بقع، فقالوا له وضح لنا، قال:هو شيء طار فاستطار له ذنب جرار، وساق كالمنشار، ورأس كالمسمار، قالوا له: وضحه لنا أكثر، قال: هو رأس جرادة في خرزة في عنق سوار، قالوا: صدقت، وطلبوا منه أن يفصل بينهم في النزاع القائم بينهم.

وفي السيرة النبوية ما يدل على مكانة التحكيم عند القبائل العربية قبل بعث الرسول ﷺ حيث احتكم أهل قريش بشأن من يحمل الحجر الأسود ويضعه في مكانه، فاحتكموا إلى أول رجل يدخل عليهم في البيت العتيق، فكان الصادق الأمين محمد بن عبد الله، الذي خلع قميصه ووضع عليه الحجر وجعل ممثلي قبائل قريش جميعاً يحملون طرفاً من القميص، فجنبهم بذلك الخلاف الذي نشب بينهم حول أيهم أحق بحمل هذا الحجر الأسود.

ولما بُعث الرسول- صلى الله عليه وسلم- نزل قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ النساء:٦٥

وإذا كان الأمر كذلك منذ بداية البشرية، فالأمر لا يختلف في العصر الحديث حيث ارتضت المجتمعات المتحضرة التحكيم أسلوباً لفض المنازعات وضمنته تشريعاتها بل وأعطت أحكامه قوة «الحكم»، وألزمت الأطراف المتنازعة باحترامه، وأبرمت الدول معاهدة نيويورك للاعتراف وبتنفيذ أحكام التحكيم.

ونظام التحكيم في تطور دائم لمرونته وقدرته على التكيف مع التطورات العالمية الجديدة، فهل سنرى قريباً تحكيماً إلكترونياً ما دام العالم صار- أكثر وأكثر- معتمداً على الميكنة والتقنية الحديثة.

معلومات تهمك
تجارب في التحكيم الدولي

إعداد : أسرة التحرير

١- ثار نزاع حول اتفاق مقاولة مبرم في ٢٧ مايو سنة ١٩٨٢ بين إحدى الشركات ووزارة الزراعة بجمهورية مصر العربية، مؤادة تعاقد الشركة مع الوزارة على عمليات رش القطن بالطائرات لمواسم سنة ١٩٨٢، ١٩٨٣، ١٩٨٤ .وأثناء قيام أحد طياري الشركة فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٨٣ من مطار أسيوط،فوجئ بسيارة بها مدير زراعة أسيوط تقطع ممر المطار بالعرض، فحاول تفادى الحادث بالتخلص من حمولة الطائرة من المبيدات فأدى ذلك لصعود الطائرة بحدة ثم سقوطها فى حقل على يسار المهبط، وتحطمت بالكامل وأصيب الطيار . فطالبت الشركة وزير الزراعة بالتعويض، بسبب خطأ موظف الوزارة الذى أحدث الأضرار المادية التى لحقت بالشركة، وتتمثل فى تحطيم الطائرة، وفيما فاتها من كسب بسبب حرمانها من استغلال الطائرة فى عمليات الرش عن المدة من ١٩٨٥/٩/٩ حتى ١٩٨٥/٩/٢٥وهو تاريخ انتهاء العقد، وفيما فاتها من كسب لعدم استغلال الطائرة فى الرش بجمهورية السودان وفقاً لعقد مبرم فى ٢٠يوليو سنة ١٩٨٣. وأستندت فى ذلك إلى أن وزارة الزراعة - بخطأ تابعيها - قد أخلت بإلتزام تعاقدى هو مسئوليتها عن تأمين سلامة مهبط الطائرة ضد دخول الأفراد والعربات.

وقد دفع وزير الزراعة بأن الوزارة ليست مسئولة عن تأمين سلامة المهبط ضد دخول الأفراد والمركبات وفقاً لعقد المقاولة، وإنما تلتزم فحسب بتحذير الأهالى بالابتعاد أثناء عمليات الرش الجوى للحقل وأن الشركة هى التى أخطأت ؛ إذ لم يتأكد الطيار من خلو الممر من العوائق عند سيره بالطائرة على الممر، كما أن الشركة سمحت للطائرة بالطيران رغم عدم ملاءمة الأحوال الجوية يوم الحادث لإجراء عمليات الرش ولأسباب أخرى أدت لوقوع الحادث.

ولما كان طرفاً العقد قد اتفقا على حل منازعتهما وفقاً لقواعد مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم. وفوض الطرفان مدير المركز فى تعيين محكم فرد. وفعلاً قرر فى ١٩٨٤/٩/٩ تعيين محكماً وحيداً فى الدعوى. الذى طبق على إجراءات التحكيم القواعد التى يطبقها المركز UNCITRAL.

ولما اضطلع المحكم بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع قرر أنه :

"متروك - كقاعدة عامة - لإرادة الطرفين، وفى حالة عدم النص فى العقد محل النزاع على تحديد هذا القانون. يجوز الاتفاق فى تاريخ لاحق على تطبيق القانون المصرى أو أى قانون آخر، كما نصت المادة ١/٣٣. من قواعد التحكيم التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي على أن تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذى يحدده الطرفان وإذا لم يتفقا تطبق هيئة التحكيم القانون الذى تعينه قواعد تنازع القوانين التى ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق فى الدعوى.

وإذا كان من الثابت من عقد المقاولة محل التداعى أنه لم يتضمن اتفاق الطرفين على تطبيق قانون معين، وكانت قواعد تنازع القوانين تقضى فى هذه الحالة بتطبيق قانون الدولة التى أبرم فيها العقد بين الطرفين المتنازعين مختلفى الموطن بالنسبة للالتزامات التعاقدية وبتطبيق قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام بالنسبة للالتزامات غير العقدية وهى القواعد التى تبنتها المادتان ١/١٩، ١/٢١ من القانون المدنى المصرى. لما كان ذلك، وكان الثابت من واقع الدعوى أن العقد محل التداعى بين الطرفين قد أبرم فى مصر، وأن حادث تحطم الطائرة المملوكة للشركة المدعية موضوع هذه الدعوى قد وقع بمصر، فإن القانون المصرى يكون هو القانون الذى يحكم النزاع الماثل فى هذه الدعوى. وانتهى حكم التحكيم إلى تقرير مسئولية

وزارة الزراعة عن تعويض الضرر المادى الذى لحق بالطائرة باعتبار أن خطأها كان هو المنتج والمؤثر فى إحداث الضرر، وعدم مسئوليتها عن تعويض الشركة عما فاتها من كسب سواء فى مصر أو فى السودان باعتباره ضرراً غير متوقع.

٢- قام نزاع بين شركة يونانية ووسيط إيرانى بشأن اتفاق أبرم بينهما ويلزم الطرف الإيرانى بمساعدة الشركة اليونانية فى الحصول على عقود توريد تبرم مع الحكومة الإيرانية، وتلتزم الشركة اليونانية فى مقابل ذلك بمنحه عمولة ٢٪ على الأقل لكل عقد يتم إبرامه.

وقد حصلت الشركة فعلاً بناء على هذا العقد على عدد من العقود مع الجهات الإدارية الإيرانية، حتى أدت ثورة سنة١٩٧٩ الإيرانية إلى انتهاء نشاط الشركة اليونانية مما سبب لها خسائر كبيرة فلم تدفع للوسيط الإيرانى إلا جزءاً من العمولة المتفق عليها بما يتناسب مع ما حصلت عليه من الدولة الإيرانية.

ولما كان العقد المبرم بين الطرفين يقضى بحل المنازعات المحتمل إثارتها بالتحكيم وفقاً لغرفة التجارة الدولية، فلجأ الوسيط الإيرانى للتحكيم لطلب التعويض، وعين محكم نمساوى لحل هذا النزاع على أن يكون محل التحكيم فى باريس.

ولما اضطلع المحكم بتحديد القانون واجب التطبيق فى هذا النزاع، لاحظ غموض العقد، إذ هو محرر من نسختين أحداهما بالفرنسية والأخرى بالإنجليزية، فالنسخة الفرنسية لا تتضمن أية إشارة للقانون واجب التطبيق بينما النسخة الإنجليزية تشير إلى تطبيق القانون الفرنسي، ولكن دون تحديد مجال انطباقه، وهل يتعلق بالإجراءات أم بموضوع النزاع.

لذا استعرض المحكم ظروف القضية، فبالنسبة للقانون الإيراني الصلة به قوية، إذ أبرم العقد فى طهران، كما أن المدعى (الوسيط الإيراني) يمارس نشاطه مع عملائه بإيران، وعمولته يتعين دفعها بإيران.

والقانون اليوناني الصلة به ضعيفة، إذ هي بلد جنسية وموطن المدعى عليه.

والقانون الفرنسي الصلة به ضعيفة إذ حررت إحدى نسخه بالفرنسية، وكذلك مقر محكمة التحكيم التى اختيرت لحل النزاع.

ولكن اختيار باريس مقر التحكيم لم ينبع من إرادة الطرفين.

والقانون النمساوى الصلة به منعدمة من الناحية العملية فاختيار محكم نمساوى تم وفقاً لنظام تحكيم غرف التجارة الدولية، ولا يعبر عن أي قصد للأطراف.

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الإنجليزي الذي تنعدم الصلة به فعلياً فتحرير إحدى نسخ العقد، ليس إلا نتيجة ؛ لأن هذه اللغة عالمية الاستخدام. وبعد قيام المحكم بدارسة القضية وفقاً للقواعد الموضوعية في القانونين الفرنسي والإيراني انتهى إلى إبعاد النزاع عن أي قانون وطني وطبق ما أسماه بأخلاقيات المعاملات الدولية وانتهى من ذلك إلى عدم إجابة المدعى الإيراني لطلب التعويض وألزمه بمصاريف الدعوى.

٣- حدث نزاع بين تاجر بلجيكي كان قد أتفق مع شركة باكستانية على ترويج ما تنتجه من سجاد شرقي في بلجيكا مقابل عمولة مقدارها ٥٪، وعرض النزاع على محكم انجليزي وحين تعرض المحكم لبحث موضوع القانون واجب التطبيق على هذا النزاع، تمسك التاجر البلجيكى بطلب تطبيق القانون البلجيكى على موضوع النزاع.

إلا أن المحكم قرر أن القانون الباكستاني أولى بالانطباق، نظراً لوجود روابط عدة تربطه بموضوع النزاع، فمن ناحية يتعلق النزاع بإتفاق أبرم فى باكستان، أثناء وجود التاجر البلجيكى فى مقر الشركة، حيث يتم تصنيع السجاد، كما يتم شحن السجاد موضوع التعاقد من باكستان. مما يدل على أن القانون الباكستانى يرتبط بالموضوع بأوثق صلة من أى قانون آخر.

ويراعى أن المحكم يميل إلى تطبيق القانون الباكستانى لإعتبار مهم وهو

شدة مشابهته للقانون الإنجليزى فى مجال العقود، مع مراعاة أن المحكم إنجليزي الجنسية.

وقد واجه المحكم مشكلة أخرى تتعلق بتقدير التعويض الذى يقضى به نتيجة لجوء الشركة الباكستانية للتهرب من المثول أمام المحكم، و المنازعة فى اختصاصه والالتجاء للقضاء الباكستانى، فلم تقدم أية مستندات، والعمولة المستحقة للتاجر البلجيكى تحتاج فى تحديدها إلى حصر الصفقات التى عقدتها الشركة الباكستانية مع أطراف بلجيكيين، وهو ما يحتاج إلى تقديم الأوراق والمستندات المثبتة لمعاملات الشركة.

لذلك طلب الدفاع عن التاجر البلجيكي من المحكم أن يقوم بتقدير العمولة على أساس قواعد العدالة و الإنصاف.

إلا أن المحكم رفض هذا الطلب على أساس أنه لا يملك سلطة الحكم طبقاً لقواعد العدالة، لأن هذا الأمر يحتاج إلى تفويض صادر إليه من الطرفين وهو ما لم يتم.

ويبدو وجه الصعوبة فى هذه القضية فى عدم وجود تحديد دقيق للدين، و لا وسيلة لتحديده، نظراً لرفض الشركة تقديم المستندات اللازمة لإثباته، فلا مفر بالتالى من قيام المحكم بتقديره وفقاً لما توفر لديه من أوراق، كما يحتاج الأمر إلى تحديد القانون واجب التطبيق على الدين، وقد كيف المحكم تقدير التعويض وفقاً للقانون الإنجليزى باعتباره مسألة إجرائية، والإجراءات تخضع لقانون مكان التحكيم، والتحكيم يتم فى لندن، وبالتالى فقد أخضع تقدير التعويض للقانون الإنجليزي.

ووفقاً للسوابق القضائية التى يعتد بها فى هذا القانون، و التى ساقها المحكم عن تقدير التعويض فى القانون الإنجليزي، يتعين أن يمنح التاجر البلجيكى باعتباره وكيلاً للشركة تعويضاً يقدر على أساس مراعاة الظروف المحيطة بالتعاقد من كل النواحى تقديراً عادلاً، لذا فقد استعان المحكم بالصفقات التى سبق أن تعاقدت عليها الشركة، لتقدير الصفقات التى كانت موضوعاً لهذا العقد.

وقد حدد المحكم هذا التعويض طبقاً لتقديره لهذه الظروف بمبلغ ثلاثين ألف دولار يضاف إليها الفوائد بواقع ١٠٪،مع إعتبار أن المدة التى تحسب عنها الفوائد حسب الفصل ١٩/أ من قانون التحكيم الإنجليزي الصادر عام ١٩٥٠، هى الفترة من بدء التحكيم حتى صدور الحكم فيه، على أن يتحمل المدعى عليه (الشركة الباكستانية) مصاريف التحكيم، ويتحمل كل طرف نفقات الدفاع الخاص به.

ومن هذه القضية، يتضح أن ترجيح المحكم لتطبيق القانون الباكستاني على موضوع النزاع يدعمه أنه قانون محل إبرام العقد محل النزاع. فضلاً عن أنه قانون جنسية الموكل فى هذا التعاقد، كما أن العقد يرد على ترويج سجاد شرقى يتم تصنيعه فى باكستان، ويشحن من هناك فضلاً عن مشابهته للقانون الإنجليزى الذى هو قانون جنسية المحكم وقانون مكان التحكيم.

كما طبق المحكم القانون الإنجليزى على مسألة تقدير الدين الذى يحمل به الشركة لصالح التاجر البلجيكى، وذلك باعتبار أن قانون مكان التحكيم يسرى على الإجراءات، التى يتعلق بها تقدير هذا الدين.

٤- اعترضت شركة أرامكو على تعاقد المملكة السعودية مع أوناسيس لنقل البترول الذى تصدره وعرض النزاع على هيئة تحكيم داخلية. بدأت هيئة التحكيم - لتحديد القانون واجب التطبيق فى موضوع النزاع - بالبحث فى اتفاق التحكيم، الذى يقضى بأن يفصل المحكم فى النزاع وفقاً للقانون السعودى فيما يتعلق بالمسائل التى تدخل فى الاختصاص القانونى للسعودية، وفيما عدا هذا تقضى هيئة التحكيم وفقاً للقانون الذى تقرر أنه واجب التطبيق.

ولقد أثار تفسير اصطلاح الاختصاص

القانونى التساؤل حول مدى تعلقه بالإختصاص القضائى أم بالاختصاص التشريعى، ومن التفسيرات التى أتيحت لهيئة التحكيم اعتبار أن القانون السعودى ينطبق فيما يتعلق بالاختصاص السعودي كدولة أى مسائل القانون العام، وما عدا ذلك الاختصاص فقد يكون الأطراف يقصدون به مجموع المسائل التعاقدية (المتعلقة بالقانون الخاص) على أى الأحوال فلقد استندت هيئة التحكيم فى تحديدها للقانون واجب التطبيق على الموضوع إلى البحث عن الإرادة للأطراف، وكان لابد من البحث فى أحكام القانون السعودى ليس فقط لأنه لابد من الرجوع لقانون كل دولة لمعرفة مدى تعلق مسألة ما بالقانون العام بها، بل لأن الأمر يتعلق بحقل بترول يقع فى إقليم الدولة مما يخضع لقانون الموقع.

وقد اتضح لهيئة التحكيم أن الشريعة الإسلامية المطبقة فى السعودية تعتبر الاتفاق محل النزاع عقداً، وفقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون العقود ميثاق يجب الوفاء به ويشهد عليه الله، ووفقاً لمبادئ القانون الدولي الخاص يخضع العقد لقانون الإرادة الصريحة، وعند تخلفها يطبق القانون الذى يبدو أن الأطراف قد اختاروه. وعلى هذا فسلطة المحكمة فى البحث عن إرادة الأطراف ترد على المسائل التي فى الاختصاص القانونى للدولة السعودية. وقد انتهى الحكم إلى عدم وجود إرادة ضمنية للأطراف فى هذا الشأن وبالتالى فالأمر يتعلق بالإرادة المفترضة.

فالمحكمة لم تحدد القانون واجب التطبيق وفقاً لما كان يريده الأطراف أو يفكرون فيه وإنما بالاستناد لمعيار موضوعى وفقاً لظروف المسألة محل النزاع.

وقد أشار الحكم إلى أن العقود التى تبرمها الدولة تخضع - عالمياً -لقانون هذه الدولة، ما لم يثبت العكس، وقد أشار الحكم فى ذلك إلى حكم محكمة العدل الدولية الدائمة فى ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩. وبالرغم من ذلك قرر أنه بالنسبة للمسائل غير المستندة إلى القانون السعودى، فيتعين البحث عن أكثر الأنظمة القانونية اتفاقاً مع طبيعة العلاقات التى ترتبها على عاتق الأطراف بتطبيق قانون الدولة ذات الصلات بالطبيعة الفعلية الأوثق حتى يتفق القانون واجب التطبيق مع الطبيعة الاقتصادية التى يجب أن يحققها العقد، وذلك أخذاً بأكثر الاتجاهات تطوراً فى القانون الدولى الخاص وهو ما عبرت هيئة التحكيم عنه بالحلول الغالبة فى القضاء الإنجليزي والسويسري.

وإنتهت إلى إخضاع المسائل المتعلقة بالقانون العام كقاعدة عامة للقانون السعودى، وعند الضرورة يكمل هذا القانون بمبادئ القوانين الدولية والعادات المتبعة فى صناعة البترول والمعطيات البحتة لعلم القانون. باعتبار أن هذه العادات وتلك المبادئ تكمل قانوناً وضعياً غير كامل.

ومن الممكن الالتجاء إلى مبادئ تفسير المعاهدات وإتباعاً لتفسير عقود القانون الخاص. و انتهت هيئة التحكيم إلى أن عقد إستغلال البترول الممنوح لأرامكو لا يترتب عليه تقييد حرية الحكومة السعودية بشأن وسيلة نقل بترولها إلى الخارج.

وبالتالى، فإن عقد السعودية مع أوناسيس لا يمس بحقوق شركة أرامكو. واستندت هيئة التحكيم فى ذلك أيضاً إلى احترام الحقوق المكتسبة باستخلاصها من القضاء الدولى وأحكام محاكم التحكيم الدولية.

فإذا كانت هيئة التحكيم قد صرحت بتطبيق القانون الدولى العام بالنسبة لمسائل الإجراءات، فهى لم تصل لنتيجة مختلفة عن ذلك بالنسبة لموضوع النزاع.

المصدر : التحكيم الدولي الخاص
الدكتور :ابراهيم احمد ابراهيم
استاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص،
كلية الحقوق، جامعة عين شمس
الطبعة الرابعة ٢٠٠٥ وما قبلها

مصطلحات قانونية

إعداد : أسرة التحرير

الوسائل البديلة لفض المنازعات ADR (Alternative Dispute Resolution)، أو الطرق المناسبة لفض المنازعات كما تسمى في الوقت الحاضر Appropriate Dispute Resolution، ويعبر عنها أحيانا «فض المنازعات» DR

Dispute Resolution، و هي تلك الآليات التي يلجأ لها الأطراف عوضاً عن القضاء العادي عند نشوء خلاف بينهم، بغية التوصل لحل لذلك الخلاف.

تنقسم طرق فض المنازعات الملائمة أو البديلة ADR إلى أقسام متعددة تختلف تبعاً لأساس التقسيم، ولعل أفضل تقسيم لها هو تقسيمها من حيث التدخل Intervention من قبل طرف ثالث في النزاع، ووفق هذا التقسيم تنقسم هذه الطرق إلى من بينها .

١ـ المفاوضات (Negociation):

المفاوضات أو التفاوض هو آلية لتسوية النزاع قائم على الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين سعياً لحل الخلاف، ولا يحتاج التفاوض إلى أي طرف ثالث، بل يعتمد على الحوار بين الطرفين مباشرة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تمثيل المتنازعين بواسطة محامين أو وكلاء لهم، إذ لا يغيّر ذلك من طبيعة التفاوض، ما دام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار عن موكليهم.

٢ـ الوساطة (Médiation):

وهي مرحلة متقدمة من التفاوض تتم بمشاركة طرف ثالث (وسيط)، يعمل على تسهيل الحوار بين الطرفين المتنازعين ومساعدتهما على التوصل لتسوية، إذن فهي آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين طرفين متخاصمين بحيث يعمل هذا المحايد على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتسهيل التواصل بينهما وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع.

وتتخذ الوساطه أشكالاً عديدة منها ما يلي:

أ - الوساطة البسيطة (Simple mediation) وهي التي تقترب من نظام التوفيق في وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات نطر المتنازعين .

ب - وهناك الوساطة تحت شكل قضاء صوري وهي التي يتم فيها تشكيل هيئة يرأسها الوسيط تضم وكلاء عن أطراف النزاع و ذلك للوصول إلى حد مقبول من الطرفين.

ج - وهناك الوساطة الاستشارية (Mediation-Consultation) وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير استشارته أولا في موضوع النزاع ثم يطلبون منه بعد ذلك تدخله كوسيط لحل النزاع.

د- وهناك وساطة التحكيم (Mediation-Arbitration) وهي التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمته في الوساطة.

هـ - الوساطة القضائية (Judicial-Mediation) وهي المعمول بها في النظم الانجلوسكسونية حيث تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض اقتراح على الأطراف باللجوء بداية إلى الوساطة، وذلك كما هو الحال في النظام المعروف بإسم Summary Jury Trial حيث يقوم المحلف المدني (Civil Jury) قبل الجلسة الرسمية بشرح مختصر

عبد الحميد الأحدب، منازعات الملكية الفكرية،ورقة عمل مقدمة لمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي في ندوة حول «التراخيص في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها» ٩ – ٢٠ مارس ١٩٩٨ + د. أحمد أنوار ناجي مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات .

للأطراف عن الموقف في الدعوى، ويتوصل معهم إلى إصدار حكم في شكل رأي (Advisory Verdict) يكون بمثابة الأساس الذي تقوم عليه المفاوضات في الوساطة.

٣- التقييم الحيادي المبكّر (Early Neutral Evaluation):

ويتم التقييم الحيادي المبكر من خلال عرض الأطراف (أو محاميهم) لخلافهم أمام طرف محايد ذي ثقافة قانونية واسعة (محام أو قاضٍ سابق) يتمكن من تقييم القضية المعروضة، وبعد أن يلتقي المحايد بالطرفين مجتمعين، يلتقي بكل طرف على حدة ليستمع منه عن التفاصيل المتعلقة بالوقائع والأحداث محل الخلاف، كما يستطيع الأطراف تقديم بياناتهم الخطية أمام المحايد وفي النهاية، يصدر المحايد قراراً يبين من خلاله المراكز القانونية لكل طرف، ولا يكون رأي المحايد هنا ملزماً للأطراف، إذ لا يجبر أي منهم على الأخذ به. وفي الغالب، يأخذ المحايد بعد إصدار «قراره» دور الوسيط، إذ يعمل على محاولة تقريب وجهات النظر بين الطرفين بعد أن بين لهما مراكزهما القانونية، ويطلق على هذه الآلية أيضاً تسمية (التحكيم غير الملزم).

٤- مختصرات هامة - انظر الجدول:

الاسم		الاختصار
آسيان	رابطة أمم جنوبي شرقي آسيا	ASEAN
إكوواس	الجماعة الاقتصادية لدول غربي أفريقيا	ECOWAS
يوروبول	مكتب الشرطة الأوروبي	EUROPOL
إنتربول	المنظمة الدولية للشرطة الجنائية	INTERPOL
يونيب	برنامج الأمم المتحدة الإنمائي	UNDP
يونيسيف	منظمة الأمم المتحدة للطفولة	UNICEF
يونوديسي	مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة	UNODC

المعجم القانوني

إعداد : أسرة التحرير

م	عربي	فرنسي	انجليزي
١	التحكيم	Arbitration	Arbitration
٢	التحكيم الإلزامي	Mandatory Arbitration	L'arbitrage Obligatoire
٣	التحكيم الإختياري	Voluntary Arbitration	L'arbitrage volontaire
٤	التحكيم القضائي	Judicial Arbitration	L'arbitrage judiciaire
٥	التحكيم الخاص	Ad-Hoc	L'arbitration Privé
٦	التحكيم المؤسسي	Institutional Arbitration	L'arbitrage institutionel
٧	المفاوضات	Negotiation	Negotiation
٨	الوساطة	Mediation	Mediation
٩	التوفيق	Conciliation	Conciliation
١٠	فض المنازعات	Despute Resolution	Résoudre les disputer
١١	منظمة	Organization	Organization
١٢	اتفاقية نموذجية	Model Convention	Accord-type
١٣	الخصوم	Rivals	Rivals
١٤	الاستثمار	Investment	Investissement
١٥	الاتجار بالبشر	Trafficking in persons	Le Trafic des personnes

النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية

إعداد : أسرة التحرير

تمتد الولايات المتحدة الأمريكية على مساحة شاسعة وتتنوع تضاريسها الطبيعية ما بين جبال ووديان وهضاب وسهول وصحراء تمتد على طول الخط الفاصل بين واشنطن شرقا، وسان فرانسيسكو غرباً، ويصدق هذا التنوع على النظام القضائي الأمريكي فلا يضمه هيكل قضائي أو حكومي واحد، وإذا ما أردنا الدقة في التعبير فإنه لا وجود هناك لما يدعى بالنظام القضائي الأمريكي بل أن هناك نظماً متعددة يستقل كل منهما عن الآخر، كما أن هناك مصادر متعددة للقانون الأمريكي، وكثيراً ما يطلب من المحاكم التي تنتمي إلى أحد النظم القضائية أن تطبق القوانين التي أصدرها نظام آخر وتتولى تفسيرها، أضف إلى ذلك أنه في كثير من الأحيان يقع ازدواج أو تطابق في الاختصاص القضائي فيما يتعلق بالقضية ذاتها بين نظامين أو أكثر من النظم القضائية، وتلتقي هذه الظروف وغيرها لتشكل المنظومة القانونية الأمريكية التي تتسم بالتعقيد الذي لايوجد له نظير .

ويعد الخط الفاصل ما بين قضاء الولايات والقضاء الفيدرالي هو العامل الأعظم الذي تنقسم بموجبه الساحة القضائية الأمريكية، وهو يستند إلى دستور الولايات المتحدة الأمريكية الذي يقضي بإقامة الحكومة الفيدرالية في عام ١٨٧٩ « لتشكل من الولايات القائمة اتحاداً ينشد الكمال » وتتعايش الحكومة الفيدرالية وحكومات الولايات، فيخول للحكومة الفيدرالية سلطات واسعة يتسع مداها، وتحتفظ الولايات لنفسها بما تبقى من سلطات، ولكل ولاية من هذه الولايات نظام للمحاكم يخصها من دون غيرها، يتسم بالاستقلالية والاكتفاء الذاتي.

وتضم الولايات المتحدة الأمريكية حالياً خمسين ولاية، ومن ثم يوجد فيها خمسون نظاماً قضائياً للولايات، وهناك نظم قضائية قائمة بذاتها توازي نظم القضاء بالولايات في إقليم كولومبيا وفي بورتوريكو التابع للكومنولث، كما توجد محاكم إقليمية في فيرجينا أيلاندز وجوام وساموا الأمريكية وجزر ماريانا الشمالية، وتمتد هذه المحاكم الأمريكية على مساحة شاسعة من الساحل الشمالي الشرقي بولاية مين إلى جزر المحيط الهادي البعيدة، ومن بورتوريكو إلى آلاسكا .

وتمثل النظم القضائية الفيدرالية والنظم القضائية للولايات الخمسين شكلاً هرمياً، وتتشابه هذه النظم في سماتها العامة، غير أنها تختلف في تفصيلات إدارتها وعملها وتشغل قاعدة الهرم محاكم الموضوع وتعتلي القمة المحكمة العليا في حين تتوسطه محكمة الاستئناف الاتحادية، وتليها محاكم المقاطعات، كما توجد بعض الوكالات الإدارية التي يجرى نوع من التقاضي أمامها قبل اتخاذ القرارات الإدارية .

وعلى العموم يقوم النظام القضائي الأمريكي على ثنائية المحاكم «المحاكم الاتحادية ومحاكم الولايات»، وتتشكل المحاكم الاتحادية من المحكمة العليا Supreme Court Of The United States وهي أعلى سلطة قضائية في الولايات المتحدة الأمريكية، وتتكون من تسعة قضاة Justices يعينون مدى الحياة بقرار من رئيس الجمهورية وبموافقة مجلس الشيوخ Advice and Consent ويعين واحد من التسعة كبيراً للقضاة Chief Justice وتعقد المحكمة جلساتها ابتداء من يوم الاثنين الأول

من شهر أكتوبر من كل عام، ويستمر العام القضائي حتى شهر يونيو، وتفصل المحكمة خلال العام القضائي في حوالي ٢٢٠٠ قضية، وفي معظم هذه القضايا تكتفي المحكمة بتقرير أن الطعن مرفوض إما لأنه غير سليم وإما لأن الأسباب التي بني عليها لا تستحق أن تعرض للمناقشة، واختصاص المحكمة العليا ليس قاصراً على الطعون المرفوعة بشأن الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف الاتحادية بل تشمل أيضاً الطعون في أحكام محاكم المقاطعات .

ثم نجد كذلك محاكم الاستئناف الاتحادية Circuit Courts Or Court Of Appeal وهي إحدى عشرة محكمة استئناف، ويتحدد اختصاصها (يطلق على الاختصاص لفظ Circuit،أي الدائرة التي يشملها اختصاص محكمة الاستئناف) بثلاث ولايات أو أكثر ما عدا محكمة استئناف منطقة كولومبيا التي تقع فيها واشنطن العاصمة الاتحادية،وتشكل كل محكمة استئناف من عدد يراوح بين ثلاثة وتسعة قضاة بحسب كمية العمل،ويرأس المحكمة أقدمهم في الخدمة ممن يقل سنهم عن ٧٠ سنة، وتختص المحكمة بنظر الاستئناف المرفوع عن أحكام محاكم المقاطعات District Courts في دائرتها أو الطعون المرفوعة من قرارات بعض الوكالات الفيدرالية Fideral Admenistiative Agencies لخطأ في القانون، وفي آخر الهرم القضائي الاتحادي توجد ٩٢ محكمة مقاطعة «أول درجة»، ويوجد في كل ولاية محكمة مقاطعة على الأقل،وفي بعض الولايات توجد اثنتان أو ثلاث، وفي ولايتي نيويورك وتكساس توجد أربع محاكم، وتتألف كل محكمة من قاضٍ إلى ٢٤ قاضياً بحسب كمية العمل، ويرأس المحكمة أقدم القضاة في الخدمة ممن يقل سنه عن ٧٠ سنة،وقد أنشأ الكونجرس محاكم خاصة Special Courts لأنواع معينة من القضايا كمحكمة الجمارك وبراءات الاختراع الاتحادية الاستئنافية المشكلة من خمسة قضاة يعينون مدى الحياة،وهذه المحاكم الخاصة تنظر في الاستئنافات التي ترفع عن أحكام محكمة الجمارك،ولجنة التعويضات الجمركية Tarrifs - Customs Court ومكتب براءات الاختراع Patent Office Customs Court، ويمكن الطعن في الأحكام الاستئنافية الصادرة من المحكمة الاستئنافية للجمارك وبراءات الاختراع أمام المحكمة العليا الاتحادية.

أما محاكم الولايات State Courts فهي تنشئها الولايات وتختص بجميع أنواع المنازعات عدا التي تدخل في اختصاص المحاكم الاتحادية.

لذلك فإن أغلب المنازعات القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية تنظرها محاكم الولايات، وقد أنشأت كل ولاية نظاماً قضائياً خاصاً بها، ولأنه لايوجد نموذج واحد فمن الصعب إعطاء تقرير ينطبق على جميع المحاكم في الولايات كلها، ففي كل ولاية يوجد نوع من المحاكم ذو اختصاص عام في كل المحليات، ويطلق على هذه المحاكم أسماء متعددة ويوجد منها ذو اختصاص محدد كالمحاكم الجنائية الخاصة ومحاكم الأحوال الشخصية ومحاكم الأحداث ومحاكم التركات والوصايا، كما توجد محاكم أقل درجة من المحاكم المحلية ذات الاختصاص العام، كمحاكم الصلح ومحاكم المرور أوالبلديات، ولايعرف النظام القضائي

الأمريكي نظام المحاكم التجارية ولانظام القضاء الإداري الموجود مثلاً بفرنسا .

وتوجد على رأس محاكم الولاية محكمة عليا تسمى في بعض الولايات Supreme Court وفي ولايات أخرى، كولاية نيويورك مثلا تسمى Court Of Appeals،وتشكل المحكمة العادية من سبعة قضاة، وقد تصل إلى تسعة ولاتقل عن ثلاثة منهم كبير القضاة،ونظراً لتزايد عدد الاستئنافات المرفوعة فقد أنشأت بعض الولايات محاكم وسطاً بين المحكمة العليا والمحكمة المحلية أطلق عليها Court Of Appeal Or Oppellate Court كذلك أنشأت ولايات أخرى عدداً من الدوائر في المحكمة العليا ذات اختصاص شامل لنظر الاستئناف مع وضع نصوص خاصة لمنع تضارب الأحكام.

ونظراً للتغيرات المستجدة اقتصادياً وسياسياً واجتماعياً فقد اهتم النظام الأمريكي اهتماماً غير مسبوق بالتخطيط لمستقبل السلطة القضائية، فقد أسست العديد من الولايات «لجاناً لبحث مستقبل المحاكم»،وقد أوصى التقرير الصادر عن لجنة دراسة المحاكم الفيدرالية في أبريل عام ١٩٩٠ بتأسيس كيان يرمي إلى التخطيط على المدى البعيد لمستقبل الهيئة القضائية الفدرالية، كما أن التنوع في الاتجاهات والتغيرات النشطة في المجتمع الأمريكي سيكون لها تأثير كبير على المحاكم، وتشمل تلك الاتجاهات والتغيرات الصعوبات البيئية المتزايدة، والتغيرات في بنية الأسرة والتنوع المتزايد فيما يتصل بتعدد الثقافات والأعراق، وتزايد الصبغة الدولية للحياة، ومن الصعوبة بمكان التنبؤ بتأثير هذه الأحداث وغيرها على المحاكم، كما يتوقع أن تلعب التطورات التكنولوجية دوراً متزايداً في أعمال المحاكم، فضلاً عن ظهور شبكة قومية متكاملة للإتصالات والمعلومات تقرب من النظم المختلفة لمحاكم الولايات والنظام الفيدرالي وستظل المحاكم الأمريكية هي كبرى المؤسسات التي تفصل في المنازعات العامة، فضلاً عن كونها الملاذ الأخير في حالة قصور الجهات الأخرى.

وظل القضاء هو الوسيلة الأساسية لحسم المنازعات ثم ظهر التحكيم كوسيلة بديلة وكان ذلك في عام ١٩٧٧ حيث كانت هناك دعوى عالقة أمام القضاء منذ ثلاث سنوات وكان هناك محامون ومرافعات وخبراء وجلسات ومستندات ونفقات خبرة ونفقات قضائية وأتعاب محامين، وأرهقت الدعوى الطرفين بالوقت والمصاريف ثم طرحت فكرة وسيلة بديلة لحسم هذا النزاع عن طريق محكمة مصغرة من كل طرف يختار كل واحد منهم أحد كبار موظفيه ممن له دراية ومعرفة بتفاصيل النزاع،ثم يختار الموظفان رئيساً محايداً .

وقد راقت الفكرة للطرفين،وأوقفت إجراءات المحاكمة القضائية وعقدت المحكمة المصغرة جلسة ليست إلزامية في شيء، واستمرت نصف ساعة أدلى بعدها رئيس المحكمة المحايد برأي شفهي لعضوي المحكمة، ثم دخل موظفا الطرفين (عضوا المحكمة) إلى غرفة جانبية فدخلا في مفاوضة استمرت نصف ساعة وخرجا ليعلنا اتفاقهما، وانتهت الدعوى على خير وسلام، ووقف نزيف الوقت والنفقات والرسوم والأتعاب.

وكانت ولادة ما سمي في الولايات المتحدة الأمريكية Alternative Disputes Resolution" وأختصرت وعرفت بالـA.D.R أي الوسيلة البديلة لحسم النزاع،وتطورت هذه الوسيلة وأخذت عدة اشكال، وانتشرت انتشاراً

واسعاً ولكن التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية، لم يعرف التقدم الذي وصل إليه في أوربا،لأن الأمريكيين مازالوا يجلون المؤسسة القضائية، ولم يسلموا بسهولة بعد بالتحكيم وقد أخذت وسيلة A.D.R في أمريكا عدة أشكال نختصرها فيما يلي:

١. المحكمة المصغرة :وتتلخص في أن النزاع يحال إلى هيئة مكونة من رئيس محايد وعضوين يختار كل من الطرفين المتنازعين واحداً منهما من بين كبار موظفيه، في مستويات الإدارة العليا ممن لهم دراية بتفاصيل النزاع، ويتولى العضوان اختيار الرئيس وإن لم يتفقا على شخص يعينه مرجح يكون متفقاً عليه سلفاً وتعتمد هذه الوسيلة على المفاوضات بغية الوصول إلى مصالحة فإن فشلت ذهب الطرفان إلى القضاء.

٢. وساطة ميتشغان أو المطرقة المخملية: وهي مجموع الإجراءات التي وضعتها وخصتها محكمة ميتشغان تلزم بها أطراف أي نزاع بإتباعها قبل عرض النزاع على المحكمة ووضعت المحكمة لائحة بعدد من الحقوقيين كوسطاء، ويقدم الوسطاء تقريراً إذا قبله الأطراف يصدر حكم محكمة ميتشغان بتثبيته فإذا رفض تُستأنف الدعوى سيرها أمام المحكمة وتصدر حكمها ثم يقارن بقرار الوسطاء فإن كان الحكم قد أعطى أكثر مما قررة الوسطاء بـ ١٠٪ فإن المدعي عليه يتحمل نفقات رسوم الدعوى وإن كان أقل تحمل كل فريق نصيبه من النفقات .

٣. الوسيط المحكم : وهو الوسيط الذي يعينه الطرفان، فإذا فشل في الوساطة تابع طريقه كمحكم يفصل في النزاع .

٤. (استئجار) قاضٍ :وهي في الحقيقة تكليف قاضٍ الفصل في النزاع، وانطلق هذا النظام في ولايتي كاليفورنيا ونيويورك حيث ينص على طلب تعيين محكم يكون عادة قاضياً متقاعداً ينظر في النزاع بصورة غير رسمية ويصدر فيه حكماً تلتزم المحاكم تنفيذه إذا وجدته مناسباً.

٥. التحكيم وفقاً لآخر عرض :وهذه الوسيلة مبنية على التحكيم وليس على الوساطة ولكن المحكمة التحكيمية ليست حرة في بحث النزاع بل هي مخيرة في تبني أي مطلب من مطالب طرفي النزاع كما هو دون زيادة أو نقصان.

وعلى الرغم من كل تلك الجهود والوسائل البديلة إلا أنه في خضم تعقيدات النظام الفيدرالي الأمريكي تظل محاكم الولايات والمحاكم الفيدرالية على وجه التأكيد هي المؤسسات التي تجسد مبدأ سيادة القانون مستمدة ذلك مما تنص عليه المادة الثالثة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٩ م.

المصادر:

١. دستور الولايات المتحدة الأمريكية.

٢. المحاكم الأمريكية، دانيال جون ميور - ترجمة الدكتور مصطفى رياض، الطبعة الأولى ١٩٩٩ نشر الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية - القاهرة.

٣. محاكم الاستئناف في الولايات المتحدة الأمريكية تأليف دانيال جون ميدور وجوردانا سيمون برنشتين، ترجمة د. مصطفى رياض الطبعة العربية الأولى ٢٠٠١ ،نشر الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية - القاهرة.

٤. مجلة مجلس الدولة المصري عن السنوات من العشرين حتى الخامسة والعشرين سنة ١٩٧٥.

عرض كتاب جرائم غسل الأموال على شبكة الانترنت. دراسة مقارنة

للدكتور/ عبد الله عبد الكريم عبد الله
عضو مساعد في مشروع مكافحة الفساد بالأمم المتحدة

يحوى هـذا الكتـاب على نحو مـا سطره المؤلـف في مقدمتـه إلقـاء الضوء على ظاهرة غسـل الأموال. باعتبارها جريمة مـن الجرائـم الاقتصاديـة الحديثـة . المرتبطـة بجرائم أخـرى والتي تطورت مع التطـور التكنولوجي، فقـد أصبح كل مـن الحاسب الآلي وشبكـة الانترنت من أدوات ارتـكاب هذه الجريمة، وخير دليل علـى ذلـك ظهور جرائـم غسـل الأموال وسرقـة المـال عبر الانترنـت عن طريق اختـراق مواقـع الحاسبـات الإلكترونية وسرقـة أرقـام بطاقـات الائتمـان واستعمالها،وهـو ماجعل هـذه الظاهرة تواجـه دولياً وإقليميـاً، ورغم الصعوبات التي تكتنـف اكتشاف وتشخيص عمليات غسـل الأمـوال، إلا أنهـا أصبحـت تمثل أولويـة لدى المشرع العربي سيما في ظل محاولاتـه للنهوض بالاقتصـاد وتنميـة المجتمع .

وقـد استهـدف الكاتـب بهـذه الدراسـة محاولـة التعريف بجرائـم غسل الأموال عبـر الانترنـت، وتحديـد نوعيـة هـذه الجرائـم وطبيعتهـا القانونيـة والإشارة إلى المخاطـر المترتبة عليهـا والتعرف علـى وسائـل مكافحتهـا، ومـدى كفايـة القوانيـن الحالية لمواجهة هذا النوع من الجرائم.

ومـن أجـل ذلـك تنـاول الدراسـة فـي بابيـن، جعـل الأول منهمـا للإطـار القانونـي العـام لجرائـم غسـل الأموال عبـر الانترنت،وخصص البـاب الثاني للإطـار القانونـي الوطنـي لمكافحة جرائم غسـل الأموال بالصورة التقليدية وعلـى شبكـة الانترنـت، وقد تـم تقسيم البـاب الأول إلـى ثلاثة فصـول، أوضح فـي الأول الإطـار القانونـي لجريمـة غسـل الأمـوال عبر الانترنـت "من حيث مفهومها،والخصائـص المميـزة لهـا والمراحـل اللازمة لإعدادهـا والوسائل المتبعـة فـي ممارستها"، وجـاء الفصل الثاني مبيناً للآثـار الناتجة عن عمليات غسل الأمـوال، وانتهى في الفصل الثالث إلى بيـان التحديات والممارسات العملية في مجال مكافحة هـذه الجرائم وأفضل الحلول المطروحة في هذا الشأن.

وفـي إطـار الفصل الأول عرض الكاتب خمسـة مباحـث أولهـا للتعريـف بهـذه الجرائم حيث أوضح إنه وإن كانت هناك عـدة تعريفـات لهـا إلا أنهـا تتفـق في المضمون وهو إظهار الأموال المتحصلة من جرائم الإتجار في مواد غير مشروعة مثـل المخـدرات والقمـار وكـذا جرائم الإرهـاب وغيرهـا فـي صـورة أمـوال مشروعـة المصـدر باستخـدام شبكـة الانترنـت كأداة لإخفـاء المصـدر غيـر المشروع التي تحصلت منه هذه الأموال،

وفـي المبحـث الثاني حصـر خصائص هذه الجرائـم في أن الكمبيوتـر هو أداة أرتكابها ووسيلة تنفيذها كما أنها ترتكب عبر شبكة الانترنت التي هي حلقة الوصل بيـن كافة الأهـداف المحتملـة التي تقع عليها الجرائم مثـل البنوك والمؤسسات الماليـة المختلفـة والبورصـات وغيرها مـن الأهداف التي يتم فيها خلط الأموال القـذرة بالأمـوال المشروعة كمـا تتسم هذه الجرائم أيضاً بأن مرتكبيها هم من ذوي الخبرة الفائقة في مجال الانترنت، وكذلـك فـإن هـذه الجرائـم لاحـدود جغرافية لها فهـي تتخطى بآثارها حدود الدول،وأخيراً فـإن هذه الجرائم لاتترك آثاراً لها بعـد إرتكابها، ويبين الكاتب في المبحث الثالث المراحل الثلاث التي تمر بها عمليـة غسل الأموال عبـر الانترنت، وأولاهـا هـي مرحلـة الإحـلال بقيـام غاسـل الأمـوال بإدخـال المتأتـي منهـا بطريق غيـر مشروع إلى النظـام المالي الإلكترونـي بإجـراء عمليـة بيـع وشراء إلكترونـي وتحويلات مصرفيـة الهدف منها التخلص من هذه الأموال بتحويلات مصرفية ونقلها من صورة أرصده نقدية إلـى مشتريـات، والمرحلـة الثانيـة هي

التغطية بطمس علاقة تلك الأموال مع مصادرها غير المشروعة من خلال القيام بعمليات مالية ومصرفية متتالية عبر الانترنت ثم تأتي المرحلة الثالثة وهي الدمج حيث يتم دمج الأموال المغسولة في الاقتصاد المتداول عبر الانترنت، وينتقل الكاتب في المبحث الرابع إلى الحديث عن طرق إرتكاب هذه الجرائم، وذلك بالاستخدام المتنوع للانترنت مثل المقامرة والعمليات المصرفية وغيرها من عمليات صرف العملات والتحويلات المالية والمضاربة في البورصات وذلك عبر المواقع الإلكترونية التي تخفي هذه الأنشطة مثل نوادي القمار التي اصطلح على تسميتها الكازينوهات الافتراضية لأنها لاتوجد إلا على الانترنت عبر مواقع ويب،كما يوجد نظام فيداوير "النظام الداخلي للمصرف الاحتياطي الاتحادي في الولايات المتحدة الأمريكية وكذا نظام شيبس وهو نظام المدفوعات بين المصارف التابعة لهيئة المقاصة في أمريكا، كما يوجد نظام "سويفت" في بلجيكا لنقل رسائل التحويلات عبر الحدود، وأيضاً يتم إبدال النقود ببطاقات إلكترونية تستخدم في عمليات الدفع الإلكتروني وكذلك إنشاء وشراء مؤسسات تجارية في أي من بلد التحصيل أو بلد الإيداع بحيث يجري الغسل من خلال شراء وبيع السلع والخدمات بطريقة صورية، ومن هذه الطرق كذلك استخدام بطاقات الائتمان الصالحة للصرف من المصارف حيث يقوم صاحب المال الملوث بصرف ماله من أي جهاز صرف آلي في بلد أجنبي ثم يتم تحويله إليه من فرع المصرف الذي أصدر البطاقة خصماً من حساب عميلة،كما ترتكب هذه الجرائم في المزادات وباستخدام محافظ النقود الالكترونية والصيرفة عبر الانترنت .

وفي المبحث الخامس يشرح الكاتب موقف الشريعة الإسلامية من جرائم غسل الأموال وخلص إلى أنه بالنظر إلى صور وأهداف هذا النشاط الإجرامي نجد أن فيه تعاون على الإثم والعدوان إذ أن الأموال محله ناتجة عن أمور محرمة وفي التعاون على إخفائها إلحاق ضرر بالمجتمع فضلاً عما في ذلك من معصية لولي الأمر وكذا إلحاق الضرر بالنظام المالي العام في المجتمعات كما أنه يمثل كذباً بإدعاء ملكية المال الحرام وكذا إفساد الذمم وفتح المجال للتحايل على الناس بما يؤدي إلى أكل أموال الناس بالحرام وغلاء الأسعار وتعريض حياة الناس للخطر .

ثم ينتقل الكاتب إلى الفصل الثاني من هذا الباب ليبين في مبحثين أولهما عن الآثار الناتجة عن عمليات غسل الأموال عبر الانترنت وثانيهما عن ارتباط هذه العمليات بالجريمة المنظمة وفي المبحث الأول يقول إن من أهم مخاطر عمليات غسل الأموال أنها قد تؤدي إلى انهيار الأسواق المالية من خلال لجوء بعض المستثمرين الذين لديهم قدرة كبيرة على شراء الأوراق المالية ليس بهدف الاستثمار ولكن من أجل إتمام مرحلة معينه من مراحل غسل الأموال قبل تهريبها إلى الخارج مرة أخرى وتقدر أرباح هذه الأنشطة غير المشروعة وفقاً لمصادر الأمم المتحدة بألف مليار دولار سنوياً يعاد ضخ هذا المبلغ في الاقتصاد العالمي بطرق مختلقة، كما أثبتت التقارير أن حجم الأموال التي يقوم مهربو المخدرات الدوليون بغسلها وتبييضها يزيد على ٢٠٠ مليار دولار، وهو ما ينتج عنه أن يقدم مرتكبو هذه الجريمة المنظمة إلى أطراف أخرى سواء أشخاص طبيعيين أو معنويين كافة المغريات للمساعدة والمساهمة في إتمام هذا النشاط بكافة السبل عبر شبكات الانترنت ويقع البعض في شرك الإغراء فالمطلوب بكل بساطه رقم

حساب واسم وعنوان ورقم الهاتف ورقم الشفرة وذلك لاستعمال هذه الوثائق لإجراء عمليات التحويل وهو ما يؤدي في النهاية إلى نتائج في غاية الخطورة والمتمثلة في عدم استقرار سعر الفائدة وأسعار الصرف بما يؤثر سلبياً على النمو الاقتصادي المحلي والدولي .

وفي المبحث الثاني من هذا الفصل يتحدث الكاتب عن نشاط منظمات الاتجار بالمخدرات والمنظمات الإجرامية والإرهابية في استغلال شبكات الانترنت لتحقيق أرباح غير مشروعة عبر أنشطة غسل الأموال مستغلة في ذلك ما توفره شبكة الانترنت من فرص السرية لإخفاء ما تقوم به من أعمال فضلاً عما تتيحه من مكنة التغلل في المؤسسات المالية وممارسة النفوذ عليها .

وينتقل الكاتب بعد ذلك إلى التحدث في الفصل الثالث من ذات الباب الأول عن التحديات والممارسات العملية في مجال مكافحة غسل الأموال عبر الانترنت وأفضل الحلول المطروحة في ثلاث مباحث خصص الأول لبيان هذه التحديات وهي كثيرة سواء المتصل منها بالشق التقني أو الخاص بالشق الإجرائي فمنها ماهو مرتبط، بأدلة هذه الجريمة إذ أنها لاتترك أي آثار مادية في مسرح الجريمة كما أن مرتكبوها يملكون القدرة على اتلاف أو إضاعة الدليل في فترة قصيرة، ومنها كذلك ماهو مرتبط بإجراءات التفتيش وصعوبة إجراؤه، وأيضاً التحديات المرتبطة بإجراءات الضبط و وأخيراً التحديات المتعلقة بمسائل الاختصاص القضائي بنظر الجريمة .

وفي المبحث الثاني سرد الكاتب بعض القضايا العملية في جرائم غسل الأموال عبر الانترنت وسبل مكافحتها، تمثلت في سرقة بيانات الحسابات المصرفية وبطاقات الائتمان من قبل محترفي اختراق الشبكات، وقيام عصابات غسل الأموال بإخفاء أموالهم غير الشرعية عبر متاهة هذه الحسابات المصرفية على الشبكة العالمية، كما ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية بدائل للعملات الورقية التقليدية فقدمت شركة "أي جولد المحدودة "عملة رقمية بديلة يطلق عليها (الذهب الإلكتروني) والتي لا يحتاج فتح حساب لدى موقع الشركة إلا عدة نقرات على الموس الخاص بالكمبيوتر ثم يتم تحويل وحدات الذهب الإلكتروني بعد ذلك إلى أموال تقليدية بنفس النظام، وعن هذا الطريق أيضا تتم عملية غسل الأموال دون الكشف عن هوية العميل، ويقول الكاتب أن عدد الحسابات المسجلة لدى هذه الشركة بلغ ١,٢ مليون حساب تمت من خلالها تحويلات بقيمة ١,٥ مليار دولار في عام ٢٠٠٥، وكما أظهرت تقارير صندوق النقد الدولي أن حجم تجارة غسل الأموال تراوحت ما بين ٩٥٠ مليار دولار، ١,٥ ترليون دولار، وانتقل الكاتب في المبحث الثالث إلى بيان بعض الحلول العملية لمكافحة هذه الظاهرة الإجرامية ببيان الإجراءات المتطلبة لهذه المكافحة، وتلك المتعلقة بضبط وتفتيش أنظمة الكمبيوتر وعمليات التفتيش التي تتم عبر شبكة الانترنت وذلك في مطلبين في أولهما أوضح ما يراه لازماً من اتخاذ وسائل الحيطة والحذر في تعامل البنوك مع الأنشطة المصرفية التي تتم عبر الانترنت، وضرورة قيام المصارف بتدابير عملية للكشف عن محاولات غسل الأموال فيها ومراقبة جميع التعاملات الإلكترونية وذلك من خلال وجود سياسة مصرفية عامة يقوم على تنفيذها إدارات وموظفون مدربون للمراقبة في هذا الخصوص وتعميمها على كل المصارف ووضع برامج ومراجعات دورية للتأكد من مدى فاعلية السياسات المتبعة في المصرف لكشف غسل الأموال عبر الانترنت، وامتناع المصارف عن فتح حسابات يبدو منها أنها وهمية أو غير شرعية، فضلا عن وجود سياسة واضحة

للتأكد من بيانات وهوية العملاء وذلك في ظل قوانين صارمة تساعد على منع غسل الأموال في المصارف، وبين المؤلف بعد ذلك في المطلب الثاني بعض الحلول العملية فيما يتعلق بضبط وتفتيش أنظمة الكمبيوتر وعمليات التفتيش التي تتم عبر شبكة الانترنت.

وفي الباب الثاني من الكتاب شرح الكاتب الأطر القانونية لمكافحة غسل الأموال في المنطقة العربية ثم تحدث عن الجهود الدولية المبذولة في هذا الشأن . وقد اختار في الفصل الأول من هذا الباب كل من لبنان وسوريا والأردن ففصل القواعد في قوانين مكافحة تبييض الأموال في هذه الدول ثم ينتقل في الفصل الثاني إلى الحديث عن مكافحة غسل الأموال في الدول الأفريقية مثل مصر وليبيا وتونس والسودان مبينا القواعد الإجرائية والموضوعية الواردة بالقوانين المصرفية لمواجهة هذه الجريمة، وبعد ذلك يخصص الفصل الثالث من هذا الباب لمكافحة غسل الأموال في بعض التشريعات الأوربية. قاصراً الأمر في هذا الصدد على مواجهة التشريع السويسري لهذه الجريمة ويقول الكاتب في هذا الخصوص إن ظاهرة غسل الأموال وإن بدأت في الولايات المتحدة الأمريكية إلا أنها انتقلت إلى دول أوربا عندما نُهب احتياطي الذهب في عشرة بنوك مركزية في هذه الدول عندما قام الجيش الألماني باجتياحها في الحرب العالمية الثانية،وقدرت الأموال المنهوبة بما يزيد على العشرة مليارات دولار تقريباً، وكان جزءاً كبيراً من هذه الأموال المنهوبة بأسماء أشخاص بارزين في النظامين النازي والفاشي وتم تحويلها إلى حسابات شخصية في أمريكا اللاتينية ودول النظام الشيوعي حيث انقطعت الصلة تماما بين تلك الأموال ومصادرها غير المشروعة، ويوضح الكاتب أنه على صعيد الجهود السويسرية في مكافحة غسل الأموال فقد أصدرت الحكومة السويسرية في عام ١٩٨٨ القانون المتعلق بغسل الأموال ومنذ ذلك الحين تم وضع قيود شديدة على الإجراءات المتبعة من قبل الشركات المالية والبنوك لمكافحة غسل الأموال،وقد بين الكاتب في المبحث الأول من هذا الفصل مفهوم غسل الأموال في التشريع السويسري وفي المبحث الثاني الشروط والالتزامات التي تضمنها القانون السويسري في هذا الموضوع، وانتقل المؤلف بعد ذلك إلى الفصل الرابع من هذا الباب موضحا فيه الجهود الجماعية الدولية لمكافحة غسل الأموال عبر الانترنت، ففي المبحث الأول تحدث الكاتب عن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية(اتفاقية فينا عام ١٩٨٨)، وأن هذه الاتفاقية تعتبر من أهم الجهود التي قامت بها الأمم المتحدة للمكافحة في مجال أنشطة المخدرات ثم انتقل الكاتب في المبحث الثاني إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (اتفاقية باليرمو ٢٠٠٠)، وأن الجمعية العامة أقرت ثلاثة بروتوكولات ملحقة بهذه الاتفاقية الأول والثاني منها خاصان بالاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين والثالث بالاتجار غير المشروع في الأسلحة النارية، ثم انتقل المؤلف في المبحث الثالث إلى إلقاء الضوء على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وكيف أنه يطيح باقتصاديات الدول، وأن هذه الاتفاقية عالمية النطاق اشترك في أعمالها التمهيدية ١٢٠ دولة بالإضافة إلى المنظمات الدولية حكومية وأهلية، وهدف الاتفاقية تحقيق التعاون القضائي بين الدول لمكافحة الفساد، وأضاف الكاتب بعد ذلك في المبحث الرابع اتفاقية المجلس الأوروبي لغسل الأموال لعام ١٩٩٠ وهي تسعى إلى تحقيق

هدفين رئيسين أولهما السعي إلى إكمال وثائق المجلس الأوروبي المتعلقة بالتعاون بين الدول حول المساعدة المتبادلة في المسائل الجزائية والصلاحية الدولية للأحكام الجزائية، والهدف الثاني يتمثل في الزام الدول بتبني إجراءات فعالة في قوانينها المحلية لمكافحة الجرائم الخطيرة وحرمان المجرمين من أرباحها، ثم يتحدث الكاتب بعد ذلك في المبحث الخامس على توجيهات المجموعة الأوربية لمكافحة غسل الأموال في عام ١٩٩١، وذلك بحث الدول الأعضاء على سن القوانين لحظر غسل الأموال، وزيادة التعاون بين الدول الأعضاء في التحقيق والمقاضاة المتعلقين بغسل الأموال وفرض عقوبات على المؤسسات المالية التي ترفض الالتزام بهذه التوجيهات، ثم تحدث الكاتب في المبحث السادس عن تقرير لجنة العمل المالية "FATF" المشكلة بناء على اجتماع مجموعة الدول السبعة الكبار المنعقد بباريس عام ١٩٨٩ وحددت مهامها في وضع سياسات وخطوات فعالة لمكافحة غسل الأموال، وقد تضمن تقرير هذه اللجنة العديد من التوصيات أهمها ضرورة تجريم غسل الأموال، ورفع السرية عن أعمال البنوك، وضرورة الإبلاغ عن الصفقات المشبوهة،والاهتمام بتدريب موظفي المؤسسات المالية في هذا الشأن، فضلا عن تشجيع تبادل المعلومات في هذا المجال التي تساعد على مكافحة هذه الجريمة.

وعرض الكاتب بعد ذلك في المبحث السابع إلى بيان لجنة بازل حول غسل الأموال ١٩٨٨ وما أصدرته هذه اللجنة من توصيات تضمنت العديد من المبادئ التي يتعين على المصرفيين في المؤسسات المالية إتباعها حتى يتم السيطرة على ظاهرة غسل الأموال.

وانتهى الكاتب بعد ذلك في خاتمة مؤلفه إلى أن عملية غسل الأموال تأتي في مقدمة الأنماط الحديثة للجريمة سواء على النطاق المحلي أو الإقليمي أو الدولي، مستغلة في ذلك التطورات المتلاحقة في تقنيات المعلومات والاتصالات وانتشار الفساد المالي والإداري الذي أصبح مصدراً للأموال غير المشروعة إلى جانب كونه أحد العوامل المساعدة في تسهيل غسل الأموال خاصة مع صعوبة إجراءات تعقب وضبط ومصادرة الأموال ذات المصدر الإجرامي، مما دعى الدول إلى المشاركة بفاعلية في الجهود الدولية لمكافحة عمليات غسل الأموال حيث أصدرت معظمها تشريعات وطنية لمكافحة عمليات غسل الأموال، كما أنه يوجد مشروع الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب ويتم إعداده حاليا تحت مظلة جامعة الدول العربية وسيعد تتويجاً لتلك المجهودات، ويعرض الكاتب في هذه الخاتمة ما يراه من بعض التوجيهات المتطلبة في جهود مكافحة غسل الأموال عموماً وغسل الأموال عبر الانترنت خصوصاً وذلك بتوفير الأطر القانونية الخاصة بمكافحة هذه الظاهرة، وتدعيم الأجهزة الرقابية المسبقة واللاحقة اللازمة لهذا الأمر، والتزام المؤسسات المالية من التحقق من هوية الأشخاص خاصة اللذين يتعاملون في الأموال ذات الحجم غير الطبيعي، وإبلاغ الجهات المسئولة عن العمليات المشكوك فيها، وإعطاء المصرف المركزي دوراً رقابياً وتوجيهياً في مكافحة غسل الأموال، ونشر الوعي والثقافة الخاصة بالأمور الاقتصادية والمالية، والعمل على الوصول إلى اتفاقية دولية فعالة لمكافحة جرائم غسل الأموال بمختلف صورها، وضرورة تفعيل التعاون الدول فيما يتعلق بهذه المكافحة، والاستفادة القصوى من تجارب بعض الدول المتقدمة التي حققت نتائج جيدة في هذا الحقل.

صكوك الإجارة الحكومية الإسلامية
(دراسة في التأصيل القانوني)

محمد مبارك البصمان
وكيل نيابة

أطروحة مقدمة لكلية الدراسات العليا لاستيفاء جزء من متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص.

تناولت في هذه الرسالة موضوعاً حديثاً ظهر في رحاب الفقه الإسلامي، وتحديداً في النشاط المصرفي الإسلامي، محاولاً تأصيله من الناحية القانونية، وهذه مهمة ليست بسيطة لطالب علم في بداياته، لكن بعد فضل الله كان لمشرف البحث الأستاذ الدكتور أحمد عبدالرحمن الملحم فضل كبير في إنجازه. والهدف من الصكوك الإسلامية بصفة عامة وصكوك الإجارة الحكومية التي هي محل دراسة بنك الكويت المركزي هو توفير أداة تمويل ورقابة يمكن أن تحل بديلاً عن السندات ذات الفائدة الثابتة التي تحرمها الشريعة الإسلامية.

وقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى فصل تمهيدي وفصلين آخرين، كان الحديث في الفصل التمهيدي منه عن ماهية صكوك الإجارة الإسلامية من خلال تعريفها، وذكر مميزاتها وأهميتها، وبعد ذلك ذكرت صور صكوك الإجارة الإسلامية من صكوك منافع أعيان مؤجرة أو موصوفة في الذمة، إلى صكوك منافع أعمال أو خدمات معينة أو موصوفة في الذمة، وكانت التطبيقات المعاصرة لصكوك الإجارة الإسلامية نهاية للفصل التمهيدي، وبعد ذلك خصص الفصل الأول لصكوك الإجارة الحكومية الإسلامية الكويتية من خلال الحديث عن دور البنك المركزي في الرقابة على الجهاز المصرفي في الدولة، ومن ثم تحدثت عن ماهية صكوك الإجارة الحكومية الإسلامية وآلية تنفيذها وما قد ينشأ من علاقات عنها، وكان ختام الفصل الأول للأجرة في صكوك الإجارة الحكومية الإسلامية والمستفيد منها وكيفية تداول تلك الصكوك. وجاء الفصل الثاني ليتناول الأساس القانوني والمصادر القانونية للصكوك الإسلامية وتكييفها القانوني.

أما ما يتعلق بأهم النتائج والتوصيات التي خرجت بها من خلال هذا البحث فهي:

أولاً: أن فكرة التصكيك تزيد عمليات التمويل بالإجارة أهمية كبرى ومرونة واسعة، حيث تستقطب الكثير من رؤوس الأموال من خلال مشاركة المئات بل الألوف في العملية ذاتها.

ثانياً: مصطلح صكوك الإجارة مصطلح مركب تركيب إضافة، وهو موضوع حديث سواء في رحاب الفقه الإسلامي أو في رحاب القانون الوضعي.

ثالثاً: صكوك الإجارة هي أوراق مالية ذات قيمة متساوية يمكن تداولها، تمثل ملكية أعيان مؤجرة أو منافع أو خدمات، وهي قائمة على عقد الإجارة كما عرفته الشريعة الإسلامية.

رابعاً: إن أفضل النظم القانونية التي تناسب فكرة الصكوك الإسلامية وما تمثله من ملكية شائعة في الأصول محل الإصدار هو النظام القانوني القائم على فكرة الترست، وهو ما أخذت به مملكة البحرين التي تعد رائدة الصناعة المصرفية الإسلامية في المنطقة.

خامساً: الصكوك الإسلامية في دولة الكويت نشأت بين فراغ تشريعي سابق ومعالجة حالية ناقصة تمثلت في القرار الوزاري رقم ٣٨٨ لسنة ٢٠٠٧م.

سادساً: هناك قصور واضح في الأدوات الرقابية التي يمتلكها البنك المركزي، وخاصة علاقته مع البنوك والمصارف الإسلامية، الأمر الذي يقتضي البحث

عن المزيد من الأدوات التي يتمكن من خلالها البنك المركزي ممارسة الدور المطلوب منه تحقيقه بكل يسر وسهولة.

سابعاً: الحاجة شديدة نحو استخدام صكوك الإجارة الإسلامية أداة تقوم بالدور الذي تلعبه سندات الدين العام التي تحرمها الشريعة الإسلامية، كما يمكن أن تكون هناك صكوك إجارة قصيرة الأجل تحل محل أذون الخزينة بالنسبة للبنوك الإسلامية.

ثامناً: لا تحتاج صكوك الإجارة الحكومية الإسلامية إلى قانون خاص لإصدارها، حيث يمكن إصدارها بموجب الصلاحيات التي منحتها المادة (٣/٩٥) من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٧م في شأن النقد وبنك الكويت المركزي والمهنة المصرفية، كما أن سلطة البنك المركزي تمتد لتشمل أنواعاً أخرى من الصكوك الإسلامية.

تاسعاً: إيجاد معيار لتحديد الأجرة كما هو الحال بالنسبة لمعيار (لا يبور) لا يخالف أحكام الفقه الإسلامي بشروط قال بها جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية.

عاشراً: في الفقه الإسلامي سعة كبيرة تجعل منه أرضاً خصبة تنتج لنا العديد من المنتجات المالية التي يمكن الاستفادة منها في الحياة المصرفية والاقتصادية.

حادي عشر: الاتجاه نحو رحاب الاقتصاد الإسلامي دفع جانباً من القانونيين إلي البحث في الفقه الإسلامي، وهذا الأمر غاية في الأهمية، ومن شأنه صياغة الفقه الإسلامي بصورة جديدة كما سماها الدكتور مصطفى الزرقا (الفقه في ثوبه الجديد)، والكشف عن كنوزه، وذلك حتى تعود الفائدة بصورة عامة على النظم القانونية العالمية.

ثاني عشر: النقص التشريعي واضح في دولة الكويت من خلال المعالجة التي لا تتناسب مع الصكوك الإسلامية بصورة عامة، لذلك، فإن على المشرع الكويتي التدخل سريعاً لتنظيم هذه المسألة وما يتصل بها من مسائل سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، والاستفادة من تجارب الدول الأخرى وخاصة مملكة البحرين من خلال قانون العهدة المالية، ومن تجربة الإمارات العربية المتحدة في تنظيم الصكوك الإسلامية باعتبارها ورقة مالية، وتحديد أنواع الصكوك الإسلامية الممكن طرحها وتداولها.

ومن شأن التدخل التشريعي مواكبة ما يشهده العالم من توسع في إصدار الأدوات التمويلية المتفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، التي استطاعت الوصول إلى شرائح كان ورعها هو الدافع نحو عدم التعامل بسندات الدين التي تحرمها الشريعة الإسلامية.

ثالث عشر: يمكن استفادة المصارف غير الإسلامية من عملية إصدار الصكوك الإسلامية . وفي ذلك تهيئة للأجواء المناسبة أمام البنوك التقليدية حتى تتمكن من إنشاء شركات ذات مقر واحد تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية، بناء على ما نصت عليه المادة (٨٧) من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨م والمضافة بالقانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣.

كانت تلك أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال هذا البحث، وأرجو من الله أن أكون قد وفقت في عرض بعض جوانبها، وهي في غالبها من الأمور المستجدة التي ما زالت بحاجة إلى من يطرق أبوابها ويخوض في أغوارها من أساتذة وعلماء أفاضل يجمعون بين علم القانون وأحكام الفقه الإسلامي من خلال دراسات مقارنة، وهو ما دعا إليه العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية وشرائح القانون الوضعي وعلى رأسهم الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، رحمه الله.

مسودة الحكم بين الكمبيوتر والقلم؟!

المستشار / عبد المنعم إبراهيم
محكمة التمييز

الحكم القضائي كغيره من الأعمال الإجرائية، هو عمل شكلي، وأحد مظاهر هذه الشكلية كتابته، فالكتابة شرط جوهري في الحكم ولا قيمة له إذا لم يكن مكتوباً، وقد استلزم المشرع أن يكتب الحكم في مسودة مشتملة على أسبابه موقعاً عليها من رئيس الجلسة والقضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في المداولة (م١١٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية) على أن تكون هذه المداولة سرية بين القضاة مجتمعين (م ١١٢ مرافعات).

ومسودة الحكم ورقة من أوراق المرافعات، الأصل فيها أنها لا تعدو أن تكون قبل توقيعها مشروعاً للحكم يقوم القاضي بإعداده متضمناً عرضاً مجملاً لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم، وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري فضلاً عن أسباب الحكم ومنطوقه (م ١١٦ مرافعات).

وبعد المداولة السرية يوقعه هؤلاء القضاة ورئيس الجلسة، وهذا التوقيع هو مناط المداولة بينهم وشاهد صدق على أن عقيدة المحكمة استقرت على ما تمخضت عنه المداولة من أسباب مسطورة بالمسودة وأن منطوق الحكم هو ثمرة هذه المداولة، وبهذا التوقيع تكتسب المسودة قوامها القانوني بعد إيداعها عند النطق بالحكم، إذ لا يجوز حينئذ أن يجرى عليها أي تعديل فيما تتحدد به حقوق الخصوم، أما غير ذلك من وقائع وأسباب فالمحكمة لها حق التعديل إلى أن يتم تحرير النسخة الأصلية للحكم وتوقيعها.

وقد خلا قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية من نص حاسم يحدد آلية هذه الكتابة أو وسيلتها، إلا أن العرف القضائي قد جرى على أن يكون القلم الرصاص والورق هما آلية إفراغ صناعة الحكم وإظهار مشروعه وثمرته الأولى – مسودة الحكم- إلى الوجود، ولكن مع انتشار أجهزة الحاسب الآلي كتقنية من تقنيات العصر يثور البحث حول مدى جواز استخدامها في كتابة مسودة الحكم ومدى شرعية ذلك كطريق مقابل لكتابة المسودة بالقلم. والقضاة في ذلك مذهبان:

الأول: اتجه إلى عدم جواز كتابة مسودة الأحكام إلا بالقلم وبخط يد القاضي، ويستند هذا الرأي إلى ما يلي:

١. إن المشرع غاير في الأحكام بين مسودة الحكم وبين نسخته الأصلية، فالثانية تكتب بعد النطق بالحكم وتوقع فقط من رئيس الجلسة والكاتب، في حين تكتب الأولى قبل النطق بالحكم وتوقع من رئيس الجلسة وجميع القضاة الذين اشتركوا في المداولة، كما يجوز إعطاء صورة بسيطة من النسخة الأصلية في حين لا يجوز ذلك بالنسبة للمسودة، الأمر الذي لا يمكن معه القول بجواز كتابة مسودة الحكم بطريق الحاسب الآلي على غرار النسخة الأصلية.

٢. استقر العرف القضائي – وهو ملزم بوصفه قاعدة قانونية غير مكتوبة ألزم القضاة بها أنفسهم منذ القدم- على كتابة مسودة

الحكم بالقلم الرصاص بخط يد القاضي، وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها في الطعن رقم ٥٠٥ لسنه ٢٨ ق بجلسة ١٩٨٣/٦/٥ إلى أن تصوير مسودة حكم صادر في دعوى أخرى وإجراء التعديل اللازم عليه ليتناسب مع القضية الصادر فيها الحكم محل الطعن لا يفي بمفهوم المسودة الخطية التي أوجب المشرع في المادة ١٧٥ من قانون المرافعات المصري إيداعها عند النطق بالحكم، ورتبت المحكمة على ذلك بطلان الحكم.

٣. في كتابة الحكم بواسطة جهاز الحاسب الآلي هتك لسرية المداولة التي تمثل ضمانة مهمة للمتقاضين. إذ إن سرية المداولة لا تعني فقط عدم اشتراك غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وأصدروا الحكم فيها وإنما تمتد أيضاً إلى عدم جواز سماعها من جانب غيرهم أو التنصت عليها، ومعلوم أن أجهزة الكمبيوتر عرضة للاختراق واطلاع الغير على ما دون فيها من أحكام قبل النطق بها، والحذر يقتضي منا أن نحصن أحكامنا ضد احتمال هذا الاختراق الذي قد يحدث يوماً، وفي إباحة كتابة مسودات الأحكام بطريق الحاسب الآلي إتاحة الفرصة للإخلال بضمانة السرية، وهو ما يؤدي إلى بطلان الحكم.

٤. إن في كتابة مسودة الحكم بالقلم بخط يد القاضي توفير فرصة أكبر للقاضي للتأمل الهادئ في الموضوع الذي يعالجه والتفكير العميق فيما يسطره ومعاودة النظر مرة بعد أخرى فيما ينتهي إليه، وإن الكتابة بواسطة جهاز الحاسب الآلي بطريق اليد أو الحديث إليه لا تمكن القاضي من التركيز وترتيب أفكاره بالشكل الذي تستلزمه كتابة الأحكام، فلا يكون أمامه فرصة للتجويد والتأصيل دون أن يشغله عطل مفاجئ أو خلل يصيب الجهاز.

٥. اعتنقت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري هذا الرأي وأسانيده وذلك بجلستيها المنعقدتين في ١٩٩٩/٣/١٠، وفي ٢٠٠٦/٦/٧.

الثاني: يرى أنه لا تثريب أن تكتب المسودة بواسطة جهاز الحاسب الآلي ويوقعها القاضي أو القضاة الذين اشتركوا في المداولة بخط يدهم، وحجة هذا الفريق تتمثل فيما يلي:

١. خلو نصوص القانون مما يفيد وجوب قيام القاضي بتحرير مسودة الحكم بالقلم بخط يده، وأن المشرع لم يرتب البطلان على مخالفة ذلك، والقاعدة أنه لا بطلان بغير نص.

٢. إن قيمة المسودة تستمد من التوقيع عليها لا من وسيلة تحريرها ومن دون هذا التوقيع تضحي مجرد ورقة تحمل بيانات لا قيمة لها.

٣. إن المعنى اللغوي لكلمة مسودة هو كتابته للمرة الأولى لإعادة كتابته مبيضاً، ولم يشترط في ذلك طريقة أو وسيلة معينة للكتابة.

٤. اتجهت محكمة النقض المصرية في كُثر من أحكامها إلى أنه لا يوجد في القانون ما يلزم أن يحرر الحكم بخط يد القاضي

(طعن ١٩١١٧ لسه ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/١٠/١٤)، وأن الاستعانة بنموذج مطبوع في كتابة الحكم لا تبطله (طعن ٢٨٨ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٨/١/١٨، طعن ٥١٤ لسنة ١٩٥١ جلسة ١٩٨١/١٢/١٦).

٥. إن كتابة مسودة الحكم بطريق جهاز الحاسب الآلي لا يترتب عليها إفشاء أسرار المداولة، لأن هذا الإفشاء لا يكون إلا ممن كان حاضراً المداولة- من غير القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في إصدار الحكم- أو تنصت عليها والاطلاع على مسودة الحكم بعد تدوينها على الكمبيوتر- بفرض مكنة ذلك- يمكن أن يقع حتى لو كتبت المسودة بخط اليد، كما توجد العديد من الوسائل والإجراءات الأولية التي توفر الحماية الجدية الآمنة لجميع البيانات والمعلومات المخزنة بجهاز الكمبيوتر دون خبرة تقنية كبيرة أو أدوات برمجية خاصة فضلاً عن ظهور طرق أخرى أكثر تعقيداً لحماية المنطقة الأمنية لمعلومات الجهاز بدءاً من التحديد المكاني له، وإيقاف النظام بشكل مؤقت، وإخفاء شريط المهام وحفظ وطباعة أو نسخ الملفات الأصلية المهمة على أقراص مرنة أو مدمجة خارجية، وحذف الملفات المؤقتة عند نهاية الكتابة وقبل إغلاق الجهاز، ومروراً بأنظمة الوقاية واستخدام كلمات مرور سرية وصولاً إلى برامج السيطرة الداخلية ومداومة مسح الآثار الخاصة بالمستخدم وتشفير البيانات. خلاصة القول في هذا الشأن: إن السرية وإمكان هتكها لا علاقة لها في ذاتها بوسيلة الكتابة ما دامت هناك برامج للسرية تمنع غير القاضي كاتب الحكم من الاتصال أو الاطلاع أو استرجاع ما سطره بمسودة الحكم.

٦. أوجه المغايرة بين مسودة الحكم ونسخته الأصلية من حيث التوقيع أو إعطاء صورة بسيطة لا تقتضي حتماً وبطريق اللزوم مغايرة في وسيلة كتابة أي منهما.

٧. لا يجوز حرمان العدالة من استغلال القدرات الهائلة التي توفرها منظومات الحواسب الآلية المعاصرة في عصر يضخ بالمعلوماتية الإلكترونية في كل حيز، وإن استخدام هذه الحواسب من شأنه التيسير على القاضي في كتابة مسودة الحكم ومراجعتها.

وإذ عرضنا هذين المذهبين والحجج التي تساق دعماً لكل منهما على نحو ما سلف فإننا نرى أنه إزاء خلو القانون من نص يحدد وسيلة معينة لكتابة مسودة الحكم، هل هي بالقلم الرصاص وبخط يد القاضي أم أن القاضي يستطيع استخدام جهاز الحاسب الآلي في كتابتها؟ فإن القاعدة الأصولية في قانون المرافعات أنه لا بطلان إلا بنص، وإنه إعمالاً لما قررته المحكمة الدستورية في أحكامها في الطعون الخاصة بانتخابات مجلس الأمة عام ٢٠٠٨ من أن "نصوص القانون لا تصد عن التطور آفاقه الرحبة والأخذ بأسباب التقدم العلمي واستخدام نظام الحاسب الآلي في إنجاز الأعمال مسايرة للنظم العالمية المعاصرة

ومتابعة خطاها ومناهجها المتقدمة في استخدام التقنيات الحديثة "فلا شك أن في هذا المسلك المحمود من المحكمة ابتعاداً عن المغالاة في التمسك بالشكليات وتبسيطاً للإجراءات وتيسيراً للعمل دون إخلال بالضمانات الجوهرية وحقوق الخصوم، ومن ثم فليس ثمة ما يمنع من استخدام القاضي بنفسه جهاز الحاسب الآلي ليكتب بمعرفته لا بواسطة أحد غيره مسودة الحكم شريطة أن يتخذ من الاحتياطات التي تكفل السرية وعدم إمكان الغير التنصت أو الاطلاع عليها قبل النطق بالحكم، ولا نعتقد أن هذا أمر عسير بالنظر إلى أنه قد توفر لكثير من رجال القضاء -وخاصة شبابهم وهم كُثر- من الخبرة والدراية ما يمكنهم من استخدام جهاز الحاسب الآلي في الكتابة دون أن تصرفه هذه الوسيلة عن التأمل والتعمق في الفكر وتسلسله ولاسيما أن التأمل والتروي لا يرتبطان أساساً بأداة الكتابة بقدر ما يرتبطان بالملكات الذهنية لشخص الكاتب، فضلاً عما في استخدام جهاز الحاسب الآلي من سهولة التحرير والمراجعة والتعديل وإمكانية الرجوع إلى مسودات سابقة مخزنة على الحاسب للتأمل والمقارنة، كما أنه لا يخشى على السرية، لأن لكل جهاز مستويات عديدة للسرية فمن كلمة سر لفتح الجهاز وأخرى لمسئول النظام وكذلك لمستخدم النظام ثم لتنفيذ البرنامج وأيضاً لحفظ الملفات، فمع هذه المستويات من السرية يستحيل دون معرفة كلمة السر الخاصة بكل مستوى تشغيل الجهاز واستخدام البرامج والملفات الموضوعة عليه أو الاطلاع عليها.

ومن ناحية أخرى، فإنه لا يوجد نص يحدد وسيلة كتابة النسخة الأصلية أم يلزم أن تكون بالطباعة أو عن طريق الحاسب الآلي حتى يمكن القول بضرورة المغايرة بالنسبة لمسودة الحكم في هذه الوسيلة إن كان ذلك مفروضاً أصلاً، كما أن نص المادة ١٧٥ من قانون المرافعات المصري الذي استندت إليه المحكمة الإدارية العليا بمصر لم تقل صراحة أو ضمناً أن مسودة الحكم يجب أن تكون خطية بل قالت: إنه "يجب في جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم وإلا كان الحكم باطلاً".

وأخيراً، فإن التذرع بالعرف في أن المسودة تحرر بالقلم الرصاص وعلى ورق مردود بأنه إن صح القول مجازاً بأن ذلك يرقى إلى درجة العرف فمرجعه أنه نشأ في ضوء ما كان معروفاً فيما مضى من وسائل الكتابة ولم تكن التقنيات الحديثة قد ظهرت بعد، ولذلك لم يكن أمامهم سوى هذه الوسيلة، أما بعد أن أصبحت هذه التقنيات هي السائدة في التعامل في مختلف المجالات فلا يصح الوقوف مكتوفي الأيدي أمام عادة انقضت ضرورة التقيد بها ولا نأخذ بأسباب التقدم العلمي الحديث، ومعلوم أن الأعراف والعادات تتغير وفقاً لظروف الزمان والمكان.

ولا يعني هذا إلغاء وسيلة الكتابة بالقلم الرصاص بخط يد القاضي بل إن كلاً منهما وسيلة تزامل الأخرى ولا تزاحمها، وإن كنا نعتقد أنه في المستقبل – وهو ليس ببعيد- ستسود آلية جهاز الحاسب الآلي في كتابة مسودات الأحكام شأنها شأن جميع المجالات.

أهم المبادئ التي تضمنتها الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية في العامين القضائيين ٢٠٠٦/٢٠٠٧ - ٢٠٠٧/٢٠٠٨

إعداد: أسرة التحرير

أ- طلبات تفسير النصوص الدستورية:

• **طلب تفسير - محكمة دستورية (اختصاص):**

اختصاص المحكمة بتفسير النصوص الدستورية - هذا الاختصاص وإن أسند إليها بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣ الصادر بإنشائها إلا أن هذا القانون بما تضمنه من أحكام قد صدر إعمالاً لنص المادة (١٧٣) من الدستور الذي عهد إلى جهة قضائية مهمة تفسير الوثيقة الدستورية على نحو ملزم حسماً لأي خلاف في الرأي حول تفسير نص دستوري معين سواء كان ذلك بصفة أصلية أو تبعاً لطعن دستوري. الدستور لم يدع قيام تلك الجهة بهذه المهمة أمراً جوازياً للمشرع وإنما صار ذلك بموجب ما جرى النص عليه به أمراً مقضياً.

الدستور هو الذي جعل المحكمة الدستورية هي المختصة وحدها بتفسير نصوص الدستور، ولم يكن ذلك من صنع قانون إنشاء المحكمة وانفراد تلك المحكمة بالرقابة القضائية على دستورية التشريعات وتفسير نصوص الدستور هي وظيفتها الأصيلة وأسباب وجودها ضماناً لسيادة الدستور في البلاد وخضوع سلطات الدولة لقواعده وحدوده وتقيد كل سلطة بما فرضه على نشاطها تثبيتاً لدعائم الشرعية وموجباتها. الدستور خلا من نص صريح يخول أية جهة القيام بتفسير النصوص الدستورية عدا الجهة القضائية المشار إليها وذلك توكيداً لاختصاصها بالتفسير دون سواها. قانون إنشاء المحكمة حرص على أن يكون استنهاض اختصاصها في شأن تفسير النصوص الدستورية بناء على طلب يقدم إليها في هذا الصدد من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء مع قصر هذا الطلب عليهما فقط دون غيرهما من الجهات والأشخاص مؤكداً المشرع بذلك الحرص على التضييق ما أمكن في هذا الأمر إلا عندما تقتضيه ضرورة وأهمية، وتكون النصوص الدستورية قد أثار تطبيقها خلافاً في مضمونها أو آثارها يكون مستعصياً على التوفيق متصلاً بها متعلقاً بمعناها ودلالتها أفضى إليه تعدد تأويلاتها وتباين الآراء بين صورتها اللفظية وجوانبها التطبيقية لتباشر المحكمة اختصاصها باستكناه معناها واستخلاص دلالتها وإيضاح ما غمض منها وغُم فهمه حتى لا يبقى أمر هذه النصوص على هذا الغموض والإبهام ملتبساً، وحتى لا يبقى تطبيق صحيح حكم هذه النصوص عاطلاً خلوصاً إلى تحديد مفهومها تحديداً جازماً ملزماً للكافة نافذاً في شأن السلطات العامة على نحو لا يقبل جدلاً أو تعقيباً؛ وذلك استقراراً لمدلولها.

• طلب تفسير. محكمة دستورية اختصاص (طبيعته):

طلب تفسير – المحكمة فيما تباشره من اختصاص في هذا الصدد لا يعد تحكيماً في نزاع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وليس من شأنه أن يزج المحكمة في صراع سياسي كما لا يحمل ما تباشره على أنه من أعمال التشريع أو يمس من قريب أو بعيد بمبدأ فصل السلطات أو ينطوي على إخلال به. المحكمة تقوم بعملها وفق الإطار الذي رسمه لها الدستور ولا تباشر في هذا الشأن إلا وظيفة فنية ذات طابع قانوني متخصص مجرد. المحكمة لا تقوم بهذه المهمة بوصفها جهة إفتاء وتقديم المشورة وإبداء الرأي في مسألة تستفتى فيها لم تنحسم بعد ليتدبر المستفتي أمره فيها لانحسار هذا الاختصاص عنها. اقتصار دورها في المقام الأول في إطار ما عقد لها من اختصاص في هذا المضمار على تفسير نصوص الدستور وفق ضوابط محددة مردها إلى عبارات هذه النصوص ودلالاتها والأغراض المقصودة منها بمراعاة موضعها من سياق باقي النصوص التي تتكامل معها محددة معناها ومرماها، كاشفة المحكمة عن حقيقتها ملتزمة بجوهرها دون إقحام عناصر جديدة عليها أو تغيير محتواها أو النيل من مضمونها أو الخروج عن أهدافها بما لا يعد تفسير المحكمة لهذه النصوص تنقيحاً للدستور، لا وجه لقياس عملها في هذا الشأن على أنه تنقيح للدستور على أي وجه من الوجوه لاختلاف كل من الأمرين من حيث الطبيعة والمعنى القانوني الصحيح اختلافاً يتنافر معه إعمال حكم القياس فضلاً عن أنه لم يقل أحد إن تفسير نصوص الدستور لدى إعمال الرقابة القضائية على دستورية التشريعات يعد تنقيحاً للدستور وإلا تحولت هذه الرقابة إلى فراغ ليس لها من قوام – الحاصل أن تفسير المحكمة لنصوص الدستور بناء على طلب مقدم إليها بذلك إنما يقوم في الأساس على علاقة بين فرع وأصل ليس في ذلك من محيص. طلب التفسير لا يتسم بالطابع القضائي الذي يقوم على الإدعاء والدفاع والفصل في نزاع بين خصوم يتنازعون فيما بينهم على تقرير حقوق مدعى بها أو نفيها وأن ما جرت عليه المحكمة من إشعار مجلس الأمة أو مجلس الوزراء بورود طلب التفسير إليها من أيهما وبتاريخ وموعد الاجتماع، ومكانه لنظر الطلب هو بقصد الوقوف على وجهات النظر المتباينة حول النص الدستوري تحرياً لمبررات تفسيره إلا أنه ليس من شأن قيام هذه المحكمة بهذا الإجراء أن يغير من طبيعة الطلب ويدرجه تحت مفهوم الخصومة القضائية أو أن يضفي على إجراءات نظره صبغة الأنزعة القضائية وسمات إجراءات التقاضي أو أن يستفاد من ذلك انعقاد الخصومة أو إدخال طرف فيها أو إتاحة المجال لما قد يثور

بمناسبتها من دفوع وطلبات إذ لا يتصور أن يكون لطلب التفسير الدستوري خصوم يتنازعون أو أطراف يتعددون - إن كان لأي من المجلسين أن يطلب التفسير من هذه المحكمة أو لا يطلبه إلا أنه ليس بسائغ أن يحجب أحدهما عن الآخر حقه المقرر قانوناً في تقديم طلب التفسير أو أن يقوم بدور المصوب أو المصحح لما تنتهي إليه هذه المحكمة من قرارات تفسير ملزمة أو أن يملي عليها فهماً لا تستفيده من هذه النصوص بنظرها المستقل.

• طلب تفسير (مجاله ومناطه) :

إعمال السلطة المخولة لهذه المحكمة في مجال التفسير الدستوري بناء على طلب مقدم إليها من مجلس الأمة أو مجلس الوزراء منوط في الأساس بتحقق قيام الخلاف حول مضمون نص في الدستور أو ترتيب آثاره أو كيفية إعمال حكمه فيما بين أعضاء مجلس الأمة أو فيما بين أعضاء مجلس الوزراء أو فيما بين مجلس الأمة ومجلس الوزراء وأن يكون الخلاف حول النص الدستوري مستعصياً على التوفيق تقتضيه ضرورة وأهمية موجباً لاستنهاض اختصاص هذه المحكمة حسماً له وذلك بتجلية الغموض وإزالة الإبهام الحاصل حول هذا النص وتفسيره بياناً لمفهومه وتوضيحاً لمضمونه واستجلاءً لمراده إرساءً لمدلوله ضماناً لوحدة تطبيقه. لزوم قيام هذا الخلاف كشرط لا غنى عنه لقبول طلب التفسير دون أن ينصرف ذلك إلى خلاف لم ينشأ عن النصوص الدستورية ذاتها ولا يتصل الأمر بتفسيرها وإنما يتعلق بتطبيق نصوص قانونية أخرى ولو كان من زاوية اتفاقها أو تعارضها مع أحكام الدستور أو ينصرف إلى نصوص يُطرح تصورها مجرداً في شأن أبعاد محتملة لتطبيقها أو إلى نصوص يثار في شأنها جدل فقهي نظري.

• طلب تفسير (صاحب الصفة في الطلب) :

المقصود بمجلس الوزراء صاحب الصفة قانوناً في طلب تفسير النصوص الدستورية من هذه المحكمة الهيئة المشكلة من الوزراء جميعاً الذي يصدر قراراته بحضور أغلبية أعضائه وبموافقة أغلبية الحاضرين على نحو ما تقضي به المادة (١٢٨) من الدستور. طلب التفسير يتحدد بما ورد بقرار مجلس الوزراء الصادر في هذا الشأن. إن كان للجهة طالبة التفسير أن تستعين بجهازها الفني المتخصص لبسط وجهة نظرها وإفراغها في مذكرة الطلب التي يجرى تقديمها إلى المحكمة في هذا الصدد إلا أنه يقع على عاتق الجهة المكلفة بتحرير مذكرة الطلب واجب الالتزام في هذه الحالة بحدود ما قد طلب منها توضيحه من بيان والتقيد في هذا الشأن بما ورد بقرار المجلس

صاحب الصفة في الطلب وما جاء به متعلقاً بتحديد نصوص الدستور المطلوب تفسيرها دون مجاوزة لحدود هذا الطلب أو خروج عن حدود التكليف الصادر لها والذي ينصرف إلى بيان ما يرتبط بالنصوص المطلوب تفسيرها من مواد أخرى واردة بالدستور يتم التفسير على ضوئها دون إضافة نصوص قانونية أخرى إلى الطلب لانحسار هذا الاختصاص عنها أصلاً وانتفاء صفتها في إصدار قرار بالطلب منفرداً.

القرار الصادر في طلب التفسير رقم "٨" لسنة ٢٠٠٤ جلسة ٢٠٠٦/١٠/٩

ب- دعاوي وطعون دستورية:

- طعن في دستورية التشريعات (وسائله):

الدستور في المادة (١٧٣) آثر أن يعهد بمراقبة دستورية التشريعات إلى جهة قضائية ترك للقانون أمر تحديدها على أن يراعى في تشكيلها والإجراءات المتبعة أمامها طبيعة تلك المهمة وبما يكفل حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. استناداً إلى هذا النص صدر القانون رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية مخولاً لها دون سواها ولاية الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح محدداً طرق رفع هذه المنازعات إليها، فقصر حق رفع الطعن المباشر أمامها على مجلس الأمة ومجلس الوزراء، وذلك بناء على طلب يقدم إليها من أي المجلسين، وأجاز استنهاض اختصاصها عن طريق الإحالة من المحاكم سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع فرعي يمكن إبداؤه من أحد أطراف النزاع بعدم دستورية نص تشريعي مفروض تطبيقه على واقعات الدعوى تقدر المحكمة المثار أمامها هذا الدفع جديته وأجاز القانون لذوي الشأن حق الطعن في الأحكام الصادرة بعدم جدية الدفع بعدم الدستورية لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية الذي عهد إليها الفصل في هذه الطعون لتتحرى هذه اللجنة بدورها مدى صحة الدفع، فإذا تبين لها أن الدفع لا تستقيم له مبررات جادة قضت برفض الطعن وتأييد الحكم المطعون فيه، أما إذا تلمست شبهة قوية على مخالفة النص التشريعي للدستور قضت بإلغاء الحكم المطعون فيه وأحالت الأمر إلى المحكمة الدستورية بكامل هيئتها للفصل فيه.

(الطعن رقم «١٣» لسنة ٢٠٠٦ دستوري - جلسة ٢٠٠٧/٦/١٢)

• رقابة قضائية على دستورية التشريعات (مناطها):

مناط إعمال المحكمة لولايتها القضائية على دستورية التشريعات هو اتصالها بالمسائل الدستورية وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانون إنشائها وذلك إما بإحالتها إليها من إحدى المحاكم إذا ما أرتأت شبهة بعدم دستورية نص معين في قانون أو مرسوم بقانون

أو لائحة لازم للفصل في النزاع الموضوعي المطروح عليها، أو من خلال دفع بعدم الدستورية يبديه أحد الخصوم تقدر تلك المحكمة جديته - الدفع بعدم الدستورية هو دفع موضوعي يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى. لا مانع يمنع المدعي من إبدائه في صحيفة دعواه. ليس من شأن إبداء هذا الدفع أن يترتب عليه حتماً تحريك الدعوى الدستورية وإحالة الأمر تلقائياً إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه بل يبقى دور محكمة الموضوع قائماً في تقدير جدية هذا الدفع ولزومه للفصل في الدعوى الموضوعية المعروضة عليها.

(الدعوى رقم «١٦» لسنة ٢٠٠٦ دستوري جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٧)

• رقابة قضائية على دستورية التشريعات (حدودها):

الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة على دستورية التشريعات مناطها مخالفة التشريع لنص في الدستور. لا تشمل بحث حالات التعارض بين القوانين ولا شأن لها بالسياسة التشريعية التي ينتهجها المشرع أو النظر في مدى ملاءمة التشريع أو ضرورته أو التنقيب عن بواعث إصداره أو تقدير آثار تطبيقه وتبعاته لانحسار هذا الاختصاص أصلاً عنها. المحكمة في مجال إعمال ولايتها وبسط رقابتها على النص التشريعي المختصم للتحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للدستور تتخذ من ظاهر النص أساساً لفحص مدى دستوريته وأن قرينة الدستورية تصاحبه بحسبان أن الأصل في القوانين هو مطابقتها لأحكام الدستور ما لم تُنقض هذه القرينة بدليل قطعي يكون بذاته نافياً على وجه الجزم لدستورية النص المطعون فيه ويكون التعارض بين هذا النص وبين الدستور واضحاً جلياً قاطعاً صريحاً.

• دعوى دستورية (شروط قبولها):

المصلحة الشخصية المباشرة شرط لا غنى عنه لقبول الدعوى الدستورية المحالة إليها من المحاكم. مناطها أن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً وضرورياً للفصل في النزاع الموضوعي ومؤثراً في القضاء فيه، لهذه المحكمة بما لها من سلطة الإشراف على إجراءات الدعوى الدستورية التحقق من مدى توافر شرط المصلحة فيها للنظر في مدى قبولها، بالنسبة إلى ما يرفع إليها بطريق الطعن المباشر فالوضع مغاير؛ إذ المصلحة في هذه الطعون مصلحة مفترضة.

• طعن مباشر- مجلس الوزراء - (طبيعة الخصومة في الطعن):

الخصومة في الطعن خصومة عينية موجهة أصلاً إلى النص التشريعي المطعون فيه، مناطها اختصام هذا النص في ذاته استهدافاً لمراقبته واستظهار مدى شرعيته توصلاً إلى التقرير بعدم دستوريته وإبطاله وزواله منذ

نشأته واعتباره كأن لم يكن وإنهاء قوة نفاذه إعمالاً للأثر المحدد بالدستور، وهو بما يتجلى معه النص التشريعي موضوع الخصومة أصلاً وجوهراً ومحلاً للطعن فينصب عليه ويتحدد بنطاقه ويدور بفلكه تحركه مقتضيات ودواعي الالتزام بالشرعية وموجبات الامتثال لأحكام الدستور في إطار تحقيق المصلحة العامة واستقرار النظام العام. الطعن بحسب طبيعته الخاصة ليس طعناً بين خصوم ولكنه طعن ضد النص التشريعي المطعون عليه بعدم الدستورية.

- **دعاوي وطعون دستورية مجلس الأمة. (تدخل):**

لا يتصور لا واقعاً ولا قانوناً تدخل مجلس الأمة اختصامياً أو انضمامياً في الدعاوي والطعون الدستورية الموجهة أصلاً إلى التشريعات التي يكون المجلس قد أقرها أو وافق عليها للدفاع عن سلامتها أو القول بإمكان المحكمة إدخاله خصماً فيها ليصدر الحكم في مواجهته بحسبان أن الأحكام الصادرة عنها في الدعاوي الدستورية لها حجية مطلقة تنسحب آثارها إلى الكافة كما تلتزم بها سلطات الدولة جميعها.

(الطعن رقم «١٣» لسنة ٢٠٠٦ دستوري - جلسة ٢٠٠٧/٦/١٢)

جـ- طعون انتخابية:

- طعون خاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم محكمة دستورية اختصاص (الفصل فيها بوصفها محكمة موضوع).

المشرع اختص المحكمة دون غيرها بالفصل في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم طبقاً لصريح نص المادة الأولى من القانون رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية، وذلك استجابة للرخصة المقررة بموجب المادة (٩٥) من الدستور التي أجازت بقانون أن يعهد بهذا الاختصاص إلى جهة قضائية، هذا الاختصاص كان مقرراً من قبل لمجلس الأمة إلا أنه بعد أن استحدثت المحكمة الدستورية كجهة قضائية لمراقبة دستورية القوانين واللوائح وتفسير أحكام الدستور آثر المشرع أن يعهد إليها بهذا الاختصاص في قانون إنشائها تقديراً بأن الفصل في شأن هذه الطعون في أصل طبيعته هو اختصاص قضائي شأنه شأن سائر الاختصاصات المقررة للمحاكم. مفاد نص المادة الأولى من قانون إنشاء هذه المحكمة بإسناد الفصل في هذه الطعون إليها أن اختصاصها في هذا الشأن هو اختصاص شامل وأن عبارة «الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم» الواردة بالنص المشار إليه تفيد الشمول والاستغراق لجميع مراحل العملية الانتخابية بحسبانها عملية مركبة لا يجوز فصلها عن بعضها مما يفرض التزاماً تمليه مقتضيات حسن سير العدالة وأداء رسالتها بعدم تقطيع أوصال المنازعة

الواحدة في صحة العضوية وفي مدى صحة العملية الانتخابية، المحكمة وهي تفصل في هذه الطعون بوصفها محكمة موضوع ملتزمة، بإنزال حكم القانون على واقع النزاع المطروح عليها مقيدة في ذلك بضوابط العمل القضائي وضماناته بعيداً عن العمل السياسي بحساباته وتقديراته. رقابة هذه المحكمة تنبسط على عملية الانتخاب برمتها أياً كان وجه النعي عليها أو وصف القرار الصادر في شأنها وبما يشمل مراحلها المتتابعة والمتعددة من تصويت وفرز وإعلان للنتيجة وينعكس أثره على صحة العضوية لمن فاز في الانتخابات؛ وذلك للتأكد من سلامتها وصحتها. القرار الصادر بإعلان نتيجة الانتخاب بعد الانتهاء من التصويت والفرز تتويجاً لعملية الانتخاب هو في واقع الأمر قرار بالكشف عن إرادة الناخبين وإعلانها على الكافة وأن العضوية في مجلس الأمة إنما مرجعها أصلاً إلى عملية الانتخاب بحسبانها الوسيلة التي يتم من خلالها التعبير عن إرادة الناخبين التي هي أساس صحة العضوية، فإذا لحقت شائبة بعملية الانتخاب من شأنها أن تفضي إلى إبطالها انعكس ذلك بحكم التداعي على صحة العضوية لمن أعلن فوزه في الانتخاب.

(الطعن رقم «٨» لسنة ٢٠٠٦ طعون خاصة بانتخابات مجلس الأمة ٢٠٠٦ - جلسة ٢٠٠٧/١/٢٢)

- **طلب الطعن الانتخابي (إجراءاته):**

لكل ناخب أو مرشح طلب إبطال الانتخاب الذي حصل في دائرته، المستفاد من نص المادة (٩) من لائحة المحكمة الدستورية أنه لم يشترط إفراغ طلب الطعن في شكل معين. لا ينال من صحة هذا الإجراء إفراغ هذا الطلب في شكل صحيفة طعن محررة من محام موكل من الطاعن. هذا الأمر أدعى إلى تحقق الغاية من هذا الإجراء بضمان تحرير طلب الطعن بمعرفة متخصص في القانون، له خبرة في ممارسة الأمور ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالفائدة على صاحب الشأن.

(الطعن رقم «٨» لسنة ٢٠٠٦ طعون خاصة بانتخابات مجلس الأمة ٢٠٠٦ - جلسة ٢٠٠٧/١/٢٢)

- **طعن انتخابي - محكمة دستورية (رقابتها على عملية الانتخاب):**

مهمة المحكمة بالنسبة إلى الطعون الانتخابية تحكمها التشريعات المنظمة لهذا الشأن وإلى أحكام هذه التشريعات على الوجه الصحيح لتفسيرها يكون مرد الأمر بلا إفراط ولا تفريط ودون توسعة أو انتقاص أو تضييق. رقابة المحكمة تنبسط على عملية الانتخاب وفحص جميع إجراءاتها وقواعدها للتأكد من سلامتها وكذا النتائج التي أعلنت استناداً إليها.

الطعن الانتخابي قد يؤدي إلى إلغاء العملية الانتخابية برمتها متى ثبت للمحكمة أن العملية الانتخابية قد جاءت معيبة في جملتها في ضوء ما تستظهره من عيب يوجب إعادة الانتخاب في الدائرة بالكامل، كما قد يؤدي الطعن إلى إلغائها جزئياً متى وجدت أن العيب قد اعتور أحد إجراءاتها بما من شأنه تعديل النتائج المعلنة، وبهذا تقضي ببطلان الانتخاب بالنسبة للفائز الذي اتصل به الاجراء الباطل أو بتعديل النتيجة بإعلان من تراه أحق بالفوز بالعضوية حتى تكون نتيجة الانتخاب إعلاناً صحيحاً لإرادة الناخبين الحقيقية.

(الطعن رقم «٧» لسنة ٢٠٠٦ طعون خاصة بانتخابات مجلس الأمة ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٧/١/٢٢)

إن قانون الانتخاب وإن كان قد هدف بإثبات إجراءات لجنة الانتخاب في محضرها أن يأتي محضر اللجنة شاهد صدق على كافة الإجراءات التي اتخذتها اللجنة حتى يمكن الوقوف على مدى سلامة هذه الإجراءات ومدى مطابقتها لما يوجبه القانون، إلا أن قانون الانتخاب لم يشترط لصحة هذه المحاضر إفراغها في شكل قانوني معين يترتب البطلان على عدم الالتزام به، وإنما يكفي أن تكون المحاضر قد تناولت البيانات اللازمة واستوفت المقومات والعناصر الأساسية بما يجعلها وافية بالمرام،وأن الأصل هو صحة ما جاء بها، ولايجوز الإدعاء بمخالفتها للحقيقة إلا بسلوك الطعن عليها بالتزوير.

(الحكم في الطعن رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٨ طعون انتخابية مجلس الأمة ٢٠٠٨ - جلسة ٢٠٠٨/٩/١٧).

لايُبدأ بمرحلة فرز الأصوات إلا بعد الانتهاء من مرحلة التصويت، وأن كلا من المرحلتين غير الأخرى، فإذا ما شاب مرحلة الفرز عيب فيها أو خطأ في إحصاء عدد الأصوات التي حصل عليها المرشح، فإن ذلك لايؤثر على عملية الانتخاب التي تمت صحيحة، وإنما يكون باطلاً فيما يختص بهذا الإجراء المعيب أوالخاطئ، وللمحكمة أن تصححه وأن تظهر نتيجة الإنتخاب على الوجه الصحيح من أمرها نزولاً على إرادة الناخبين الحقه وعليها تبعاً لذلك أن تبطل انتخاب النائب الذي أعلن انتخابه، وأن تعلن اسم المرشح الذي أسفر الانتخاب عن فوزه حقيقة، رداً للأمور إلى نصابها، والتزاماً بإرادة الأمة وما يرتبط بحقوقها في أن تُمثل تمثيلاً صحيحاً، وأن ينوب عنها ما يُمثل اختيارها وحريتها أصدق تمثيل.

(الحكم في الطعن رقم٩، ٣٩ لسنة ٢٠٠٨ طعون انتخابية مجلس الأمة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٩/١٧)

إن نصوص القانون لاتصد عن التطور آفاقه الرحبة والأخذ بأسباب التقدم العلمي واستخدام نظام الحاسب الآلي في إنجاز الأعمال مسايرة للنظم العالمية المعاصرة ومتابعة خطاها ومناهجها المتقدمة في استخدام التقنيات الحديثة في هذا المجال لاسيما أن هذا النظام يُجري التحكم في إدارته ومتابعه ومراقبته والإشراف عليه من قبل رؤساء اللجان بما يكفل سلامته

ويضمن استبعاد أي عبث أوتلاعب فيما يحويه من بيانات ونتائج سواء في مصدرها أو في مضمونها.

إجراءات الانتخاب ليست هي الغرض المقصود لذاته من عملية الانتخاب، بل إن كل الإجراءات التي شملها القانون إنما وضعت للوصول إلى نتيجة واحدة وهي تمكين كل ناخب من إبداء رأيه بحرية الإدلاء بصوته بشكل غير معلن وانتخاب من يشاء من المرشحين والخلوص في ذلك بعد فرز الأصوات إلى الإعلان عن إرادة الناخبين الحقة هذا هو الغرض الأساسي، وبالتالي فإنه ليس من شأن استخدام هذا النظام " الحاسب الآلي في الفرز بدلاً من التدوين على السبورة" في حد ذاته أن يخل بتنفيذ أحكام القانون، كما أنه ليس من شأن تواجد القائمين على تشغيل هذا النظام داخل اللجان بعد إتمام عملية التصويت أن يترتب عليه بطلان الانتخاب.

(الحكم في الطعنيين رقمي ٢٦، ٣٥ لسنة ٢٠٠٨ طعون انتخابية مجلس الأمة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٩/١٧)

نصوص القانون جاءت ظاهرة الدلالة على قيام كل لجنة - عقب الانتهاء من عملية التصويت - وعن طريق لجنة الانتخاب - بفرز الأصوات ووضع نتيجة الانتخاب بمحضرها بعد إعلانها، وسلم العضوية في مجلس الأمة مرجعها - أصلاً - إلى عملية الانتخاب بحسبانها الوسيلة التي يتم من خلالها التعبير عن إرادة الناخبين التي هي أساس صحة العضوية، فإذا لحقت شائبة بإجراءات سير عملية الانتخاب من شأنها أن تؤثر في النتيجة النهائية لها تفضي إلى إبطالها انعكس ذلك بحكم اللزوم على صحة العضوية لمن أُعلن فوزه في عملية الانتخاب.

(الحكم في الطعنين رقمي ٩، ٣٩ لسنة ٢٠٠٨ طعون انتخابية مجلس الأمة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٩/١٧)

مسئولية الحفاظ على صندوق الانتخاب هي مسئولية رئيس اللجنة في المقام الأول، وله اتخاذ اللازم لتوفير أقصى الضمانات تأميناً له ووقاية من العبث به.

(الحكم في الطعن رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٨ طعون انتخابية مجلس الأمة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٩/١٧)

نصوص القانون جاءت ظاهرة الدلالة على قيام كل لجنة - عقب الانتهاء من عملية التصويت في جميع لجان الدائرة - بعملية فرز صندوق الانتخاب بالنداء العلني، جاعلاً القانون اللجنة الرئيسية بالدائرة هي المختصة أصلاً بإعلان نتائج الانتخاب فيها، بعد جمع نتائج فرز صناديق الانتخاب لجميع لجان الدائرة بالنداء العلني، وناط برئيس اللجنة الرئيسية إعلان أسماء الفائزين في انتخابات تلك الدائرة.

(الحكم في الطعن رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٨ طعون انتخابية مجلس الأمة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٩/١٧)

الدستور تناول تحديد عدد الأعضاء الذي يتألف منهم مجلس الأمة، مقتصراً الدستور - في تحديد نوع الانتخاب الذي يُلزم في تأليف هذا المجلس - على النص بأن يكون انتخابهم بطريق « الانتخاب العام السري المباشر وفقاً للأحكام التي يبينها قانون الانتخاب»، لما رؤي من مقتضيات المصلحة في المستقبل - أسوة بما فعلته الكثير من دساتير الدول الديمقراطية - أن يترك للقانون

بيان تفصيلات الانتخاب وإجراءاته بما لامحل لإيرادها في صلب الدستور، والواضح من استعراض المادتين (٢٧) و (٣٠) المشار إليهما أن الأحكام الواردة بهما إنما تتعلق بتنظيم العملية الانتخابية من جهة إجراءاتها بما لاينال من الحقوق الدستورية المقررة، وانه قد اتُخذ - في طريقة تشكيل لجان الانتخاب - من الوسائل ما يوفر الرجاء في تمثيل المرشحين فيها بقدر الإمكان في ضوء الاعتبارات العملية سالفة البيان،وأنه حرصاً على حرية الناخبين وسلامة عملية الانتخاب، وضماناً لذلك فقد أباحت المادة (٢٧) لكل مرشح أن يختار مندوباً عنه يمثله في لجان الانتخاب بالدائرة المرشح فيها،كما أباحت المادة (٣٠) لكل مرشح حق الدخول دائماً في قاعات الانتخابات، وبالتالي فهناك ضمانتان، الأولى: وجود مندوبين للمرشح في لجان الانتخاب بالدائرة على النحو المقرر في المادة (٢٧) والثانية: وجوده هو شخصياً - إن أراد - أو وكيله لمتابعة عملية الانتخاب في تلك اللجان طبقاً للمادة (٣٠)، للاطمئنان على حسن العملية الانتخابية فضلاً عن أن قانون الانتخاب قد احتاط لذلك كله بتنظيم العملية الانتخابية كافلاً لحيدتها وموضوعيتها فأقام من أعضاء اللجنة رئيساً مراقباً من رجال القضاء أو النيابة العامة على عملية الانتخاب، فلا يكون إشرافهم عليها بعيداً عن مراقبة صحة إجراءاتها، وأنه لما كان الأمر كذلك، وكان الحكم الذي تضمنه نص الفقرة الثانية من المادة (٢٧) المطعون عليها لايقيم في مجال تطبيقه تمييزاً فيما بين المرشحين، بل ساوى فيما بينهم جميعاً بحيث يتم اختيار مندوبي المرشحين في اللجان الانتخابية إما بالاتفاق فيما بينهم أو بالقرعة في حالة عدم الاتفاق، وبالتالي فلا وجه والحال كذلك للقول بقيام صحيح إدعاء بإخلال النص الطعين بمبدأ تكافؤ الفرص ومبدأ العدل والمساواة.

(الحكم في الطعن رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ طعون انتخابية مجلس الأمة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٩/١٧)

عملية الانتخاب قوامها وأساسها والغاية منها هي الإعلان عن إرادة الناخبين في إطار من المنافسة بين جميع المرشحين لنيل شرف تمثيل الأمة في المجلس النيابي وأنه لما كانت عبارة نص المادة (٤١) سالفة البيان قد جاءت صريحة، واضحة الدلالة على حق كل مرشح في أن يطلب إبطال الانتخاب الذي حصل في الدائرة الانتخابية التي كان مرشحاً فيها، وكانت المنازعة التي قصدها النص هي تلك التي ينازع فيها المرشح - الذي لم يحالفه التوفيق في الفوز في انتخابات دائرته الانتخابية - في صحة انتخاب من أعلن فوزه في انتخابات تلك الدائرة، وهذا هو الباب الذي يمكن أن يطرقه أي مرشح بطعنه، وبالتالي لايقبل من مرشح - بعد أن نال ثقة الناخبين بدائرته الانتخابية وأعلن فوزه بالأغلبية المطلوبة التي يستلزمها القانون - أن ينازع في صحة انتخابه هو نفسه ومتى كان الأمر كذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن قد طعن في

إعلان النتيجة التي أسفرت عن فوزه في الانتخابات التي جرت في دائرته الانتخابية بتاريخ ٢٠٠٨/٥/١٧ على سند من أنه قد حصل على أصوات تزيد على الأصوات التي تم الإعلان عن حصوله عليها بمقولة وجود خطأ في فرز وتجميع الأصوات ومن ثم فإن طعنه والحال كذلك يكون غير مقبول.

(الحكم في الطعن رقم ٣٤ لسنة ٢٠٠٨ طعون انتخابية مجلس الأمة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٧/١٦)

وإن كان سن القوانين هو مما تختص به السلطة التشريعية وتباشره في إطار وظيفتها الأصلية ويتولاها مجلس الأمة طبقاً لأحكام الدستور، إلا أنه نظراً لما قد يعرض للأمة من الظروف والطوارئ والأحداث ما يستوجب إجراءً سريعاً وتشريعاً عاجلاً، تتطلب مواجهتها بتدابير لاتحتمل التأخير، فقد أجاز الدستور للأمير في تلك الحالات أن يصدر في شأنها مراسيم لها قوة القانون، وأنه لما كان هذا الاستثناء هو حق خارج عن الأصل، وحكم الاستثناء لا يقبل التوسع فيه ولا يصح القياس عليه، إذ التوسع أو القياس قد يهدم الأصل المستثنى منه، لذا فقد حرص الدستور على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية في التشريع من الضوابط والحدود ما يكفل عدم إهدار سلطة الأمة أو جعل السلطة التنفيذية سلطة تشريعية على غير ما يقتضيه مبدأ فصل السلطات، أو سلطة طليقة بلا قيد عليها أو عاصم، كما أوجب الدستور عرض هذه المراسيم بقوانين على مجلس الأمة عند انعقاده وفقاً لمواعيد معينه لإقرارها، باعتبار أن المراسيم بقوانين الصادرة في غيبة مجلس الأمة تبقى إعمالاً للدستور بإرادة المجلس، فله أن يبقي ما يبقي ويذر ما يذر، حيث نص الدستور في المادة (٧١) منه على أنه « إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله، ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير، جاز للأمير أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون، على أن لا تكون مخالفة للدستور أو للتقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية، ويجب عرض هذه المراسيم على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها، إذا كان المجلس قائماً، وفي أول إجتماع له في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك. أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثارها بوجه آخر.

لما كان ذلك، وكان البين من ديباجة المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٨ الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٢٩ أنه قد إرتكن في إصداره على المادة (٧١) من الدستور حال غياب مجلس الأمة بعد أن تم حله، وكانت الأسباب التي دفعت الحكومة في التعجيل في

إصداره تتمثل فيما أوردته المذكرة الإيضاحية من أنه قد «صدر القانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٦ بإعادة تحديد الدوائر الإنتخابية لعضوية مجلس الأمة وجعلها خمس دوائر فقط بدلاً من خمس وعشرين دائرة، ولمواجهة هذا التغيير الجوهري في عدد الدوائر الانتخابية وما ترتب عليه بالضرورة من وجوب تعديل إجراءات العملية الانتخابية لتتسق مع هذا التغيير... وتحقيقاً لهذا الغرض فقد أُعد المرسوم بقانون المرافق ليصدر على وجه الاستعجال طبقاً لحكم المادة (٧١) من الدستور، وذلك حتى يمكن العمل به خلال الانتخابات المقررة يوم ٢٠٠٨/٥/١٧ وكان هذا الأمر هو الذي اقتضى الإسراع بالتدخل التشريعي لمواجهة تلك الظروف، وفي حدود السلطة التقديرية المقررة للأمير، فإن وصم المرسوم بأنه معيب شكلاً والإدعاء بصدوره على خلاف ما تقتضي به المادة (٧١) من الدستور يكون على غير أساس، ومن ثم يتعين رفض هذا الدفع.

(الحكم في الطعن الطعن رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٨ طعون انتخابية مجلس الأمة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٩/١٧ راجع في ذات المعنى الحكم في الطعن رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٩/١٧).

قضاء دستوري مقارن:

تنازع في تنفيذ أحكام قضائية.

وحيث أن البين من الأوراق أن رحى النزاع قد احتدمت بين الطرفين، حول أحقية المدعى عليه الثالث في الاحتفاظ بالشيك رقم ٦٧٨١٤٤ المشار إليه واتخاذ إجراءات صرفه عند حلول أجل استحقاقه، مما حدا بالمدعي إلى إقامة طلب التحكيم لبراءة ذمته من مقابل الوفاء به، فواجهه المدعى عليه الثالث بالادعاء المباشر موضوع الجنحة رقم ٨٤٨٤ لسنة ١٩٩٤ قصر النيل، طالبا عقابه جنائياً، فضلاً عن إلزامه بتعويض مؤقت، لما كان ذلك وكان الفصل في طلب براءة الذمة من الدين استصحاباً للأصل فيها - ولو كان هذا الدين يمثل مقابل الوفاء في ورقة تجارية - ورد سند الدين إلى محرره، هو من اختصاص هيئة التحكيم التي ارتضاها الطرفان للفصل فيما يثور بينهما من منازعات، فإن جهة القضاء العادي إذ عادت وهي بصدد الفصل في الإدعاء المباشر إلى بحث انشغال ذمة المدعي بمقابل وفاء الشيك رقم ٦٧٨١٤٤ محل الدين ذاته، بعد صدور قضاء نهائي من الجهة المختصة « هيئة التحكيم » برد ذلك الشيك إلى صاحبه، وأن يد المستفيد عليه يد عارضة بما لا يبيح له التقدم لصرف قيمته في ميعاد استحقاقه، تكون قد سلبت اختصاصاً محجوزا لهيئة التحكيم برضاء طرفي مشارطة التحكيم و في حدود القانون، ومن ثم، فإن قضاء هيئة التحكيم - دون الحكم الصادر من جهة القضاء العادى - يكون هو الأحق بالتنفيذ.

(حكم المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية في الدعوى رقم ٢ لسنة ٢٢ قضائية جلسة ٢٠٠١/٨/٤)

بسم الله الرحمن الرحيم
بإسم صاحب السمو أمير الكويت
الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح
المحكمة الدستورية

بالجلسة المنعقدة علنا بالمحكمة بتاريخ ١٦ من ربيع الآخر ١٤٢٨هـ الموافق ٢٢ من أبريل ٢٠٠٨م.

برئاسة السيد المستشار/ راشد عبدالمحسن الحماد رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين/

يوسف غنام الرشيد

وفيصل عبدالعزيز المرشد

وكاظم محمد المزيدي

وراشد يعقوب الشراح

وحضور السيد/ حمود غزاي الديحاني أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي:

في الدعوى المحالة من المحكمة الكلية (دائرة الجنايات – تظلم) رقم (٢) لسنة ٢٠٠٣ – أمن دولة جنايات:

المقامة من: ......

المقيدة بسجل المحكمة الدستورية رقم (٦) لسنة ٢٠٠٧ «دستوري»

الوقائع

حيث إن الوقائع – على ما يبين من حكم الإحالة وسائر الأوراق – تتحصل في أن النيابة العامة أسندت إلى (المتهم) وأربعة آخرين عدة تهم نسبت فيها إلى (المتهم) أنه في غضون الفترة من شهر نوفمبر سنة ٢٠٠٢ وحتى ٢١ يناير سنة ٢٠٠٣ بدائرة الإدارة العامة لمباحث أمن الدولة محافظة العاصمة – أولاً: اشترك في الجرائم من الأولى إلى السادسة المسندة إلى المتهم الأول (القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد، الشروع في القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد، حيازة وإحراز سلاح ناري لا يجوز الترخيص به، حيازة وإحراز ذخيرة مما يستعمل في السلاح الناري موضوع التهمة الثالثة حالة كونه لا يجوز الترخيص به، حيازة وإحراز سلاح ناري بدون ترخيص من الجهة المختصة، حيازة وإحراز ذخيرة مما يستعمل في السلاح الناري موضوع التهمة الخامسة) بعد وقوع هذه الجرائم، بأن قام بإخفائه بعد علمه بارتكابه لجرائمه، بأن نقله بسيارته لقرب الحدود السعودية الكويتية بعيداً عن المنفذ الرسمي بقصد تهريبه من البلاد وإخفائه عن أعين السلطات الأمنية وذلك على النحو المبين بالتحقيقات.. ثانياً: أحرز سلاحاً نارياً مما لا يجوز الترخيص به...، وطلبت النيابة عقابه وبقية المتهمين بمقتضى نصوص المواد (٤٥) و (٣،١/٤٦) و (٤٩/ أولاً) و(١/٥١) و(١/١٣٣) و(١٤٩) و(١٥٠) و(١٥١) و(٢٥٧) و(١/٢٥٩) و(٢٧٤) و (٢٧٥) من قانون الجزاء، والمواد (٤،٣،١/١) و(٢،١/٢) و(١/١٦) و(٢١) و(٢٤) من المرسوم بقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩١ في شأن الأسلحة والذخائر والمواد (١) و (٤) و(٢٠) من القانون رقم (١١) لسنة ١٩٦٢ بشأن جوازات السفر، فقضت محكمة الجنايات غيابياً بحبس (المتهم) خمس سنوات مع الشغل والنفاذ عن التهمة الأولى وثلاث سنوات مع النفاذ عن التهمة الثانية، كما قضت بإدانة بقية المتهمين عدا الخامس، وبمصادرة المضبوطات، عارض (المتهم) في الحكم الغيابي الصادر ضده، وإذ قضى باعتبار المعارضة كأن لم تكن فقد استأنف هذا الحكم لدى محكمة الاستئناف (الدائرة الجزائية) فحكمت بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بالنسبة له، وإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في معارضته بعد إعلانه بها إعلاناً قانونياً صحيحاً، وأثناء سير

الدعوى الجزائية مجدداً أمام محكمة أول درجة دفع (المتهم) بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة (٤٥) ونص المادة (٥٥) من قانون الجزاء رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ لمخالفتهما لنص المادة (٣٣) من الدستور بشأن مبدأ شخصية العقوبة، قولاً منه بأنه لا يجوز إنزال العقاب على من لم يكن فاعلاً للجريمة أو شريكاً فيها، وإذ ارتأت محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية وأنه يشمل نص المادتين (٤٩) و (٥٥) من قانون الجزاء فقد قضت بوقف الدعوى وإحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه.

وقد ورد ملف الدعوى إلى إدارة كتاب هذه المحكمة وقيدت بسجلها برقم (٦) لسنة ٢٠٠٧ دستوري، وبعد إخطار ذوي الشأن قدمت النيابة العامة مذكرة - لتعلق المنازعة الدستورية بنص جزائي عملاً بنص المادة (١٥) من لائحة المحكمة الدستورية - أبدت فيها الرأي بعدم قبول الدعوى في حالة عدم تقديم (المتهم) سند الوكالة الصادر منه إلى الذي وكل بموجبه المحامي .... لمباشرة الدعوى الدستورية نيابة عنه، أما إذا قدم هذا التوكيل وكان يبيح لهذا الأخير هذا الأمر فإنها تكون مقبولة، كما أبدت النيابة الرأي برفض الدعوى، تأسيساً على أن تجريم فعل إخفاء المتهم بعد ارتكابه للجريمة لا يخالف المبدأ الدستوري بشأن شخصية العقوبة، وأن هذا الأمر متبع في الأنظمة القانونية المقارنة وأن إطلاق النصين المطعون عليهما وصف الاشتراك في الجريمة بعد وقوعها على فعل إخفاء المتهم بارتكابها والمعاقبة عنه لا ينال من دستوريتهما، وقدمت إدارة الفتوى والتشريع نيابة عن الحكومة - باعتبارها من ذوي الشأن عملاً بنص المادة (٢٥) من لائحة المحكمة الدستورية - مذكرة طلبت فيها رفض الدعوى تأسيساً على أن قرينة الصحة الدستورية تلازم التشريع متى استوفي إجراءات إصداره، وأن تحديد الجرائم وعقوبتها يعتبر من الملاءمات التي يمارسها المشرع بموجب سلطته التقديرية ويدخل في هذا الإطار اعتبار تصرف معين أو إتيان سلوك لاحق على ارتكاب الجريمة بمثابة مشاركة ممن صدر منه التصرف أو السلوك للفاعل الأصلي للجريمة، أما نص المادة (٣٣) من الدستور، فهو واضح الدلالة على أن العقوبة التي يتم إنزالها على مقترف الفعل المؤثم شخصية لا تمتد في توقيعها أو تنفيذها إلا على من أدين بارتكاب هذا الفعل، وأن تحديد الجريمة وعقوبتها وفقاً للنصين المطعون فيهما لا يخالف الاستخدامات التشريعية المتبعة في القوانين الجزائية.

هذا وقد نظرت هذه المحكمة الدعوى على الوجه المبين بمحاضر الجلسات وقدم الحاضر عن (المتهم) مذكرة طلب فيها الحكم بقبول الدعوى الدستورية، وبعدم دستورية نص المادتين (٤٩ / أولا) و(١/٥٥) من قانون الجزاء، كما قدم صورة من التوكيل رقم (٤١٢٢/ جلد ط الأحمدي) الصادر من (المتهم) بتاريخ ٢٠٠١/١١/٧ إلى ....، وصورة أخرى من التوكيل رقم (٧٨٢٦ / جلد ط الأحمدي) الصادر من الأخير نيابة عن (المتهم) بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٠ إلى متضمنين تخويل الوكيل الحق في مباشرة الدعوى الدستورية نيابة عن (المتهم) وقررت المحكمة إصدار الحكم بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة.

حيث إن نطاق الدعوى الدستورية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يتحدد بنطاق المسألة الدستورية التي بينها قرار الإحالة، وأنه يشترط لقبول هذه الدعوى توافر المصلحة الشخصية المباشرة للمدعي فيها، ومناطها أن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً وضرورياً للفصل في الطلبات المثارة في النزاع الموضوعي المرتبطة بهذه المسألة فلا تتعداها، وكانت النيابة العامة قد نسبت إلى

(المتهم) في التهمة الأولى المطروحة على محكمة الموضوع أنه اشترك في الجرائم الست الأوائل المسندة إلى المتهم الأول بعد وقوعها بأن قام بإخفائه بعد علمه بارتكابه لجرائمه بأن نقله بسيارته إلى قرب الحدود السعودية الكويتية بعيداً عن المنفذ الرسمي بقصد تهريبه من البلاد وإخفائه عن أعين السلطات الأمنية، وذلك على النحو المبين بالتحقيقات وهو الفعل المؤثم بموجب البند الأول من المادة (٤٩) والمعاقب عليه بموجب الفقرة الأولى من المادة (٥٥) من قانون الجزاء.

فإن ما أثير من طلبات في الدعوى الموضوعية بالنسبة إلى تهمة الاشتراك في الجرائم بعد وقوعها المسندة إلى (المتهم)، بما يرتبط بالدعوى الدستورية الماثلة إنما ينصرف إلى هذين النصين فحسب، وبهما تتعلق المصلحة الشخصية المباشرة للمدعي ويتحدد نطاق الدعوى الدستورية، ومن ثم يخرج عن نطاقها نص البندين الثاني والثالث من المادة (٤٩) من قانون الجزاء بشأن إخفاء الأشياء المتحصلة من ارتكاب الجريمة أو التي استعملت في ارتكابها، وحصول الشريك بوجه غير مشروع على منفعة لنفسه أو لغيره من ارتكاب الجريمة، كما يخرج عن هذا النطاق كذلك نص الفقرة الثانية من المادة (٥٥) من هذا القانون فيما تضمنه من عدم توقيع العقوبة المقررة للشريك في الجريمة بعد وقوعها على زوج المتهم أو أصوله أو فروعه إذا آووه أو ساعدوه على الاختفاء، إذ أن هذه النصوص الزائدة تفتقد مجال إعمالها في الدعوى الموضوعية ولا يوجد أدنى قدر من الانعكاس للفصل في مدى دستوريتها على الطلبات الموضوعية، وذلك ما ينفي توافر المصلحة بشأنها، ومن ثم يتعين القضاء بعدم قبول الدعوى بالنسبة إلى نص البندين الثاني والثالث من المادة (٤٩)، ونص الفقرة الثانية من المادة (٥٥) من قانون الجزاء، وأما فيما عدا ذلك فإن الدعوى الدستورية تكون قد توافرت لها مقومات قبولها.

وحيث إن المادة (٤٩/ أولاً) من قانون الجزاء تنص على أن «يعد شريكاً في الجريمة بعد وقوعها من كان عالماً بتمام ارتكاب الجريمة وصدر منه فعل من الأفعال الآتية: أولاً: إخفاء المتهم بارتكابها، سواء كان فاعلاً أصلياً للجريمة أو كان شريكاً فيها قبل وقوعها، كما تنص المادة (٥٥/١) من قانون الجزاء على أن «يعاقب الشريك في الجريمة بعد وقوعها بالعقوبة المقررة لها، إلا إذا كانت الجريمة جناية فلا يجوز أن تزيد العقوبة على الحبس مدة خمس سنوات.

وحيث إن النعي على هذين النصين- حسبما يبين من حكم الإحالة - يقوم أساساً على أن أولهما قد جرم فعل إخفاء المتهم بارتكاب الجريمة بعد وقوعها وهو يعلم بتمام ارتكابها، وأسبغ على المُخفي وصف الشريك في الجريمة بعد وقوعها، وأن النص الثاني أنزل العقاب الذي حدده على من أُسْبِغَ عليه هذا الوصف، في حين أن الاشتراك في الجريمة يتطلب قصداً خاصاً وإتيان فعل من الأفعال المكونة للاشتراك كالتحريض أو الإتفاق أو المساعدة مما يستوجب عقلاً أن تكون هذه الأفعال سابقة على ارتكاب الجريمة أو معاصرة لها لأنها تقع بناء على فعل الشريك وما قصد إليه، ولهذا فإن معاقبة من أخفى المتهم بجريمة بعد ارتكابها دون قيامه بأي دور فيها قبل ارتكابها واعتباره شريكاً فيها بعد وقوعها يخالف مبدأ شخصية العقوبة المنصوص عليه في المادة (٣٣) من الدستور.

وحيث إن النص في المادة (٣٠) من الدستور على أن الحرية الشخصية مكفولة» وفي المادة (٣٢) منه على أن «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون... وفي المادة (٣٣) منه على

أن «العقوبة شخصية» يدل - وحسبما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة الذي يخول المشرع بموجب سلطته التقديرية - التي يمارسها وفقاً للدستور - الحق في إنشاء الجرائم وتحديد العقوبات التي تناسبها، وإن اتخذ هذا المبدأ من كفالة الحرية الشخصية بنياناً لإقراره، وأساساً لتأكيده إلا أن هذه الحرية ذاتها هي التي تقيد محتواه ومضمونه، بحيث لا يكون إنفاذه إلا بالقدر اللازم الذي يكفل صونها، ولازم ذلك أنه يجب أن تكون الأفعال المؤثمة محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها حتى يكون المخاطبون بها على بينة من حقيقة تلك الأفعال التي يتعين عليهم اجتنابها، وذلك تحقيقاً لهدف المشرع من العقوبة وهو الزجر الخاص للمجرم جزاءً وفاقاً لما اقترفته يداه من جرم، والردع العام لغيره لحمله على الإعراض عن إتيان الجرم، كذلك فإن مراعاة الحرية الشخصية يقتضي عدم إعمال نصوص عقابية يُسيئ تطبيقها إلى المراكز القانونية القائمة للمخاطبين بها. كما أن شرعية العقوبة بينها وبين شخصية العقوبة صلة لا تنفصم، فهما ترتبطان بمن كان مسئولاً عن ارتكاب الجريمة، فالأصل في الجريمة أن عقوبتها لا يتحملها إلا المسئول عنها قانوناً، ذلك بأن الشخص لا يحمل إلا وزر نفسه، ولا يُدّعى إلى حمل وزر غيره، فعاقبة الجريمة لا يؤخذ بها إلا من جناها ولا يعاقب عنها إلا شخص من قارفها، سواء كان فاعلاً أصلياً لها أو كان شريكاً فيها، وهذه الأمور وإن كانت تتسق مع قواعد العدالة - من منظور اجتماعي - فإنها تجد أصلها الثابت في مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، وآية ذلك قول الله تعالى في كتابه الكريم: (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) سورة الإسراء الآية (١٥) وقوله عز وجل: (قُل لَّا تُسْأَلُونَ عَمَّا أَجْرَمْنَا وَلَا نُسْأَلُ عَمَّا تَعْمَلُونَ) سورة سبأ الآية (٢٥).

وحيث إن الاشتراك في الجريمة - بحسب الأصل - لا يعتبر قائماً إلا إذا توافر في حق الشريك إتيانه بفعل من الأفعال التي تدل عليه من تحريض أو اتفاق أو مساعدة للفاعل الأصلي للجريمة قبل وقوعها أو في وقت معاصر لها، وثبوت اتجاه إرادته وانصراف قصده من وراء هذا السلوك إلى وقوعها، إذ أن المدار في الاشتراك في الجريمة هو علاقة الشريك بذات الفعل المؤثم المكون للجريمة، وليس بأشخاص من ساهموا معه فيها، فالشريك يستمد صفته من فعل الاشتراك الذي ارتكبه وقصده منه ومن الجريمة التي وقعت بناء عليه، فهو بالقطع شريك في الجريمة ذاتها وليس مجرد شريك مع شخص فاعلها، ولما كان النصان المطعون فيهما قد اعتبرا من قام بإخفاء المتهم بجريمة بعد تمام ارتكابها شريكاً فيها وعليه عقوبتها، دون أن يصدر منه قبل وقوعها أي فعل من أفعال الاشتراك ينبئ بانعقاد نيته واتجاه إرادته وانصراف قَصدَه إلى ارتكاب الجريمة ذاتها، فإن تجريم فعل إخفاء المتهم وإنزال العقوبة المقررة للجريمة الأصلية بالمُخفي على الرغم من أنه كان بمنأى عنها ومنقطع الصلة بها حتى تمام وقوعها، تحت وصف الشريك في الجريمة بعد وقوعها، مؤداه حتماً إلصاق جرم بشخص لم يقترفه وعقابه عن وزر لم يفعله، مما ينطوي بعينه على إهدار لأحكام الدستور بشأن شخصية العقوبة والحرية الشخصية، والتي تقتضي أن تكون سلطة المشرع التقديرية في إنشاء الجرائم وفرض العقوبات التي تناسبها بما يكفل صون هذه الحرية وحمايتها، ودون خروج على أحكام الدستور.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الكويتي قد جرم فعل إخفاء الجاني على استقلال بنصوص خاصة، فقد نصت

المادة (١٣٢) من قانون الجزاء على أن «كل من أخفى بنفسه أو بواسطة غيره شخصاً صادراً في حقه أمر بالقبض عليه أو فر بعد القبض عليه أو حبسه، وكذا كل من أعانه بأية طريقة كانت على الفرار من وجه القضاء مع علمه بذلك يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة.... أو بإحدى هاتين العقوبتين » كما نصت المادة (١/١٣٣) من هذا القانون على أن «كل من علم بوقوع جناية أو جنحة، إذا كان لديه ما يحمله على الاعتقاد بوقوعها، وأعان الجاني على الفرار من وجه القضاء إما بإيواء الجاني المذكور، وإما بإخفاء أدلة الجريمة، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة.... أو بإحدى هاتين العقوبتين، «كما نظمت نصوص القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٧٠ بشأن الجرائم المتعلقة بأمن الدولة الخارجي والداخلي فعل إخفاء المتهمين والفارين من الخدمة العسكرية.

ولا مراء في أن تجريم فعل إخفاء الجاني في قواعد الاشتراك في الجريمة بعد وقوعها، والتي تعتبر من القواعد العامة، بالإضافة الى تجريمه بموجب تلك النصوص الخاصة من شأنه أن يفضي إلى ازدواج تشريعي يستعصي على التوفيق في مجال تجريم فعل المعاونة على الفرار من وجه العدالة بإخفاء المتهم بارتكاب الجريمة، كما أنه يؤدي إلى التباس لدى المخاطبين بأحكام هذه النصوص الخاصة بشأن حدودها ونواهيها، بالإضافة إلى ذلك فإن العدالة تأبى المساواة في العقاب بين شخص اشترك مع الجاني في ارتكاب الجريمة بكل تفاصيلها قبل وقوعها وبين شخص لم يقم بأي دور فيها، وكل ما فعله هو إيواء الجاني بعد تمام وقوعها. ولهذه الاعتبارات السابقة فقد آثرت معظم التشريعات المقارنة الاكتفاء بتجريم فعل إخفاء الجاني بنصوص خاصة وعدم تجريم هذا الفعل في القواعد العامة تحت وصف الاشتراك في الجريمة بعد وقوعها، ومن بينها قانون العقوبات المصري الصادر في سنة ١٨٨٣ بعد تعديله في سنة ١٩٠٤.

وحيث إنه لما كان البين مما تقدم أن النصين المطعون فيهما قد وقعا في مخالفة حكم المادتين (٣٠) و (٣٣) من الدستور، فإنه يتعين القضاء بعدم دستوريتهما.

هذا وتبقى الإشارة إلى أن إبطال النصين المطعون فيهما وإقصاءهما عن مجال إعمالهما نزولاً على حكم الدستور - لما سلف بيانه - يستوجب حتماً الاكتفاء في معالجة فعل إخفاء المتهم تجريماً وعقاباً بأحكام النصوص الخاصة في هذا الصدد، غير أنه إذا ما ارتأى المشرع أن العقوبات المقررة بهذه النصوص ليست كافية لهذا الفعل بالنظر إلى جسامة بعض الجرائم والجنايات التي كان يعاقب عليها المتهم بالإخفاء بالعقوبة المقررة للجريمة الأصلية تطبيقاً للنصين سالفي الذكر باعتبارها عقوبة الجريمة الأشد، فيجوز له بموجب سلطته التقديرية في إنشاء الجرائم وفرض العقوبات المناسبة لها - في إطار الدستور - أن يعيد النظر في تقدير تلك العقوبات ومدى كفايتها وملاءمتها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة:

(أولاً: بعدم دستورية نص البند «أولاً» من المادة (٤٩) من قانون الجزاء فيما تضمنه من اعتبار الشخص شريكاً في الجريمة بعد وقوعها إذا قام «بإخفاء المتهم بارتكابها سواء كان فاعلاً أصلياً للجريمة أو كان شريكاً فيها قبل وقوعها».

(ثانياً) : بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة (٥٥) من قانون الجزاء فيما تضمنه من معاقبة من صدر منه فعل إخفاء المتهم بارتكاب الجريمة باعتباره شريكاً فيها بعد وقوعها.

بسم الله الرحمن الرحيم
بإسم صاحب السمو أمير الكويت
الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح
محكمة التمييز

الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية

بالجلسة المنعقدة علناً بالمحكمة بتاريخ ٣٠ جمادي الأولى ١٤٢٩ هـ الموافق ٢٠٠٨/٦/٤م .

برئاسة السيد المستشار/ يوسف غنام الرشيد

نائب رئيس محكمة التمييز

وعضوية السادة المستشارين وكلاء محكمة التمييز/ راشد يعقوب الشراح

وعبدالعزيز عبدالمحسن الفهد

ومحمد إبراهيم بوهندي

ويوسف جاسم المطاوعة

ومحمد خيري الجندي

وعبدالحميد عمران محمد

والسادة المستشارين/

فتحي محمود السيد يوسف

وعبدالمنعم أحمد إبراهيم

وإبراهيم عبدالمعطي بركات

ومحمد مصباح فتح الله شرابيه

وحضور المستشار/ عبداللطيف الثنيان وكيل محكمة التمييز/ مدير نيابة التمييز

وحضور السيد/ سامي أبو العينين أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي:

في الطعن بالتمييز المرفوع من ....

ضد ......

والمقيد الجدول برقم: - ٢٠٠٦/٦٨ تجاري/ ١.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع المرافعة وبعد المداولة حيث إن الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتحصل في أن المطعون ضده أقام على الطاعن الدعوى رقم ٢٠٠٣/١٨٧٣ ت. ك بطلب الحكم بإلزامه بأن يؤدي إليه مبلغ ٦٩٠٠٠ د. ك والمصروفات والأتعاب الفعلية للمحاماة وشرحاً لدعواه قال إنه بموجب وكالة موثقة برقم ٥٥٩٤ جلد ٦ تسلم الطاعن نيابة عنه من بنك التسليف والإدخار قيمة القرض العقاري الممنوح له بمقدار المبلغ المطالب به وذلك بموجب شيكات مسحوبة على البنك الأهلي إلا إنه استولى عليه لنفسه وامتنع عن تسليمه إياه رغم مطالبته به ودياً ومن ثم أقام دعواه بطلباته سالفة البيان. لم يحضر الطاعن جميع الجلسات المحددة أمام محكمة أول درجة ولم يقدم إليها مذكرة بدفاعه، وفي ٢٠٠٣/١١/٤ حكمت المحكمة بإلزامه بأن يؤدي للمطعون ضده مبلغ ٦٩٠٠٠ د.ك وبتاريخ ٢٠٠٥/١٠/٩ استأنف الطاعن هذا الحكم بالإستئناف رقم ٢٠٠٥/٢٦٨٩ ت. دفع المطعون ضده بعدم قبول الإستئناف شكلاً لرفعه بعد الميعاد. وبجلسة ٢٠٠٥/١٢/٢١ قضت المحكمة بسقوط حق الطاعن في الإستئناف فطعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التمييز وأودعت نيابة التمييز مذكرة أبدت فيها الرأي بتمييز الحكم المطعون فيه، وإذ عرض الطعن على الدائرة التجارية الأولى والإدارية بهذه المحكمة في غرفة المشورة حددت لنظره جلسة وفيها التزمت النيابة رأيها. وفي ٢٠٠٧/٦/٢٦ رأت الدائرة أن هناك خلفاً بين دوائر المحكمة بشأن إعلان الحكم الذي ينفتح به ميعاد الطعن فيه إذ إتجهت بعضها إلى أن الإعلان بالحكم يخضع للقواعد العامة المقررة في الإعلان المنصوص عليها في المواد من ٤ حتى ١٢ من قانون المرافعات فيصح إعلان ورقة الحكم بتسليم صورة منها إلى مسئول مخفر الشرطة أو من يقوم مقامه الذي يقع في دائرته المواطن الأصلي للمحكوم

عليه أو محل عمله إذا لم يجد القائم بالإعلان من يصح تسليم الصورة إليه في هذا الموطن أو محل العمل حسب الأحوال أو امتنع من وجده منهم عن التوقيع على الأصل بالإستلام أو عن تسلم الصورة على أن يتم ذلك في اليوم ذاته ثم يوجه إلى المحكوم عليه خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم الصورة لمخفر الشرطة كتاباً مسجلاً بالبريد مرفقاً به صورة أخرى يخطره فيه أنه سلم تلك الصورة للمخفر، وأنه متى تم الإعلان على هذا النحو فإنه يكون منتجاً لأثره وينفتح به ميعاد الطعن، بينما ذهبت دوائر أخرى إلى أن هذا الإعلان ليس من شأنه أن يُجري ميعاد الطعن وأن المناط في ذلك هو إعلان ورقة الحكم إلى نفس شخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي أو في محل عمله. وحسماً لهذا الخلف أحالت الدائرة التجارية الأولى والإدارية الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية تطبيقاً للمادة ٢/٤ من قانون تنظيم القضاء الصادر بالمرسوم رقم ١٩٩٠/٢٣ والمعدل بالقانون رقم ٢٠٠٣/٢ للنظر في العدول عن أحد المبدأين سالفي الإشارة توحيداً للرأي في هذه المسألة، وإذ حدد السيد المستشار رئيس المحكمة جلسة لنظر الطعن أمام هذه الهيئة أودعت نيابة التمييز مذكرة تكميلية شرحت فيها سابق رأيها وبالجلسة المحددة التزمت النيابة رأيها الذي أبدته بمذكرتيها.

وحيث إنه من المسلم به أنه وإن كان لكل نص مضمون مستقل إلا أن ذلك لا يعزله عن باقي النصوص القانونية الأخرى التي تنتظمها جميعها وحدة الموضوع بل يتعين أن يكون تفسيره متسانداً معها وذلك بفهم مدلوله على نحو يقيم بينها التوافق وينأى بها عن التعارض وبالنظر إليها بوصفها وحدة واحدة متماسكة متآلفة في معانيها متضافرة في مراميها يكمل بعضها بعضاً بما لا ينفلت معها متطلبات تطبيقها أو يحيد بها عن الغاية المقصودة منها، فالنصوص لا تفهم معزولة بعضها عن بعض إنما تتأتى دلالة أي منها في ضوء ما تفيده دلالة النصوص الأخرى من معان شاملة، وكان النص في المادة ١٢٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره... ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه في الأحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه، وكذلك... ويكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي أو في محل عمله... يدل على أنه وإن كان المشرع قد أراد بهذا النص أو يوجه الإعلان بورقة الحكم الذي ينفتح به ميعاد الطعن فيه - في الحالات التي يبدأ فيها هذا الميعاد بالإعلان - إلى شخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي أو محل عمله مستبعداً في هذا الشأن الموطن المختار الذي تجيزه المادة التاسعة من ذات القانون بالنسبة لإعلان سائر الأوراق القضائية إلا أنه لم ينظم في المادة ١٢٩ المشار إليها كيفية إجراء الإعلان بورقة الحكم ومواعيده والقواعد التي تحكم صحته حتى ينتج أثره قانوناً والجزاء الذي يترتب على مخالفتها إن كان، كما خلا النص من بيان لتنظيم لإعلان الحكم إلى المحكوم عليه الذي ليس له موطن أو محل عمل معلوم ومن ثم كان مقتضى ذلك ولازمه الرجوع إلى القواعد العامة في إعلان الأوراق القضائية - بحسبان ورقة الحكم واحدة منها - والتي فصلها المشرع في المواد من ٤ حتى ١٢ من ذات القانون، وهذه القواعد تستهدف علم المراد إعلانه بورقة الحكم علماً قانونياً، والأصل فيه أن يكون بتسليم صورة الورقة إلى شخصه إلا أن ذلك قد يكون في بعض الأحوال متعذراً والإصرار عليه من شأنه أن تضيع المصالح وتسقط الحقوق لذلك ومن أجل صيانتها سوغ

المشرع الخروج على هذا الأصل فحدد صوراً أخرى للعلم القانوني يتم فيها تسليم صورة الورقة لغير شخص المراد إعلانه وذلك وفقاً لضوابط وشرائط عينها مع توفير الضمانات التي من شأنها أن تكفل علم المقصود بالإعلان بهذا التسليم، وفي نطاق المسألة المعروضة بينت المادة التاسعة من قانون المرافعات أنه إذا لم يجد القائم بالإعلان الشخص المطلوب إعلانه في موطنه الأصلي أو محل عمله كان عليه أن يسلم صورة الورقة الى من يقرر له في الموطن الأصلي أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار أو إلى من يقرر له في محل العمل أنه من القائمين على إدارة هذا المحل أو أنه من العاملين فيه، فإذا لم يجد من يصح تسليم الصورة إليه من هؤلاء أو أولئك أو امتنع من وجده منهم عن تسلمها أو عن التوقيع على الأصل بالإستلام فإنه واستكمالاً للإعلان في الموطن الأصلي أو في محل العمل وكخطوة متممة له ولاحقه عليه لا يلجأ إليها ابتداء أو على استقلال وجب على القائم بالإعلان أن يسلم الصورة في اليوم ذاته لمسئول مخفر الشرطة أو من يقوم مقامه الذي يقع في دائرته موطن المعلن إليه أو محل عمله بحسب الأحوال، ثم يوجه إليه في هذا الموطن أو محل العمل في خلال أربع وعشرين ساعة كتاباً مسجلاً مرفقاً به نسخة أخرى من تلك الصورة يخطره فيه بتسليمه الأولى لمخفر الشرطة، وعليه أيضاً أن يبين في حينه في أصل الإعلان وصورته جميع هذه الخطوات التي اتخذها لإجراء الإعلان، وأنه ترتيباً على ذلك متى تم إعلان ورقة الحكم على هذا النحو قامت قرينة قانونية يكون معها الثابت بحسب الظاهر علم المحكوم عليه بورقة الحكم علماً قانونياً فيضحى الإعلان منتجاً لأثره وينفتح به ميعاد الطعن في الحكم، والقول بغير ذلك من شأنه تعليق إعلان الحكم وما يترتب عليه من آثار على إرادة المحكوم عليه فتفقد الأحكام قيمتها، على أنه توخياً لتحقيق الإعلان غايته فإنه إذا ادعى المحكوم عليه ما يخالف هذا الظاهر فيقع عليه عبء إثبات أن إجراءات هذا الإعلان لم تحقق غايتها بأن لم يتصل علمه بواقعة الإعلان لسبب لا يرجع إلى فعله أو تقصيره.

لما كان ذلك وكانت الهيئة قد إنتهت إلى هذا النظر بأغلبية الآراء عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون تنظيم القضاء الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ١٩٩٠/٢٣ فإنها تعدل عن المبدأ الذي قررته الأحكام التي ارتأت غير ذلك.

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الطعن أقيم على سببين ينعى الطاعن بالسبب الأول منهما على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبيب ومخالفة الثابت بالأوراق وذلك من وجهين، وفي بيان الوجه الأول يقول إنه لم يحضر جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى أمام محكمة أول درجة ولم يقدم إليها مذكرة بدفاعه مما كان يتعين معه وعملاً بالفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ من قانون المرافعات إعلانه بالحكم المستأنف لشخصه أو في موطنه الأصلي أو محل عمله، وهذا الإعلان وحده الذي ينفتح به ميعاد الطعن، وإذ لم يتم إعلانه على هذا النحو فإن الميعاد لا يكون قد جرى في حقه إلا أن الحكم المطعون فيه خالف هذا النظر وقضى بسقوط حقه في الإستئناف لرفعه بعد الميعاد محتسباً بدأه من تاريخ تسليم ورقة الإعلان لمخفر الشرطة بعد توجه القائم بالإعلان إلى محل عمله ووجوده مغلقاً، وفي بيان الوجه الثاني يقول إنه تمسك أمام محكمة الإستئناف بدفاع حاصله أنه وبفرض جواز هذا الطريق من الإعلان إلا أنه نظراً لأنه لم يكن متواجداً بالبلاد منذ ٢٠٠٣/٥/١٩ ولم يعد إليها إلا في ٢٠٠٥/١/١٧ أي بعد تاريخ إعلانه مع المخفر في ٢٠٠٤/١/٢٧ وتأييداً لدفاعه قدم شهادة بذلك من إدارة المنافذ فإنه لا يكون قد تحقق علمه بواقعة الإعلان ولا ينفتح به ميعاد الطعن إلا أن الحكم

المطعون فيه التفت عن هذا الدفاع ولم يعن ببحثه رغم جوهريته ومن ثم يكون معيباً بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن النعي بالوجه الأول غير سديد ذلك أنه من المقرر وعلى ما إنتهت إليه هذه الهيئة سلفاً أن إعلان الحكم الذي يُجرى ميعاد الطعن فيه يخضع للقواعد العامة المقررة لإعلان الأوراق القضائية المبينة في المواد من ٤ حتى ١٢ من قانون المرافعات، ومتى روعيت هذه القواعد صح الإعلان وأنتج أثره يستوي في ذلك - عند عدم وجود المراد إعلانه في موطنه الأصلي أو محل عمله - تسليم الصورة إلى من يقرر للقائم بالإعلان أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار أو أنه من القائمين على إدارة محل العمل أو من العاملين فيه بحسب الأحوال أو تم تسليم الصورة لمسئول مخفر الشرطة إذا لم يجد القائم بالإعلان أحد من هؤلاء أو أولئك أو امتنع من وجده منهم عن تسلم الصورة أو التوقيع على الأصل بالإستلام على أن يتم إخطار المعلن إليه في هذه الحالة بكتاب مسجل بتسليم الصورة إلى المخفر إذ أن الإعلان في كل هذه الحالات يعتبر أنه قد تم في الموطن الأصلي للمعلن إليه أو في محل عمله وفقاً لما تقضي به المادة ٣/١٢٩ من قانون المرافعات فيبدأ به ميعاد الطعن. والنعي بالوجه الثاني في محله ذلك أنه وإن كان تسليم صورة إعلان الحكم إلى مخفر الشرطة على نحو ما سلف ينهض قرينة قانونية يضحى معها الثابت بحسب الظاهر علم المحكوم عليه بورقة الحكم علماً قانونياً يكون معه الإعلان مجرياً لميعاد الطعن فيه إلا إنه إذا ادعى المحكوم عليه خلاف هذا الظاهر فإنه توخياً لتحقيق الإعلان غايته ومواجهة ما قد يحدث من إهمال أو غش يكون عليه أن يثبت أنه لم يتصل علمه بواقعة الإعلان لسبب لا يرجع إلى فعله أو تقصيره، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى أبدى أحد الخصوم دفاعاً جوهرياً من شأنه تغيير وجه الرأي في الدعوى واستدل عليه بمستندات قدمت لمحكمة الموضوع فإنه يتعين عليها تمحيص هذا الدفاع على ضوء ما تنطوي عليه تلك المستندات من دلالة وإلا جاء حكمها معيباً بالقصور في التسبيب، وإذ كان الثابت بالأوراق أن الطاعن قد تمسك بمذكرته المقدمة أمام محكمة الإستئناف بجلسة ٢٠٠٥/١١/٣٠ بأنه لم يتصل علمه بإعلان الحكم المستأنف عن طريق مخفر الشرطة في ٢٠٠٤/١/٢٧ وذلك لتواجده خارج البلاد المدة من ٢٠٠٣/٥/١٩ حتى ٢٠٠٥/١/٧ بما لا ينفتح به في حقه ميعاد الطعن فيه، وقدم تأييداً لذلك حافظة مستندات طويت على كتاب الإدارة العامة للهجرة إدارة المنافذ - رقم أ. م ١٢٤٥٧/٦ في ٢٠٠٥/١١/٢٧ تضمن ما يفيد غيابه عن الكويت طوال تلك الفترة، ورغم أن محكمة الإستئناف قد حصلت هذا الدفاع الجوهري في مدونات حكمها المطعون فيه إلا أنها لم تعرض له بالبحث والتمحيص واعتدت بذلك الإعلان في بدأ سريان ميعاد الإستئناف ورتبت على ذلك سقوط حق الطاعن فيه الأمر الذي يعيب حكمها بالقصور بما يوجب تمييزه دون حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن.

وحيث إنه عن الدفع بسقوط الحق في الإستئناف رقم ٢٠٠٥/٢٦٨٩ لرفعه بعد الميعاد فإنه لما كان الثابت بالأوراق أن المستأنف لم يحضر جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى أمام محكمة أول درجة ولم يقدم إليها مذكرة بدفاعه ومن ثم فإن بدأ ميعاد الطعن بالإستئناف في الحكم الصادر فيها يكون بالنسبة له من تاريخ إعلانه إعلاناً قانونياً بالحكم، وكان البين من الشهادة الرسمية الصادرة من الإدارة العامة للهجرة - إدارة المنافذ المؤرخة في ٢٠٠٥/١١/٢٧ والمشار إليها سلفاً أن المستأنف كان متغيباً عن البلاد الفترة من ٢٠٠٣/٥/١٩ حتى ٢٠٠٥/١/٧ ومن ثم فإن إعلانه بالحكم خلال تلك الفترة

في ٢٠٠٤/١/٢٧ مع مخفر الشرطة بعد أن توجه مندوب الإعلان إلى محل عمله ووجده مغلقاً لا يكون قد تحقق معه إتصال علم المستأنف بواقعة الإعلان فلا ينتج أثره في إنفتاح ميعاد الطعن بالنسبة له ويظل حقه فيه قائماً بما يضحى معه هذا الدفع على غير أساس، وإذ كان ذلك وكان الإستئناف قد استوفى باقي أوضاعه الشكلية ومن ثم فهو مقبول شكلاً.

وحيث إنه عن موضوع الإستئناف فإن ما يثيره المستأنف عن بطلان إعلانه بصحيفة افتتاح الدعوى بمقولة أن مستلم صورتها بمحل عمله الذي وجه الإعلان إليه لا يعمل لديه كما أنه لم يكن متواجداً داخل الكويت آنذاك فضلاً عن وجود خطأ في العنوان المثبت بصحيفة الدعوى فهو مردود بأنه من المقرر في قضاء التمييز أنه إذا لم يجد مندوب الإعلان شخص المراد إعلانه في محل عمله فيصح تسليم صورة افتتاح الدعوى إلى من يقرر له فيه أنه من القائمين على إدارته أو أنه من العاملين فيه دون أن يكون المندوب مكلفاً بالتحقق من شخصية أو صفة المخاطب معه إذ يقتصر واجبه على الإنتقال إلى محل العمل وتسليم الصورة في هذا المحل إلى من يقرر له فيه أنه ممن أجازت المادة التاسعة من قانون المرافعات تسليم الصورة إليهم فإن فعل صح الإعلان وقام حجة على المعلن إليه، وأنه لا عبرة بما يقوله المستأنف عن عدم تواجده بالبلاد وقت إعلانه بصحيفة الدعوى إذ أنه من المقرر أنه يصح اعتبار المكان محلاً للعمل ولو تغيب عنه صاحبه فترات متقاربة أو متباعدة طالما بقي النشاط فيه مستمراً وله مظهره الواقعي يدل عليه ومادام أن الورقة سلمت إلى أحد ممن يصح تسليمها إليهم في محل العمل - المؤسسة المملوكة للمستأنف - والذي لم يدع تخليه عنه أو إنهاء النشاط به لأن عدم اتصال علمه بالورقة في هذه الحالة إن كان فهو يرجع إلى فعله أو تقصيره إذ تقع عليه تبعة أعمال تابعيه، والبين من الأوراق أن القائم بالإعلان أثبت إنتقاله إلى محل عمل المستأنف مقر المؤسسة المملوكة له فوجد بها من قررت له أنها تدعي «بوشاباه جولها» وأنها تعمل موظفة بها ولعدم وجود المراد إعلانه سلمها صورة الورقة فيكون الإعلان قد تم قانوناً ولا عبرة بما يثيره المستأنف من وجود خطأ في بيان عنوان محل عمله بصحيفة الدعوى إذ أن ذلك لا يعدو أن يكون خطأ مادياً في رقم القطعة الكائن بها لا يغير من أن هذا المحل الذي انتقل إليه مندوب الإعلان وسلم الصورة فيه هو خاص بالمستأنف وذلك وفقاً للثابت بالشهادة الصادرة من غرفة تجارة وصناعة الكويت المقدمة من المستأنف ضده بجلسة ٢٠٠٥/١١/٨ ومن ثم يغدو هذا الدفاع ولا أساس له.

وحيث إنه بشأن منازعة المستأنف في مديونيته فإن الحكم المستأنف وقد خلص مما هو ثابت بسند الوكالة المرفق والصادر من المستأنف ضده إلى المستأنف ومن الشهادة الصادرة من بنك التسليف والإدخار ما يفيد قبض المستأنف نيابة عن المستأنف ضده قيمة القرض العقاري الممنوح من البنك للأخير بمبلغ ٦٩٠٠٠ د.ك ولم يقدم المستأنف ما يفيد قيامه بالأعمال التي كان متفقاً عليها مع المستأنف ضده والتي تسلم من أجلها هذا المبلغ أو ما يفيد رده إياه إلى صاحبه ومن ثم تظل ذمته مشغولة بهذا المبلغ وهو من الحكم استخلاص سائغ له معينه الصحيح بالأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ومن ثم يكون الإستئناف على غير أساس بما يتعين معه القضاء برفضه وتأييد الحكم المستأنف.

لذلك

حكمت المحكمة أولاً: بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتمييز الحكم المطعون فيه وألزمت المطعون ضده المصروفات وعشرين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة.

ثانياً: في الإستئناف رقم ٢٠٠٥/٢٦٨٩ت بقبوله شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف وألزمت المستأنف المصروفات وعشرة دنانير مقابل أتعاب المحاماة.

بسم الله الرحمن الرحيم
بإسم صاحب السمو أمير الكويت
الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح
محكمة التمييز
الدائرة التجارية الأولى والإدارية

بالجلسة المنعقدة علنا بالمحكمة بتاريخ ١ جمادي الأولى ١٤٢٩ هـ الموافق ٢٠٠٨/٥/٦م

برئاسة السيد المستشار/ محمد خيري الجندي وكيل المحكمة

وعضوية السيد المستشار/ عبدالحميد عمران محمد وكيل المحكمة

والسادة المستشارين/ محمد السيد يوسف الرفاعي وعبدالمنعم أحمد إبراهيم وعبدالله لبيب خلف

وحضور الأستاذ/ أحمد حمدي رئيس النيابة وحضور السيد/ سامي أبو العينين أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي:

في الطعن بالتمييز المرفوع من...

ضد ....

والمقيد بالجدول برقم ٤ لسنة ٢٠٠٧ تجاري/ ١

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن الطاعن عن نفسه وبصفته أقام على المطعون ضدهم الدعوى رقم ٣٦٩ لسنة ٢٠٠٣ت .م. ك. ح بطلب الحكم أولاً: بانتفاء وجود الشركة محل التداعي بالنسبة للمطعون ضده الأول لعدم تقديمه حصته في رأسمالها وما يترتب على ذلك من آثار. ثانياً: بندب خبير لبيان كافة المبالغ التي تحصل عليها من أموال الشركة فترة توليه إدارتها منذ ١٩٩٥/٢/٤ مع تقدير التعويض الجابر لما لحق بالطاعن والشركة من أضرار من جراء تخلف المطعون ضده الأول عن الوفاء بهذه الحصة، وشرحاً لدعواه قال إنه بتاريخ ١٩٩٥/٢/٤ أبرم المطعون ضده الأول .... غير كويتي الجنسية مع المدعو ...... كويتي الجنسية عقد تأسيس شركة ذات مسئولية محدودة برأسمال مقداره مائة ألف ديناراً بواقع نسبة ٤٩٪ للأول والباقي للأخير، وتم توثيق العقد برقم ١٤ جلد/ ٧١ في ١٩٩٥/٢/٤ وبموجب عقد تال موثق تحت رقم ١/١٦٦٤ بتاريخ ١٩٩٦/٩/٩ تم تعديل العقد الأول بحلول الطاعن محل الشريك الكويتي كما أسندت إليه إدارة الشركة فتبين له أن الشريك غير الكويتي لم يقم بالوفاء بحصته في رأس المال ومقدارها ٤٩٠٠٠ د.ك كما استولى على إيراداتها فترة مباشرته إدارتها الأمر الذي ترصد معه في ذمته للشركة مبالغ جملتها ٩٥٧١٩,٦٦٢ د.ك حتى ١٩٩٦/١٠/٢٨ وهو ما أثبته بالإقرار الموقع منه بهذه المديونية ومن ثم

أقام الدعوى بطلباته سالفة البيان. ندبت المحكمة خبيراً وبعد أن أودع تقريره عدل الطاعن طلباته إلى طلب الحكم أولاً: بانتفاء وجود الشركة محل التداعي وبطلانها بالنسبة للمطعون ضده الأول. ثانياً بإلزامه بأن يؤدي إلى الطاعن مبلغ ٤٦٧١٩,٦٦٢ د.ك وبتاريخ ٢٠٠٥/٣/٢٦ حكمت المحكمة برفض الدعوى. استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٦٩٥ لسنة ٢٠٠٥ ت وبجلسة ٢٠٠٦/١١/٢٨ قضت المحكمة برفض الاستئناف وبتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التمييز وأودعت نيابة التمييز مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن وإذ عرض على هذه المحكمة في غرفة المشورة حددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث إن الطعن أقيم على أربعة أسباب ينعي بها الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق وفي بيان ذلك يقول إن الحكم اتخذ من واقعة تسجيل عقد الشركة محل النزع دليلاً على سداد المطعون ضده الأول كشريك قيمة حصته فيها في حين أن هذا التسجيل لا يعني بالضرورة قيام كل من الشركاء جميعهم بتقديم حصته إذ قد يتولى أحدهم سداد كامل رأس المال من ماله الخاص ثم يقوم بعد ذلك بمحاسبة باقي الشركاء، وأن الحكم بذلك قد خالف ما أثبته تقرير الخبير المنتدب وما ورد بالإقرار الموقع من المطعون ضده الأول من مديونيته للشركة بقيمة حصته في رأس المال ومسحوبات أخرى وهو ما سبق أن كشف عنه تقرير الخبير المنتدب في دعوى أخرى، كما استند الحكم في قضائه برفض دعواه إلى أن عدم تقديم الشريك حصته في رأس المال ليس من بين أسباب انقضاء الشركة المنصوص عليها في الماد ١٧٠ من قانون الشركات التجارية على الرغم من أنه لم يطلب في دعواه انقضاء الشركة بل إنه أقامها تأسيساً على أن تخلف المطعون ضده الأول عن سداد حصته في الشركة تنتفي معه لديه نية المشاركة بما يبطل العقد ولا تقوم معه الشركة بالنسبة له ابتداء هذا فضلاً عن أن أسباب الانقضاء لم ترد حصراً في المادة سالفة الإشارة بما يصح معه أن يكون البطلان واحداً منها ومن ثم يضحي الحكم معيباً بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي في غير محله ذلك أن النص في المادة ١٩٣ من قانون الشركات التجارية على أنه «لا يتم تأسيس الشركة ذات المسئولية المحدودة إلا إذا وزعت جميع الحصص النقدية بين الشركاء ودفعت قيمتها كاملة وسلمت الحصص العينية إلى الشركة، ويجب أن تودع الحصص النقدية أحد البنوك المعتمدة ... » يدل على أنه من بين شروط تأسيس الشركة ذات المسئولية المحدود أن يتم توزيع الحصص بين الشركاء ويتعين أن تودع قيمة الحصص النقدية للشركاء بأحد البنوك المعتمدة وأن تسلم الحصص العينية إلى الشركة، والعبرة في ذلك هو سداد رأس المال بالكامل سواء قدم كل من الشركاء جميعهم حصته أو قام أحدهم بالنيابة عن آخر وبموافقته بسداد حصته النقدية أو بتسليم حصته العينية إذ في هذه الحالة تبرأ ذمة الأخير أمام الشركة في تنفيذ التزامه بالوفاء بحصته فيها وتقوم الشركة قانوناً تبعاً لذلك ويكون ما دفعه الشريك الأول أو

قدمه نيابة عنه هو دين شخصي يستحق له في ذمة الأخير، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة في تحصيل وفهم الواقع في الدعوى وتعرف حقيقتها من الوقائع وما عرض عليها من الأدلة وما تستنبطه من القرائن بما يكفي لتكوين عقيدتها، ولا يقيدها في ذلك تقرير الخبير لأن رأيه لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات يخضع لتقديرها، وأن استخلاص قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه المترتب على العقد من عدمه هو من مسائل الواقع التي تدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من تمام تأسيس الشركة محل النزاع رسمياً بموجب العقد الموثق برقم ١٤ جلد/ ٧١ بتاريخ ١٩٩٥/٢/٤ وما تضمنه عقد تعديله الموثق برقم ١٦٦٤ جلد ١ في ١٩٩٦/٩/٩ أن حصص الشريكين المؤسسين للشركة «المطعون ضده الأول والشريك والذي حل محله الطاعن بموجب عقد التعديل» وهي التي يتكون منها كامل رأس الشركة وجميعها حصص عينية – قد قدمت بالكامل لحساب الشركة، وأن الشريكين المذكورين قد أبرأ كل منهما الآخر من أية التزامات رتبها قيام الشركة فيما بينهما منذ تأسيسها وحتى تاريخ التعديل، ولم يتحفظ الطاعن بالعقد الأخير لما يثيره بشأن التزام المطعون ضده الأول استخلص الحكم من ذلك قرينة اطمأن إليها على وفاء الأخير بحصته في رأس المال، وأن الطاعن لم يقدم ما ينقض ذلك الثابت أصلاً وبحسب الظاهر من المستندات وأنه لا يجديه ما اعتصم به من صورة فوتوغرافية لورقة عرفية منسوب صدورها إلى المطعون ضده الأول تضمنت الإقرار بعدم تقديمه حصته في رأس المال وبمديونيته للشركة إذ أنه فضلاً عن أنه ولم يقدم أصلها فلا سبيل للاحتجاج بها فإن عقد تعديل عقد تأسيس الشركة قد جاء لاحقاً على تاريخ هذه الورقة ولم يتضمن وعلى ما سلف أية إشارة إلى ما ورد بها بما لا يسوغ معه التعويل عليها، فضلاً عن أن ما يحتج به الطاعن من أن المطعون ضده لم يجحد هذه الصورة لدى تقديمها في دعوى أخرى مردود بأن الصورة الفوتوغرافية العرفية من المستند – غير المجحودة – ليست لها دلالة قانونية ملزمة، وإنما تخضع كقرينة لمطلق سلطة محكمة الموضوع في تقدير الأدلة إن شاءت أخذت بها في خصوص ما تصلح لإثباته قانوناً وإن شاءت أطرحتها، والتفتت عنها دون أن تكون ملزمة ببيان الأسباب التي دعتها إلى ذلك بلا معقب عليها وهو من الحكم استخلاص سائغ له معينه الصحيح بالأوراق وفيه وحده ما يكفي لحمل قضاءه أياً كان وجه الرأي فيما استطرد إليه تزيداً عن أسباب القضاء الشركة ذات المسئولية المحدودة الأمر الذي يغدو معه النعي بهذه الأسباب برمتها جدلاً في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع لا يجوز إثارته لدى محكمة التمييز.

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن.

لذلك

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه وألزمت الطاعن المصروفات مع مصادرة الكفالة.

بسم الله الرحمن الرحيم
بإسم صاحب السمو أمير الكويت
الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح
محكمة التمييز
الدائرة الجزائية

بالجلسة المنعقدة علناً بالمحكمة بتاريخ ١٠ ربيع أول ١٤٢٩هـ الموافق ٢٠٠٨/٣/١٨م

برئاسة السيد المستشار/
أحمد مساعد عبدالمحسن العجيل
وكيل المحكمة
وعضوية السادة المستشارين/
محمود دياب، حسين الشافعي،
علي الصادق، يحيي خليفة
وحضور الأستاذ/ حسن ربيع رئيس النيابة
وحضور السيد/عبدالعزيز الدرويش
أمين سر الجلسة.

صدر الحكم الآتي

في الطعن بالتمييز المرفوع من: .... والمقيد الجدول برقم (٢٤٢لسنة ٢٠٠٧ جزائي).

الوقائع

اتهمت النيابة العامة المطعون ضده بأنه في يوم ٢٠٠٦/٧/١٨ بدائرة دولة الكويت.

١- اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها قانوناً، بأن قام بنسخ المصنفات موضوع التحقيق (دي في دي وشرائط فيديو) والمملوك حقوق استغلالها للغير دون الحصول على إذن سبق بذلك، على النحو المبين بالتحقيقات.

٢- عرض للبيع والتداول المصنفات موضوع التهمة الأولى، وذلك على النحو المبين بالتحقيقات.

٣- باع المطبوعات الواردة من الخارج دون إجازتها من الوزارة المختصة على النحو المبين بالتحقيقات.

وطلبت النيابة العامة عقابه بالمواد ١، ٢/ د، ٤، ٥/أ، ٤٢ فقره أ بند أ، ب، وفقره ٤٦،٣،٢ من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٩ في شأن حقوق الملكية الفكرية، والمواد ١/٢، ١/٧ ، ٢٣، ٢٤، ٢٦ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ في شأن المطبوعات والنشر.

ومحكمة الجنايات، قضت في الثالث عشر من يناير سنة ٢٠٠٧ غيابياً: ببراءة المتهم مما أسند إليه.

فاستأنفت النيابة العامة، ومحكمة الاستئناف، قضت في السابع عشر من مارس سنة ٢٠٠٧ : بقبول استئنافها شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص محكمة الجنايات نوعياً بنظر الدعوى، وبإحالة الأوراق للنيابة العامة لاتخاذ شئونها فيها.

فطعنت النيابة العامة في هذا الحكم بطريقة التمييز.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة.

من حيث إن النيابة العامة تنعي على الحكم المطعون فيه إنه إذ قضى بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص محكمة الجنايات نوعياً بنظر الدعوى، قد أخطأ في تطبيق القانون، ذلك بأن أسس قضاءه على أن الوقائع المنسوبة إلى المطعون ضده لا تعدو أن تكون من مواد الجنح المؤثمة بنصوص القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٩ في شأن حقوق الملكية الفكرية، مع أن جريمة بيع المطبوعات الواردة من الخارج المنصوص عليها في المواد ١/٢ ، ١/٧، ٢٦ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ في شأن المطبوعات والنشر - موضوع التهمة الثالثة المسندة إلى المطعون ضده - مرتبطة إرتباطاً لا يقبل التجزئة بجريمتي الإعتداء على حقوق المؤلف، وعرض مصنفات للبيع والتداول - موضوع التهمتين الأولى والثانية - وأن محكمة الجنايات هي

المختصة بنظر الجريمة موضوع التهمة الثالثة وفقاً لنص المادة ٢٤ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ المشار إليه، الأمر الذي يعيب الحكم ويستوجب تمييزه.

ومن حيث إن الثابت من الأوراق أن النيابة العامة أسندت للمطعون ضده تهم:

١- الاعتداء على حقوق المؤلف بنسخ دي في دي وشرائط فيديو دون الحصول على إذن سابق.

٢- عرض هذه المصنفات للبيع والتداول.

٣- عرض مطبوعات واردة من الخارج دون إجازتها من الوزارة المختصة، وأحالته إلى محكمة الجنايات وطلبت عقابه طبقاً لنصوص المواد المبينة بتقرير الاتهام.

ومحكمة الجنايات، قضت غيابياً ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه، فاستأنفت النيابة العامة للثبوت، ومحكمة الاستئناف قضت بحكمها المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص محكمة الجنايات نوعياً بنظر الدعوى وأقامت قضاءها على ما حاصله: إن التهم المسندة إلى المطعون ضده من مواد الجنح المنصوص عليها في المواد ١، ٢، ٤، ٥/أ، ٤٢ من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٩ في شأن حقوق الملكية الفكرية، ولا ينطبق عليها القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ في شأن المطبوعات والنشر لأن مجال سريان أحكامه هو الجرائم الصحفية التي ترتكب بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر، وهو ما لم يقم دليل على ثبوته في حق المطعون ضده.

لما كان ذلك وكانت المادة الثانية من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ في شأن المطبوعات والنشر السارية أحكامه - في تاريخ الواقعة قد عرفت المقصود بالمطبوع بأنه كل كتابة أو رسم أو صورة أو قول سواء كان مجرداً أو مصاحباً لموسيقى أو غير ذلك من وسائل التعبير متى كانت مدونة على دعامة بالوسائل التقليدية أو أي وسيلة أخرى أو محفوظة بأوعية حافظة أو ممغنطة أو إلكترونية أو غيرها من الحافظات معدة للتداول بمقابل أو بغير مقابل، كما عرفت المقصود بالطابع بأنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يقوم بنفسه أو بواسطة غيره بنسخ المطبوعات بواسطة الآلات أو الأجهزة التي يستخدمها لهذا الغرض، واشترطت الفقرة الأولى من المادة السابعة الواردة في الفصل الأول من القانون المذكور.

إجازة الوزارة المختصة قبل إدخال أو تداول أو بيع المطبوعات الواردة من الخارج بعد التثبت من عدم احتوائها على ما يحظر نشره وفقاً للمواد المنصوص عليها في الفصل الثالث من هذا القانون، ونصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤ منه على أن «دائرة الجنايات في المحكمة الكلية هي المحكمة المختصة بنظر جميع الدعاوى الجزائية المنصوص عليها في هذا القانون، وتستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف.

يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من المحكمة الأخيرة بطريق التمييز أمام محكمة التمييز «كما نصت المادة السادسة والعشرين من القانون نفسه على أن»: كل مخالفة لأحكام مواد الفصل الأول من هذا القانون يعاقب مرتكبها بغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تجاوز ألف دينار فإذا تضمن المطبوع ما يتعارض مع المصلحة الوطنية أو كان يخدم هيئة أو دولة أجنبية أو يمس النظام الاجتماعي أو السياسي في الكويت تكون العقوبة غرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار، وذلك مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر.

لما كان ذلك، وكانت التهمة الثالثة المسندة إلى المطعون ضده وهي بيع مطبوعات واردة من الخارج دون إجازتها من الوزارة المختصة تنطبق عليها نصوص المادة الثانية والفقرة الأولى من المادة السابعة والمادة السادسة والعشرين من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ سالف الذكر، وقد ارتبطت ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالتهمتين الأولى والثانية، فإن دائرة الجنايات بالمحكمة الكلية تكون هي المختصة بنظر الدعوى عملاً بحكم المادة الرابعة والعشرين من

القانون سالف الإشارة إليه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص محكمة الجنايات نوعياً ينظر الدعوى استناداً على أن التهم المسندة إلى المطعون ضده من مواد الجنح المنصوص عليها في القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٩ في شأن الملكية الفكرية، ولا ينطبق عليها القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ في شأن المطبوعات والنشر الذي يقتصر على الجرائم الصحفية التي ترتكب بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله خطأ حجبه عن نظر موضوع الاستئناف، وهو ما يترتب عليه منع السير في الدعوى لأن محكمة الجنح سوف تقضي حتماً بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى - فيما لو رفعت إليها - بما يكون الطعن جائزاً وفقاً لنص المادة ٢٤ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ المار بيانها وإذا استوفى الشكل المقرر في القانون فقد تعين تمييز الحكم المطعون فيه.

ومن حيث إن الاستئناف صالح للفصل فيه.

ومن حيث إن واقعة الدعوى - كما استقرت في يقين المحكمة - تتحصل في أن المتهم مسئول عن محل هوت موفي للمطبوعات الصوتية والمرئية التابع لشركة لتجارة العامة والمقاولات، وقد تم ضبط ثلاثمائة وثلاثة وخمسين أسطوانة (دي في دي) منسوخة الأفلام.

مختلفة، ومائتين وعشرة شريط فيديو أصلية لأفلام هندية، معروضة للبيع والتداول بالمحل المشار إليه وذلك دون إجازة من وزارة الإعلام

ومن حيث إن الواقع على الصورة السالفة قد ثبتت في حق المتهم مما أثبت بمحضر الضبط ومما شهد به.

فقد ثبت بمحضر الضبط رقم ١٠٢١ المؤرخ في الثامن عشر من يوليو سنة ٢٠٠٦ ضبط ثلاثمائة وثلاثة وخمسين أسطوانة (دي في دي) منسوخة بدون ترخيص، وكذل مائتين وعشرة شريط فيديو أصلية لأفلام هندية بدون إجازة من وزارة الإعلام، إضافة إلى كتالوجين للأفلام المعروضة وذلك بمحل هوت موفي للمطبوعات الصوتية والمرئية التابع لشركة لتجارة والمقاولات، وأن المتهم هو المسئول عن ذلك المحل.

وشهد بتحقيقات النيابة العامة بمضمون ما أوردته المحكمة في صورة الواقع على النحو السالف بيانه.

ومن حيث أنه بسؤال المتهم بمحضر الضبط قرر أنه مجرد موظف بالمحل محل الضبط ونفى علمه بأن ما يقوم به يحظره القانون.

ومن حيث إن المتهم لم يسأل في تحقيقات النيابة العامة ولم يحضر أياً من جلسات المحكمة على الرغم من إعلانه بها، فلم يبد - من ثم - دفاعاً في الدعوى غير ما تذرع به في محضر الضبط من أنه مجرد موظف بالمحل ولا يعلم بأن ما يقوم به ممنوع عليه قانوناً، وهو دفاع مردود، ذلك أن المستفاد من نص المادة السابعة من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ في شأن المطبوعات والنشر أنه لا يجوز إدخال أو تداول أو بيع المطبوعات الواردة من الخارج إلا بعد إجازتها من الوزارة المختصة، وأن الموزع المحلي يعتبر مسئولاً في حالة مخالفة أي حكم من أحكام القانون المذكور.

ولما تقدم، فإنه يكون قد ثبت في يقين المحكمة أن المتهم في الزمان، والمكان المبينين بتقرير الاتهام ارتكب الجرائم المسندة إليه، فيتعين لذلك عقابه عنها عملاً بمواد الاتهام، مع إعمال حكم الارتباط بينها عملاً بنص الفقرة الأولى من المادة ٨٤ من قانون الجزاء.

ومن حيث أن الحكم المستأنف قضى ببراءة المتهم على خلاف ما خلصت إليه هذه المحكمة، فإن استئناف النيابة العامة يكون في محله، ويتعين لذلك الحكم في موضوعه بإلغاء الحكم المستأنف وبمعاقبة المتهم بالعقوبة المبينة بمنطوق هذا الحكم مع مصادرة المضبوطات.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة:

أولاً: بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتمييز الحكم المطعون فيه

ثانياً: في موضوع استئناف النيابة العامة: بإلغاء الحكم المستأنف وبتغريم المتهم خمسمائة دينار كويتي عما أسند إليه ، ومصادرة المضبوطات.

بسم الله الرحمن الرحيم
باسم صاحب السمو أمير الكويت
الشيخ/ صباح الأحمد الجابر الصباح
محكمة التمييز
الدائرة التجارية الأولى والإدارية

بالجلسة المنعقدة علنا بالمحكمة بتاريخ ٢٧ ذو القعدة ١٤٢٩ هـ الموافق ٢٠٠٨/١١/٢٥م

برئاسة السيد المستشار/ محمد خيري الجندي وكيل المحكمة

وعضوية السيد المستشار/ عبدالحميد عمران محمد وكيل المحكمة والسادة المستشارين/ عبدالمنعم أحمد إبراهيم

ومحمد الأدهم محمد حبيب

وزياد محمد غازي

وحضور الأستاذ/ علاء خلاف رئيس النيابة

وحضور السيد/ سامي زبو العينين أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي:

في الطعن بالتمييز المرفوع من: .... عن نفسها وبصفتها شريكة في شركة ....

ضد

١- ....

٢- ....

٣- ....

٤- ....

٥- ....

«المحكمة»

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن الطاعنة أقامت على المطعون ضدهم الدعوى رقم ١٢١٥ لسنة ٢٠٠٥ ت.ك بطلب الحكم أولاً: بصفة مستعجلة بوقف إجراءات تنفيذ إقرارات الدين المشهرة موضوع الدعوى بما في ذلك الإقرار رقم ٥٦٨٣ لسنة ٢٠٠٣ «ملف التنفيذ ٨٧١٥٠ لسنة ٢٠٠٣» والإقرار رقم ٦٣٨ لسنة ٢٠٠٢ «ملف التنفيذ ٤٤٥١٦ لسنة ٢٠٠٢» ثانياً: بندب خبير لبيان العلاقة بين الخصوم والأساس الذي صدرت بناء عليه هذه الإقرارات وكيفية وظروف توقيعها، وإثبات براءة ذمة الطاعنة من المبالغ الواردة بها وذلك تمهيداً للحكم بما يسفر عنه تقرير الخبير. وشرحاً لدعواها قالت إن المطعون ضده الثاني عن نفسه وبصفته مديراً للشركة المطعون ضدها الأولى استحصل على توقيعها - بوصفها الشريكة المديرة لشركة .... - على الإقرارات الرسمية أرقام ٣٦٠٢ ، ٦٣٨، ٣٢٦٦، ٣٦٠١ لسنة ٢٠٠٢، ٥٦٨٣ لسنة ٢٠٠٢ وذلك بمديونيتها لصالح الشركة المطعون ضدها الأولى بمبالغ التعويضات المستحقة للشركة إدارتها عن الغزو العراقي بعد أن أوهمها بقدرته على رفع قيمة هذه التعويضات لتصل إلى ٣٣٦، ١٣٧٢٨٠٥٥ دولار أمريكي فضلاً عن أنه سيقوم بحمايتها من تصرفات شقيقها التي تستهدف ضياع حقوقها الأمر الذي يصم هذه الإقرارات بالبطلان إلا إنها فوجئت بقيام الشركة المذكورة

بصرف مبلغ ٤٥٩٩٦,٨١٧ د.ك من تلك التعويضات ومن ثم أقامت الدعوى بطلباتها سالفة البيان، دفعت المطعون ضدها الأولى بعدم اختصاص المحاكم ولائياً بنظر الدعوى لوجود شرط التحكيم بموجب الاتفاقيتين المؤرختين في ٣/٥، ٢٠٠٢/٥/١ وأن الطاعنة قبلت تنفيذه ومازال النزاع معروضاً على هيئة التحكيم المتفق عليها بلندن، وبتاريخ ٢٠٠٥/١٠/١٠ حكمت المحكمة بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى لوجود شرط التحكيم استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٨٩٤ لسنة ٢٠٠٥ ت وبجلسة ٢٠٠٦/٤/١٦ قضت المحكمة برفض الاستئناف وبتأييد الحكم المستأنف. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق التمييز وأودعت نيابة التمييز مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة المشورة حددت لنظره جلسة فيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث أن الطعن أقيم على سببين تنعي بهما الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال وفي بيان ذلك تقول إن الحكم أقام قضاءه بعدم اختصاص المحاكم بنظر الدعوى على سند من القول أن الطاعنة أوردت بصحيفة افتتاحها أن الإقرارات موضوعها تدور حول أحقية المطعون ضدها الأولى نسبة من مبالغ التعويضات التي ستقرر للطاعنة عن الغزو العراقي مقابل قيام الأولى بإجراءات المطالبة بها كوكيلة عنها، وقد أبرما في هذا الشأن اتفاقيتين مؤرختين في ٣/٥، ٢٠٠٢/٥/١ تضمنتا في البند الثامن من كل منهما حل ما قد يثور بينهما من خلاف بخصوصهما عن طريق التحكيم وأنه قد تأيد ذلك بمطالعة المحكمة للإقرارات أرقام ٦٣٨، ٣٢٦٦، ٣٦٠١ وأيضاً بما جاء بكتاب المطعون ضده الرابع بصفته الحارس القضائي على الشركة صاحبة الحق في مبالغ التعويضات من قبولها حضور جلسات التحكيم، كما اعتبر الحكم الطلب المستعجل بوقف تنفيذ هذه الإقرارات طلب تبعي الطلب الأصلي والذي قضى بعدم اختصاص المحاكم بنظره فيكون الطلب التبعي ولا محل له في حين أن مقصود الطرفين من شرط التحكيم أنه ينصب على ما قد ينشأ من خلاف حول موضوع الاتفاقيتين والذي ينحصر في وكالة المطعون ضدها الأولى عن الطاعنة في متابعة مطالبات التعويض، ومن ناحية أخرى فإن الطلبات في الدعوى اقتصرت على طلبين أولهما بصفة مستعجلة بوقف إجراءات تنفيذ الإقرارات موضوعها والطلب الثاني وقف عند حد ندب خبير دون طلب موضوعي ومع ذلك لم يفطن الحكم إلى أن الطلب الأول لا يشمله التحكيم عملاً بنص المادة ١٧٣ من قانون المرافعات كما اعتبر الطلب الثاني منصباً على موضوع النزاع مما يعد خروجاً على نطاق الطلبات في الدعوي، وقد تمسكت الطاعنة بهذا الدفاع بمذكرتها المقدمة أمام محكمة الاستئناف بجلسة ٢٠٠٦/٤/٢ إلا أنها التفتت عنه دون أن تعن ببحثه وتمحيصه رغم جوهريته الأمر الذي يعيب حكمها بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن النعي في شقه الأول غير سديد ذلك إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المطالبة القضائية هي إجراء يوجه إلى المحكمة في مواجهة المدعي عليه وبها يتحدد نطاق الدعوى وتدور الخصومة حولها سواء بالنسبة للخصوم أو القاضي وتلتزم المحكمة عند فصلها بأن لا تخرج عنها، والمطالبات الواردة بصحيفة افتتاح الدعوى هي التي تحدد هذا النطاق مادام أنها

لم تتعدل ومن ثم يتعين الرجوع إليها لمعرفة إن كان القاضي قد حكم فيما طلبه الخصوم أو تجاوزه أو أهمل بعضه، ويعتبر هذا التحديد من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، ومن المقرر أيضاً أنه وإن كان الأصل أن المحاكم هي صاحبة الولاية العامة بالفصل في جميع المنازعات إلا أن المشرع أجاز للخصوم استثناء عملاً بالمادة ١٧٣ من قانون المرافعات خروجاً على هذا الأصل أن يتفقوا على إحالة ما قد ينشأ بينهم من نزاع عن تنفيذ عقد معين إلى محكم أن محكمين يختارونهم للفصل في بقضاء له طبيعة أحكام المحاكم فلا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم في شأنها مما مفاده أن التحكيم طريق استثنائي للتقاضي مقصور على ما تنصرف إليه إرادة طرفيه ولازم ذلك ومقتضاه أن لجؤ الخصم إلى القضاء في مسألة اتفق على التحكيم بخصوصها يعتبر مخالفة لقواعد الاختصاص المتعلق بالوظيفة، والقاعدة أنه وفقاً للفقرة الأخيرة من تلك المادة أن التحكيم إنما ينصرف أساساً إلى موضوع المنازعة دون شقها المستعجل ويظل هذا الشق من اختصاص القضاء المستعجل إلا إذا نص صراحة في اتفاق التحكيم على امتداده إليه أما إذا خلا من ذلك فيكون خارجاً عن نطاق التحكيم ويتعين على الخصوم للفصل فيه اللجؤ إلى المحاكم صاحبة الولاية العامة ولا محل للقول في خصوصه بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع لما في ذلك من خروج على الدائرة التي حددتها - استثناء من الأصل العام في التقاضي - اتفاقية التحكيم لولاية المحكم في الفصل في النزاع بما لازمه التقيد بما انصرفت إليه إرادة المحتكمين إلى عرضه دون سواه على التحكيم، لما كان ذلك وكان المحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائي قد استخلص مما أبرمه طرفا النزاع من اتفاقيتين مؤرختين في ٣/٥، ٢٠٠٢/٥/١٢ بموجبهما عينت الطاعنة الشركة المطعون ضدها الأولى والتي يمثلها المطعون ضده الثاني استشاريا ووكيلا إداريا وقانونيا فيما يتعلق بحقوقها الناشئة أو المرتبطة بمطالبتها المقدمة لدى الهيئة العامة لتقدير التعويضات عن خسائر العدوان العراقي والمقيدة برقم ٢٢٤٥٣٠٩ un والبالغ مقدارها ١٣٧٢٨٠٥٥،٣٣٦ دولار أمريكي وذلك نظير نسبة قدرت في الاتفاقية الأولى بما يعادل ٢٠٪ من قيمة إجمالي المبلغ الذي سيتم إقراره أو صرفه من قيمة المطالبة زيدت هذه النسبة إلى ٥٠٪ من هذه القيمة الاتفاقية الثانية، وقد تضمن البند الثامن من كل منهما انصراف إرادة الطرفين إلى عرض ما قد ينشأ عن تنفيذهما من خلاف على محكم منفرد تختاره احدى جمعيات المحاماة البريطانية، وأن السندات الرسمية محل النزاع جاءت متضمنة إقرار بهذه الوكالة بشأن ذات المطالبة سالفة البيان واستحقاق المطعون ضدها الأولى المقابل النقدي المحدد بالاتفاقيتين آنفتي الإشارة، وأن الطاعنة أوردت ذلك كله بصحيفة دعواها بما تضحي معه منازعتها في تلك السندات الرسمية ناشئة عن تنفيذ هاتين الاتفاقيتين مما ينعقد معها الاختصاص بالفصل فيها للتحكيم دون المحاكم وذلك نفاذاً لما انعقدت إليه إرادة الطرفين في البند الثامن من كل من الاتفاقيتين، وهو من الحكم استخلاص سائغ يرتد إلى أصل

ثابت بالأوراق ويصادف ما أفصحت عنه الأوراق من عرض النزاع فعلاً عن التحكيم، وغير صحيح ما تتذرع به الطاعنة من أن دعواها وقد وقفت عند حد طلب ندب خبير فإنه لا يشملها التحكيم إذ أن الثابت بصحيفة الدعوى أن الطاعنة لم تكتف بمجرد طلب إثبات حالة السندات الرسمية محل النزاع بل تجاوزت ذلك إلى مناقشتها ونفي صحة الالتزام بها وطلبت في صيغة صريحة جازمة اطراحها بغية الحكم ببراءة ذمتها وفقا لما سيكشف عنه تقرير الخبير الذي ارتأت في ندبه وسيلة لإثبات ما تدعيه من حقوق بماتضحي معه الدعوى في حقيقتها وبحسب غايتها مطالبة بموضوع الحق وليست مجرد مطالبة باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي، وإذ أسبغ الحكم المطعون فيه على الدعوى هذا الوصف الصحيح فإنه لا يكون قد خرج عن نطاق الدعوى الأمر الذي يضحي معه الشق الأول من النعي على غير أساس، أما بالنسبة للشق الثاني من النعي فهو في محله إذ أنه لما كان الثابت من الاتفاقيتين المنوه عنهما سلفا والمتضمنتين شرط التحكيم أن الطرفين لم ينصا بهما صراحة على شمول التحكيم المسائل المستعجلة فإن ما طلبته الطاعنة في دعواها من الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الإقرارين (السندين الرسميين) الواردين بصحيفة افتتاحها لا تمتد إليه ولاية التحكيم ويبقي الاختصاص بنظره للقضاء المستعجل ما توافرت شروطه ولا يكون هناك وعلى ما سلف محل لإعمال قاعدة أن الأصل يتبع الفرع إذ أن إرادة الطرفين لم تنصرف إلى عرض هذا الطلب المستعجل على التحكيم فلا يشمله التزاما بها على نحو ما قررته الفقرة الأخيرة من المادة ١٧٣ من قانون المرافعات، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون حقيقاً بالتمييز في هذا الخصوص.

وحيث إنه عن موضوع الاستئناف وفي حدود ما تم تمييزه فإنه ولما تقدم وكان الحكم المستأنف قد خالف هذا النظر ومد إلى التحكيم الاختصاص بنظر الشق المستعجل من الدعوى في حين أنه لا يشمله، وكان من المقرر أن محكمة الموضوع تنظر الطلب المستعجل تابعاً للطلب الموضوعي في الدعوى المرفوعة أمامها وتدخل في اختصاصها فإذا كانت الدعوى قاصرة على الطلب المستعجل أو لم يبق الطلب الموضوعي أمام المحكمة فإنه يتعين عليها أن تقضي بعدم الاختصاص مع إحالة الدعوى الى المحكمة المختصة عملاً بالمادتين ٧٨،٣١ من قانون المرافعات وما ثم يتعين تعديل الحكم المستأنف على النحو المبين بمنطوق هذا الحكم.

«لذلك»

حكمت المحكمة: أولا: بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتمييز الحكم المطعون فيه جزئياً بخصوص قضائه في الطلب المستعجل وألزمت المطعون ضدهم الثلاثة الأول بالمصروفات وعشرين دينارا مقابل أتعاب المحاماة.

ثانيا: في موضوع الاستئناف رقم ٢٨٩٤ لسنة ٢٠٠٥ ت بتعديل الحكم المستأنف فيما يتعلق بالطلب المستعجل الخاص بوقف تنفيذ الإقرارات الواردة بصحيفة الدعوى إلى رفض الدفع بعدم اختصاص المحاكم بنظره والقضاء بإحالة هذا الطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة المنتدب بالمحكمة الكلية «الدائرة الأولى» للاختصاص وحددت لنظره جلسة ٢٠٠٩/١/١٨ وألزمت المستأنف ضدها الأولى المصروفات المناسبة وعشرة دنانير مقابل أتعاب المحاماة.

فتوى الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري

حول مدى جواز إدراج شرط التحكيم الاختياري في العقود الإدارية

أحكام قضائية (آخر حكم)

حاصل الواقع - حسبما يبين من مطالعة الأوراق - أنه عرض على اللجنة الثانية من لجان الفتوى بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة بتاريخ ٣٠ من أكتوبر سنة ١٩٩٦ مراجعة مشروع العقد المزمع إبرامه بين كل من المجلس الأعلى للآثار وشركة جلتسير سلفرنايت الإنجليزية بخصوص الأعمال التكميلية لأعمال تنسيق الموقع الخارجي لمتحف آثار النوبة بأسوان، وكذلك العقد المزمع إبرامه بينهما بخصوص استكمال أعمال بالمتحف المذكور. وقد بدا للجنة الثانية لدى مراجعة حذف البند (السادس عشر) من العقد الأول، والبند (الثاني والعشرون) من العقد الثاني حيث تضمنا نصاً يقتضي بفض ما قد ينشأ عن العقدين من منازعات بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي وذلك على سند من أن الاختصاص إنما ينعقد لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها في فض المنازعات التي قد تنشأ عن العقود الإدارية.

ونظراً لما تبين للجنة الثانية من أن الرأي الذي اتجهت إلى ترجيحه وإن كان يتفق مع ما أقرته المحكمة الإدارية العليا في حكمين لها صادرين في ٢٠ فبراير و١٣ مارس سنة ١٩٩٠ إلا أن هذا الرأي يخالف ما انتهى إليه رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتواها الصادرة بجلسة ١٩٨٩/٥/١٧ والمؤيدة بفتواها الصادرة بجلسة ١٩٩٣/٢/٧ والذي خلصت فيهما إلى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وطبقاً لنص المادة (٦٦/ب) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ التي تقضى باختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ينظر المسائل التي ترى فيها إحدى لجان قسم الفتوى رأياً يخالف فتوى صدرت من الجمعية العمومية، ارتأت اللجنة بجلستها المنعقدة بتاريخ ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٩٦ إحالة الموضوع للجمعية العمومية «للاختصاص».

ونفيد أن الموضوع عرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة في ١٨ من ديسمبر سنة ١٩٩٦ فلاحظت أن المسألة القانونية المطروحة عليها ثار في شأنها خلاف في الرأي، وصدرت في خصوصها أحكام قضائية، وفتاوى تباينت الآراء فيها، فقد سبق للجمعية العمومية أن أفتت بجلستها بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧ (ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤) بجواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية وذلك على « سند من أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ورد بها ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية «إدارية ومدنية» حينما نصت الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها على إلزام أية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة بألا تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ولأنه لو أن الاتفاق على التحكيم أمر محظور على جهة الإدارة

ما كان المشرع ألزمها أصلا بعرض هذا الاتفاق أو تنفيذ حكم المحكمين على مجلس الدولة للمراجعة، وأنه إزاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم في منازعات العقود والتي تكون جهة الإدارة طرفا فيها فإنه يتعين الرجوع في ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة بقانون المرافعات والتي لا تتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية، وأنه ليس مؤدى هذا الاتفاق سلب الولاية المعقودة للقضاء الإداري في هذا الشأن لأن المقصود من نص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي.

بيد أنه صدر عن المحكمة الإدارية العليا حكم بجلستها المنعقدة في ١٩٩٠/٢/٢٠ في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ القضائية والذي تأيد بحكمها الصادر في الطعنين رقمي ١٦٧٥ و ١٩٥٦ لسنة ٣٠ القضائية بجلستها المنعقدة في ١٩٩٠/٣/١٣ بعدم جواز الاتفاق على ما يخالف القاعدة العامة المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة والتي تجعل الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية منوط بمجلس الدولة.

وبجلسة ١٩٩٣/٢/٧ انتهت الجمعية العمومية إلى جواز الاتفاق على اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية تأييداً لفتواها الصادرة بجلسة ١٩٨٩/٥/٧ وأوردت في هذا المقام أن النص في المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالمنازعات الخاصة بالعقود قصد به التأكيد على استبعاد أي اختصاص لمحاكم القضاء العادي بمثل هذه المنازعات وهو اختصاص كان قائماً في بعض القوانين السابقة على القانون المشار إليه فأراد المشرع بهذا النص أن يقطع الصلة بين المحاكم العادية ومنازعات العقود الإدارية ولكنه لم ينكر حق الأطراف في عرض مثل هذه المنازعات على هيئة التحكيم خاصة إذا كان العرض على هذه الهيئة مثل الحالة المعروضة على الجمعية لا يستبعد عند نظر المنازعة إعمال القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية.

وقضت المحكمة الإدارية العليا بجلستها المنعقدة في ١٩٩٤/١/١٨ في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ القضائية بأن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائماً.

كما لاحظت الجمعية العمومية أنه صدر قانون جديد ينظم التحكيم في المواد المدنية والتجارية وهو القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ونصت المادة (١) منه على أن «.... تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع...» ونصت المادة (٢) على أن«يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي.. عقدية كانت أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال..» ونصت المادة (٣) على أن يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية...».

ونصت المادة (١٠) في الفقرة (١) على أن « اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات..» ونصت المادة (١١) على أن «لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص... الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح».

ونصت المادة (٥٤٩) من القانون المدني على أن «الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه» ونصت المادة (٥٥٠) من القانون المدني على أنه «يشترط فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح»، ونصت المادة (٥٥١) من القانون المدني على أنه «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم».. ونصت المادة (٥٥٧) في الفقرة (١) على أن «الصلح لا يتجزأ، فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقدكله» وذلك إلا إذا اتفق العاقدان على استقلال أجزائه بعضها عن بعض.

وفي معرض النظر في سوابق إفتاء الجمعية العمومية وأحكام المحكمة الإدارية العليا، ترد ملاحظة، أن الجمعية العمومية وإن كانت أجازت التحكيم في العقود الإدارية، فإن المحكمة الإدارية العليا لم تجز التحكيم في هذه العقود وخلافهما في هذا الشأن متعاصر ومتداخل، وفتويا الجمعية العمومية صادرتان في مايو ١٩٨٩ وفبراير ١٩٩٣، وحكما المحكمة الإدارية العليا صادران في فبراير ١٩٩٠ ومارس ١٩٩٠،

وقد استندت الجمعية العمومية في إجازتها التحكيم في العقود الإدارية، إلى أن الاختصاص الإفتائي لمجلس الدولة يشمل عقود التحكيم طبقاً للمادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، واستندت المحكمة الإدارية العليا في منعها التحكيم في العقود الإدارية إلى أن الاختصاص القضائي لمجلس الدولة المبين بالمادة (١٠) من قانون المجلس يقصر الفصل في منازعات العقود الإدارية على محاكم مجلس الدولة. ومن ذلك يبين أن كلا من جهتي الإفتاء والقضاء قد عرض للأمر من زاوية الاختصاص بالنظر فقط، لذلك لم تميز الفتويان بين العقود المدنية والعقود الإدارية التي يمكن أن تبرمها الأشخاص العامة سواء بسواء، والتي تخضع لاختصاص المراجعة الإفتائية الذي يمارسه مجلس الدولة على مشروعات العقود المزمع لجهات الإدارة عقدها سواء كانت عقوداً مدنية أو إدارية.

كما استندت المحكمة الإدارية العليا إلى اختصاصها دون غيرها من المحاكم بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وجاء قولها بمخالفة شرط التحكيم لأحكام الاختصاص القضائي لمحاكم مجلس الدولة لما رأته من أن الاختصاص

القضائي لمجلس الدولة يشمل على وجه الخصوص وبصريح نص المادة (١٠) «المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد». ثم أردف هذه العقود الخاصة بعبارة عامة هي «أو أي عقد إداري آخر». وكان أهم ما ركز عليه الحكم أن عقد الالتزام محل النزاع المعروض وإن كان صدر به قانون فهو في حقيقته عمل إداري تقوم به سلطة التشريع، وأنه لا يجوز لأية جهة أن تخالف بقرار فردي قاعدة عامة سبق لها أن أصدرتها، ولم يتطرق الحكم إلى بحث مدى مساس التحكيم بالاختصاص القضائي في المنازعات المدنية والتجارية. فالقول بانجراح الاختصاص القضائي لمحاكم مجلس الدولة يثير التساؤل أيضاً حول انجراح الاختصاص القضائي لمحاكم القضاء العادي في المنازعات المدنية والتجارية وهذا ما لم تنته إليه المحاكم المدنية ثم جاء حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في سنة ١٩٩٤ متعلقاً أيضاً بالتفرقة بين ولاية القضاء الكامل في العقود الإدارية وولاية الإلغاء وانحسار سلطة وقف التنفيذ عن الولاية الكاملة ومشيراً إلى أن التحكيم لا ينزع اختصاص المحكمة.

ومن حيث إن الجمعية العمومية في نظرها الموضوع الماثل، ومن أجل الوصول لكلمة سواء في أمر العقود الإدارية والتحكيم، ترى وجوب النظر إلى هذا الأمر لا من منظور الاختصاص الفتائي أو القضائي لمجلس الدولة، ولكن من منظور الطبيعة القانونية للعقد الإداري ومدى تلاؤمها مع نظام التحكيم أو تنافرها معه، وما هي الشروط والأوضاع التي يمكن بها إقامة هذا التلاؤم، وما هي شرائط الأهلية وأوضاع الولاية التي تمكن من إقامة هذا التلاؤم أو لا تمكن منه.

ومن حيث إن العقد الإداري يتميز عن العقد المدني من ثلاثة وجوه، يتردد ذكرها في كتب الشرح وبحوث الفقه وفي الفتاوى وأحكام المحاكم بما لا حاجة معه للتفصيل والبيان، إنما ترد الإشارة المجملة عنها في الموضوع المعروض للتذكر بها وللبدء بها في استخلاص الدلالات.

فالعقد الإداري أولاً تبرمه هيئة عامة من أشخاصة القانون العام، والهيئة العامة تبرمه ثانياً لا فيما تنزل فيه منزلة الأفراد وأشخاص القانون الخاص من بيع وإيجار ونحوه ولكنها تبرمه في إطار استخدامها لسلطتها وما نيط بها من أمانات إدارة المصالح العامة وإنشاء المرافق العامة وتنظيمها وتسييرها، أي أنها تبرمه بمناسبة تصديها للشأن العام للجماعة وممارستها لوسائط الرعاية والتنظيم والضبط التي ما قامت الهيئات العامة وما تبوأت مكانتها في المجتمع على رأس الجامعة إلا للقيام بها.

والعقد الإداري ثالثاً وبموجب الأمرين السابقين يتضمن شروطاً استثنائية مما لا يعتاد في العقود المدنية التي تبرم بين طرفين ندين، وهنا تختلط علاقات التعاقد التي يعرفها فقه القانون الخاص، تختلط بأوضاع الإمارة والسلطة التي ترتد في مرجعيتها ليس فقط إلى الرضاء الاتفاقي في صياغة عقد ما ولكنها تريد في بعض وجوه مرجعيتها إلى قوامة الدولة على المجتمع وسلطاتها عليه لحماية الجماعة وتنظيم شئونها العامة وتسيير مصالحها العامة، ومن

قوامة الدولة على الشأن العام تتفرع التفاريع إلى الهيئات والمصالح وسائر الوحدات العامة التي تنقسم نوع نشاط ومكان إقليم ومجال تخصص.

ومن جهة فإن الشأن العام هو شأن الجماعة، مصالح وأوضاعاً ومقاصد منشودة، والجماعة تشخصها الدولة وتقوم علمها من الناحية المؤسسة التنظيمية والدولة التي يدرسها القانون الدولي العام بوصفها شعباً على إقليم عليه حكومة، هذه الدولة يرسم الدستور كيانها التنظيمي العام، وهي لا تتشكل من هيئة واحدة، ولكنها تتكون من الناحية التنظيمية من هيئات كبرى تتوزع عليها مراحل تشكل العمل العام، وذلك بما عرف من سلطات التنفيذ والتشريع والقضاء، وهي مع تشكلها بالتنسيق بين هذه الجهات، فهو تنسيق يحفظ قدراً من التوازن لا يمكن أحداها من استيعاب مكنة القيام وحدها بالعمل العام.

فالدولة كتنظيم مشخص للجماعة يستمد من هذا التشخيص مبرر قيامه ويستمد منه شرعية نفاذ القول على الغير، بشأن أوضاع الجماعة حفظاً وضبطاً وتسييراً وتنمية في كل المجالات، هذه الدولة تقوم على مفهوم النيابة عن الجماعة والتمثيل لها وهو تمثيل يخضع لأصول ثلاثة، أولها: تعدد التنظيمات الأساسية التي تشكل منها الدولة فلا تكون كياناً تنظيمياً واحداً وثانيها: اختلاف أساليب التشكل لهذه التنظيمات وفقاً لاختلاف المهام الموزعة عليها، باعتبار أن سلطة التقرير تكون بالانتخاب وسلطة التنفيذ ذات القوة المادية تكون بالتعيين من أعلى مع خضوعها لقرارات السلطة الأولى، وسلطة الرقابة على الشرعية تقوم استقلالاً بمراعاة توازن السلطتين الأوليين، وكل ذلك هو الدولة، وثالثها: أن وظائف التقرير والتنفيذ لا تستمد أي من الجهات شرعية ممارستها إلا بوصف هذه الجهة ممثلة أو نائبة عن غيرها فلا يوجد من يتصرف في شأن عام إلا وهو مفوض بذلك لا أصيلاً عن نفسه ولا صاحب شأن بذلك أصيلاً عن نفسه ولا صاحب شأن بذاته، هيئة كان أو مجلساً أو فرداً، إنما هو قوام على شأن عام بموجب وصف تمثيلي وصفة تفويضية أتته من مستند عام، دستوراً كان أو قانوناً أو لائحة أو قراراً فردياً وهو ما يعبر عنه بالاختصاص في مجال القانون العام لهيئة أو فرد، هو تفويض تستمد منه الجهات المختصة، هيئة كانت أو فرداً صلاحيتها في إصدار العمل العام أو التصرف في أي شأن عام.

ومن جهة أخرى، فإن أي تصرف يصح وينفذ على نفس المتصرف وما له، بموجب توافر شروط أهلية المتصرف التي تمكنه من إلزام نفسه بقول يصدر عنه، وأي تصرف يصح وينفذ في حق غير المتصرف بموجب ما يتوافر للمتصرف من ولاية إمضاء القول على هذا الغير، والولاية خاصة أو عامة، وهي خاصة إن كانت توافر فيها مكنة إمضاء قول على الغير إذا كان شخصاً معيناً أو جماعة محصورة وقابلة للتعيين كل بذاته وهذه الولاية إما أن تكون نيابة مصدرها القانون كالولي الشرعية على طفله أو مصدرها القضاء كالوصى المعين على الصبى أو

مصدرها الاتفاق كالوكالة أو التفويض ونحوه وإما أن تكون ولاية عامة أن توافر لها مكنة إمضاء القول على غير ليس محدداً ولا محصوراً ولا معيناً وهي ما يتعلق بالدولة في الشئون العامة وما يتفرع عن أجهزتها وتنظيماتها وهيئاتها ووحداتها وأفرادها، وهي لا تقوم إلا بمستند شرعي من دستور أو قانون أو لائحة أو قرار فردي والأصل المرجوع إليه حالة عدم وجود النص هو الإباحة فيما يتعلق بتصرف الشخص في شئون ذاته وماله، أما في أحوال الولاية خاصها وعامها فإن الأصل الرجوع إليه بشأنها إذا لم يوجد مستند شرعي، الأصل ساعتها هو المنع لأنه لا مضاء قول لشخص على غيره إلا بمستند يجيز هذا المضاء ولا سلطان لأحد على غيره ولا أمرة لشخص على من سواه إلا بحكم شرعي يجيز هذا النفاذ على الغير. فليس من سلطة عامة إلا وهي مقيدة ومحدودة بمستند شرعيتها.

والعقد الإداري ثاني وسيلتين للجهات القوامة على العمل العام في التصرف وتسيير المصالح العامة وإدارة الشئون العامة، وأولى الوسيلتين هو القرار الإداري.

وهما يتفقان في ضوابط أعمالهما باعتبارهما صادرين عن ولاية تستند لاختصاص مفوض بإجراء التصرف في شأن يتعدى ذات مصدر القرار إلى مال ومصالح وشئون هو أمين عليها بموجب حكم شرعي، وفي نطاق ما جرى شرعاً تخويله به وتفويضه فيه.

وبقدر ما تكون السلطة وبقدر ما تنفسح المكنة، بقدر ما ترد القيود والضوابط، وقد تسنح الروادع، والسلطة المكفولة للإدارة العامة في العقد الإداري تقابلها القيود التي ترد على إرادتها في التعاقد وممارسة الشئون العامة، وملكية الدولة للمال العام والخاص الذي تشرف عليه أشخاص القانون العام إدارة واستغلالاً وتصرفاً، إنما ترد عليه من القيود والضوابط ما تصل مخالفة بعضه إلى حد الجريمة، وكل ذلك بحسبان أن مال الدولة عاماً كان أو خاصاً مملوك لا لمن يديره ولا لمن هو مخول مكنة استغلاله أو التصرف فيه، إنما هو للدولة كشخص اعتباري عام.

والدولة لا تستوعب إرادتها كاملة في إرادة أي من مكوناتها العامة أو الوحدات التي تنقسم إليها الوظائف المؤداه والإرادة العامة للدولة هي جماع ما توزعت عليه أعباء القيام بالعمل العام بحكم الدستور والتشريعات والقرارات، وتصح إرادة أي من الوحدات العامة في الاستغلال والتصرف باعتبار ما هي مفوضة فيه من اختصاص زمان أو مكان أو مجال عمل وتخصص، وبحسبانها أمينة ونائبة فيما تقوم به من أعمال وهذا هو مفهوم الاختصاص الحاكم لوجوه نشاط الأشخاص العامة، ولا تصح إرادتها مفوضة في العمل إلا بشروط التفويض الصادر إليها والمنظم لإرادتها من أحكام موضوعية وإجراءات وردت بالتشريعات، وهذا هو أساس الالتزام بأحكام التشريع والإجراءات المرسومة عند إعمال إرادة أي من الجهات العامة.

والأمر أمر ولاية عامة، ولا تمارس ولاية عامة إلا بشرطها المضروب وفي نطاقها المعين وبالقيود الضابطة لها، وعلى أي من وصفي الولاية أو الإنابة، فليس للولي أن يولي غيره فيما ولي عليه إلا بإذن من ولاه، وليس لنائب أن ينيب

غيره فيما فوض فيه إلا بإذن من أنابه، ومن هنا تظهر قاعدة أن التفويض لا يرد على تفويض.

والعقد الإداري يرد في نطاق الاختصاص المعين للجهة العامة المتعاقدة فلا يجاوز هذا الاختصاص، وليس لجهة عامة مسئولة عن مرفق معين أن تنزل عنه لغيرها على خلاف ما أجازه التشريع الذي أقامها على هذا المرفق، وليس لها أن تعدل من أسلوب الإدارة والتسيير بما يجاوز ما رخص التشريع لها به، ولا أن تفوض غيرها في شأن لم يجز لها التفويض فيه صراحة وجهة الإدارة العامة أيضاً مقيدة في تعاقداتها بما رسمه التشريع من إجراءات تتعلق بطريقة اختيار المتعاقد معها وطريقة إتمام التعاقد معه وشروط ذلك وضوابطه وأحواله. كما أنها مقيدة بأوضاع ورسوم تتعلق بممارستها لسلطاتها التعاقدية واستيفاء حقوقها العقدية من الطرف المتعاقد معها، وأسلوب استخدامها لإمانات إنهاء العلاقة العقدية أو فسخها أو غير ذلك.

ومن حيث أن استقراء أحكام « قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية » الصادرة به القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يكشف عن أن التحكيم هو اتفاق يجري بين طرفي النزاع بإرادتهما الحرة (المادة ٤) واتفاق التحكيم هو اتفاق طرفين على الالتجاء للتحكيم «لتسوية كل أو بعض المنازعات » (المادة ١٠) وشرط جواز الاتفاق على التحكيم أن يجري من شخص «يملك التصرف في حقوقه»، وشرط جواز الاتفاق عليه أن يكون في المسائل التي «يجوز فيها الصلح» (المادة ١١) وبالصلح ينزل كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (المادة ٥٤٩ مدني) وشرط صحة الصلح أن يعقده من يكون «أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي شملها عقد الصلح» (المادة ٥٥٠ مدني) وألا يكون « في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام » (المادة ٥٥١ مدني) بمعنى أن شرط صحة اتفاق التحكيم أن يكون من يعقد اتفاق التحكيم أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها اتفاق التحكيم. وألا يكون التحكيم في مسائل متعلقة بالحالة الشخصية ولا بالنظام العام.

فاتفاق التحكيم من حيث أركانه وشروط صحته هو تصرف مما يدور بين النفع والضرر، وهو وإن لم يكن صلحاً يسوى ويحسم نزاعاً قائماً أو محتملاً بين طرفين، فهو بمثابة صلح لأنه اتفاق على الالتجاء للتحكيم لتسوية نزاع قائم أو محتمل، ويصدق في شروط صحته ما يصدق في شروط صحة الصلح من حيث كونه يلزم لصحته ما يلزم لصحة التنازل بمقابل.

ومن جهة أخرى، فإذا كان الصلح يقوم طرفاه بحسم النزاع بينهما بتنازلات متقابلة، فهما في التحكيم يعهدان إلى هيئة يتفقان عليها أن تحسم هذا النزاع بينهما، والتنازلات المتقابلة فيه هي التسليم المتقابل المسبق من الطرفين بقضاء الهيئة على أي منهما للآخر فهو تنازل متبادل ومتقابل عن احتمال كسب، ومن هنا فهو ينعقد بالاتفاق وبالإرادة الحرة وتلزمه أهلية التصرف بمقابل كما يصرح قانون التحكيم وفقه التحكيم وقضاؤه والتحكيم تابع من طبيعة الحق المتنازع عليه.

وفي صدد بيان طبيعة التحكيم، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن «التحكيم هو عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائباً من شبهة الممالأة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية..» الدعوى الدستورية رقم ١٣ لسنة ١٥ القضائية جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ كما قضت محكمة النقض بأن «حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريدان أن يمحص إرادتهما واتفاقهما تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء في أن يقضوا بينهما أو يحسموا النزاع بحكم أو بصلح يقبلان شروطه، فرضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم، وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد فإنه يجوز لهما تفويض غيرهما في إجراء هذا الصلح أو في الحكم في النزاع» (الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٢٢ القضائية جلسة ١٩٥٦/٤/٢ ورقم ٩٠٨ لسنة ٤٩ القضائية جلسة ١٩٨٣/٤/١٤ ورقم ١٩٦٥ لسنة ٥٠ القضائية جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ ورقم ٥٧٣ لسنة ٥١ القضائية جلسة ١٩٨٦/١٢/٣) كما قضت المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية الخاصة على المال بأن ينزل التحكيم « منزلة أعمال التصرف اعتباراً بأنه ينطوي على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين...» ومن ثم يتعين فيه اذن محكمة الأحوال الشخصية للوصي عن ناقص الأهلية لصالح هؤلاء، (الطعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ القضائية جلسة ١٩٧١/٤/١٤) وقضت بأن «التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم... (وجب) أن تتضمن مشارطة التحكيم تعييناً لموضوع النزاع حتى تتحدد ولاية المحكمين، ويتسنى رقابة مدى التزامهم حدود ولايتهم» (الطعون رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ القضائية جلسة ١٩٧١/٢/١٦ ورقم ٩ لسنة ٤٢ القضائية جلسة ١٩٧٦/١/٦ ورقم ٦٨٩ لسنة ٤٧ القضائية جلسة ١٩٨١/٣/٢٦) وقضت بأنه «إن كانت ولاية الفصل في المنازعات معقودة في الأصل للمحاكم، إلا أن المشرع أجاز للخصوم - خروجاً على هذا الأصل - أن يتفقوا على إحالة ما بينهم من نزاع على محكمين يختارونهم ليفصلوا فيه بحكم له طبيعة أحكام المحاكم، وإذ كان المحكمون يستمدون ولايتهم في الفصل في النزاع من اتفاق الخصوم على اختيارهم للفصل فيه، فإن ما يصدر خارج المحاكم بغير هذا الاتفاق لا يكون حكماً له المقومات الأساسية للأحكام...» (الطعن رقم ٢١٨٦ لسنة ٥٢ القضائية جلسة ١٩٨٦/٢/٦).

فهيئة التحكيم تقوم بولاية القضاء فيما حدده اتفاق الخصوم من مجالات الخصام فيما بينهم، والولاية هنا ولاية خاصة لأن شرط صحتها أن تقوم باتفاق يتعين به الخصوم ويتحدد به مجال النزاع بينهم وموضوعه وما يرون من إجراءات وشروط لحسمه، والولاية

الخاصة كما سبق البيان هي إمضاء القول على الغير المعينين بذواتهم أو بأوصافهم، ومن استقراء أحكام القانون يظهر أن الولاية الخاصة تقوم على مفهوم النيابة أو التفويض، سواء كان مصدرها القانوني كالولي الطبيعي أو القاضي في الوصاية أو الاتفاق في الوكالة. ففي التحكيم وجه نيابة أتت من كونه ينشئ ولاية خاصة بإمضاء قول المحكمين المختارين المتفق عليهم، إمضاء قولهم على أطراف الخصومة المحتكم فيها، وهو ما أسمته محكمة النقض بأنه تفويض الخصوم للغير في القضاء بينهم والحكم في النزاع الناشب فيهم.

ولكن ثمة فارق جوهري بين أوضاع النيابة أو التفويض التي يسفر عنها التحكيم، وبين النيابة في صورتها التقليدية، لأن النائب في التصور القانوني العادي، هو من يعبر عن إرادة المنوب عنه، بينما الأمر في التحكيم أن هيئة التحكيم تصدر حكماً في النزاع، وهو حكم لابد أن يكون لأحد الخصمين ضد الآخر، والنائب هنا يمكن أن يقضي ضد المنوب عنه، ولكن يستقيم مفهوم النيابة أو التفويض في التحكيم، بمراعاة أن هيئة التحكيم تكون مفوضة بالحكم لا عن كل من أطراف الخصومة على حدة، وإنما تقوم مفوضة من الطرفين المتخاصمين معاً بموجب إرادتهما المشتركة التي التقت على تحكيم هيئة معينة لحسم النزاع القائم بينهما.

وأن الطرفين المتخاصمين يتنازعان ولا يلتقيان في شأن موضوع النزاع، وهما لم يلتقيا بشأن هذا النزاع على أمر إلا على إناطة أمر الفصل في النزاع إلى هيئة اتفقا على إقامتها وتعينها وأن يكون قولها هو الفصل في أمرهما، ومفهوم الإرادة المشتركة هنا هو ما يقوم به التوافق بين كون هيئة التحكيم مفوضة ولها وضع نيابي بالنسبة للطرفين المتخاصمين وبين كونها مستقلة عن أفرادهما وعن مشيئة كل منهم في شأن موضوع النزاع، لأن الهيئة تستمد ولايتها من الخصمين جميعاً بحسبان إرادتهما المشتركة إرادة واحدة منشئة لهيئة التحكيم، وغني عن البيان أن من يختاره كل من الخصوم بهيئة التحكيم لا يعبر عن وجهة نظر هذا الخصم ولا يمثله، لأن المحكم المختار من أي من الخصوم ليس صاحب قرار منفرد ولا إرادة متميزة، إنما الإرادة المشتركة التي فوضت الغير في التحكيم، هي إرادة تكونت بها هيئة متميزة عن الاختيارات التمهيدية لأفراد الخصومة.

ومن حيث انه على وفق ما ورد فيما سبق فإنه لا ترد مكنة تصرف لدى ولاية يمضي بها قوله على غيره أو في شأن غيره وما له، لا ترد إلا بنص مسوغ لذلك، سواء كانت ولاية خاصة أو عامة، ولا ترد مكنة تصرف لجهة عامة في مال للدولة إلا بموجب كونها مفوضة في ذلك بقواعد الاختصاص بنص تشريعي أو بناء على نص تشريعي، والأصل في شأن أمور الولاية هو المنع وعدم النفاذ إلا بعمل تشريعي أو يكون مرجوعاً إلى عمل تشريعي.

ومن جهة أخرى فإنه في مجال بيان الاختصاص الوظيفي الذي هو تفويض في في شأن ولاية عامة، لا يرد تفويض

على تفويض ولا يجوز لمفوض في إجراء أمر ما أن يفوض غيره في ذلك أو ينزل عن اختصاصه إلى غيره، إلا أن يكون مأذوناً له بذلك بإجازة تستند إلى التشريع أو بعمل تشريعي، وإلا أمكن لكل جهة عامة أن تتنازل عن اختصاصها إلى غيرها، وحتى لو كان ثمة عمل تشريعي يجيز التفويض في الاختصاص من المختص أصلاً إلى غيره، فلا يجوز أن يجري هذا التفويض المأذون به إلى مفوض غير ذي ولاية عامة، ولا يجوز النزول عن الاختصاص الوظيفي إلى غير موظف عام ولا يجوز لجهة عامة أن تنزل عن اختصاصها إلى جهة خاصة.

وإن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الإستعمال الطبيعي لحق التقاضي، أما لجؤها في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام، وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير الموافق العامة وتنظيمها وإدارتها، وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل تشريعي، وإذا كان القضاء مستقراً – في الأنزعة الخاصة وبين أشخاص القانون الخاص – على أنه لا يصح اتفاق التحكيم من وصى على قاصر إلا أن يكون مأذوناً له بذلك من محكمة الأحوال الشخصية، ولا يصح من وكيل إلا أن يكون مأذوناً له بإجراء اتفاق التحكيم ولا يصح إلا ممن يملك التصرف بذاته أو بقوامه عليه، إذا كان ذلك كذلك فلا يصح إجازة التحكيم من جهة عامة بشأن عقد إداري بغير أن يكون موافقاً على ذلك بعمل تشريعي.

والحال أن المادة ٢٣ من قانون التحكيم سالف الذكر تنص على أن «يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته» ومفاد هذا النص أن شرط التحكيم الوارد في العقد هو بمثابة اتفاق مستقل بذاته وتقوم صحته في ذاته ولو كان في عقد بطل أو فسخ أو انهي، بما يعني أن شروط صحته تتميز عن شروط صحة العقد وما يلحقه من أوضاع قد تستوجب فسخه أو إنهاءه أو بطلانه وبما يعني في صدد المسألة المعروضة، هذه الصلاحية لا تفيد بذاتها صلاحية جهة الإدارة عينها في إبرام شرط التحكيم ، لتميز موضوع العقد عن شرط التحكيم في شروط الصحة وأوضاع النفاذ والاستمرار.

والحال أيضاً أن العقد الإداري يتضمن بطبيعته شروطاً استثنائية، تقيم لجهة الإدارة المتعاقدة وجه سطوة ونفوذ في العلاقة العقدية القائمة مع الطرف الآخر وبما يتلاءم مع موضوع عقد يتعلق بتسيير المرافق العامة، وأنه مما يتعارض مع هذه الطبيعية أن يرد شرط التحكيم في المنازعات التي تقوم بين أطراف هذه العقود، وما تفترضه من مشاركة طرفي العقد في تشكيل هيئة التحكيم تشكيلاً اتفاقياً، وإذا كان المشرع لم يشأ أن يخضع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية

لاختصاص جهات القضاء المدني، وحصر منازعاتها بالقضاء الإداري بحسبانه اختصاصاً حاجزاً لمنازعات هذا النوع من العقود، لما تتميز به من أوضاع تتعلق بسلطات الهيئات العامة وبشئون المرافق العامة وتسييرها، إذا كان هذا هكذا فإن منازعات العقود الإدارية تكون أكثر نأياً عن طبيعة نظام التحكيم وهيئاته. ويعتبر شرط التحكيم متنافياً مع إدارية العقد.

والحال كذلك أن إجازة التحكيم طبقاً لأحكام قانون التحكيم الصادر به القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، تفيد إجازة أن يتضمن شرط التحكيم أن يكون المحكمون أجانب أو أن يكونوا هيئة أجنبية أو أن يناط اختيارهم كلهم أو بعضهم بجهات أجنبية وذلك طبقاً للمادة (٥) التي تجيز لأطرا التحكيم الترخيص للغير ولجهات ومنظمات خارج مصر اتخاذ الإجراءات الواجبة الاتباع في مسألة ما. وإجازة التحكيم أيضاً تفيد إجازة أن يتضمن شرط التحكيم إخضاعه باتفاق طرفيه للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم بمصر أو خارجها، وذلك طبقاً المادة (٢٥)، وإجازة التحكيم أيضاً تفيد إجازة اختيار غير اللغة العربية لغة للتقاضي ولإجراءات التحكيم وذلك طبقاً للمادة (٢٥) من القانون، كما أن إجازة التحكيم تجيز لأطرافه الاتفاق على أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم بين طرفي الخصومة حكماً غير مسبب طبقاً لما تنص المادة (٤٣) من القانون وكل ذلك مما يسوغ تقريره ما دام طرفاً التحكيم قد اتفقا عليه في الأنزعة المدنية والتجارية، ولكنه مما لا يسوغ التسليم به في العقود الإدارية لعدم التسليم بأهلية الجهة الإدارية المتعاقدة بالإقرار بذلك بغير عمل تشريعي محدد وواضح الدلالة في اقرار هذا الأمر كله أو بعضه على سبيل التعيين والتبيين.

ومن حيث انه بالنسبة لنص المادة (١) من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فقد وردت به عبارة «تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع...» وقد وقفت الجمعية العمومية عند هذه العبارة تستجلي معناها وتتفحص مفادها، وما إذا كانت وردت مقصود بها سريان أحكام هذا القانون على العقود الإدارية.

ومن الجلي في مناهج التفسير أن اللفظ العام يعتبر ظني الدلالة في عمومه، بينما اللفظ الخاص يعتبر قطعي الدلالة في خصوصه، لأنه ما من عام إلا وخصص على ما يقول علماء الأصول في الفقه ويظهر مما سبق جميعه مدى التباين والنافي بين العقد الإداري من حيث طبيعته القانونية المميزة له عن العقود المدنية وبين اتفاق التحكيم، وذلك من حيث صلاحية أية جهة عامة في عقد اتفاق التحكيم ومدى ما تتسع إليه ولايتها في إبرامه، والحاصل أن التحكيم كما تشير المادة (٤) من القانون هو اتفاق بين طرفي نزاع «بإرادتهما الحرة» والأصل حرية الإرادة في العقود المدنية ولكن الأصل هو تقييد الإرادة في مسائل القانون العام قرارات كانت أو عقوداً إدارية والإرادة

تستكمل حريتها بتوفير شرائط كمالها كإرادة القاصر تستكمل بإرادة الوصي عليه وإذن المحكمة حيث يشترط الإذن وإرادة الجهات العامة إنما تجري كلها تفويضاً وفق مسوغ تشريعي مجيز ولابد من توافره لأعمال الولايات العامة، مع الاعتبار بأن الولايات العامة إنما تجري مخصصة بالزمان أو المكان أو بمجال العمل والتخصص، كما تجري مقيدة بالشرائط والضوابط التي تضعها القوانين واللوائح لأعمالها ولإجراءات هذا الأعمال والتحكيم كما سبق البيان يصح فيما يصح ترك الحق فيه بمقابل، بحسبانه يصح فيما يصح الصلح فيه.

وبالنسبة للأعمال التحضيرية التي صاحبت اعداد قانون التحكيم الصادر برقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فالحاصل وفق إفتاء سابق للجمعية العمومية صدر منها بجلسة ١٩ من يونية ١٩٩٦، أن الأعمال التحضيرية للقانون هي مما يلقي الضوء على أحكام القانون عند إعمالها بعد صدوره، بمراعاة ما يستخلص منها من إدراك للتوجهات العامة التي توضح مقاصد التشريع وأسباب إعداده والتوجهات العامة والسياسات العامة التي أريد به تحقيقها، والمسائل التي أريد به علاجها.

ولكن كل ذلك لا يصل به الحال إلى اعتبار ما ورد بالمذكرات الإيضاحية ولا بأقوال المناقشين لمشروع القانون، اعتبارهما بمثابة تفسير لنصوصه لها وجه إلزام أو لها حجية ترجيح وتغليب لوجه تفسير على وجه تفسير آخر مما تتسع له نصوص القانون، ذلك أن النص الذي يولد بالقانون إنما يكون تطور وتبلور وتعدلت مفاهيمه وأحكامه من مراحل إعداده الأولي وفي مرحلة مناقشة نصوصه، بحيث أن النص المولود إنما يكون تجاوز العديد من الآراء التي أحاطت به من مناقشيه عند إعداده، كذلك فإن آراء من ساهموا في إعداده إنما هي محض آراء فردية واجتهادات شخصية لا تفيد أن لأحدهم أو لجماعتهم وجه ولاية في حصر معاني القانون بعد صدوره في تفاسيرهم ورؤاهم الذاتية.

والقانون إنما يصدر عن إرادة جماعية تتأتى من جمهور الموافقين عليه المصوتين له في المجلس النيابي، كما تتأتى من الأجهزة الأولية التي أعدت مسودته وطرحت ملاءمات إصداره الأولي، وهو في كل مراحل إعداده تتناوله جهات عديدة وهيئات شتى ولجان وتشمله مناقشات ودراسات ثم تتناوله مناقشات مجلس الشعب، وهو إن صدر فهو يصدر بموافقة أغلبية أصوات الحاضرين ورغم مخالفة أقلية الأصوات له، ولكنه ينسب إلى المجلس كله لا إلى جمهور الموافقين وحدهم.

وكل ذلك بصرف النظر عن أعيان الموافقين وبصرف النظر عن التباين الكبير الذي يفترض قيامه بين أسباب موافقة كل من الموافقين وأسباب مخالفة كل من المخالفين، وبصرف النظر عن العدد الذي بلغته الأغلبية والعدد الذي تحددت عنده الأقلية، ولذلك فإن صدوره يحرره من الإرادات الفردية التي شكلت حجم التأييد له وكذلك يحرره من وجوه الاعتراض الفردي الذي حدا بالأقلية إلى معارضته، وهذا التحرر من أعيان المصوتين وإراداتهم الفردية يفصل بين النص وبين التفسيرات والاجتهادات الشخصية التي كشفت عنها محاضر مناقشته، وعادة ما

لا تكشف هذه المحاضر إلا عن آراء من تكلموا بالجلسات وحرروا رأيهم فيما رأوه فهمهم لأحكام النص، وهو بالضرورة ليسوا كل من صوت للقانون ولنصوصه وأسهم بصوته في إصداره، وليس من يقين ولا من ظن راجح يمكن به القول بأن الساكت إنما وافق أو خالف لذات ما جهر به الناطق موافقة أو اعتراضاً وليس من منهج ولا معيار يمكن به أخذ الساكت بالمتكلم في فهمه ودوافعه وعناصر ترجيحه.

وكل ذلك لا تقوم به قرينة قانونية لها وجه أرجحية على أن فرداً متحدثاً أو مذكرة إيضاحية قد استوعبت نصوص القانون وحصرتها في إطار مقولات ذلك الفرد أو المذكرة، وليس من السائغ حصر نطاق القانون في إرادة فردية معبرة عنه وهو صدر عن إرادة جماعية شاملة، وليس من السائغ حصر القانون في إرادة باطنة تستخلص من نية فرد أو أفراد ساهموا في تنشئته الأولى، والأليق والأيين أن تستخلص أحكامه من وجوه الإرادة الظاهرة المفصحة عن ذاتها من نص عباراته، وفي إطار التنظيم المتماسك الذي صاغته أحكامه التفصيلية أو من مقاصد تشريعه البادية التي تستقرأ من مواده وفقراته وعباراته، وذلك كله في إطار صلته بالهيكلة التشريعي العام والآثار الموضوعية التي تترسب على المراكز القانونية التي أنشأها، وصلته بسائر المراكز القانونية التي يسفر عنها أعمال الهياكل التشريعية المتداخلة من أحكام القوانين الأخرى وصلاتها المتبادلة.

ومع تقدير كل ذلك، رأت الجمعية العمومية استعراض ما ورد بالأعمال التحضيرية لقانون التحكيم لاستخلاص الدلالات العامة في شأن صلة التحكيم بالعقود الإدارية.

كان أحيل مشروع قانون التحكيم التجاري بمجلس الشعب إلى لجنة مشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الاقتصادية، وجاء في تقرير هذه اللجنة المرسل إلى رئيس مجلس الشعب في ٣١ من يناير سنة ١٩٩٦ جاء به أن نظام التحكيم يتيح سرعة الفصل في المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية ويعطي الطمأنينة للمستثمرين وأن قواعد التحكيم بقانون المرافعات وضعت للتحكيم الداخلي فهي لا تحقق الهدف المنشود ولا تغني بالنسبة إلى التحكيم الدولي «لما له من طبيعة خاصة»، وذكر التقرير أن اللجنة فضلت وضع قانون تحكيم عام في المواد المدنية والتجارية يطبق على نوعي التحكيم الداخلي والدولي» ومن هذا المنطلق عدلت نصوص المشروع وعنوانه وألغت مواد التحكيم في قانون المرافعات (م ٥٠١ - ٥١٣) وحذفت عبارة «تجاري دولي» من مادة الإصدار الأولي وعدلتها بما يجعل التحكيم شاملاً «سواء أكان تجارياً أو غير تجاري، داخلياً أو دولياً، وذكر أنه صار الشريعة العامة للتحكيم «أيا كانت طبيعة المنازعة التي يدور بشأنها التحكيم وأياً كان وضعه» وصار عنوان القانون أنه تحكيم «في المواد المدنية والتجارية» وليس في «التحكيم التجاري الدولي».

ثم ورد بالتقرير أن المشروع يسري على كل تحكيم يجري في مصر «سواء أكان بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، وأياً كانت العلاقة التي يدور حولها النزاع وقد قصد من هذه العبارة سريان هذا القانون على العقود الإدارية كي يصبح حكمها تقنيناً لما انتهى إليه إفتاء مجلس الدولة في هذا الشأن».

ثم عرض المشروع بمجلس الشعب، وبجلسة ٦ مارس سنة ١٩٩٤ ذكرت مقررة اللجنة أن «اللجنة استقرت على أن يكون التحكيم متعلقاً بالمعاملات المدنية والتجارية، سواد كانت داخلية أو دولية».. وبالجلسة ذاتها ذكر أحد أعضاء مجلس الشعب أن التحكيم مفروض ألا يشمل الأنزعة بين الأشخاص العامة بعضها وبعض لأن ذلك من اختصاص الجمعية العمومية بمجلس الدولة، فرد وزير العدل بأن المذكرة الإيضاحية أشارت «إلى جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فهل سيادتكم تختلف معنا في هذا وأن العقود الإدارية يجوز التحكيم فيها، هذا أمر انتهى بإفتاء مجلس الدولة وأفتت الجمعية العمومية بهذا أكثر من مرة وأصبحت مسألة ليست محل خلاف» ثم أشار إلى أنه ليس هناك ما يمنع شخصين عامين من اللجوء في خلافهما إلى التحكيم، «التحكيم جائز في المنازعات والعقود الإدارية لأن اتفاق، «التحكيم جائز بين أشخاص القانون العام بالاتفاق بينهم».

وكان عضو مجلس الشعب الدكتور/ إدوارد الذهبي قد أشار بجلسة ٢٠ فبراير سنة ١٩٩٤ إلى أن المستثمرين يتمسكون دائماً في عقودهم بشرط التحكيم، وأن الميزة الكبرى لمشروع القانون أنه جمع بين التحكيم الداخلي والدولي، ثم ذكر أن التحكيم يقوم على مبدأ حرية الإرادة لأن لطرفيه الحرية الكاملة في اختيار المحكمين وقواعد التحكيم ومكانته ولغته، والحرية هي محور التحكيم التجاري ثم لما نوقشت المادة (٢) من مشروع القانون في جلسة ٦ مارس ١٩٩٤، وهي المادة الخاصة بالتحكيم التجاري وأمثلة لما يشمله من عقود، ذكر سيادته أنه لاوجه لإشتمال النص على أمثلة العقود، «عندما تساءلت لماذا هذه الأمثلة فقيل لي أنها من أجل أن نتفادى النص صراحة على العقود الإدارية» وقال أن فتويين لمجلس الدولة حسمتا جواز التحكيم في العقود الإدارية ونحن نلف وندور لكي لا نقول العقود الإدارية» واقترح حذف الأمثلة الواردة بالنص وأن يضاف إليه عبارة «ويشمل ذلك كافة العقود الإدارية».

فرد رئيس مجلس الشعب «إني أخشى ما أخشاه اليوم... والتحكيم يكون بإدارة الدولة – أنه إذا وردت هذه العقود بالاسم في القانون، فإن الدولة عندما تتعاقد مع غيرها ، وخصوصاً في مجال استخراج الثروة الطبيعية وعقود المفاعلات النووية، أن تطلب الدولة المتعاقدة أو الشركة توافر شرط التحكيم وتستند إلى النص صراحة في القانون» وذكر سيادته بما كان من إلغاء المادة (٨) من مشروع قانون الاستثمار المتعلقة بقبول الحكومة المصرية للتحكيم «حتى لا يقال أن الدولة بإرادتها التشريعية قد تنازلت عن الاختصاص القضائي صراحة في عقود معينة، وبالتالي فنقول إن ذكر

هـذه العقود بالذات قـد يورث نوعاً من اللبس».

العدل أن الدكتور/ إداورد الذهبي خلط بيـن المادتيـن (١) ، (٢) وأن الأمثلة «التـي وردت في المادة (٢) لا شأن لها بالعقود الإداريـة» وأنها ليست كلها من عقود الدولة إنما يمكن أن يبرمها أفراد فـي علاقاتهم الخاصـة، وذكر سيادته المـادة (١) هـي «التـي تقطـع بإفتاء مجلس الدولة... هو جواز التحكيم في العقـود الإدارية... في قولهـا أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية..».

فـرد الدكتـور/ إدوارد الذهبـي قائلاً أن «المـادة (١) قالـت كل تحكيـم من أشخاص القانـون العـام أو القانـون الخاص، هـذا كلام لا يعني أبـداً – لا صراحـةً ولا ضمنـاً – العقـود الإدارية – لأن أشخـاص القانـون العـام تدخل في منازعـات كثيرة ومعامـلات كثيرة تنطبـق عليها أحـكام القانـون المدني وليسـت عقـوداً إداريـة، أي لا يكفي أن يكون أحد أطـراف العقد شخصـاً عامـاً أو الدولة لكي يكون العقد عقداً إدارياً، هذا له شروط أخرى.. لذلك فإن رأيي أنه يجـب أن ينص صراحة على العقود الإدارية...».

ثـم عرض رئيـس المجلـس التصويت على اقتراح الدكتـور/ الذهبي بالنص الـذي قدمه وفيه عبـارة «ويشمل ذلك كافـة العقود الإدارية» فلـم يوافق عليه إلا أقليـة، ولم توافق الأغلبية على نص أضيفت فيه هذه العبارة ورفضتها.

وقـد استخلصـت الجمعيـة العموميـة من هذا العـرض للأعمال التحضيرية فيما يتعلق بالمسألة المثارة أن مشروع القانـون أعد أصلاً لينظم التحكيم في المنازعات الدولية ثـم ورد استحسان أن يتضمن تنظيميـاً عامـاً للتحكيم في المنازعـات الدوليـة والداخليـة ليحل محل مواد قانون المرافعات التي كانت تنظم التحكيم، فالقانون أساسـاً صدر ليعالج المسائل المدنية والتجارية.

وبالنسبـة لخضـوع منازعـات العقـد الإداري للتحكيم المنظم بالقانون رقم ٢٧ لسنـة ١٩٩٤ فـإن هـذا القانون في أي من مراحل إعـداده وحتى صدر لم يشمل قـط على حكم صريـح بخضوع العقود الإدارية لهـذا القانون، وعندما قدم أحد الأعضاء اقتراحاً بأن يتضمن القانـون عبارة صريحة بهـذا المعنى، عرض اقتراحـه بنصه علـى المجلس للتصويت فرفض الاقتـراح، وتبيـن مـن المناقشـات أن صاحـب الاقتراح ذكـر إن كان ثمـة حرص علـى تفادي النـص صراحة علـى العقـود الإدارية عند إعـداد المشـروع ولذلـك تضمن المشـروع أمثلـة لعقود هي ممـا يغلب على العقود الإدارية أن تكون من بينها، كما أن رئيس مجلس الشعب أوضح في المناقشـات مـا يخشاه مـن أن النص على العقود الإدارية في القانون يشجع المتعاقدين مع الدولة على طلب إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة معهم، وأن قانـون الاستثمـار استبعـد النص على التحكيم تفادياً لهذا الأمر.

وأن وزيـر العـدل عندمـا أكـد فـي المناقشـات شمـول قانـون التحكيـم لمنازعات العقود الإدارية بما تضمنته المـادة (١) مـن عبـارة «أيـاً كانـت طبيعـة العلاقـة القانونيـة التـي يدور حولها النـزاع»، فقد كان سيادته دائمـاً في كل مـرة ذكر فيها هـذا الرأي كان

يكرر الإشارة إلى أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة انتهت إلى جواز التحكيم في هذه العقود، ومن ثم كان قول سيادته مستنداً إلى ما تبنته الجمعية العمومية وقتها ولم يكن محض استخلاص حتمى من العبارة العامة الواردة بالنص «أيا كانت طبيعته» بما يعني أن الأمر متروك لما يسفر عنه الترجيح في التفسير مع نظر ولما يستقر عليه الأمر من بعد.

والحاصل أن المادة (١) تضمنت النص على كل تحكيم «بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعته .. » وقد أنكر صاحب الاقتراح المرفوض أن القانون يتضمن نصاً صريحاً عن العقود الإدارية ذكر أن ورود الأشخاص العامة لا يفيد ذكراً صريحاً للعقود الإدارية لأن الأشخاص العامة تبرم عقوداً مدنية في العديد من معاملاتها، ولم يستفد سيادته من العبارة العامة في هذا النص حتمية اشتمالها على العقود الإدارية، ومن ثم فإن اثنين من المتحدثين عن النص اختلفا في تفسيره أثناء جلسة الموافقة على القانون، بما يستبعد معه أن الموافقين على القانون كانوا جميعاً يقصدون من هذه العبارة شمولها للعقود الإدارية والعبره منه بالإرادة الجماعية وليس بالاجتهادات الفردية ما دام الأمر يتعلق بالنص وبمدى حسمه في الإشارة إلى حكم محدد، ولما أريد الحسم بنص صريح رفض هذا الاقتراح.

وبالنسبة لفتاوى الجمعية العمومية السابقة التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية، فقد كان يقابلها أحكام للمحكمة الإدارية العليا في ذات الفترة رفضت خضوع العقود الإدارية لنظام التحكيم، وأحد هذه الأحكام لم يعتد بهذا الشرط في قانون صادر بعقد امتياز لأن القانون اشتمل على موافقة فردية تخالف نصاً عاماً مجرداً. والحاصل أن شمول نظام التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقودة الإدارية، لا يتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها، إنما يتعلق أيضاً بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه في شأن نفسه، وماله، وتوافر كمال ولاية إبرامه لمن يبرمه في شأن غيره أو مالغيره، والأصل عند عدم النص صحة ما يجريه الشخص في شأن نفسه وماله، والأصل عند عدم النص عدم صحة ما يجري الشخص في شأن غيره وماله. وإذا كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لا يصح لناقص الأهلية إلا باكتمال أهليته وصياً ومحكمة، فإنه في منازعات العقود الإدارية لا يصح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية العامة في أجزئه، ولا تكتمل الولاية هنا إلا بعمل تشريعي يجيز شرط التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة وقواعد منظمة، أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن به في أية حالة مخصوصة وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا تقوم مطلق الإباحة لأي هيئة عامة أو وحدة إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام.

لذلك

إنتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية على الوجه المبين تفصيلاً بالفتوى.

أقـــوال ومـــآثر

إعداد : أسرة التحرير

– روي ... أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ ساوم رجلاً على شراء فرس له فركبه لتجربته، فعطب الفرس أثناء التجربة فلما أراد رده لصاحبه أبى الرجل، وعرض النزاع على القاضي « شريح » الذي قضى على عمر بقوله : « خذ ما ابتعت أو رد ما أخذت »؛ أي نفذ البيع أو رد الفرس كما أخذته، وقد سر عمر ـ رضي الله عنه ـ بهذا القضاء وولّى « شريحاً » قضاء الكوفة فظل قاضياً بها ستين عاماً .

– شهد الفضل بن الربيع وزير الرشيد عند القاضي أبي يوسف فرد شهادته، ولما عاتبه الخليفة في ذلك قال : لقد سمعته يوماً يقول للخليفة « أنا عبدك »، فإن كان صادقاً فلا شهادة للعبد، وإن كان كاذباً فلا شهادة للكاذب .

– خاصم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رجلاً يسمى أبيّ بن كعب إلى القاضي زيد بن ثابت، فوقعت مهابة عمر في قلب القاضي فدفع إليه وسادة تكون له مرفقا ومتكأ،فدفع عمر عنه الوسادة، وقال : هذا أول جورك، ثم قام وحازى خصمه بين يدي القاضي.

– شكا غلام إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ قائلاً: «إن أمي أرضعتني بعد أن حملتني تسعة أشهر، ولما ترعرعت وأصبحت أميز بين الخير والشر طردتني وانتفت مني زاعمة أنها لاتعرفني،فلما استدعى الخليفة المرأة وسألها عن ادعاء الغلام أجابت بأن عينها لم تره، وأنها لاتدري من أي الناس هو، إنه غلام مدع يبغي لها الفضيحة في عشيرتها وأنها جارية من قريش لم تتزوج قط وما زالت بخاتم ربها،وسألها الخليفة عن شهودها فأتت بإخوتها الذين شهدوا معها، فقرر إيداع الغلام الحبس ليسأل عن الشهود فإن كانوا عدولاً جلد الغلام في حد القاذف،وبينما الغلام في طريقه إلى السجن شاهد علي بن أبي طالب ـ كرم الله وجهه ـ فاستنجد به، فأمر برده لمجلس الخليفة، واستأذن النظر في المسألة فأذن له وعندئذ أحضر علي بن أبي طالب المرأة وسألها عن أوليائها فأحضرت إخوتها، فقال لهم: «هل أمري فيكم وفي أختكم جائز» فوافقوه . قال « أُشهد الله وأُشهد من حضر من المسلمين أني زوجت هذا الغلام من هذه الجارية بأربعمائة درهم والنقد من مالي»، وأعطى الغلام الدراهم وقال له: خذها، فصبها في حجر امرأتك وخذها ولا تأتيني بها إلا وبك وبها أثر العرس » فنفذ الغلام

الأمـر وصب الدراهم فـي حجر المرأة وقال لها : قومي،عندئذ صرخت المرأة قائلة: « النار النار يا ابن عم رسول الله تريـد أن تزوجني ولدي؟! ... هذا والله ولدي ...» زوجني إخوتي هجيناً فولدت منه هـذا الغلام، فلما كبـر أمروني أن أنتفي منـه وأطرده ... هذا والله ولدي» ... ثم أخـذت الغلام بيدهـا وانطلقت معه .

– شكت امرأة إلـى أمير المؤمنين علي بـن أبـي طالـب . كـرم الله وجهـه . أن شقيقهـا مات ثرياً عن مئـات الدنانير، ولم ترث منه سوى دينار واحد.

فقال لها: « لعله ترك أماً»،

قالت: نعم.

فقال: « لعله ترك بنين»

قالت: نعم.

فقال: « ولعله ترك زوجةً »

قالت: نعم.

فقـال: «ولعله تـرك اثني عشـر شقيقاً سواك»

فقالت: نعم .

قال: « ولعل التركة كانت ستمائة دينار»

قالت : نعم .

قال لها: إذن ،الأم تستحق السدس، أي ١٠٠ دينار، وللبنتين الثلثان ٤٠٠ دينار، وللزوجة الثمن ٧٥ ديناراً فيكون الباقي وهـو ٢٥ دينـاراً للأشقـاء: للذكـر مثل حـظ الأنثيين فيأخذ كل شقيق دينارين فيخصهم أربعة وعشرون ديناراً، ويكون للشاكيـة نصف ما للشقيـق ؛ أي دينار واحـد فتكوني نلـتِ نصيبـك الشرعي ولامحل لشكواك .

– كتب عمـر . رضي الله عنه . إلى معاذ بن جبـل وأبي عبيدة بـن الجراح حين بعثهمـا إلـى الشـام أن انظـروا رجالاً صالحيـن قبلكـم فاستعملوهـم علـى القضـاء، وأوسعـوا عليهـم وارزقوهـم واكفوهم من مال الله .

– كتـب علـي بـن أبـي طالـب . كـرم اللـه وجهـه . للأشـتـر النخعـي حينمـا ولاه علـى مصـر: « اختـر للقضاء مـن لايزدهيـه إطراء ولايستميله إغـراء» ،حتى قال: «وافسح له فـي البذل مـا يزيل علتـه وتقل معه حاجته إلى الناس».

– قال علي بن أبي طالب. كرم الله وجهه . ينصـح صديقاً لـه: «لاتسـع بقدميك إلى من يـراك دونه،واجعـل انقطاعك عنـه في مقابـل كبريائه،واعلم أن عزة النفوس تقابل جـاه الملوك ،استمع إلى نصيحتـي ترشـد وإلا كنت كمـن ساق الماء العـذب إلى أصـول الحنظل كلما ازدادت رياً ازدادت مراراً» .

مقتطفات في التحكيم

رئيس التحرير
المستشار/ جمال حمد الشامري
وكيل محكمة الاستئناف

قديماً قالوا إن الأطراف المتنازعة يفضلون التحكيم على قضاء المحاكم لأن المحكم يرى العدالة بينما يتقيد القاضي بالقانون،وقد عرف العرب التحكيم قبل الإسلام ولعل أهم حادثة تم فيها التحكيم كانت عندما اختلف العرب في رفع الحجر الأسود ووضعه في مكانه بالبيت العتيق وذلك قبل بعثة الرسول صلى الله علية وسلم، ثم اتفقوا على تحكيم أول رجل يدخل البيت فكان الصادق الأمين محمد بن عبد الله، وفي ظل الإسلام ذهب الزبير بن العوام وخصمه يحتكمان إلى الرسول صلى الله عليه وسلم في ُخلف بينهما فقضى عليه الصلاة والسلام لصالح الزبير فلم يوافق ذلك الخصم وطلب من النبي أن يسمح لهما بتحكيم عمر بن الخطاب فوافق وذهب الخصمان إلى عمر الذي أنكر على الرجل موقفه من حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وشهر سيفه نحوه وبعدها نزل قول الله تعالى موافقاً عمر إذ يقول سبحانه « فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لايجدون في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما» الآية ٦٥ من سورة النساء،ورأينا التحكيم أيضاً بين الخليفة الراشد علي بن أبي طالب (كرم الله وجه) وبين الصحابي الجليل أحد العشرة المبشرين بالجنة معاوية بن أبي سفيان،كما أشار القرآن الكريم إلى التحكيم لحل النزاعات الأسرية وغير ذلك من الأمور، وفي وقتنا المعاصر ظهر التحكيم كآلية ملحه يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفاعل مع تمتعهم في ذلك بمرونة وحرية لاتتوافر عادة في المحاكم ،وتبدو أهمية هذه الآلية في مجموعة من المنازعات مثل منازعات التجارة الدولية وحماية المستهلك والملكية الفكرية وغيرها ،ورغم أن التحكيم فرض نفسه في الواقع بحيث أصبح آلية اعترفت بها معظم الأنظمة القانونية المختلفة بل نشأت مراكز وهيئات على المستوى المحلي والإقليمي والدولي للاضطلاع بهذه الآلية في فض المنازعات وانتشرت هذه الجهات خاصة في أوروبا والعالم العربي مثل محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس،ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي ومركز التحكيم التجاري لدول الخليج،ووضعت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأنسيترال ١٩٨٥) القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي كما نظم المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة إبرام اتفاقية نيويورك في ١٩٥٨/٦/١٠ بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وانضمت إليها دولة الكويت بالمرسوم بالقانون ١٠ لسنة ١٩٧٨ في ١٩٧٨/٣/٢٦ وكذلك تطوع القضاء في كثير من الدول للأخذ بيد التحكيم ليلعب دوره كوسيلة موازية للقضاء في حسم المنازعات تخفف عنه كثير من الأعباء وتبقى في كل حال تحت رقابته .

ورغم ذلك كله فإن آلية التحكيم لم تسلم من النقد بل ناهضها نفر غير قليل خاصة أن هناك مسائل لايجوز فيها التحكيم تصدت غالبية التشريعات الحديثة لتحديدها وعلى رأسها المسائل المتعلقة بالنظام العام مثل الأهلية والحالة المدنية ويرى البعض حظر اللجوء إلى التحكيم في مسائل الإفلاس أو تصفية الأموال وبراءات الإختراع وغيرها مما يمس المصالح الأساسية للمجتمع،هذا فضلًا عن أن المحكمين ليس لهم في الغالب قدرة القضاة ولاثقافتهم القانونية ولا استعدادهم ولاتمرسهم بدراسة القضايا وتحقيقها مما يوقعهم في الخطأ ويعرض مصالح الخصوم بذلك للضرر،كما أن التجارب دلت على أن إجراءات التحكيم من حيث تعيين المحكمين والاتفاق على مكان التحكيم ومصاريف وأتعاب المحكمين وغيرهم ممن يشاركون في هذه الإجراءات يستغرق من الوقت والمال الكثير مما لايظن أن القضاء يستنفد مثله.

إلا أن ذلك لايدعو إلى عدم الأخذ بالتحكيم كآلية في حسم المنازعات وإنما يلزم مراجعة وتقييم نظامه القانوني،والمحاكم عليها دوراً إيجابياً في تدعيم سير إجراءات التحكيم يتحقق به في الوقت ذاته نوع من الرقابة لضمان تصحيح مسار الإجراءات وإلتزام المحكمين الحدود القانونية دون التدخل في تفصيلات النزاع ومع مراعاة أن الهدف من الرقابة هي الحماية والتيسير وليس الإضرار والتعطيل.

وختاماً ننبه إلى أن التحكيم في أساس مهمته هو قضاء وبذلك يختلف عن نظام التوفيق والوساطة الذي يستهدف تسوية النزاع عن طريق المفاوضات ويرجع إليه قبل اللجوء إلى التحكيم أو المحاكم مثل ذلك ما أخذت به اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى وكذلك فعلت اتفاقية البنك الدولي .