دور التحكيم الدولي في الحد من المنازعات الاقتصادية الدولية

المؤلف

فيصل محسن فواز رشيد مشيلح المطيري

الناشر

أيمست جروب

رقم الإيداع : 2025/32392

الترقيم الدولي : 978-977-95-4994-1

جميع حقوق الطبع محفوظة للمؤلف والناشر

لا يجوز نشر هذا الكتاب أو أى جزء منه أو تصويره أو تخزينه أو تسجيله بأي وسيلة علمية مستحدثة أو نشره عبر الإنترنت سواء أكان ذلك لأغراض تجارية أو غير ذلك دون موافقة خطية من المؤلف والناشر

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم ، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات القائل " قل هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون" والقائل " يرفع الله الذين آمنوا وأتوا العلم درجات " والصلاة والسلام على خير المعلمين ، الصادق الأمين وهادي البشرية القائل " طلب العلم فريضة على كل مسلم" والقائل " من سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له به طريقا إلى الجنة ، أما بعد:

فيطيب لي في مستهل هذه البحث أن أتوجه بجزيل الشكر وأحسنه إلى كل من ساعدني على إتمامها على خير أستاذي مكتب البحث العلمي في بوابة التدريب الأكاديمية المشرف على هذا البحث ، وهو الذي لم يتوان عن إعطائي من الوقت والجهد ما يكفيني في سبيل توجيهي وإرشادي ثم لا يفوتني أن أتوجه بالشكر إلى وجميع الذين قدموا لي من المساعدة ما يستحق الذكر والشكر .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ،

الباحث

" فيصل محسن فواز رشيد مشيلح المطيري "

شكر وتقدير

يطيب لي وأنا أقدم هذا البحث العلمي والذي بذلت فيه ما استطعت من الجهد أن ابدأ بإهداء هذا العمل إلى سيد هذه الأمة وقائدها وهاديها رسول الله محمد بن عبد الله عليه أفضل الصلاة والسلام، ثم أهديها بعد هذا إلى أهلي وذوي رحمي الذين ربيت في كنفهم ثم وصلت بهم ومعهم إلى ما أنا فيه الآن، وأول هؤلاء والداي، وهما ممن قال فيهم المولى عز وجل في كتابة العزيز " واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا" [الإسراء:٢٤] فإليك يا والدي واليك يا والدتي أهدي ثمرة جهدي وقطاف غرسي متمنيا لكما دوام العافية...ثم أهدي عملي هذا إلى أسرتي راجيا من المولى عز وجل أن يجعل كل ما قمت به في قائمة حسناتنا يوم تجزى كل نفس بما عملت.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

فيصل محسن فواز رشيد مشيلح المطيري

فهرس المحتويات

الفصل الأول الإطار العام للدراسة 7
مقدمة..... 8
المشكلة البحثية والتساؤلات البحثية..... 9
أهمية الدراسة 10
أهداف الدراسة 11
المنهجية..... 12
الفصل الثاني الدراسات السابقة 13
الفصل الثالث الإطار النظري..... 25
مفهوم التحكيم..... 26
تعريف التحكيم..... 26
إجراءات التحكيم 32
شروط إجراءات التحكيم 36
الطبيعة القانونية للتحكيم..... 37
أنواع اتفاق التحكيم 41
فعالية التحكيم كضمانة إجرائية 46
التحكيم والوسائل الودية الأخرى لفصل المنازعات 47
سمات التحكيم التجاري..... 55
مزايا التحكيم التجاري..... 56

إشكاليات تواجه التحكيم 58
آثار اتفاق التحكيم..... 58
مفهوم التجارة الدولية كشكل من العلاقات الاقتصادية..... 61
تعريف التجارة الدولية 61
أهمية التجارة الدولية..... 62
عوامل قيام التجارة الدولية 63
الاستثمارات كنمط للعلاقات الاقتصادية 65
ماهية الاستثمار 65
أطراف عقد الاستثمار 67
دوافع الاستثمار 69
أنواع الاستثمار 71
منازعات الاستثمارات الدولية..... 77
الفصل الرابع المنهجية وتحليل النتائج 82
المنهج الوصفي 83
المنهج القانوني 83
أدوات جمع المعلومات 84
تحليل النتائج..... 85
التحكيم كوسيلة لفض نزاعات الاستثمار الدولي 85
نماذج لبعض المراكز الدولية لتسوية منازعات الاستثمارية..... 85
باب التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي 89

مركز الكويت للتحكيم التجاري 98

التعريف بالمركز 98

إجراءات التحكيم بالمركز 99

الفصل الخامس النتائج والتوصيات.....101

النتائج 102

التوصيات 104

مراجع 105

مراجع إلكترونية.....109

ملاحق.....110

الفصل الأول
الإطار العام للدراسة

مقدمة

يُعتبر التحكيم الدولي واحدًا من أبرز وسائل تسوية المنازعات في العلاقات الاقتصادية الدولية؛ حيث يوفر آلية فعّالة ومرنة لحل الخلافات بين الأطراف المتنازعة عبر طرف ثالث محايد، وكما أنه في عالم يشهد تزايدًا في تبادل السلع والخدمات عبر الحدود، وتعدد الاتفاقيات التجارية بين الدول، أصبحت المنازعات الاقتصادية الدولية أمرًا لا مفر منه؛ ولذا عُد التحكيم الدولي خيارًا مفضلًا للعديد من الأطراف التجارية؛ نظرًا لميزاته التي تشمل السرعة، والمرونة، والخصوصية مقارنة بالمحاكم الوطنية.

واتصالًا لما سبق؛ فإن التحكيم الدولي يتيح للأطراف من مختلف الأنظمة القانونية والثقافات حل منازعاتهم بطريقة محايدة، مما يعزز الثقة في الأنشطة الاقتصادية العابرة للحدود، كما أن التحكيم الدولي يساهم في تعزيز الاستقرار الاقتصادي من خلال ضمان تطبيق الحقوق والعقوبات المتعلقة بالاتفاقيات التجارية والمالية الدولية وعلاوة على ذلك، تزداد أهمية التحكيم الدولي في إطار المنظمات الاقتصادية الدولية مثل منظمة التجارة العالمية وصناديق الاستثمار الدولية، حيث تلعب هذه الآلية دورًا رئيسيًا في تسوية الخلافات الناشئة عن التعاقدات الاقتصادية المعقدة.

إنّ هذه الدراسة تهدف إلى تناول دور التحكيم الدولي في تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، مع التركيز على مزاياه، آلياته، وأثره على العلاقات الاقتصادية بين الدول، بالإضافة إلى التحديات التي قد تواجهه، وكيفية تطويره لتلبية احتياجات النظام الاقتصادي العالمي المتغير.

المشكلة البحثية والتساؤلات البحثية:

تعد الكويت من الدول التي تتمتع بموقع استراتيجي على الصعيدين الاقتصادي والتجاري في منطقة الخليج العربي؛ حيث تسهم في العديد من الاتفاقيات التجارية الدولية وتستقطب الاستثمارات الأجنبية، ومع تنامي النشاطات التجارية والمالية الدولية، تواجه الكويت تحديات متزايدة في التعامل مع المنازعات الاقتصادية الناشئة عن هذه الأنشطة؛ وعليه أصبح التحكيم الدولي أحد الحلول الرئيسية لتسوية هذه المنازعات، خاصة في ظل وجود اختلافات قانونية وثقافية بين الأطراف المتنازعة.

واستكمالًا لذلك؛ تكمن مشكلة البحث في دراسة فعالية التحكيم الدولي كآلية لتسوية منازعات العلاقات الاقتصادية في الكويت، مع التركيز على مدى تطبيقه في تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار والتجارة الدولية، والصعوبات التي قد تواجه الأطراف المتنازعة في اختيار التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية الخلافات، كما يُطرح تساؤل حول مدى توافق النظام القانوني الكويتي مع معايير التحكيم الدولي، ومدى استعداد المؤسسات الكويتية، سواء الحكومية أو القطاع الخاص، لتبني هذه الآلية بشكل واسع في تسوية المنازعات الاقتصادية، ويكون التساؤل الرئيسي للدراسة هو "ما الدور الذي يؤديه التحكيم التجاري الدولي من أجل تقليل المنازعات في العلاقات الاقتصادية الدولية وذلك من خلال التطبيق على قانون التحكيم الكويتي؟"

ويتفرع من هذا التساؤل الرئيسي عدة أسئلة فرعية كما يلي:

1- ما معنى التجارة الدولية والاستثمارات كمفاهيم داخلة في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية؟
2- ما تعريف التحكيم ومدى فعاليته؟
3- كيف تناول التشريع الكويتي التحكيم؟

4- ما التحديات القانونية والتنظيمية التي تواجه تطبيق التحكيم الدولي في تسوية المنازعات الاقتصادية في الكويت؟

5- سبل تعزيز فعالية التحكيم الدولي في الكويت في سياق منازعات العلاقات الاقتصادية؟

أهمية الدراسة

1- الأهمية النظرية

يُعتبر هذا البحث إضافة مهمة إلى الأدبيات النظرية في مجال التحكيم الدولي، حيث يقدم تحليلاً شاملاً لدور التحكيم في تسوية المنازعات الاقتصادية؛ من خلال دراسة الأدوات القانونية والآليات المتبعة في التحكيم الدولي، كما يوفر هذا البحث فهماً عميقاً لكيفية تأثير التحكيم على العلاقات التجارية والمالية بين الدول وأيضًا يُساهم هذا البحث في تسليط الضوء على الروابط المعقدة بين التحكيم الدولي والنظام الاقتصادي العالمي، وكيفية تأثير الآليات التحكيمية على استقرار التجارة الدولية، وحركة الاستثمارات بين الدول.

2- الأهمية التطبيقية

يهدف البحث إلى تعزيز الوعي بأهمية التحكيم الدولي كأداة فاعلة في تسوية المنازعات التجارية والاقتصادية، من خلال تقديم توصيات عملية لتحسين تطبيق التحكيم في سياق العلاقات الاقتصادية الدولية، كما يسهم في توجيه الشركات والمؤسسات الحكومية نحو استخدام هذه الآلية لتجنب التقاضي الطويل والمكلف.

ومن خلال تسليط الضوء على كيفية تأثير التحكيم الدولي في تسوية النزاعات الاقتصادية، يُمكن للبحث أن يُسهم في تعزيز الاستقرار الاقتصادي بين الدول ويشجع على مزيد من التعاون الدولي في المجالات التجارية والمالية. كما يقدم توصيات حول

كيفية تحسين الأطر القانونية المحلية لدعم التحكيم الدولي كآلية رئيسية لتسوية المنازعات.

أهداف الدراسة

1- دراسة دور التحكيم الدولي كآلية لحل المنازعات الاقتصادية التي تنشأ بين الأطراف الدولية في مختلف المجالات التجارية والمالية.

2- تحديد وتقييم المزايا الرئيسية التي يقدمها التحكيم الدولي في معالجة المنازعات الاقتصادية.

3- فهم كيفية تأثير التحكيم الدولي على استقرار العلاقات الاقتصادية بين الدول المختلفة، مع التركيز على كيفية تعزيز الثقة في بيئة الأعمال الدولية من خلال تقديم حلول فعالة للنزاعات.

4- دراسة نموذج قانون التحكيم الكويتي مع استعراض نماذج مراكز دولية للنزاعات

5- تقديم توصيات حول كيفية تحسين استخدام التحكيم الدولي لحل المنازعات الاقتصادية بفعالية.

المنهجية

لقد اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي، وذلك من خلال مراجعة عدد من الكتب والأدبيات المتوافرة في المكتبات والمراجع الإلكترونية؛ حيث يحاول المنهج الوصفي أن يقارن ويفسر ويقيم الظاهرة المدروسة وذلك من أجل التوصل إلى تعميمات ذات معنى يزيد بها رصيد المعرفة عن الموضوع محل البحث.

إلى جانب الاعتماد على منهج التحليل القانوني والذي يعتبر أداة حيوية في البحث العلمي القانوني، إذ يُمكّن الباحثين من تقديم تحليلات دقيقة وشاملة للمسائل القانونية، مما يسهل الوصول إلى حلول فعالة تعالج المشكلات القانونية القائمة كما يعتبر هذا المنهج، بتصنيفاته المختلفة، أساسياً في تعزيز الفهم القانوني وتحسين النتائج البحثية.

الفصل الثاني
الدراسات السابقة

دراسة (ياسين كحلي، 2024)، بعنوان: (الحلول البديلة لتسوية المنازعات ومكانتها في القانون الدولي: دراسة تحليلية مقارنة)

هدفت الدراسة إلى استكشاف الإطار التنظيمي الدولي للوسائل البديلة لحل المنازعات، مع التركيز على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالمجالين الاقتصادي والاجتماعي وبدأ البحث باستعراض اتفاقيات جنيف ونيويورك كأول محاولات دولية لتحديد إجراءات تسوية النزاعات، حيث تم تطوير بروتوكول جنيف عام 1923 واتفاقية جنيف عام 1927 لتعزيز دور التحكيم في حل النزاعات الدولية، كما يتناول البحث اتفاقية نيويورك لعام 1958 التي وضعت قواعد جديدة للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

وكانت نتائج الدراسة كالتالي:

1- فيما يتعلق بالجانب الاستثماري، ناقش البحث اتفاقية واشنطن لعام 1965 لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، والتي تم إعدادها من قبل البنك الدولي لتشجيع الاستثمارات في الدول النامية وتوفير الضمانات اللازمة للمستثمرين الأجانب.

2- هذه الاتفاقيات الدولية قد ساهمت في تعزيز التعاون الدولي وتقليل الاحتكاكات الدبلوماسية من خلال توفير آليات قانونية فعالة لتسوية النزاعات.

دراسة (عبد الله أحمد هلال مصبح الكعبي، 2023)، بعنوان: (الدور المقترح لمحاكم الاستثمار الدولية في تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية)

هدفت الدراسة إلى بيان الإطار العام لدور محاكم الاستثمار الدولية في تسوية منازعات العقود الإدارية، إلى جانب بيان إشكاليات تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية بواسطة محاكم الاستثمار الدولية وقد اعتمدت الدراسة على المنهج المقارن حيث إجراء

مقارنة بين نظم قانونية مختلفة بشأن ظاهرة قانونية محددة بهدف التوصل إلى نتائج قانونية عامة في الواقع العملي.

وكانت نتائج الدراسة كالتالي:

1-في الآونة الأخيرة، اقترح الاتحاد الأوروبي خطة جديدة من شأنها تغيير الإطار الأساسي للإجراء الإداري الحالي لحل المنازعات التعاقدية ومن بين الأفكار والاقتراحات الجديدة، إنشاء محكمة دائمة جديدة على أساس ثنائي، ومجهزة بنظام استئناف وجنبًا إلى جنب مع مدونة أخلاقية قوية للقضاة المعينين، تطور الاقتراح لإنشاء محكمة استثمار متعددة الأطراف على مستوى عالمي.

2-اقتراح محكمة الاستثمار يتماشى عمومًا مع الاتجاه الحالي والمستقبلي لقانون العقود الإدارية الدولية ويمكن القول إن الإجماع الناشئ في المجتمع الدولي يشير إلى أن النظام القضائي هو الاتجاه الصحيح للتنمية. من قانون العقود الإدارية الدولية، تهدف المقترحات الأوروبية في الواقع إلى تقديم محاكم الاستثمار.

3-يتعين على المجتمع الدولي، الثنائي والمتعدد الأطراف، الاستمرار في تعزيز "شرعية" إجراءات تسوية المنازعات الدولية للعقود الإدارية في المجتمع العالمي، والتي تأخذ في مراعاة القلق المتزايد بشأن الإجراءات، على سبيل المثال، تعد المحكمة الدائمة جزءًا من اتجاه جديد في الإجراءات الإدارية الدولية لتسوية المنازعات التعاقدية، والتي تهدف إلى تعزيز شفافية الإجراءات.

4-إن وجود محكمة استثمار دولية واحدة سيتضمن تطبيق معايير موحدة على جميع المنازعات الإدارية الدولية المتعلقة بالعقود مما يزيد من إمكانية التنبؤ بالتسوية حاليًا، تصدر هيئات التحكيم المختلفة قرارات تبدو متناقضة في المنازعات التعاقدية المتعلقة

بالتحكيم الإداري الدولي وهى الوضع الذي يؤثر سلبًا على كل من شرعية قرارات التحكيم وإمكانية التنبؤ بها.

5-في سياق إنكار يمكن لمحاكم الاستثمار الثنائية الدولية الدائمة أن تزيد المخاوف بشأن انتهاكات سيادة المحاكم في الدوائر المحلية للأطراف المتعاقدة في المعاهدات الدولية المستقلة.

وكانت توصيات الدراسة كالتالي:

1-تفضيلًا لآلية قضائية محتملة لتكون كيانًا تم إنشاؤه بواسطة نظام متعدد الأطراف سواء كان ذلك المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ويمكن أن تكون كذلك مهمة قد تكون حساسة لأن المعاهدات الدولية المستقلة ذات طبيعة ثنائية، ولكن إن توصل المجتمع الدولي إلى توافق في الآراء بشأن إصلاح أساسي لإجراءات تسوية المنازعات التعاقدية الدولية وإدخال محكمة دائمة.

2-من المرجح أن يتم تسهيل دور المحاكم الثنائية حيث ستكون الاجتهادات والتفسيرات المختلفة متكررة كما يتضح من مخطط التحكيم الحالي.

دراسة (سامي جاد عبد الرحمن واصل، 2022)، بعنوان: (دور التحكيم في تسوية المنـازعـات الدولية)

هدفت الدراسة إلى توضيح أن التحكيم التجاري الدولي أصبح هو الآلية الأكثر اعتمادًا في الآونة الأخيرة إلى جانب بيان دور التحكيم في تسوية المنازعات الدولية، تم دراسة تطبيقات لبعض القضايا التي تم حسمها عن طريق التحكيم، والتي من أهمها قضية طابا بين مصر وإسرائيل، وقضية جزر حنيش بين اليمن وإريتريا.

وكانت نتائج الدراسة كالتالي:

1-إزاء تزايد المنازعات الدولية في الآونة الأخيرة والتي خلفت وراءها خسائر جسيمة في الأرواح والممتلكات، بات من الضروري البحث عن آلية فعالة لتسوية هذه المنازعات سلميًا، وتجنب اللجوء إلى استخدام القوة أو التهديد باستعمالها لفض مثل هذه المنازعات. وجاء التحكيم الدولي كوسيلة من أهم الوسائل السلمية لتسوية المنازعات الدولية التي نص عليها ميثاق الأمم المتحدة.

2-أصبح التحكيم الدولي يشكل ملاذا آمنا يلجأ إليه المتنازعون من أشخاص القانون الدولي وغيرهم من الكيانات الخاصة الأجنبية، وذلك من خلال إبرام اتفاق للتحكيم يحدد فيه أطراف النزاع موضوعه وإجراءات تسويته عن طريق اختيار محكمين، وتشكيل هيئة تحكيم للفصل في النزاع، ثم الخضوع لقرار التحكيم وتنفيذه بحسن نية.

وكانت توصيات الدراسة كالتالي:

1-يجب على أطراف النزاع بذل العناية القصوى عند اختيار المحكمين ومراعاة تمتعهم بالخبرة والتخصص وأن يكف كل طرف عن النظر إلى المحكم الذي يختاره على أنه

محامي للدفاع عنه، بل كعضو في هيئة تحكيم له كامل الحرية في التعبير عن قناعته.

2-يتعين على كل الدول العربية أن تعمل على إنشاء مركز إقليمي دائم التحكيم الدولي على غرار المحكمة الدائم للتحكيم وذلك تحت مظلة جامعة الدول العربية.

دراسة (عمرو زكريا صاوي عبد الرحمن،2021)، بعنوان: (شرح قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014 م. في إطار قواعد القانون الدولي العام: مع الإشارة إلى أحكام اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية لعام 2014 م.)

هدف البحث إلى التعرف على شرح قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام (2014م) في إطار قواعد القانون الدولي العام. واعتمد البحث على منهج الأسلوب التحليلي. تطلب العرض المنهجي للبحث تقسيمه إلى فصلين، عرض الفصل الأول قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول ونطاق تطبيقها وبه ثلاثة مباحث، قدم الأول قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، وأوضح الثاني نطاق تطبيق قواعد الشفافية، وتطرق الثالث إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول إتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية. وتناول الفصل الثاني شرح محتوى قواعد الشفافية واشتمل على ثلاثة مباحث، عرض الأول نشر المعلومات في بداية إجراءات التحكيم ونشر الوثائق، وفسر الثاني المذكرات المقدمة لهيئة التحكيم وجلسات الاستماع، وأكد الثالث على الاستثناءات من الشفافية وجهة إيداع المعلومات المنشورة.

وكانت نتائج الدراسة كالتالي:

التأكيد على إن ما توفره قواعد الشفافية من إعلام مختلف ممثلي الشعب بكل مراحل العملية التحكيمية يضمن تسيير المال العام بكل شفافية وكذا الموارد الطبيعية.

وكانت توصيات الدراسة كالتالي:

جميع الدول وخاصة الدول النامية والإفريقية بأن تتضمن اتفاقاتها الاستثمارية قواعد الاونسيترال للشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول والقيام بتوعية

شعوبهم بهذه القواعد وأهميتها فهي في الأساس مقررة لمصلحة تلك الشعوب ليتمكنوا من مراقبة دولهم وما تقوم به من إجراءات سوف تعود آثارها عليهم بلا شك.

دراسة (ضيف الله بن محمد القرني، 2015)، بعنوان: (دعوى البطلان في التحكيم) هدفت الدراسة إلى إلقاء الضوء على أحكام دعوى البطلان في التحكيم وإجراءاتها في الشريعة الإسلامية وأنظمة وقوانين التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، وقد اعتمدت على المنهج الوصفي بشقيه الاستقرائي والتحليلي، وكذلك المنهج المقارن.

وكانت أهم النتائج:

1. أن بطلان حكم التحكيم وصف يلحق الحكم النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع، بسبب مخالفته النظام أو القانون ويؤدي هذا الوصف إلى عدم إنتاج الآثار المترتبة عليه لو أنه تم صحيحاً.

2. من حق المحكمة أن تحكم ببطلان الحكم التحكيمي من تلقاء نفسها في حالات محددة.

3. أن الرقابة القضائية على أعمال المحكمين أمر ضروري، وله أثر إيجابي في تقليل الأخطاء.

4. يختلف بطلان حكم التحكيم عن دعوى الاستئناف ودعوى إعادة المحاكمة.

5. لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ الحكم، إلا أن القاضي له سلطة تقديرية في ذلك.

وكانت أهم التوصيات:

1. ضرورة الإسراع بإصدار اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الجديد، لما لها من دور كبير في إيضاح مسائله، خاصةً في موضوع البطلان.

2. الاستفادة من تجارب الآخرين في مجال تطبيق فكرة البطلان فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة والنظام العام.

3. ضمن السعي إلى توحيد الأنظمة العدلية في دول مجلس التعاون الخليجي يوصي الباحث بأن يولى نظام التحكيم عنايةً في هذا الجانب، وخاصةً أنه من أسهل الأنظمة لتحقيق ذلك.

4. إجراء المزيد من الدراسات والبحوث في أنظمة التحكيم وخاصةً النظام السعودي ومراكز التحكيم.

5. إبراز أهمية التوسع في مجال التحكيم ليؤدي دوره في مساعدة القضاء والتخفيف عليه فيما يمكن إخراجه منه.

دراسة (عمار فلاح، 2015)، بعنوان: (دور التحكيم في فض المنازعات التجارية الدولية- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-)

تأتي هذه الدراسة لتسليط الضوء على دور التحكيم كوسيلة فعالة وضامنة في تسوية المنازعات التجارية الدولية، من خلال مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ إذ أن التحكيم يُعتبر أحد أهم الآليات التي تسهم في تعزيز العلاقات التجارية الدولية، ويتميز بإلزامية تطبيقه في حالة وجوده ضمن بنود التعاقدات، وهو أمر حظي بتطبيق واسع في الدول الإسلامية التي تستمد تشريعاتها من القرآن الكريم والسنة النبوية.

السؤال الرئيسي الذي تحاول الدراسة الإجابة عليه هو "هل التحكيم يُعتبر فعلاً وسيلة ضامنة لتسوية النزاعات التجارية الدولية؟" وما مدى فعاليته في فض النزاعات وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية؟

أهداف البحث:

1-إبراز أهمية التحكيم في تسوية المنازعات التجارية الدولية وإعطائه أهمية متزايدة في مجال الاستثمار.

2-دراسة مدى مسايرة التشريع الجزائري للتطورات في العلاقات الدولية، وخاصة في مجال الاستثمار.

3-تعميق البحث في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية لإبراز كيفية مساهمة التحكيم في ضمان العدالة وحل النزاعات.

4-التأكيد على صفة الضمان والاطمئنان التي يوفرها التحكيم للمتعاقدين، خصوصاً في العلاقات التجارية الدولية، من خلال بيان قوة حكم التحكيم.

منهجية البحث:

لتحقيق أهداف البحث، استخدمت الدراسة المنهج المقارن لتحليل أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية فيما يتعلق بالتحكيم. كما تم استخدام المنهج الوصفي لتوضيح دور التحكيم في العلاقات التجارية الدولية، والمنهج التاريخي للتعرف على التطور التاريخي للتحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وكانت نتائج الدراسة كالتالي:

1- اتفق الفقهاء على مشروعية التحكيم، مستندين إلى الأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة وقد تم استخدام التحكيم في نزاعات متعلقة بحقوق الناس.

2- ثبت أن النبي محمد صلى الله عليه وسلم كان يحكم بين الناس ويقبل التحكيم، وكذلك الصحابة رضي الله عنهم، مما يثبت وجود هذه الآلية في الإسلام منذ بدايته.

3- التحكيم كان معروفاً في المجتمعات القديمة، خاصةً بين العرب قبل الإسلام، حيث تم استخدامه لحل النزاعات القبلية، مثل قضية وضع الحجر الأسود كما استمر التحكيم وتطور في العصور الوسطى والحديثة.

4- امتد التحكيم إلى كل ما يتعلق بحقوق الناس، بينما استثنى الفقهاء ما يخص حقوق الله، مثل الحدود والعبادات، مع فرض الرقابة القضائية على تنفيذ أحكام المحكمين.

5- يرى فقهاء القانون الوضعي أن التحكيم يعتمد بشكل أساسي على اتفاق الأطراف وقناعتهم بالتخلي عن القضاء الرسمي لصالح التحكيم كوسيلة لحل النزاعات.

6- يعتبر اتفاق الأطراف على التحكيم الأساس الذي يقوم عليه هذا النظام، مما يعزز الثقة بين الأطراف في حل النزاع.

7- يتمتع أطراف النزاع بحرية اختيار المحكمين، وكذلك عزلهم باتفاق مشترك، ما يمنحهم الثقة في عدالة ونزاهة العملية التحكيمية، كما تتيح لهم هذه الحرية اختيار قواعد الإجراءات التي سيتم اتباعها في التحكيم، سواء كانت قواعد دولة معينة أو مؤسسة تحكيمية أو قواعد دولية متفق عليها .

8-تُعتبر السرية واحدة من أهم مميزات التحكيم، فهي عامل جذب رئيسي للشركات والمؤسسات التجارية؛ حيث تحافظ السرية على خصوصية النزاعات، خصوصاً بين الشركاء، مما يوفر الأمان والحماية للمعلومات الحساسة.

9-يختلف التحكيم عن القضاء من حيث تشكيله وإجراءاته، كما يختلف عن الصلح، حيث إن الصلح يتم بتنازل الطرفين بشكل متقابل، بينما التحكيم يعتمد على طرف ثالث محايد يبحث عن الحل العادل وفقاً للقانون والتحكيم يختلف أيضاً عن الخبرة، حيث يقدم المحكم حكماً نهائياً، بينما الخبير يقدم رأياً استشارياً.

10-اختلف الفقهاء القانونيون حول طبيعة التحكيم، وقد اتفق العديد منهم على أن التحكيم يتمتع بطبيعة مختلطة، تجمع بين الطبيعة العقدية والقضائية، وكلما زادت إرادة الأطراف في تفاصيل التحكيم، كانت طبيعته عقدية، وعندما يتدخل القانون والقضاء بشكل أكبر، تصبح طبيعته قضائية.

11-أشارت العديد من التشريعات، مثل التشريع الجزائري، إلى أن مسائل النظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم، كما لا يُسمح للأشخاص المعنوية العامة بطلب التحكيم إلا في العلاقات الاقتصادية الدولية.

12- تختلف أنواع التحكيم بناءً على طبيعة النزاع حيث إن في التشريع الجزائري، يتم التمييز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي ويُعتبر التحكيم دولياً إذا تعلق بنزاعات ذات مصالح اقتصادية بين دولتين على الأقل.

13-في معظم التشريعات، بما في ذلك التشريع الجزائري، يُعتبر حكم التحكيم إلزامياً وقابلاً للتنفيذ ويجب أن يصدر أمر تنفيذ من رئيس المحكمة المختصة، كما أن عدم تسبيب حكم التحكيم في القضايا الدولية يجعله قابلاً للإبطال، مما يؤكد على أهمية تسبيب الأحكام التحكيمية .

وكانت توصيات الدراسة كالتالي:

1-إنشاء نظام قضائي دولي يتمتع بطابع إلزامي، يعمل على متابعة وتنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم التجاري الدولي إذ أن وجود هذا النظام سيسهم في ضمان تنفيذ الأحكام بفعالية، وسيحمي أطراف النزاع من التأخير أو التهرب من الالتزامات القانونية.

2-من المهم أن تقوم الدول بتطوير تشريعات محلية تعزز من دور التحكيم، بما يشمل الاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها بمرونة وسرعة حيث ينبغي أن تكون هذه التشريعات مواكبة للتطورات الحديثة في التجارة الدولية.

3-العمل على ضمان السرية الكاملة في جميع مراحل التحكيم، لأنها تمثل عاملاً جوهريًا في جذب الأطراف التجارية الدولية لاختيار التحكيم كوسيلة لتسوية نزاعاتهم.

4- من الضروري نشر ثقافة التحكيم بين الأوساط التجارية والمستثمرين، وتوضيح مميزاته وضماناته كوسيلة سريعة وفعالة في تسوية النزاعات، وتشجيع التعامل التجاري الدولي.

5-تعزيز التعاون بين الدول والمؤسسات الدولية لتوحيد معايير وقواعد التحكيم التجاري الدولي، بحيث يتم تقليل الفجوات التشريعية بين الدول ويصبح التحكيم وسيلة عالمية تحظى بثقة الأطراف المتنازعة.

6-ضرورة تضمين موضوع التحكيم التجاري الدولي في المناهج الدراسية المتعلقة بالقانون والاقتصاد، مما يساعد على إعداد جيل من المتخصصين في هذا المجال.

الفصل الثالث
الإطار النظري

مفهوم التحكيم

تعريف التحكيم

التحكيم مشتق من الفعل "حَكَمَ"، ويعني تكليف شخص محايد للفصل بين طرفين متنازعين. يُقال "حَكَمْنَا فلانًا"، أي اخترناه حَكَمًا لحل النزاع بيننا، ويشير الحُكم إلى الفصل العادل بين الناس وفقًا للحق، حيث يعتبر الله سبحانه وتعالى "أحكم الحاكمين" و"الحكيم"، ومن أسمائه "الحَكَم" و"الحكيم" بمعنى الحاكم والقاضي ويُقال أيضًا: "حكم بينهم" أي فصل بينهم، و"حكمه في ماله" أي منحه سلطة التصرف في ماله، و"احتكموا إلى الحاكم" أو "تحاكموا" أي لجأوا إلى القاضي.

كما لا يختلف التحكيم كثيرًا عن القضاء، فالمحكم هو قاضٍ، والقاضي هو محكم. ولكن الفرق بينهما يتضح بشكل أكبر في المعنى الاصطلاحي؛ حيث يُستخدم التحكيم كوسيلة بديلة لفض النزاعات خارج النظام القضائي الرسمي، بينما يتميز القضاء بالسلطة القضائية الرسمية التي تضمن تنفيذ الأحكام الصادرة. (عبيد الله، 2023)

في التعريف القانوني، يُعرَّف التحكيم كعملية يوافق فيها الأطراف ذات الصلة على تقديم نزاعهم إلى حكم فردي أو هيئة تحكيمية بدلاً من المحكمة الرسمية المختصة. هذا التعريف يُبرز التحكيم كوسيلة لحل النزاعات خارج نطاق النظام القضائي الرسمي، إذ تتم إدارة النزاع وفقًا لقرارات تصدر من طرف محايد تم الاتفاق عليه مسبقًا. رغم ذلك، يُعتبر التحكيم إحدى الوسائل القانونية التي يُمكن للقاضي أن يلجأ إليها ضمن نطاق قوانين معينة، وقد يشمل هذا التعريف أيضًا العلاقات الدولية، حيث يتم الاعتماد على التحكيم لحل النزاعات بين الدول، نظرًا لأنه يوفر حلاً غير رسمي ومرن مقارنة بالإجراءات القضائية الرسمية. (الزحيلي، 2011

في التعريف الاصطلاحي، يعرّف الفقهاء التحكيم كنظام قضائي خاص يتميز بمرونته، حيث يختار الأطراف قاضيهم بأنفسهم ويمنحونه بموجب اتفاق أو شرط مكتوب، صلاحية الفصل في النزاعات التي قد تنشأ أو التي نشأت بالفعل بينهم. ويُستخدم هذا النظام بشكل خاص في تسوية الخلافات المتعلقة بالعلاقات التعاقدية، إذ يمكن حلها من خلال التحكيم بدلاً من المحكمة التقليدية. (سفيان، 2021)

التحكيم في المعنى الشرعي لا يختلف كثيرًا عن المعنى اللغوي، فهو تفويض للفصل والقضاء في الأمور المتنازع عليها. بمعنى آخر، يتمثل في تولية الخصمين حاكمًا يفصل بينهما في النزاع. هذا ما يفهم من العديد من العبارات التي وردت في كتب الفقهاء؛ إذ يقول ابن فرحون: "إن الخصمين إذا حكما رجلاً وارتضياه لأن يحكم بينهما فإن ذلك جائز." كما ورد في "مجلة الأحكام العدلية" تعريف للتحكيم: "التحكيم هو اتخاذ الخصمين آخر حاكمًا برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما، ويقال لذلك: حكم ومحكم". (عبيد الله، 2023)

وقد عرَّف الفقهاء التحكيم بين الأفراد بأنه: الاتفاق على نقل النزاع بين الأفراد بشأن تنفيذ عقد معين، أو إحالة نزاع نشأ بينهم بالفعل، إلى فرد أو أكثر ممن تم تعيينهم كمحكمين، حتى يتسنى لهم الفصل في النزاع المذكور بدلاً من الفصل في الاختصاص القضائي المختص. وهذا التعريف يقصد به عند استخدامه في الحياة والمجتمع، لا سيما خارج البلدان الإسلامية، أن تكون هناك حاجة إلى أن يحل الناس هناك نزاعاتهم والاختلافات بينهم وفقا لقانونهم واتفاقياتهم، دون اللجوء إلى المحاكم المختصة التي تحكم قانون ذلك البلد، وبالتالي فإن التحكيم سوف يكون بديلاً للقضاء. (الزحيلي، 2011).

ويعرف من جانب آخر على أنه نظام القضاء الخاص يقضي في خصومة معينة من خصوم القضاء العادي ويعهد إلى أشخاص يختارون الفصل فيها، كما عرّف التحكيم أيضًا بأنه الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة الاختصاصية، وقد يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشأته فيُسمى الاتفاق في هذه الحالة مشارطة تحكيم، وقد يتفق ذو الشأن مسبقًا على عرض المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل فيُسمى التحكيم في هذه الحالة شرط تحكيم.

ومن جانب آخر عرّف القانون النموذجي اتفاق التحكيم على أنه اتفاق الطرفين على أن يُحيلا إلى المحكم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد صورة أو اتفاق منفصل. (مصري، 2015)

والتحكيم هو اتفاق بين طرفي نزاع على تولية شخص أو مجموعة أشخاص للفصل بينهما بحكم ملزم وفق الشريعة الإسلامية يُطلق على كل طرف من طرفي النزاع اسم "المحكم"، وقد يكون المحكم فردًا واحدًا أو مجموعة وعلى الرغم

من تنوع تعاريف الفقهاء للتحكيم، إلا أنها تدور حول مفاهيم متقاربة.

وأبسط هذه التعريفات ما جاء به الشيخ مصطفى الزرقاء، حيث عرف التحكيم بأنه: "احتكام طرفين متخاصمين إلى شخص يختارانه برضاهما ليكون حَكمًا بينهما في دعواهما بدلًا من القاضي ".

وبذلك، يُعد التحكيم أقل مرتبة من القضاء، حيث إن الخصوم هم من يختارون المحكم، وليس السلطة القضائية، كما أن حكم المحكم ملزم للطرفين، ويعتبر بمثابة حكم القاضي إذا ارتضاهما الطرفان، إذ يقول ابن عبد البر: "إذا حكم المتنازعان بينهما حَكمًا رضياه، فلما حكم رضي أحدهما وسخط الآخر، لزمه حكمه إذا حكم حُكمًا بينًا يجوز بين

الناس، سواء وافق حكم قاضي البلد أو خالفه، ما لم يخرج حكمه عن إجماع أهل العلم." (عبيد الله، 2023)

التعريف الفقهي القانوني: لقد عنى الفقه العربي بتعريف التحكيم على أنه نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ بناءً على علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية وهذه المنازعات يجوز ويمكن حسمها بطرق التحكيم وفقًا لمقتضيات القانون. (سفيان، 2021)

ومن التعريفات أيضًا أن التحكيم على أنه الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين وذلك بناءً على اتفاق أو أنه النظام الذي بمقتضاه تخول الأطراف المعنية بحرية بواسطتهم مهمة الفصل في المنازعات المتعلقة بهم. (سفيان، 2021)

كما أنه من جانب آخر يعتبر عقدًا بمقتضاه يتفق شخصان أو أكثر على إحالة نزاع نشأ بينهما أو ما ينشأ بينهما من نزاع في تنفيذ عقد معين على مُحكمين للفصل فيه بدلًا من الالتجاء إلى القضاء المختص، ويعرّفه البعض بأنه نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاؤهم ويعهدون إليه بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقًا لمقتضيات القانون والعدالة بإصدار قرار قضائي مُلزم لهم. وبذلك تستند فكرة التحكيم أساسًا على مبدأ سلطان الإرادة طبقًا للشكل الذي يجيزه القانون بخصوص علاقاتهم القانونية.

وعُرف أيضًا بأنه نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد طبيعيين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها أو تمكين أطراف النزاع بأقصاء منازعاتهم

من الخضوع لقضاء المحاكم المخوّل لها طبقاً للقانون لكي تحل عن طريق أشخاص طبيعيين يختارونهم .عُرّف كذلك بأنه اتفاق الأطراف على طرح خلافاتهم على أشخاص طبيعيين يختارونهم، وذهب رأي أخر في الفقه بتعريفه بأنه اتفاق الأطراف المعينة على إخضاع خلافاتهم لحكم أفراد تختارها هذه الأطراف. (عبد القادر، 2015).

أما عن القضاء فقد تصدت عدة محاكم عليا لتعريف التحكيم، حيث عرفته المحكمة الدستورية العليا بمصر بأنه: " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار معين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع.

وقضت محكمة استئناف القاهرة بأن " التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضاء الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، فإرادة المتعاقدين هي التي توجه إرادة التحكيم، وتحدد نطاقة من حيث المسائل التي يشملها، والقانون الواجب التطبيق، وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها، وإجراءات التحكيم وغيرها/ وعلى ذلك فمتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم.

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: " طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات؛ ومن ثم قهو مقصور حتما على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضة على هيئة التحكيم.

وعموماً فإن التحكيم بذلك يمر بثلاث مراحل؛ حيث إن المرحلة الأولى هي الاتفاق على التحكيم طريقًا لحل النزاع أو بدلًا من اللجوء إلى القضاء العام سواء وقع هذا قبل وقوع النزاع أو بعد وقوعه، المرحلة الثانية تتمثل في الاتفاق بين الخصوم والشخص

الذي سيتولى الفصل في النزاع وهذه المرحلة هي مرحلة تولية وتقليد الحكم أي منحه سلطة الفصل في النزاع، وتكون المرحلة الثالثة وهي مرحلة تلي التولية والتفويض تبدأ بإجراء وتنتهي بحكم، وفي ذلك يقول الدكتور محسن شفيق "إن التحكيم هو في الحقيقة نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصبح إجراء ثم ينتهي بقضاء". (عبد القادر، 2015).

يتبين من التعريفات أهمية التحكيم باعتباره وسيلة لحسم المنازعات فهو يعتبر إجراء استثنائي يؤدي إلى إخراج المنازعات من اختصاص محاكم الدولة بناءً على اتفاق الأطراف وقد ركزت التعاريف السابقة على الهدف من التحكيم كأساس للتعريف دون بيان فيما إذا كان اتفاق التحكيم قد يأتي بصورة شرط ضمن بنود العقد أو مشارطة باتفاق مستقل بين الطرفين. (سفيان، 2021)

على الجانب الآخر نجد أن الكثير من الفقهاء قد تطرقوا إلى تعريف اتفاق التحكيم، إذ نجد الفقيه جولدمان يعرفه على أنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا للتحكيم سواء النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما والمتعلقة بالعقد، أو النزاعات التي نشأت والمتعلقة في كلتا الحالتين بالتجارة الدولية، ويشبه ذلك التعريف تعريف الدكتورة حفيظة السيد حداد التي عرّفت اتفاق التحكيم بأنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهما أو المحتمل نشؤها من خلال التحكيم، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية.

كما يرى فوشارد بأن اتفاق التحكيم يغطي في الحقيقة فكرتين مختلفتين من جهة شرط التحكيم وهو شرط منصوص عليه في العقد، وينص على أنه أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم، ومن جهة أخرى مشارطة التحكيم والتي هي اتفاق بين الطرفين يقومون بموجبه بإخضاع النزاع إلى المُحكّم أو هيئة

تحكيمية، وتكون بعد إبرام العقد وبعد أن يثور النزاع بين الطرفين. (عبد القادر، 2015).

مما سبق يمكن استنتاج أن جميع التعريفات التي أوردها الفقه ترتكز على أن اتفاق التحكيم يشمل ما يسمى بشرط التحكيم وهو بند من بنود العقد، كما يغطي كذلك مشارطة التحكيم وهو الاتفاق المبرم استقلالًا عن العقد.

كما أن التحكيم في الشريعة الإسلامية، يُعبر عن اختيار خصمين شخصًا أو أكثر من الرعية، ويكون غير قاضيًا أهلاً لما يصلح للقضاء للحكم بينهما برضاهما فيما تنازعا فيه ويستطيع أن يطبق حكم الشرع، وفي السياق ذاته التحكيم في التعريفات التشريعية، فلقد عرّفت المادة 10 من قانون التحكيم التجاري المصري الجديد بأن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء للتحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية. (عبد القادر، 2015).

إجراءات التحكيم

يُقصد بإجراءات التحكيم بالمعنى الواسع السير في الخصومة التحكيمية من بدايتها وحتى إصدار حكم التحكيم على ألا يخالف ما تم الاتفاق عليه بين الخصوم والنظام العام وقانون حكم التحكيم المراد فض الخصومة بموجب أحكامه، وعليه فإن إجراءات الخصومة في التحكيم تبدأ بطلب يقدمه المحتكم للمحتكم ضده حسب ما تم الاتفاق عليه إن وجد بواسطة الإنذار العدلي أو غيرها.

وعادة ما يتضمن هذا الطلب ملخصًا عن الطبيعة والعلاقة القانونية وموضوع النزاع

واسم المحكم في حال إن كان متفق على تسميته من طرفي الخصومة وتكليفه بتعيين المحكم الثاني خلال مدة التعيين وهو ما يُطلق عليه بالتحكيم الحر أو التحكيم المطلق

أو بواسطة التحكيم المؤسسي والذي يقوم على تقديم طلب التحكيم من قبل المحتكم بمؤسسة التحكيم متضمنًا البيانات التي تنص عليها إجراءات التحكيم في المؤسسة وتشمل اسم طالب التحكيم والمحتكم ضده وعنوان كل منهما واسم المحكم واسم المحكم الذي يرشحه للتعيين في حال إن لم يكن هناك اتفاقًا عليه. (العبيات، 2019)

وتكون إجراءات التحكيم بالمعنى الضيق هى تلك القواعد الإجرائية الواجب إتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم من قبل الهيئة نفسها وأطراف الخصومة التحكيمية وعادة ما تبدأ الإجراءات بكتاب موجه من الهيئة التحكيمية لأطراف الخصومة بقبولها المهمة الموكلة إليها وتحديد موعد جلسة أولية للتحكيم مثل احترام حق الدفاع والمساواة والعدل والمواجهة بين الخصومة وحق الأطراف في تقديم الطلبات وسماع الشهود وإجراء الخبرة الفنية وغيرها كما لا يوجد أحكام خاصة في التحكيم. وتنقسم إجراءات التحكيم كما يلي:

1-إجراءات المحكم في مرحلة سير الإجراءات:

تتضمن جانبين أساسيين وهما إجراءات المترتبة بمرحلة الترشيح والتسمية، والجانب الآخر هو التزام المحكم بالمراجعة قبل إبداء الموافقة على قبول المهمة؛ حيث أن مرحلة الترشيح والتسمية هي مرحلة تمهيدية يقوم بها أطراف التحكيم على تسميه المحكم، ويلتزم المحكم خلالها بالإفصاح عن وجود علاقات سابقة تربطه بالأطراف أو موضوع النزاع وذلك لتقرير صلاحيته للفصل في النزاع وحال رفض المحكم قبول المهمة في هذه المرحلة لأي سبب كان، فإنه لا يترتب على المحكم أي التزامات عدا الالتزام بمبدأ السرية بصفته اطلع على تفاصيل الدعوى ولا يجوز إفشائها حيث يتعرض حين ذلك إلى المسؤولية. (آدم، 2019).

أما بالنسبة إلى جانب التزام المحكّم بالمراجعة قبل إبداء الموافقة على قبول المهمة فإنه يجب على المحكم قبل أن يصدر قرار موافقته على قبول مهمة التحكيم أن يراجع نفسه ويتفحص ظروفه من حيث الوقت وأعماله الأخرى إن وجدت ثم يحدد هل له القدرة على حل النزاع أم لا، فإن رأى أنه قادر على حل النزاع وتحمل المسؤولية وأداء مهمته فيصدر موافقته الخطية على قبول التحكيم ويعتبر رفض المحكم للمهمة دون حاجة لإبداء مبررات لذلك الرفض انتهاء لمرحلة الترشيح ولا يعدّ بذلك مسؤولًا أو منكرًا للعدالة. ويلتزم المحكّم بالتصريح والإفصاح بمجرد ترشّحه لمهمة حسم النزاع، وهو من الالتزامات الجوهرية التي تقع على عاتقه ومتلاصقة مع مهمته، وتفرض طبيعة خاصة لمهمته، وبذات الوقت ليس للمحكّم أي سلطة تقديرية في تخير الوقائع التي يفصح عنها وإنما يتعيّن عليه الإفصاح والتصريح عن كافة الوقائع إن وجدت، التي قد تثير شكوكًا حول حياده أو استقلاله، وهذا الالتزام مقرر في كل التشريعات وأنظمة التحكيم. (العبيات، 2019)

2-الإجراءات التي تسبق السير في الخصومة التحكيمية

تنقسم هذه الإجراءات إلى نوعين من حيث فيما إذا كان تحكيم خاص أو تحكيم

مؤسسي؛ فالإجراءات المتبعة قبل البدء بالتحكيم الخاص تبدأ بطلب التحكيم حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة ما لم تنته الإجراءات دون صدور هذا الحكم حيث إن طلب التحكيم هو العمل الذي يوجهه المدعي إلى المدعى عليه والذي يتضمن رغبته في فض النزاع القائم بينهما بطريق التحكيم سواء كان الطلب بواسطة إنذار أو مراسلات عادية أو إلكترونية.

كما يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا وإلا كان باطلًا، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في صورة مخاطبات ومراسلات ورقية أو إلكترونية أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة الثابت تسلمها والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق. (آدم، 2019).

وفيما يتعلق بالتعامل الدولي في التحكيم الخاص من حيث المسائل التجارية يتبين أن معظم التعاملات التجارية الدولية في التحكيم التي سنّتها لجنة القانون الدولي التجاري تعالج إجراءات التحكيم الخاص حيث تبدأ بقيام طالب التحكيم المدعي بإرسال إخطار إلى المدعى عليه وعند تسلمه هذا الإخطار تعتبر إجراءات التحكيم قد بدأت والتي بدورها تبينَ وجوبْ ذكر أسماء المحتكمين وعناوينهم والإشارة إلى شرط التحكيم أو المشارطة ونبذة عامة عن طبيعة النزاع وموضوعه واسم المحكم الذي اختاره المدعي في حال الاتفاق المسبق على إجراء التحكيم من قبل ثلاثة محكمين وفي حال عدم وجود اتفاق مسبق يحق للمدعي ومن خلال الإخطار المُرسَل للمدعى عليه اقتراح باسم محكم أو مجموعة من المحكمين أو اقتراحًا باسم مؤسسة تحكيمية. (العبيات، 2019)

وبالنسبة إلى إجراءات التحكيم المؤسسي فهي أكثر وضوحًا وتحديدًا من إجراءات التحكيم الخاص ذلك لأن أطراف النزاع في الخصومة التحكمية عند اختيارهم لإحدى المؤسسات التحكيمية المحلية أو الدولية التي يتم عن طريقها إجراء التحكيم يكون اختيارهم ضمنًا للقواعد التحكيمية وإجراءاتها الخاصة بتلك المؤسسة أو المتبعة من قبلها ومثال ذلك هو عندما يتفق طرفا النزاع أنه يكون بواسطة الغرفة التجارية الدولية وهذا يعني إقرارهم بشكل ضمني بأن التحكيم سيجري ضمن قواعدها. (العبيات، 2019)

شروط إجراءات التحكيم

1-شروط متعلقة بأطراف التحكيم

في التحكيم لا ينعقد العقد إلا باتفاق الطرفين، وانعقاد العقد يفترض رضا كل الأطراف المتعاقدة، ويشترط بالنسبة للطرفين وجود الأهلية؛ فالأهلية اللازمة فيمن يبرم اتفاقًا على التحكيم هي أهلية التصرف، بمعنى ضرورة توافر أهلية الأداء في طرفي التحكيم، ذلك أن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى القضاء، وهو ما قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر، وإعمالًا لهذا الشرط لا يجوز لعديم الأهلية أو للقاصر ما لم يكن مأذونا له بالإدارة إبرام عقود التحكيم. ونظرا لأن أهلية الأداء تخضع للقانون الشخصي لأطراف التحكيم وليس قانون التحكيم. (صالح، 2016)

2-شروط متعلقة بتشكيل هيئة التحكيم

المحكّم هو الفرد الذي يعهد إليه بتسوية النزاع بين طرفين أو أكثر، ويكون له

الحق في النظر في النزاع وإصدار الحكم. ويمكن أن تتكون هيئة التحكيم من شخص واحد أو عدة أشخاص، ويستلزم أن يكون العدد فردي، فكافة التشريعات تتفق على منح طرفي الاتفاق على التحكيم الحرية الكاملة في اختيار هيئة التحكيم. ويجب أن يتسم هذا المحكم بعدة سمات وخصائص وهى أن يتسم بـ:

- الأهلية وألا يتعرض إلى أي ظرف يؤدي إلى الحجر عليه، إضافة إلى حصوله على حقوقه المدنية.
- يجب أن يعلن المحكم قبوله بالمهمة المسندة إليه، كما يجب على المحكم الكشف عن أي ملابسات أو ظروف تشكك في حياده واستقلاله. وإذا علم

المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالتحكيم في أي نزاع إلا بعد موافقة أطراف النزاع.

- يلزم أن يكون المحكّمون من الأشخاص الطبيعيين، فإذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم. (صالح، 2016)

3-شروط متعلقة بموضوع النزاع محل التحكيم

يجب أن يكون محل التحكيم من الأمور التي يجوز فيها التحكيم، وهذا يعني أن التحكيم لا يتم تطبيقه في جميع الأمور والمسائل، فالمهم أن يكون النزاع حول علاقة قانونية معنية سواء كانت عقدية أو غير عقدية، وفي الوقت نفسه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص والمسائل التي لا يجوز التحكيم فيها هي التي تتعلق بالأحوال الشخصية والجنسية والمسائل التي لا يجوز الصلح فيها وهي التي تتعلق بالنظام العام. (صالح، 2016)

الطبيعة القانونية للتحكيم

هناك خلاف في الفقه حول حقيقة وطبيعة اتفاق التحكيم، ويمكن حصره في الاتجاهات الثلاثة التالية:

1-النظرية التعاقدية للتحكيم

يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية وينظرون إلى اتفاق التحكيم وحكم التحكيم على أنهما يمثلان كلًا واحدًا ولا يمكن فصلهما،

فليس المهم من وجهة نظر هذا الإتجاه إعطاء الأولوية لمهمة المحكم، وإنما الآولى أن ننظر إلى من أولوه، وخولوه هذه المهمة، ومن الذي يحدد له الإجراءات التي يتبعها،

ومن الذي يحدد شخص أو أشخاص المحكمين، ويدفع أتعابهم، ويحدد لهم القانون الذي يحسمون النزاع وفقًا لنصوصه.

إن أطراف الاتفاق هم الذين يتولون ذلك كله، وتقف الدولة عند دور الدولة الحارسة، تسهر على منع المساس بالنظام العام، وهذا هو الاتجاه الراجح، ويترتب عليه إطلاق مبدأ سلطان الإرادة، وترك الأمر لأطراف النزاع، وقضاتهم الذين اختاروهم بمحض إرادتهم، وارتضوا سلفًا الخضوع لما يصدرونه من أحكام، ولا يجوز للدولة أن تتدخل إلا لمنع المساس بالنظام العام، أو لضمان حسن سير عملية التحكيم، وذلك بوضع قواعد مقررة تسد ثغرات اتفاق التحكيم، ولا تلجأ إلى وضع قواعد آمرة إلا في حدود ما يمس الأسس الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية لكيان الدولة.

وقد تواتر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على تأكيد الطبيعة العقدية، وإرتكاز التحكيم كوسيلة تسوية المنازعات على الاختيار الحر لإرادة الأطراف، فقد قضت بأنه لا يجوز أن يكون التحكيم إجباريًّا يذعن له أطرافه أو بعضهم إنفاذًا لقاعدة قانونية آمرة، لا يجوز الاتفاق على خلافها، ذلك أن القاعدة التي تأسس عليها مشروعية التحكيم كأسلوب لفض المنازعات بغير طريق التقاضي العادي هي قاعدة اتفاقية تبني إرادة الأطراف على أصولها.

(حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم 33/55 ق.د الصادر بجلسة 2002/1/13م).

كما قضت بعدم دستورية النصوص القانونية المختلفة التي تكرس نظام التحكيم الجبري، سواء في مجال المنازعات الجمركية أو الضريبية أو المنازعات الناشئة عن تطبيق نصوص التحكيم الجبري في قانون سوق رأس المال.

ولكن يؤخذ على هذه النظرية أنها بالفت في دور الإرادة للأطراف حيث لا يمكن أن يتم اعتبار حكم التحكيم عملًا تعاقديًا.

2-نظرية استقلال التحكيم

تعتبر هذه النظرية أن التحكيم نظام مستقل في حل النزاعات وذلك يجعله قضاءً موازيًا لقضاء الدولة، ولكنه مستقل عنه وهو يعتبر أداة قانونية لحل المنازعات وتختلف عن العقد لأنه يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة. (العشرة، 2018)

3-نظرية ترى التحكيم ذو الطبيعة اتفاقية

هناك رأي فقهي يرى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية وليس قضاء؛ لأنه عقد رضائي ملزم للجانين، وأن اتفاق التحكيم من وجهة هذه السلطة لفقهاء يستغرق عملية التحكيم برمتها، وأن حكم التحكيم الذي يحتاج إلى القضاء للأمر بتنفيذه بمجرد تحديد لمحتوى عقد التحكيم بمعرفة غير المتعاقدين وهم هنا المحكمون بمعنى أن الأطراف المتنازعة عند اتفاقهم على التحكيم لعقود التجارة الدولية، يتفقون ضمنًا على التنازل عن المثول أمام القضاء والدعوى الناشئة عنها ويخولون المحكم الاستشاري سلطة الفعل في النزاع وأن مصدر هذه السلطة هى إرادتهم، وعلى هذا الأساس فلا يمكن أن تكون هذه السلطة القضائية لأنها تستند إلى الأطراف المتنازعة ومن ثم فإن مصدر القوة التنفيذية لقرار التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع هو يفسر اكتساب هذه القرارات لقوة الشيء المقضي به وعدم قابلية الطعن فيها على أساس ترافقه مع إرادة الأطراف المتنازعة . (آدم، 2019)

4-النظرية القضائية

هناك نظرية فقهية ترى أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، فالتحكيم من وجهة نظر

هؤلاء قضاء إجباري يلزم الخصوم في حالة اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل خلافاتهم ويحل محل قضاء الدولة، وأن عمل المحكم عمل قضائي ومهمته قضائية، وحكمه يرتب نفس الآثار التي يرتبها الحكم القضائي، وأن الاتفاق على التحكيم لا يعدو أن يكون مجرد فتيل لوضع هذا النظام موضع الحركة، فشأن العمل الإرادي للخصوم في الالتجاء إلى التحكيم يطابق شأن العمل الإرادي للخصوم في الالتجاء إلى قضاء الدولة. (أدم، 2019)

ويترتب على الطبيعة القضائية للتحكيم التسليمُ بحق الدولة في التدخل؛ لأن القضاء أصلا منوط بالسلطة القضائية، ويأتي التحكيم استثناء يسمح لأشخاص من خارج هذه السلطة بالقيام بوظيفة القاضي فلابد أن تراقب الدولة وتتدخل بقواعد آمرة تضمن سلامة إجراءات التحكيم وسلامة الحكم وتسمح بالطعن فيه أمام القضاء، وتنظم القواعد والإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم.

5-النظرية المختلطة

حاول البعض التقريب بين الاتجاهين وعدم إبطال أحدهما باختياره الطبيعة المختلطة للتحكيم فهو ليس اتفاقًا محضًا ولا قضاءً محضًا، إنما هو ذو طبيعة عقدية وقضائية معًا، أو بمعنى آخر هو نظام يمر بمراحل متعددة يتخذ كل منهما طابعًا مختلفًا، فالعنصر الإرادي هو الجانب السائد في المرحلة الأولى للتحكيم وهى مرحلة الاتفاق على التحكيم كأسلوب لحل المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بين الأطراف ثم يترك الغلبة منذ بدء مرحلة الادعاء للخصائص

التي يتسم بها العمل القضائي .

ويترتب على الأخذ بالطبيعة المختلطة للتحكيم نتائج مهمة فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، ففي المرحلة الأولى يتم تطبيق القانون الواجب على الاتفاقيات والعقود، وفي المرحلة الثانية في مرحلة التقاضي يتم تطبيق القانون الواجب على المسائل ذات الطابع القضائي، أما فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام فهي بمنزلة العقود قبل صدور الأمر بالتنفيذ ويصير بمنزلة الحكم القضائي بعد صدور الأمر بتنفيذها. (آدم، 2019)

أنواع اتفاق التحكيم:

كي يستطيع أطراف العقد اللجوء إلى التحكيم فإن عليهم الاتفاق على ذلك فهو الذي ينقل الفصل في منازعات الاستثمار من يد القضاة العاديين إلى أشخاص أخريين يختارونهم يطلق عليهم المحكمين؛ لذلك يمكن أن يرد أتفاق التحكيم كشرط ضمن نصوص العقد أو في أتفاق مستقلاً عن عقد الاستثمار ويبدو لنا أن لاتفاق التحكيم شكلين هما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم،

فالأطراف قد يتفقون على (التحكيم قبل حدوث أيّ خلافات بينهم، فيَرِدُ اتفاقهم في هذه الحالة في شكل شرط أو بند من بنود العقد أو الاتفاق الذي ينظم علاقتهم الأصلية، وقد يحررون وثيقة أو اتفاقًا مُستقلًا يُضَمِّنُونَهُ اتفاقَهم على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات بمناسبة العقد الأصلي إلى التحكيم).

والقاسم المشترك بين الصورتين أن الاتفاق على التحكيم له طابع (التحسب) للمستقبل، ويُسَمَّى مثل هذا الاتفاقَ في صورتيه بشرط التحكيم.

إذن فشرط التحكيم فهو عبارة عن نص وارد ضمن نصوص عقد الاستثمار يقرر الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تثور مستقبلاً بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه. (الربيعي والخيكاني، 2011)

ويجوز للأطراف الانتظار فإذا ما شجر نزاع بينهم قاموا بإبرام اتفاق على إحالته للتحكيم، ويُسمَّى هذا الاتفاق بمشارطة أو وثيقة التحكيم.

فمشارطة التحكيم فهي أي أتفاق بين أطراف العلاقة التعاقدية في عقد مستقل يتقرر بموجبه عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل على التحكيم لحلها،

وبوجه عام فإن شرط التحكيم يرد لغرض حسم منازعة محتملة الوقوع أما مشارطة التحكيم فإنها تمثل عقد مستقل لحسم منازعة نشأت بالفعل ويراد حسمها عن طريق التحكيم.

أخيرًا تجدر الإشارة إلى أن المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم حرصت على إبراز وحدة المعاملة القانونية لكل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم على النحو الآتى:

فقد أكدت اتفاقية نيويورك لعام 1958م بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فى المادة (2/1) بأن "على كل دولة موقعة الاعتراف بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الاطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

أيضًا قرر القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الأونيسترال) لعام 1985م فى المادة (1\7) بأن "..... ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شروط تحكيم وارد فى عقد أو فى صورة اتفاق منفصل.

وفي ذات النسق قررت المادة (1\1) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961م، وهي بصدد تحديد نطاق تطبيقها بأنها "تطبق على اتفاقات التحكيم التي تُبرم لتسوية نزاعات نشأت أو ستنشأ، كما أكدت في فقرتها الثانية بأن:" اتفاق التحكيم ينصرف إلى شرط التحكيم السابق على قيام النزاع والذي يوقعه الأطراف أو الذي يرد في مراسلات أو برقيات أو تلكسات".

ويستفاد مما سبق ان كافة التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم، وكذلك المعاهدات الدولية تعرف وحدة المعاملة القانونية فبما يتعلق بصورتي اتفاق التحكيم (شرط التحكيم، ومشارطة التحكيم) بحيث يعبر عن الصورتين تعبير واحد وهو " اتفاق التحكيم".

وبالإضافة إلى صورتي اتفاق التحكيم المشار إليهما يمكن أن يتخذ هذا الاتفاق صورة ثالثة وهي اتفاق التحكيم بطريق الإحالة، وهي الحالة التي يكون فيها شرط التحكيم غير مدرج بنصه في بنود العقد الأصلي، ولكنه يتضمن بندًا ينص على الإحالة إلى وثيقة أخري تتضمن شرط التحكيم، تلك الوثيقة قد تكون عقدًا نموذجيـًا كعقود الفيديك (FIDIC)، أو عقد أخر متصل بهذا العقد، أو لائحة مركز تحكيم محدد، أو وفقًا لشروط عامة في اتفاقية معينة.

وقد نصت أغلب التشريعات العربية على اتفاق التحكيم بالإحالة، حيث نصت عليها المادة (3/10) من قانون التحكيم المصري بقولها (ويعتبر اتفاقًا على التحكيم كل

إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءًا من العقد)،

كذلك نصت عليه القانون الاتحادي الإماراتي رقم 6 لسنة 2018 مادة 3/5 بقولها (يجوز الاتفاق على التحكيم من خلال الإحالة التي ترد في عقد أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد).

شروط صحة اتفاق التحكيم بطريق الإحالة:

أولًا: وضوح الإحالة

يُشترط ليكون اتفاق التحكيم بالإحالة معتبرًا أن تكون الإحالة واضحة في جعل شرط التحكيم في الوثيقة المحال إليها جزءًا من العقد الأصلي، وهو ما يتحقق بتضمين العقد الأصلي بندا صريحًا بالإحالة إلى شرط التحكيم في الوثيقة الأخرى، والسابقة على إبرام ذلك العقد الأصلي.

وهذه الإحالة الواضحة كافية لإثبات أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، وجعل شرط التحكيم المُحال إليه جزءًا من ذلك العقد، أما إذا كانت الإحالة عامة ومجملة، وليست واضحة فلا تكون كافية.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في حكمها إلي "إذا ما اتفق بين طرفي عقد النقل على الالتجاء إلى التحكيم في شان ما قد بثور من منازعات يتعين أن ينص عليه صراحة في ذلك السند ولا محل للإحالة المجهلة في أمره –بالنظر إلى خطورته– إلى مشاركة إيجاري السفينة سيما وأن الشاحن أو المرسل إليه لم يكن أيا منهما طرفا في تلك المشارطة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعد بالإحالة العامة المعفاة الواردة في سند الشحن إلى كافة شروط وبنود مشارطة إيجار السفينة والتي تضمنت

في البند العشرين منها الاتفاق على التحكم باعتبارها مندمجة في سند الشحن فإنه يكون قد شابه القصور في التسبيب جره إلى الخطأ في تطبيق القانون وتأويله"

كما ذهبت محكمة تمييز دبي إلي "يعتبر اتفاقًا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد الأصلي إلى الوثيقة التي تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة وصريحة في اعتماد هذا الشرط، ولا يتحقق أثر الإحالة إلا إذا تضمنت تخصيصا لشرط التحكيم الذي تضمنته الوثيقة المحال إليها، فإذا كانت الإحالة إلى الوثيقة المذكورة مجرد إحالة عامة لنصوص هذه الوثيقة دون تخصيص لشرط التحكيم المذكور تخصيصاً يفيد على الطرفين بوروده في الوثيقة فإن الإحالة لا تمتد إليه ولا يكون التحكيم متفقاً عليه بين أطراف العقد"

ثانيًا: أن تتضمن الوثيقة المحال إليها صراحة شرط التحكيم:

يشترط حتى يكون هناك اتفاق تحكيم صحيح ومنتج لأثرة أن تكون الوثيقة المحال إليها من قبل أطراف التعاقد الأصلي متضمنة . بصورة صريحة . شرط التحكيم، فإذا كانت تلك الإحالة إلى ما لا يمكن اعتباره شرط تحكيم، فتكون الإحالة غير كافية، كما يجب أن تكون الوثيقة المحال إليها سابقة في وجودها على العقد الأصلي؛ حيث لا يجوز الإحالة إلى وثيقة لاحقة في التاريخ على تاريخ العقد الأصلي.

ثالثًا معرفة الوثيقة المحال إليها لطرفي العقد

يجب أن تكون الوثيقة المحال إليها معلومة ومعروفة للطرف الذي يتمسك في مواجهته بشرط التحكيم، أو أن تكون الوثيقة معلومة في نطاق واسع في وسط النشاط الاقتصادي، الذي ينتمي إليه الطرفان، بحيث لا يمكن الادعاء بعدم معرفتها.

وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بان "اذا حدثت إحالة بين طرفين إلى شروط عامة في وثيقة تتضمن شرط تحكيم، وكان الطرف الذي يحتج عليه بشرط التحكيم عالما بهذه الشروط، فان سكوته يعني موافقته علي هذا الشرط

ويعني اتفاق الأطراف على الالتجاء للتحكيم، سواء أخذ شكلُ شرط أو مشارطة تحكيم اتجاه الإرادة المشتركة إلى ترتيب أثرين قانونيين، هما:

أولا: سلب اختصاص قضاء الدولة الذي كان يتحتّم طرح النزاع عليه، إذا لم يوجد اتفاق التحكيم، فهذا الاتفاق له أثرٌ مانع مقتضاه التزام القاضي بعدم نظر النزاع طالما وجد اتفاق تحكيم، وتمسك به أحد الأطراف حتى لو نكص الطرف الآخر على عقبيه محاولا الاستمرار في تصدّي القضاء للفصل في النزاع.

ثانيًا: قبول الأطراف طواعية، وعلى نحو نهائي لقرار التحكيم الذي يصدره المحكم أو المحكمون، فلا يحق للخاسر رفع دعوى مبتدأة أمام القضاء؛ لكي تعيد النظر في النزاع،

فلِحُكْمِ المحكمين قوة الشيء المقضيّ به في خصوص ما فصل فيه، وتتجه أغلب القوانين إلى منع الطعن في حكم التحكيم، أو محاصرة طرق الطعن، أو طلب البطلان، وذلك عن طريق تحديد حصري للأسباب التي يمكن أن يؤسس عليها طلب البطلان.

فعالية التحكيم كضمانة إجرائية:

1-استقلال شرط التحكيم

ويقصد بذلك استقلال الاتفاق المبرم على شكل شرط التحكيم والمدرج ضمن بنود العقد عن هذا الأخير ومن المؤثرات التي تؤثر بصحتهِ، كما أن بطلان العقد لا يؤثر على شرط التحكيم المدرج ضمن بنود هذا العقد والعكس الصحيح أي أن بطلان شرط

التحكيم لا يؤثر على العقد وهذا ما يؤدي إلى تحقيق الفعالية المطلوبة للتحكيم كضمانة للمستثمرين في حسم منازعاتهم الاستثمارية.

2-أختصاص المحكمين بالفصل في النزاع (مبدأ الاختصاص بالاختصاص)

يترتب على أتفاق التحكيم التزام أطراف العقد بعرض النزاع الذي نشأ بينهم على المحكم أو المحكمين الذين يتم اختيارهم للفصل فيه وذلك بدلا من اللجوء إلى المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع وهذا هو الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم أما الأثر السلبي فيتمثل في امتناع هؤلاء الأطراف عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني ومنع هذا القضاء الفصل فيها. (العبيات، 2019)

3-عدم قبول دفع الدولة وهيئاتها العامة بعدم أهليتها للتحكيم

يقصد بذلك أن الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها لا يمكن أن تدفع بعدم أهليتها لإبرام أتفاق التحكيم حتى تمانع أو تتخلص من أتفاق التحكيم مع المستثمر الذي سبقت وأن وافقت عليه بإراداتها ويذهب رأي في الفقه أن مبدأ عدم قبول دفع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم بعد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم يعتبر من المبادئ المستقرة في التحكيم الدولي، وقد أجازت أغلب التشريعات للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بأن تكون طرفا في أتفاق التحكيم. (الربيعي والخيكاني، 2011)

التحكيم والوسائل الودية الأخرى لفصل المنازعات

يتميز التحكيم عن المفاهيم الأخرى لحل النزاعات باعتباره وسيلة انصراف إرادة أطراف معينين على إحالة النزاع إلى محكم أو هيئة تحكيم ليتولى الفصل فيه، وما يلي أبرز الفروقات بينه وبين المصطلحات الأخرى كالتالي:

1- تمييز التحكيم عن القضاء

القضاء أحد السلطات العامة في الدولة، فهو مرفق عمومي يقدم خدمة عمومية تتعلق بضمان حق الأشخاص في التقاضي، فهو حق من الحقوق الرئيسية المكفولة دستوريًا، وبشكل عام يتفق التحكيم التجاري الدولي مع القضاء في الهدف، حيث إن كلاً منهم له طريق قانوني يسعى لتسوية النزاعات بين أطراف علاقة قانونية ووضع حد لها؛ لكن على الرغم من هذا فإنهم يختلفان في مجموعة من النقاط كما يلي:

- الأصل أن الجهات القضائية تقوم بالفصل في المنازعات، لكن نستثني من ذلك إمكانية عرض الأطراف لقضاياهم على محكمين لتسويتها وفق مجموعة من الإجراءات يرونها سهلة وبسيطة وتتميز بالسرعة.
- إرادة أطراف النزاع أساس اللجوء إلى التحكيم سواء وردت هذه الإرادة في شرط تحكيمي أو في مشارطة التحكيم، لكن اللجوء للقضاء حق عام لا يتطلب اتفاق أطراف النزاع عليه.
- كل من له حق يدعيه لدى الطرف الآخر، يجب أن يلجأ للقضاء بطلب الحماية القضائية لحقه الذي ينازعه فيه الآخر؛ وذلك دون الحاجة إلى الاستناد إلى نص خاص.
- قضاء الدولة هو سلطة من السلطات العامة في الدولة، والقاضي هو موظف عام له ولاية قضائية مستمرة، ويقوم بإصدار أحكام قضائية، ويتقاضى أجره من الدولة؛ أما التحكيم التجاري الدولي فهو نظام خاص ينشا بموجب اتفاق الأطراف ويعد نظام إجرائي مؤقت قاصر على نزاع بموجب اتفاق الأطراف، وتنتهي مهمته بصدور الحكم الذي ينهي الخصومة ويتلقى مقابل من الدولة. (لامين، 2021) أما التحكيم فهو نظام خاص ينشأ نتيجة لاتفاق الأطراف ويعد نظام إجرائي مؤقت قاصر على نزاع بموجب اتفاق الأطراف، وتنتهي مهمته بصدور الحكم المنهي

للخصومة ويتلقى مقابل لأتعابه من الخصوم؛ بينما القضاء وسيلة دائمة تختص بالنظر في عدد غير محدود من النزاعات وهي بمثابة محكمة قائمة قبل نشوب النزاع ولا يتدخل أطراف النزاع في تشكيلها.

2-الفرق بين التحكيم والصلح

إن الصلح عبارة عن عقد يتم بين أطراف النزاع فيقومون بمقتضاه بحسم خلافاتهم بتنازل كل منهم عن بعض ما يتمسك به، في حين أن التحكيم هو الالتزام بعدم طرح النزاع على المحكمة المُختصة واختيار مُحكّم للفصل بينهما، ويُعدّ التحكيم أشد خطورة لأنه لا يمكن التنبؤ بما قد يحكم به المُحكّم.

ويتشابه كل من التحكيم والصُلح فيتبين في أن كليهما يجد أصله في اتفاق يعبر عن رغبة أطرافه في حل النزاع بعيدًا عن قضاء الدولة وأن كلا منهما يؤدي دوره بمناسبة وجود منازعة وقت أو ستنشأ في المستقبل، وتشابهما أيضًا في أنه ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم ويشترط أن يكون أطراف كلا منهما أهلًا للتصرف في الحقوق المتنازع عليها، ويكونان بديلين عن القضاء العام صاحب الاختصاص في أمر معين، علاوة على أن كلا التحكيم والصلح يصنف ضمن الطرق البديلة لحل المنازعات، ويرتكزان على توافق إرادة الأطراف، فإذا انعدمت هذه الإرادة فلا تحكيم ولا صلح، ويشتركان كلاهما في وجود عقد بين الأطراف؛ فالتحكيم بصورتيه سواء كان شرطًا أو اتفاقًا فلابد أن يستند إلى عقد، وكذلك الصلح عقد بنص القانون، بالإضافة إلى أن وجود كلاً من الصلح والتحكيم يعني عدم جواز عرض النزاع على القضاء. (جاويد، 2014)

يختلف الصلح عن التحكيم؛ فالصُلح هو ثمرة تفاوض مباشر بين الطرفين بينما يقف دورهم في التحكيم عند إعطاء المُحكّم سلطة حسم النزاع بحكم ويُترك الباقي للمُحكّم،

ويقوم الصُلح على تقديم تنازلات عن جزء من الحق مقابل الجزء الذي يتنازل عنه الطرف الآخر، في حين أن الخصوم في التحكيم لا يُقدمون مثل هذا التنازل وإنما يُفوّضون المُحكّم في فض النزاع بما يراه عادلًا، فالتحكيم يقضي المُحكّم بكل طلبات أحد الأطراف دون الطرف الآخر، كما أن الصُلح يظل مجرد اتفاق بين الخصوم ولا ينفذ إلّا إذا صدر به حكم قضائي، ويجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للعقود، أما التحكيم فينتهي بحسم الحكم للنزاع ويكون قابلًا للتنفيذ بعد الأمر بالتنفيذ. (جاويد، 2014)

واتصالًا بما سبق فإن اتفاق التحكيم يقيد الأطراف فلا يملك أياً منهم الرجوع، أما اتفاقهما على مبدأ الصلح فلا يكون ملزماً لهما؛ إذ يملك كلاً منهما الحق في اللجوء إلى القضاء أو التحكيم لحل النزاع رغم وجود اتفاق صلح، كما يقبل حكم التحكيم الطعن فيه بطرق الطعن التي يذكرها القانون، ويكون قابلاً للتنفيذ بطريقة مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه، بينما عقد الصلح؛ فلا يقبل الطعن فيه بالطرق المقررة بالنسبة للأحكام، وإنما يكون قابلاً للبطلان أو الفسخ بحسب القواعد المذكورة في القانون المدني؛ ويكون غير قابل للتنفيذ في ذاته إلا إذا ورد في عقد رسمي وقر به الخصوم أمام المحكمة؛ وتم إثبات ذلك الإقرار في مُحضر الجلسة. (لامين، 2021)

إن عقد الصلح لا يكون قابلاً للتنفيذ في ذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة التي يكون النزاع مطروح عليها قبل التوصل إلى الصلح، بينما في التحكيم يكون الحكم قابلاً للتنفيذ الجبري بعد الحصول على الأمر بتنفيذه وذلك طبقاً للقواعد العامة.

تسوية النزاع عن طريق الصلح يتم التنازل فيها من كل طرف من الأطراف المتنازعة عن كل أو بعض ما يتمسكون به، أما التحكيم فيقتصر على أنه وسيلة لحل النزاع فحسب، دون أن يتضمن تنازل من الخصوم عن جزء من الحق موضع النزاع.

3-الفرق بين التحكيم والوساطة

الوساطة من أهم الوسائل الودية من وسائل تسوية النزاعات وتظهر بشكل كبير في المعاملات التجارية الدولية، وحتى في حالة اللجوء إلى التحكيم نجد أن الأطراف يتفقوا عادة على اللجوء إلى الوساطة لكي تكون كأجراء تمهيدي قبل أن يتم عرض النزاع على التحكيم.

يكمن الهدف من الوساطة في حل النزاعات بين الأفراد بشكل أسرع وبشكل يغني عن إجراءات التقاضي، ويكون بواسطة شخص طبيعي أو جمعية، وللموفق أو الوسيط حق تقديم المقترحات الكفيلة بحل يرتضيه جميع الأطراف؛ وقد يتم اختيار الموفق أو الموفقين بإرادة الطرفين أو يكون عن طريق أي جهة قضائية أو تحكيمية طلب منها هؤلاء الأطراف كذلك. (لامين، 2021)

يجمع التحكيم والوساطة أن كليهما يصنف ضمن الطرق البديلة لحل النزاعات ويكون مصدرها اتفاق الأطراف في حل النزاع بعيداً عن القضاء وذلك بواسطة محكم أو وسيط. بينما يختلف التحكيم عن الوساطة، في أن الوساطة تتميز بالطابع القضائي، حيث تكون مهمة الوسيط هي تقريب وجهات النظر دون أن يتمتع بأي سلطة، في حين تعد مهمة المحكم قضائية تهدف إلى إصدار حكم منهي للنزاع، ويترب على الاتفاق على التحكيم منع عرض النزاع على القضاء الوطني أما في التوفيق؛ فيحق لأي من الأطراف اللجوء إلى القضاء على الرغم من إبرامهما. (لامين، 2021).

4. التمييز بين التحكيم والخبرة:

يتشابه التحكيم مع الخبرة في أنهما يقتضيان الاستعانة بأشخاص آخرين لإبداء رأيهم في موضوع النزاع.

إلاّ أنهما يختلفان عن بعضهما في أن المحكم يقوم بمهمة القاضي، واستنادًا إلى ذلك فهو يصدر حكما حاسمًا للنزاع المعروض، ويكون حكمه ملزِمًا للأطراف؛ لأن الخصوم أعطوه مهمة الفصل في النزاع الناشئ بينهم برضاهم، كما يختلفان أيضا في أن المحكم مقيَّد بالإجراءات والمواعيد الواردة في باب التحكيم.

أما مهمة الخبير فتقتصر على مجرد إبداء الرأي فيما يعرض عليه، ولا يكون رأيه ملزِمًا لأيّ شخص كان، كما أنه عند كتابته لتقريره لا يتقيد إلا بالإجراءات والمواعيد المقررة في قانون الإثبات والخاصة بالخبرة.

كما أن المحكم لا يؤدي يمينًا؛ لأن ثقة الخصوم به هي التي أدَّت إلى اختياره، أما الخبير فإنه يؤدي يمينًا أمام القضاء بمقتضى قانون الخبراء، وقانون الإثبات.

هذا، وقد يلتبس التحكيم في بعض الأحيان بالخبرة، فيصعب تحديد ما إذا كانت مهمة الشخص هي تحكيم أم خبرة، والعبرة في هذه الحالة هي الأخذ بالمعنى الحقيقي للألفاظ، وليس بالمعنى الظاهر لها، فإذا اتفق الأطراف على أن يقوم شخص بتقدير قيمة الأضرار أو الخسائر في حادثة معينة، فهنا نكون أمام خبرة، وليس تحكيمًا، ولو سماه الأطراف تحكيمًا، أما إذا اتفق الأطراف على الأخذ بحكم شخص معين بشأن النزاع بينهم، فهنا نكون أمام تحكيم، وليس خبرة، ولو سمَّاه الأطراف خبرة.

5. التمييز بين التحكيم والوكالة:

يتشابه التحكيم مع الوكالة في أن الخصوم في كلا العقدين يفوضون أشخاصًا آخرين ليقوموا مقامهم في تصرف جائز معلوم.

إلا أنهما يختلفان في أن المحكم يختاره الطرفان بالاتفاق ليفصل في النزاع بينهم، أما الوكيل فينوب عن طرف واحد فقط، كما يختلفان في أن المحكم مستقل تمامًا عن الخصوم، ولا يجوز له التنحي عن مهمته بعد القبول إلا بعذر مشروع، ويكتسب المحكم صفة القاضي بمجرد اتفاق الأطراف عليه، ولا يجوز للأطراف التدخل في المهمة المعهودة إليه، كما لا يجوز عزله إلا باتفاقهم، ولا يجوز ردّه أو تنحيه إلا للأسباب نفسها التي يرد بها القاضي، كما أن قرارات المحكم ملزمة للأطراف.

أما الوكيل فهو يستمد سلطاته من الموكل، ويجوز له إعتزال الوكالة في أي وقت شاء بشرط ألا يكون ذلك بقصد الإضرار بالموكل، كما يملك الموكل عزل الوكيل في أي وقت شاء بشرط عدم التعسف في ذلك، ولا يسري في حق الموكل ما هو خارج عن حدود الوكالة، فإذا قام الوكيل بأيّ عمل خارج الوكالة عُدَّ هذا العمل غير مشروع، ولا يسري في حق الموكل إلا إذا أجازه هذا الأخير.

6. التمييز بين التحكيم والتوفيق:

التوفيق هو "إجراء مهمته تسهيل حل الخلافات حلا وديًّا قبل أن تبلغ مستوى النزاعات القضائية".

ويتشابه التحكيم مع التوفيق في أنهما يستلزمان تدخل أشخاص آخرين لحل النزاع القائم بين الأطراف، ففي كلا النظامين يتفق الأطراف على فضّ نزاعاتهم بالتراضي عن طريق تفويض أشخاص آخرين بهذه المهمة.

إلا أنهما يختلفان في أن التوفيق يهدف إلى التوصل إلى موافقة أطراف النزاع على اتفاق معين عن طريق التعاون الاختياري بينهم، في حين يهدف التحكيم إلى فض نزاعات الأطراف بوساطة محكمين يختارون لهذا الغرض باتفاق الأطراف.

كما يختلفان في أن مهمة لجنة التوفيق تقف عند حد عرض الحلول والإقتراحات، وهذه ليست لها صفة الإلزام، في حين أن مهمة المحكم كمهمة القاضي، ولقراره صفة الإلزام كالحكم القضائي.

ويختلفان أيضا في أن إجراءات التوفيق أبسط بكثير من إجراءات التحكيم، وأن لجنة التوفيق لا تلتزم بتطبيق قانون معين.

7-الفرق بين التحكيم والفتوى:

التحكيم والإفتاء يتفقان في أنهما يمثلان إخبارًا عن حكم شرعي في واقعة معينة، لكنهما يختلفان في عدة جوانب، منها:

- العموم والخصوص: بين التحكيم والفتوى عموم وخصوص مطلق؛ فكل مسألة تُعالج في التحكيم يمكن أن تُفتى فيها، ولكن ليس كل ما يُفتى فيه يمكن أن يكون موضوعًا للتحكيم
- وجود النزاع: التحكيم يستلزم وجود نزاع بين طرفين يرغبان في حله، بينما الفتوى قد تُطلب من شخص يريد معرفة الحكم الشرعي ليعمل به في حياته الخاصة، دون وجود نزاع.
- النطاق: التحكيم يقتصر على مسائل معينة، غالبًا تلك التي يوجد فيها خلاف بين الفقهاء أو تتعلق بنزاعات تجارية أو مالية محددة، بينما الإفتاء يشمل جميع مسائل الأحكام الشرعية.
- الإلزام: حكم التحكيم يكون ملزمًا لأطراف النزاع الذين ارتضوا به، بينما الفتوى غير ملزمة للشخص المستفتي، الذي يملك حرية اتباع الفتوى أو عدم الالتزام بها. (عبيد الله، 2023)

سمات التحكيم التجاري

يتسم التحكيم التجاري بعدة خصائص تميزه عن غيره من الوسائل الأخرى منها الآتي:

أ–يعتبر اتفاق التحكيم عقد ملزم للطرفين؛ حيث يوّكل على عاتق الأطراف المتنازعة

وتتمثل في عدم اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع المُتفق عليه وبالتالي يوجد التزام على كل منهما لطرح النزاع على هيئة التحكيم والالتزام بالحكم الصادر عنها.

ب–إن شرط التحكيم هو شرط مُسمّى يُطبق على اتفاق التحكيم القواعد الموجودة في قانون التحكيم ثم القواعد الموجودة في التنظيم العام للعقود في القانون المدني إذا لم يوجد في القانون الخاص بالتحكيم في معظم دول العالم وذلك بسبب شيوعه في العمل ولأن المُشرّع نظّمه بقواعد خاصة.

ت–شرط التحكيم هو عقد مشروع للأفراد نظرًا لأنه يلعب دورًا مهما في العلاقات الدولية وغير مخالفا للنظام العام.

ث–اتفاق التحكيم عقد شكلي لا يثبت صحتها إلا بالكتابة وبدون هذا الشرط يبطّل الاتفاق وذلك على الرغم أن اتفاق التحكيم يُعبر عن الإرادة الحرة للأفراد.

ج–يعتبر اتفاق التحكيم عقد محدد يُرتب الاتفاق التزامات مؤكدة على أطراف النزاع ويجب الانتهاء منه خلال فترة يتم الاتفاق عليها.

ح–اتفاق التحكيم عقد احتمالي حيث لا يعرف أحد المتعاقدين مقدار الأداء الذي يمارسه أو يأخذه نظرًا لوجود عنصر احتمالي فيه لأن النزاعات التي ينصبُّ عليها التحكيم هي منازعات محتملة وغير محددة فهي لم تنشأ بعد. (حيواني 2016)

مزايا التحكيم التجاري:

1-سرعة حسم خصومات

إن التحكيم يتم عادةً بدون تقيد بإجراءات التقاضي مما يجعله أسرع في حسم الخصومات كما أنه يتم غالبًا على درجة تقاضي واحدة ومن ثَم فإن التحكيم يتسم بالسرعة المطلوبة وبرجع ذلك إلى أن المحكمين يكونون عادةً متفرغين للفصل في الخصومة أكثر من القضاة الذين تفرض عليهم طبيعة عملهم القيام بالفصل في النزاع بشكل يومي ومتكرر. حيث إن المحكم ملتزم بالفصل في النزاع المعروض عليه في زمن معين يحدده أطراف الخصومة كأصل عام، وإلا فالنظام يحدده.

2-السرية

تعتبر العلنية مبدأ من مبادئ التقاضي في الدولة وتعد من ضمانات العدالة؛ إلا أنها تنعكس في التحكيم وتصبح من مزاياه حيث إن العلنية في التقاضي هدفها إذاعة أسرار الخصوم وخاصة إذا كانوا من التجار وعملهم يتطلب عدم إذاعة أسرار أعمالهم التجارية كالصناعة الابتكار، العقود، والاتفاقيات التي يحرص التجار غالبًا على إبقائها سرًا. (علي ،2015)

3- توافر الخبرة والتخصص في المحكم مما يوفر وقتًا للخصوم:

قد يكون الفصل في النزاع يحتاج إلى خبرة فنية معينة لا تتوفر لدى المحاكم؛ وعليه، فيكون عرض النزاع على محكم يتمتع بهذا الخبرة يوفر الوقت للخصوم؛ لأن المُحكَّمة إذا عرض عليها مثل هذا النزاع تحتاج إلى ندب خبير مما يطيل نظر النزاع، والطابع الفني للتحكيم وتوافره في المُحكَّم يؤدي في النهاية إلى تفهمه طبيعة النزاع، وموضوعه، ويجد الوقت الكافي لحله.

4. أن التحكيم أقدر على إزالة آثار الخصومة من نفوس أطراف النزاع، فهو يحقق عنصر المحافظة على العلاقة بين الخصوم؛ لأن الخصم يشارك في اختيار المُحكَّم، ويرضى به، ويكون محلَّ ثقته، مما يكون له أثر في إزالة آثار الخصومة.

5. أن التحكيم معين لمرفق القضاء بتخفيف العبْء المُلقَى على عاتقه، مما يجعل القضاة أكثر تهيؤًا لما يعرض عليهم من نزاعات، كما يقلل من نفقات الدولة العامة على القضاء.

6- يتميز التحكيم بالبساطة والسهولة، فالرسمية والشكل الذي يتميز بها القضاء لا محل لها في التحكيم لأنه يتميز بإجراءاته البسيطة البعيدة عن الرسمية، والتعقيد. لأنه لا يتقيد بشكليات معينة كالمواعيد والتبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها والاتصال بأطراف النزاع؛ فالتحكيم يتجاوز هذ الإجراءات كلهاء فهو يرمي إلى تحقيق العدالة المُرضية للطرفين بأسرع الطرق. (علي ،2015)

7- بدأ يظهر في الأونة الأخيرة إبرام العقود والصفقات عبر شبكات الإنترنت، والتي تصل إلى مبالغ تقدَّر بالمليارات، ولا شك أن أنسب وسيلة لحل المنازعات التي تنشأ عن هذه المعاملات هي التحكيم، حيث يصعب تصور هذه المنازعات أمام القضاء لعدم وجود أوراق تثبت العقود المبرمة، بل تتمُّ على شاشة الحاسب الآلي.

8. التحكيم أداة تشجيع للتجارة الدولية: يعتبر التحكيم أداة تشجيع للتجارة على المستوى الوطنى، وعلى المستوى الدولى، فهو يمثل أداة للثقة والطمأنينة فى مجال المعاملات الدولية، ويشجع التجارة بين الدول، باعتباره عنصرَ أمانٍ للاستثمار الأجنبي، فهو يطمئن الأجنبى من مخاوف اللجوء إلى القضاء الوطنى، وتطبيق القانون الوطنى، وطول الإجراءات، واعتقاده فى انحياز القاضى الوطنى إلى مواطنيه أطراف النزاع، كما يتلافى عدم معرفة المستثمر الأجنبي، والمصدر الأجنبي بالقوانين الوطنية.

9-قلة التكاليف

علاوة على المميزات السابقة يعتبر التحكيم قليل التكلفة مقارنة بالقضاء العادي فهو لا يتطلب رسومًا أو أتعابًا كتلك التي تدفع عند التقاضي أمام القضاء الرسمي.

إشكاليات تواجه التحكيم

أ-سوء استخدام التحكيم

يعتبر التحكيم أداة غير جيدة بالنسبة إلى الدول النامية إذا يتم استغلاله لصالح الدول المتقدمة خصوصًا في مسائل الاستثمارات فتستغل هذه الدول التحكيم وفرض الكثير من الشروط المجحفة لصالح الطرف القوي وفرض القوانين التي تراها هي مناسبة وتساهم فيها بقية الدول المتقدمة.

ب-عدم تنفيذ حكم التحكيم

إن مسألة تنفيذ حكم التحكيم غالبًا ما تواجه صعوبة؛ لأن الطرف الذي صدر الحكم لصالحه يعنيه تنفيذ الحكم أكثر من الحكم نفسه؛ فلا يكون أمامه سوى اللجوء إلى القضاء لتنفيذ الحكم؛ وإذا لم تتوافر الشروط القانونية لتنفيذ حكم التحكيم تبطل قيمته. (جاويد، 2014)

ج-أن التحكيم قد لا تتوافر فيه رقابة كافية تتابع وتدقق أحكام المحكمين في مستوى المتاح في القضاء، وهذا يؤدي إلى احتمال حدوث بعض الانحرافات التي ربما يصعب كشفها وترتيب الجزاء عليها، وخاصة في بداية التحكيم قبل أن تترسخ معالمه في البلد، وينتشر اللجوء إليه، وتكون له الإدارات المستقلة، والمراكز المهتمة بسلامة تنفيذه.

د- أن القاضي أكثر ممارسة للعمل القضائي من المحكم، ومن ثم يخسر المتحاكمان هذه الخبرة الثمينة، وربما يقع بعض المحكمين في أخطاء إجرائية جسمية نتيجة قلة خبرتهم في ميدان القضاء والفصل في الخصومات، والمتضرر من ذلك هم أطراف النزاع.

هـ- أن التحكيم لو طُبِّقَ وفق نظامه الأصلي التام، فهو حكم نهائي، غير قابل للاستئناف، وهذه رغم أنها قد تكون ميزة في بعض الأحوال، لكنها تتضمن مخاطرة كبيرة في بعض القضايا المهمة، ويفوت على المتحاكمين الاعتراض، أو الاستئناف لتدارك بعض ما فات.

آثار اتفاق التحكيم:

أ- الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم

يلتزم أطراف النزاع بعرض نزاعهم على محكم أو محكمين تم اختيارهم للفصل في النزاع وهذا بدلًا من اللجوء إلى المحكمة المختصة بالفصل في النزاع وعلى هذا النحو فإن الأثر الإيجابي لا يطرح أي إشكالية، ولكن يصبح الأمر مختلفًا إذا طلب أحد الأطراف تفعيل التحكيم بينما يقوم الطرف الثاني بعرقلة هذا التوجه كأن ينسحب من مشارطة التحكيم أو يمتنع عن تعيين محكمة أو يغيب عن جلسات التحكيم أو يتسبب بأي شكل من الأشكال في عرقلة العملية التحكيمية. (عبد القادر، بدون تاريخ)

ب-الأثر السلبي لاتفاق التحكيم

هو يتمثل في عدم التزام أطراف التحكيم باللجوء إلى القضاء أي أنها تتمثل في سلب النزاع من سلطة أو آلية القضاء وحرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء العادي بشأن النزاع الذي وقع الاتفاق على حله من خلال التحكيم. (عبد القادر، بدون تاريخ)

ت– أثر الرقابة القضائية على حكم التنفيذ

أدى وجود أنظمة للتحكيم في كافة الدول والاتفاقيات الدولية، إلى نشأة منظومة للفصل في المنازعات التجارية، تقوم جنبًا إلى جنب مع المنظومة القضائية في الدولة، للفصل في كافة المنازعات، وتتحمل بالتالي عبء الفصل في المنازعات سعيًا إلى تسيير إجراءات التقاضي لاسيما في المنازعات التجارية لما تحتاجه من سرعة الفصل فيها. فهيئات التحكيم تختص بإصدار الأحكام فيما يسند إليها من منازعات بين الأفراد، أو بينهم وبين الدولة.

يعتبر موضوع دولية حكم التحكيم من الموضوعات التي حازت اهتمامًا كبيرًا من جانب الفقه والقضاء في مختلف الدول، وتكفلت هذه الدول في قوانينها ببيان ما يعتبر تحكيمًا دوليًا وما يعتبر تحكيمًا وطنيًا وذلك من خلال وضع معايير تسهل عملية التمييز بينهما، ومن أهم المعايير التي تحدد طبيعة حكم التحكيم إن كان دوليًا أو وطنيًا هي معيار موضوع النزاع أو الجنسية أو محل الإقامة وهذه المعايير تصلح أن تكون مع غيرها من المؤشرات لمعرفة ارتباط التحكيم ببلد ما أو التجارة الداخلية لأي دولة. (محمود، 2017)

مفهوم التجارة الدولية كشكل من العلاقات الاقتصادية

تعريف التجارة الدولية

تُعرَّف التجارة الدولية بأنها عملية انتقال السلع والخدمات بين الدول، وهي تخضع لعدد من السياسات والأنظمة التي تُنظم عبر الاتفاقيات بين الدول. بدأت أهمية التجارة الدولية تزداد منذ عقود، حيث تم تطوير العديد من النظريات لتفسيرها وتعد التجارة الدولية من أبرز المؤشرات لقياس تقدم أو تأخر الدولة، إذ أن الدولة التي تتفوق صادراتها على وارداتها تحقق فائضًا في ميزانها التجاري، بينما تواجه الدول التي تتجاوز وارداتها صادراتها عجزًا في الميزان التجاري. وبالتالي، يعتبر زيادة الصادرات مؤشرًا على نمو الدولة وازدهار النشاط التجاري فيها. ومن جهة أخرى، فإن الاعتماد الكبير على الواردات يعد مؤشرًا على ضعف الاقتصاد الوطني، مما يؤدي إلى زيادة الاقتراض والأعباء المالية، وبالتالي تدهور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية.

وتُعتبر التجارة الدولية أيضًا المعاملات التجارية التي تشمل انتقال السلع والخدمات ورؤوس الأموال بين أفراد وحكومات ومنظمات اقتصادية من دول مختلفة ويُنظر إليها كعمليات تبادل تجاري بين دولة ودول أخرى، تشمل السلع المادية، والخدمات، والنقود، والأيدي العاملة، كما يُعرفها البعض بأنها عملية تبادل للسلع والمنتجات والخدمات بين الدول بهدف تحقيق المنفعة المتبادلة بين الأطراف المشاركة. (عبد الغني، 2023)

وفي السياق ذاته فإن التجارة الخارجية هى العلاقات الدولية للسلع الإنتاجية والاستهلاكية والاستثمارات والخدمات والاستشارات في جميع فروعها وهى واحدة من مجالات الاقتصاد التي تتخصص في دراسة المعاملات الاقتصادية الدولية وحركة السلع والخدمات ورأس المال وحركة الأفراد والسياسات التجارية المطبقة من قبل كل

بلد كما أن التبادل التجاري هو حركة السلع والخدمات ورأس المال والاستثمار والأفراد في السوق الدولية وفقا للاتفاقيات والسياسات التجارية بين الدول. (العدوان، 2018)

أهمية التجارة الدولية:

1- تعتبر التجارة الدولية وخاصة الصادرات مركز قوة لأي دولة وذلك لأنها تحقق فائض في الميزان التجاري وتستطيع الدولة من خلال التجارة الخارجية أن تحصل على الكثير من السلع والخدمات وبأقل تكلفة ممكنة استنادا إلى مبدأ التخصص وتقسيم العمل وتؤدى التجارة الخارجية إلى زيادة الدخل القومي للدولة وتساعد في التنمية الاقتصادية وذلك من خلال استيراد السلع نصف مصنعة أو الآلات والمعدات التي تدخل في العملية الإنتاجية والتي تؤدى إلى زيادة إنتاج السلع والخدمات داخل الدولة، وبالتالي تحقق التنمية الاقتصادية المنشودة.

2- تعتبر مؤشر على قدرة الدولة الإنتاجية والتنافسية في السوق الدولية وتساعد على نقل التكنولوجيا الحديثة والتي تساهم في بناء اقتصاديات الدول النامية وتعزز التنمية الاقتصادية.

3- تقوم بالمساهمة في تحقيق التوازن في السوق الداخلية للدول ويحدث ذلك نتيجة للتوازن بين الكميات المطلوبة والمعروضة للسلع والخدمات.

4- تساعد على زيادة رفاهية الأفراد والارتقاء بالأذواق وإشباع حاجات الأفراد من السلع والخدمات.

5- تساعد على تعزيز البنية الأساسية الدفاعية للدول وذلك من خلال استيراد أفضل ما توصلت إليه العلوم والتكنولوجيا الحديثة.

6- تعمل على إقامة علاقات صداقة وتعاون بين مختلف الدول وإزالة الحواجز بينها. (عبد الغني، 2023)

عوامل قيام التجارة الدولية:

1- وفرة الموارد الطبيعية وتباين الظروف البيئية

بعض البلدان مثل دول الخليج العربي تتمتع بموارد طبيعية وفيرة كاحتياطات النفط الكبيرة، بينما تفتقر بلدان أخرى، مثل معظم دول أوروبا واليابان، إلى هذه الموارد لكنها تتميز بموارد أخرى، كالقوى البشرية المؤهلة القادرة على التصنيع وبالتالي، هناك دول تمتلك فائضًا من بعض الموارد، ودول أخرى تفتقر إليها بشدة؛ وبناءً على هذا التباين، تتجه الدول التي تفتقر إلى موارد معينة إلى شرائها من الدول الغنية بها، ما يؤدي إلى قيام علاقات تبادل اقتصادي يستفيد منها كلا الطرفين.

وبالعلاقة بين الموارد والمناخ فلقد أصبحت تأثيرات المناخ أقل حدة بفضل التقدم التكنولوجي؛ فالتقنيات الحديثة تمكنت من تذليل العقبات المناخية من خلال وسائل مثل الصوبات الزجاجية، التي تتيح الزراعة في درجات حرارة شديدة، سواء كانت مرتفعة أو منخفضة، ما سمح بإنتاج محاصيل كانت سابقاً محصورة في مواسم معينة طوال العام كما أحدثت الصناعة تحولات كبيرة في استهلاك الموارد الطبيعية والمنتجات الزراعية، حيث أصبح بالإمكان استبدال بعض المنتجات الطبيعية بأخرى صناعية. (عبد السلام، 2003).

2- وفرة الأيدي العاملة

بعض الدول تتميز بوفرة الأيدي العاملة بينما تعاني أخرى من ندرتها، وهذا التفاوت ينعكس بوضوح في مستويات الأجور والهجرة؛ على سبيل المثال تشهد مصر كثافة سكانية عالية، مما يخلق وفرة في الأيدي العاملة وانخفاضاً في مستويات الأجور بسبب العرض المرتفع للعمال مقارنة بالطلب. على النقيض، تعاني العديد من الدول العربية النفطية من نقص في الأيدي العاملة، لا سيما بعد ازدهار القطاعات الاقتصادية بسبب

اكتشاف النفط، مما أدى إلى ارتفاع الأجور والحاجة لجذب العمالة من الخارج؛ هذا الانتقال للعمالة من الدول ذات الوفرة إلى الدول ذات الندرة يحقق مكاسب للطرفين؛ حيث تنتقل العمالة من مناطق ذات أجور منخفضة إلى أخرى ذات أجور مرتفعة، وهو ما يخلق تأثيرات اقتصادية متباينة على كل من الدول المستقبلة والمرسلة للعمالة، كما تزداد الحاجة أحياناً إلى الأيدي العاملة الماهرة، خاصة في الصناعات التي تتطلب مهارات متخصصة قد لا تتوفر محلياً، ما يدفع الدول لاستقدام العمالة الماهرة من الخارج. (عبد السلام، 2003).

3- حجم رؤوس المال

يتطلب القيام باستثمارات جديدة أو التوسع في الاستثمارات القائمة توافر عدة عناصر أساسية، يأتي في مقدمتها رأس المال، الذي يعتبر أحد الموارد المكتسبة والمتكونة من تراكم نشاطات اقتصادية منتجة سابقة وقد تمكنت بعض الدول، خاصة الغربية عبر استغلالها للدول النامية واستفادتها من علاقات اقتصادية غير متوازنة مع مستعمرات الجنوب، من تجميع فوائض رأسمالية ضخمة استثمرتها في تطوير اقتصاداتها وتعزيز صناعاتها ويترتب على هذا التدفق آثار متعددة تختلف حسب نوع رأس المال الوارد؛ فإذا كان الاستثمار أجنبياً مباشراً، فإن الآثار تتنوع بين نقل التكنولوجيا، توفير فرص عمل، ودعم الاقتصاد المحلي، بينما يمكن للاستثمارات غير المباشرة أن تؤثر في استقرار السوق المالي المحلي، مما يعزز الحاجة لإدارة التدفقات الرأسمالية بطرق تحقق مصالح الأطراف المعنية وتدعم التنمية المستدامة في الدول المستضيفة. (عبد السلام، 2003).

4- تفاوت مستوى الأسعار

في سياق قوانين العرض والطلب على الصعيد الدولي، إن المستهلك يسعى للحصول على السلع بسعر منخفض، بينما يسعى المنتج لتحقيق أعلى سعر يضمن له ربحاً أكبر وبما أن تفاوت وفرة وندرة عناصر الإنتاج، سواء الطبيعية أو المكتسبة، واقع ملموس، يؤدي هذا الاختلاف إلى تباين تكاليف الإنتاج والأسعار بين الدول، ومن هنا تنشأ الحاجة للتجارة الدولية.

5- تكلفة النقل والمواصلات

العديد من السلع، خاصة المواد الخام مثل المنتجات المعدنية والبترولية ومشتقاتها، تتطلب تكاليف نقل مرتفعة، ولذلك غالباً ما تُقام المصانع بالقرب من مواقع الإنتاج لتقليل النفقات؛ مما يتيح تصدير المنتجات بشكل شبه نهائي أو نهائي. كذلك، يؤثر ارتفاع أو انخفاض تكاليف النقل على قدرة دولة ما في الانخراط في التجارة والاستثمارات الدولية، إضافة لذلك تؤثر تكاليف النقل داخل الدولة على جاذبيتها للاستثمارات الأجنبية، حيث تصبح الدول ذات تكاليف النقل المنخفضة أكثر جذباً للشركات الأجنبية، مما يساهم في تعزيز صادراتها . (عبد السلام، 2003).

الاستثمارات كنمط للعلاقات الاقتصادية

ماهية الاستثمار

(الصادق، 2016)

يمكن تعريف الاستثمار على أنه عملية اقتصادية مدروسة يقوم بها شخص طبيعي أو معنوي، حيث يتم توجيه الأصول المادية أو المالية أو البشرية أو المعلوماتية لتحقيق عوائد اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية أو علمية في المستقبل، يتسم الاستثمار بتدفقات

مستمرة تهدف إلى تحقيق قيم تتجاوز القيم الحالية للأصول الرأسمالية، في ظروف تتسم بأقصى درجات الأمان مع قبول هامش من المخاطر.

أما من الناحية اللغوية، فالكلمة "عقد" تعني الربط أو الوصل، حيث يأتي المعنى من ربط شيء بآخر، كما يُقال "عقد الحبل بالحبل". وفي القوانين الرومانية، استخدمت كلمة "عقد" للدلالة على العهد، أما في مفهوم الاستثمار اللغوي، فهو طلب الحصول على "الثمرة"، أي العائد الذي يُتوقع الحصول عليه من شيء ما وفي الاقتصاد، يشير مفهوم الاستثمار إلى زيادة الثروة الاجتماعية من خلال إضافة قيمة جديدة إلى المجتمع.

أما عقود الاستثمار، فهى تلك التي تُبرم بين الدولة وأشخاص القانون الخاص، وتتناول الأنشطة التي تتماشى مع خطط التنمية الوطنية. وهي تمثل اتفاقيات بين الدولة أو هيئاتها وأفراد أو شركات خاصة، تهدف إلى تحقيق أهداف تنموية للبلاد. وقد تشمل هذه العقود التزامات بين الطرفين، حيث يلتزم المستثمر الأجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية لدعم المشاريع الوطنية في مقابل عوائد مالية أو عينية.

فيما يخص تعريفات عقود الاستثمار في سياق التحكيم، فهي تتنوع. فقد يُنظر إليها على أنها عقد بين شركة وطنية ومشروع أجنبي يعمل في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية، حيث تتطلب هذه العقود استثمارًا طويل الأمد واستغلالًا للموارد الطبيعية، مما يضمن إقامة مشاريع ضخمة ذات طابع دائم.

أطراف عقد الاستثمار

إن عقود الاستثمار كباقي العقود الأخرى تقوم على تقابل إرادتين بهدف إحداث أثر قانوني إلا أنها تميز عن بقية العقود الأخرى بعدم تساوي المراكز القانونية لأطرافها، وسبب ذلك أن أحد أطراف هذه العلاقة العقدية هو طرف سيادي يتمتع بعدة مزايا أفضليات في إطار القانون الداخلي والدولي وهذا الطرف يتمثل في الدولة المضيفة، يقابل ذلك أن الطرف الثاني في العلاقة العقدية هو شخص خاص أجنبي لا يتمتع بالسيادة ويعتبر الطرف الضيف في هذه العلاقة، حيث:

أ- الدولة المضيفة للاستثمار: من أجل تحقيق تنميتها الاقتصادية تقوم الدولة بإبرام العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجاتها الاقتصادية، وقد تقوم بإبرامها بطريقة مباشرة عن طريق ممثليها وهم مثلًا رئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء أما بطريقة غير مباشرة عن طريق إبرام هذه العقود من طرف إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة التابعة لها.

وفي السياق ذاته فإنه حسب نص المادة (4) من اتفاقية واشنطن المنشئة لمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في فقرتها الأولى تنص على أنه "يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقد أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديد أمام المركز". (الصادق، 2016)

ويجب هنا توضيح أن مفهوم الدولة كطرف في العقد يختلف عن مفهوم الدولة كطرف في العقد يختلف عن مفهوم الدولة كأحد أشخاص القانون الدولي العام، إذ يستبعد مفهوم أن الدولة هي مجموعة الأفراد التي تقيم بصفة دائمة على إقليم معين وتخضع لسلطة حاكمة ذات سيادة ويأخذ بمفهوم الدولة في القانون

الدولي الخاص المعاصر، والمتمثل في دخول الدولة في علاقات خاصة كما لو أنها أحد الأشخاص الخاصة وما يتبعه من تنازل الدولة عن حصانتها. (الصادق، 2016)

ب- المستثمر الأجنبي: بشكل عام اتفاقية واشنطن لم تقر أن يكون الطرف الثاني في التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار دولة أخرى متعاقدة أو غير متعاقدة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها، واشترطت أن يكون الطرف الثاني مستثمرًا أجنبيًا ينتمي إلى دولة أخرى طرف في الاتفاقية سواء كان شخصا طبيعياً أو اعتباريًا. (الصادق، 2016)

يستوي أن يكون هذا المستثمر أي المستثمر الأجنبي أن يكون إما شخصًا طبيعيًا أو معنويًا، وذلك حسب نص المادة (4) من اتفاقية واشنطن حيث جاء في فقرتها الأولى على أنه يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين الدولة متعاقدة واحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، وقد يكون المستثمر الأجنبي أي شخص طبيعي أو اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف دولة طرف النزاع وبالتالي حددت كمعيار لتحديد المستثمر الأجنبي. (الصادق، 2016)، وهناك نوعان من الأشخاص كالتالي:

- الشخص الطبيعي: إن المعيار المأخوذ به لتمييز المستثمرين الأجانب عن المستثمرين الوطنيين هو معيار الجنسية، والجنسية هي الرابطة القانونية والسياسية التي ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة، ومنه فإن صفة الأجنبية تلحق بالشخص المتعاقد مع الدولة إذا كان لا يتمتع بجنسيتها أما في حالة تعدد الجنسية، فإن القواعد العامة تقضي أنه لا يمكن اعتبار شخص أجنبي عن دولة معينة بسبب تمتعه بجنسية دولة أخرى. (الصادق، 2016)

إن قانون دولة الجنسية المدعى بها هو الذي يحدد ما إذا كان المستثمر يتمتع بجنسية هذه الدولة أولا وتكون للمحاكم سلطة الفصل في موضوع الجنسية في حالة إذا ما سكت القانون الوطني عن ذلك، وغالبًا ما تأخذ المحاكم في هذا بما أقرته محكمة العدل الدولية بأن الجنسية عبارة عن رابطة قانونية أساسها الصلة الواقعية بمجتمع معين أي أن المحاكم تأخذ بمعيار الصلة الفعلية للحكم يتمتع الشخص الطبيعي بجنسية دولة معين. (الصادق، 2016).

- الشخص الاعتباري: من الممكن أن يكون الطرف الثاني من عقد الاستثمار شخصًا اعتباريًا يكون عبارة عن شركة متعددة الجنسيات أو مشروعًا مشترك، إن الطبيعة الخاصة للشخص الاعتباري التي تميزه عن الشخص المعنوي تجعل من تحديد جنسية أي إذا ما كان يعتبر أجنبيًا أو وطنيًا بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار أمرًا صعبًا. (الصادق، 2016)

وقد نصت اتفاقية واشنطن على أنه يشترط في خضوع الشخص الاعتباري لاختصاص محكمة المركز فإنه يجب أن يتمتع بجنسية أي دولة عضو خلاف بجنسية الدولة الطرف في العقد أي أن الشخص الاعتباري لكي يعتبر أجنبيًا يجب ألا يتمتع بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار. (الصادق، 2016)

دوافع الاستثمار:

(عبد الله، 2008)

تعد فكرة الحماية القانونية والضمانات التي تتحقق أبرز الأسباب التي تجعل المستثمرين الأجانب يقررون مكان يستثمرون في البلدان النامية. وتتمثل هذه الحماية ضد المخاطر التي قد يتعرض لها المستثمرون في البلد المضيف، مثل عدم الاستقرار السياسي وخطر الحرب والممارسات التمييزية والتأميم وقيود التحويل والتحيز القضائي المحلي

ضد المستثمر؛ وقد أدى هذا الأمر إلى قيام البلدان النامية بتعديل قوانينها الوطنية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار بشكل كبير، وإبرام اتفاقات ثنائية تتعلق بتشجيع وحماية الاستثمار الثنائي، والانضمام إلى الاتفاقات الدولية المتعلقة بإنفاذ قرارات التحكيم الأجنبية والتحكيم في قضايا الاستثمار بين دولة ما ورعايا دولة أخرى.

وبما أن الضمانات المحلية للاستثمار غير كافية لتزويد المستثمرين بالقدر الكافي من الطمأنينة، فإن المخاوف من عدم كفاية هذه الضمانات والمخاوف من بسط سلطة الدولة هي من بين الأسباب التي تدفع إلى البحث عن ضمانات دولية لحماية الاستثمار الأجنبي، وذلك لتحقيق توازن يقوم على أساس تلبية مصالح الطرفين، وتشمل بعض العوامل الرئيسية التي تدرجها الدول النامية المضيفة في تشريعاتها لإشعار المستثمرين بالأمان التالي:

ـ الحوافز اللازمة لجذب الاستثمار الأجنبي في البيئة الاقتصادية العامة، بما في ذلك التنمية الاقتصادية، وحجم السوق، وتوافر المواد الخام، وتحقيق الاستقرار السياسي والمالي والاقتصادي مثلًا الاتفاقية المبرمة بين السودان والمغرب بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات.

ـ لا يجوز لأي من الطرفين الاعتراض في أي مرحلة من مراحل إجراءات التحكيم أو تنفيذ قرار التحكيم على أساس أن مستثمر الطرف الآخر في النزاع قد حصل على تعويض عن طريق التأمين لتغطية جزء من خسائره أو كلها.

–تستند هيئة التحكيم في قرارها إلى القانون الوطني للطرف المتعاقد، والقانون الوطني للطرف في النزاع الذي تم الاستثمار في إقليمه، وكذلك قواعد تنازع القوانين وأحكام هذه الاتفاقية وأي اتفاقات خاصة قد تكون أبرمت فيما يتعلق بالاستثمار ومبادئ القانون الدولي.

–يكون قرار التحكيم نهائياً وملزماً لكلا المتنازعين، ويلتزم كل طرف بإنفاذ قرار التحكيم وفقاً لقانونه الوطني.

وفيما يتعلق بالاتفاقية المبرمة بين السودان وسلطنة عمان، تنص المادة 10 المتعلقة بتسوية المنازعات بين المستثمرين والأطراف المتعاقدة على ما يلي: تسوى المنازعات الاستثمارية بين طرف متعاقد ورعايا أو شركات الطرف المتعاقد الآخر ودياً بين الطرفين.

أنواع الاستثمار

يعتبر الاستثمار الأجنبي أحد العوامل الأساسية التي تدخل في تطور المؤسسات، وكذلك الاقتصاد العام لأي مؤسسة أو دولة، إلا أن نوع هذه الاستثمارات وتختلف باختلاف المعيار الذي يستخدم في تصنيفها، ويتم توضيح أنواع الاستثمار الأجنبي من خلال ما يلي:

أ- الاستثمار الأجنبي المباشر:

هذا النوع من عقود الاستثمار الأجنبي هو عقد يتم بموجبه نقل رأس المال الأجنبي إلى البلد المضيف للاستثمار، مقترناً بعناصر التنظيم والإدارة، وينتج عنه إنشاء مشروعات مملوكة بالكامل للمستثمر الأجنبي ملكية وحصصاً يتحكم فيها ويديرها أو يشارك في هذه الإدارة ويعرفها صندوق النقد الدولي بأنها إتاحة منح الحقوق وفي تعريف آخر أيضًا له يعرفه بأنه عقد استثماري ينص على استمرار المصلحة في مشروع يعمل في إطار اقتصاد مختلف عن اقتصاد المستثمر، بهدف تخويل المستثمر حق المشاركة الفعالة في إدارة المشروع. (عبد العظيم، 2005)

هو إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجانب أو ملكية حصص لهم، بحيث تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات، أو تعطيهم حق المشاركة في

الإدارة، كما ويقوم المستثمرين الأجانب بهذا النوع من الاستثمار من خلال إيجاد فروع للشركات الأصلية أو شركات تابعة أو شركات مشتركة، وهناك من عرف الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه: "ذلك الاستثمار الذي يتم على شكل شركات أو مشروعات تؤسس في البلدان المضيفة للاستثمار، بناءً على اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، أو بموجب القوانين الوطنية للبلد المضيف، أو منظمة التجارة العالمية، وعليه فإن الاستثمار الأجنبي المباشر يكون عندما يمتلك مستثمر مقيم في دولة ما(بلده الأم) إنتاجًا في بلد آخر (البلد المضيف) بقصد إدارته. (داخل، 2020)

كما يعرّف بعض الاقتصاديين معنى الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه التملك الجزئي أو الكلي لاستثمار في مشروع معين من قبل مستثمر أجنبي، والمشاركة في إدارة المشروع مع المستثمر المحلي في حالة الاستثمار المشترك، والسيطرة الكاملة على الإدارة والتنظيم في حالة الملكية المطلقة للمشروع الاستثماري. (عبد العظيم، 2005)

وبالإضافة إلى ذلك هناك تعريف بمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية على أنه: "استثمار طويل الأجل يتضمن مصلحة دائمة وسيطرة من كيان مقيم في اقتصاد ما متمثلًا بالشركة المقر على مشروع مقام في اقتصاد آخر. أما صندوق النقد الدولي فقد اشترط لاعتبار الاستثمار الأجنبي بأنه مباشر حين يمتلك المستثمر 20 % أو أكثر من أسهم الشركة المساهمة، أو ما يساوي هذه النسبة في الشركة غير المساهمة. (داخل، 2020)، وينقسم الاستثمار الأجنبي المباشر إلى ثلاثة أقسام:

- الاستثمار الأجنبي المباشر الخاص: يظهر هذا النوع ضمن قطاع المنتجات الأولية بالدول النامية، وخصوصاً في قطاع استخراج المواد الأولية، وقد حقق هذا الاستثمار أرباحاً ضخمة نتيجة استنزاف الموارد الطبيعية للدول النامية بأقل الأثمان، وعلاوة على ذلك يُعد هذا النوع هو الأكثر تفضيلاً من قبل المستثمر

الأجنبي؛ وذلك لأنّ المستثمر الأجنبي يتمتع بكامل الحرية في الإدارة والتسويق، كما أن له الحق في إنشاء فروع للإنتاج والتسويق في أماكن أخرى، وهذا الشكل يضع الدول النامية أمام حيرة في الإقبال عليه؛ وذلك خوفًا من التبعية الاقتصادية الناتجة عن سيطرة الشركات الأجنبية على الأسواق المحلية والتي تقود إلى الاحتكار. (داخل، 2020)

- المشروعات المشتركة (الاستثمارات الثنائية): يقوم هذا النوع على أساس مشاركة الدول النامية للمستثمر الأجنبي في المشروعات الاقتصادية المقامة على أراضيها، أي أنه خليط من رأس المال المحلي ورأس المال الأجنبي، ويمتاز بكونه يقلل من الأعباء المالية التي يتحملها الاقتصاد الوطني بالقدر الذي يحصل عليه المستثمر المحلي نتيجة مشاركته في المشروع الاستثماري. (داخل، 2020).
- الشركات متعددة الجنسيات: لقد تعددت التعريفات التي تناولت مفهوم الشركات متعددة الجنسيات؛ ولعل من أبرز التعريفات أنها الشركة المتعددة الجنسيات هي شركة مقرها الرئيسي في الدولة الأم، ولها نشاطات اقتصادية متعددة في مجالات تجارية وصناعية ومالية، وعمليات موزعة على أكثر من دولة سواء عن طريق مشاريع خاصة أو شركات تابعة، وكثيرًا ما تندمج مع شركات من دول أخرى، وتلعب دورًا في التدفق العالمي للاستثمار الأجنبي المباشر في مجموعة كبيرة من البلدان. (داخل، 2020)

وفي حقيقة الأمر إن استخدام لفظة "الشركة متعددة الجنسيات" غير صحيح من الناحية القانونية؛ لأنه لا ينصرف إلى شركة واحدة، إنما هناك عدة شركات مستقلة قانونًا تعمل كل منها في دولة مختلفة، مما يعني اختلاف جنسية كل منها عن الأخرى، ولكن ارتباط هذه الشركات ببعضها بروابط قانونية واقتصادية جعلها

تشكل مجموعة شركات واحدة مما أطلق عليها اسم الشركة متعددة الجنسيات. (داخل، 2020)

ومن الملاحظ أن أهمية عقود الاستثمار المباشر بدأت تتزايد بعد الحرب العالمية الثانية، حيث أقبل المستثمرون على الاستثمار المباشر لعدة أسباب، ودعمته البلدان النامية، مما جعله أكثر أهمية من الاستثمار غير المباشر الذي كان هو السائد قبل ذلك الوقت. وذلك لأنه يعطي المستثمرين الأجانب الحق في إدارة وتوجيه المشاريع الاستثمارية بما يحقق مصالحهم الخاصة، بل ويمنحهم الحق في اختيار المشاريع التي يستثمرون أموالهم فيها من بين القطاعات التي تطرحها الدولة، واختيار الشركاء أو إقصاء الشركاء المحتملين في المشروع, وتفضيل هذا النوع من الاستثمار، وأيضاً لأن توظيف رأس المال في الاستثمار المباشر، خاصة في القطاع الإنتاجي، أكثر انتهازية، ولديه إمكانية تحقيق مكاسب أكبر على المدى الطويل، ولا يتأثر مباشرة بالتضخم النقدي، بل هو سلاح أكثر فعالية ضد التضخم من الاستثمار غير المباشر. وتكمن مزايا هذا النوع من الاستثمار بالنسبة للبلد المتلقي في استيراد رؤوس الأموال والخبرات الفنية والإدارية من الخارج، وهو لا يؤدي فقط إلى تنمية الاقتصاد الوطني وخلق فرص عمل جديدة من خلال استخدام الخبرات وأساليب الإنتاج الحديثة، بل إنه لا يفرض عبء ديون على الدولة في هذا الصدد. (محمد، 2010)

ب- الاستثمار الأجنبي غير المباشر

يتميز هذا النوع من الاستثمار بأن دور المستثمر الأجنبي يقتصر على مجرد توفير رأس المال لجهة معينة في البلد المضيف للقيام بالاستثمار، دون أن تكون له سيطرة أو إشراف على المشروع، وغالباً ما يكون في شكل قروض تقدمها جهات خاصة أو أفراد، أو أسهم دولية طويلة الأجل أو تأخذ شكل شراء سندات. (الأسعد، 2006)

يُقصد به الاستثمارات التي يحصل فيها المستثمر على عائد رأسمالي، دون أن تكون له السيطرة على المشروع، ولا تنتقل على أثر هذه الاستثمارات المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجيا الحديثة المرافقة لرأس المال، كما هو الحال في الاستثمار الأجنبي المباشر؛ وبناء على ذلك يمكن القول بأن مفهوم الاستثمار الأجنبي غير المباشر يتصل وبشكل خاص بالاستثمارات المالية شكل الاستثمار في محفظة الأوراق المالية، أي تلك الموجهة لشراء الأوراق المالية والتي تصدرها الهيئات العامة أو الخاصة في الدول النامية، والتي تشترط ألا يكون للأجانب حق إدارة المشروع أو اتخاذ القرارات أو الرقابة على تلك المشروعات المرتبطة باستثماراتها، في حين يكون لهم الحق في الحصول على عائد نظير مشاركتهم.

(داخل، 2020)

مفهوم الاستثمار الأجنبي غير المباشر يشمل الاستثمار في الأوراق المالية لذلك يصنف الاستثمار المالي الأجنبي ضمن الاستثمار الأجنبي غير مباشر، والذي يعرف بأنه توظيف الأموال التي تعود لمستثمرين أجانب في أسواق الأوراق المالية الموجودة في الدول التي تسمح تشريعاتها القانونية للمستثمرين الأجانب من الاستثمار في الأوراق المالية المتداولة في الأسواق المالية التي يسمح للمستثمر باقتنائها مالكاً لأصول ثابتة ومتداولة للشركات التي تعود لها هذه الأسهم؛ الأمر الذي يمنحه الحق في البيع كلما أصبحت أسعار الأسهم التي اقتناها مرتفعة قياساً بسعر الشراء في حال إذا كان هذا المستثمر من النوع الذي لا يحتفظ بملكية الأسهم. (داخل، 2020)

أما النوع الثاني من الأوراق المالية، والتي تتمثل بالسندات، والتي يقصد بها وثائق مديونية يتم طرحها من قبل الشركات المساهمة التي تتداول أوراقها في الأسواق المالية، والتي تلجأ هذه الشركات الى طرح هذه السندات في السوق المالية طلبًا للتمويل للقيام

بالتوسعات الاستثمارية الناتجة عن تزايد الطلب على منتجاتها متى كانت غير قادرة على توفير المتطلبات المالية اللازمة لتمويل الاستثمار الجديد، إضافة إلى أن إدارة هذه الشركات وبحكم ملكيتها الخاصة لا ترغب بدوافع من المالكين بدخول مالكين جدد؛ لذلك تلجأ هذه الشركات الى تجنب طرح الأسهم الجديدة للتمويل، الأمر الذي قد يدفع المالكين أحيانًا الى أن يتنازلوا عن حقهم في الأرباح الواجبة توزيعها ليعاد استثمارها بهدف تفادي طرح أسهم جديدة والسماح بدخول مالكين جدد لما قد ينطوي على ذلك من تبعات غير مقبولة من قبل المالكين. (داخل، 2020)

وعامةً يمكن القول أن الاستثمار الأجنبي غير المباشر هو ذلك النوع من الاستثمار الذي يقتصر على انتقال الأموال النقدية، بحيث لا يترتب عن هذا الاستثمار إنشاء أو تملك شركات أو منشآت أو محال تجارية في دولة ما، وإنما يتم استثمار الأموال في منح القروض التي تعطي عائدات ثابتة في صورة فوائد أو في شراء أسهم في شركة ما أو المضاربة على شراء الأسهم أو السندات وغيرها من الأوراق المالية، ويكون لها صورتان الأولى تتمثل في شكل القروض المقدمة من قبل الأفراد أو الهيئات الخاصة أو الشركات الأجنبية، والثانية الاكتتاب في الأسهم والسندات التي تصدرها الدولة المضيفة للاستثمار أو هيئاتها. (داخل، 2020)

وبالتالي، فإن المعيار الذي يميز بين عقود الاستثمار المباشر وغير المباشر هو السيطرة على الاستثمار وإدارته. فالأول يتسم بإمكانية سيطرة المستثمر الأجنبي على الأصول الحقيقية وإدارتها وامتلاكها، في حين أن الثاني لا ينطوي على أي نوع من السيطرة أو الإدارة، فهو مجرد ظاهرة مالية، تنقل ملكية الموارد من جهة إلى أخرى وإذا كانت التفرقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الأجنبي غير المباشر تقوم على أساس أن الأول منتج بطبيعته ويضمن الاستغلال الأمثل للموارد، فإن

المستثمرين الأجانب لا يستثمرون في البلدان النامية إلا على أساس بحث علمي متعمق في الجدوى الاقتصادية للمشروع وكافة الخيارات الفنية المتاحة فهم لا يستثمرون أموالهم وخبراتهم في البلدان النامية، إلا على أساس بحث علمي متعمق في الجدوى الاقتصادية للمشروع، وما يتوفر لديهم من خبرات تنظيمية ومالية وفنية وإدارية وتسويقية تحتاجها البلدان النامية بشدة من أجل التنمية، فضلا عن المنافع الاجتماعية التي تفوق بكثير أي منافع خاصة تعود على المستثمر الأجنبي نفسه. وهو مفضل لدى البلدان النامية لأنه يؤدي إلى إنشاء أصول رأسمالية ذات دخل ثابت، على عكس الاستثمار غير المباشر الذي يفتقر إلى كل ذلك. (عبد العظيم، 2005)

منازعات الاستثمارات الدولية

(الأسعد، 2005)

أ–الخصوصية المستمدة من أطراف النزاع

أهم خصوصية من خصوصيات مجال منازعات الاستثمار ترجع إلى الطبيعة الخاصة لأطراف النزاع، فنوعية هذه الأطراف تتميز بعدم التساوي فأحدهما هو شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة، سواء في إطار القانون الداخلي أو في إطار القانون الدولي العام، أما الطرف الثاني فهو عادة شخص اعتباري أجنبي لا يتمتع على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية بأية سيادة أو ميزة، فكل منهما ينتمي إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر وبالتالي فإن هذه الأطراف تتمثل في كل من الدولة أو أحد الهيئات العامة التابعة لها من جهة، والمستثمر الأجنبي التابع لدولة أخرى من جهة ثانية، وسيتم توضيحها كما يلي:

1-الدولة أو أحد هيئاتها العامة كطرف في النزاع

إن ما يميز منازعات الاستثمار يتمثل في وجود الدولة أو أحد هيئاتها الاعتبارية العامة في هذه المنازعات مما يضفي على النزاع طابعًا خاصًا، فلم يعد يقتصر دور الدولة الحديثة على ما كان يسمى قديما بالدولة الحارسة وإنما تطور دور الدولة في الوقت الحاضر عما كان عليه قديمًا، حيث بدأت هذه الدولة ترتاد العديد من الأنشطة الخاصة وتتدخل في مختلف المجالات الاقتصادية، وقد ترتب على ذلك تطور وتغير في العديد من المبادئ والقواعد التي كانت تحكم وتنظم دور ونشاط الدولة في الماضي وتعد التجارة الدولية والاستثمار من أهم المجالات التي تدخلت فيها الدولة فهي في سبيل تحقيق تنميتها الاقتصادية تبرم العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية وهى قد تقوم بإبرام هذه العقود إما بطريقة مباشرة بواسطة قيام من يمثلها رئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء بإبرامها، أو بطريقة غير مباشرة تتمثل بقيام إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرامها وعليه فإن الدولة كطرف في منازعات الاستثمار هي الدولة بمفهومها المعروف في إطار القانون الدولي العام (الدولة ذات السيادة) وهى قد تتعاقد مع الطرف الأجنبي المستثمر إما بشكل مباشر بواسطة حكومتها، أو تلجأ إلى التعاقد معه بواسطة إحدى المؤسسات أو الأجهزة التابعة لها مع انص ارف الآثار المترتبة على التعاقد إليها، طالما أن هذه الأجهزة تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة دون أن يؤثر في ذلك تمتع أو عدم تمتع هذه الهيئات بالشخصية القانونية المستقلة. (الأسعد، 2005)

إن وجود الدولة أو أحد هيئاتها الاعتبارية العامة طرفًا في منازعات الاستثمار يضفي على هذا النوع من المنازعات طابعًا خاصًا يستلزم المعاجلة المتأنية حتى لا يفقد اللجوء

إلى القضاء الوطني فاعليته في هذا المجال وتنهار إحدى الضمانات الهامة التي يعول عليها المستثمر الأجنبي. (الجازي، 2002)

2-المستثمر الأجنبي كطرف في النزاع

لقد جاء في الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المنعقدة في 18 مارس 1965 بواشنطن في تعريفها للمستثمر الأجنبي وذلك في المادة 25 الفقرة 2 والتي تنص على: "يقصد بمواطن الدولة المتعاقدة الأخرى ما يأتي :

- أي شخص طبيعيي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع يوم اتفاق الأطراف بقبول بالتوفيق أو التحكيم لفض النزاع.
- أي شخص اعتباري حاصل على جنسية دولة متعاقدة غير طرف في النزاع في تاريخ موافقة الأطراف على تقديم طلب التوفيق أو التحكيم للنزاع وأي شخص اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة طرف في النزاع في هذا التاريخ والذي نتيجة لسياسة معاملة الأجانب اتفق الطرفان على معاملته كمواطن لدولة متعاقدة أخرى تحقيقًا لأغراض هذه الاتفاقية . (عبد العزيز، 2004)

ب-الخصوصية المستمدة من أسباب النزاع

تتميز منازعات الاستثمار بطبيعة خاصة ومعقدة نظرًا لعدم التكافؤ في المراكز القانونية لأطرافها وبالنظر لتداخل وامتزاج العناصر القانونية والاقتصادية فيها والتي ترتبط وتساهم بشكل دقيق في نشوء هذه المنازعات، فالمنازعات التي تنشأ عن الاستثمار ليست من نوع واحد ولا تستند إلى سبب واحد وإنما تتعدد الأسباب المنشئة لها فقد تكون بسبب الدولة المضيفة للاستثمار، أو بسبب المستثمر الأجنبي، حيث:

1-النزاع الناشئ بسب الدولة المضيفة للاستثمار

قد تقوم الدولة المضيفة للاستثمار أحيانًا باتخاذ إجراءات انفرادية من شأنها التسبب في قيام النزاع بينها وبين المستثمر الأجنبي، ويمكن القول أن هناك نوعين من هذه الإجراءات؛ حيث يتمثل النوع الأول في التعديل أو التغيير التشريعي الذي تقوم به الدولة المضيفة للاستثمار، فقد تقوم أحيانا بإحداث تغييرات في قوانينها وتشريعاتها سواءً على صعيد التشريعات الضريبية أو الجمركية أو التشريعات المتعلقة بالاستثمار، حيث يوليها المستثمر الأجنبي عناية خاصة والتي من شأنها أن تؤثر في حقوق هذا الأخير وتزيد من مخاوفه بحيث تساهم بدورها في زعزعة استقرار المشروع الاستثماري . (محمد، 2010)

أما النوع الثاني فيتمثل في استيلاء الدولة المضيفة على الاستثمارات الأجنبية وذلك أن الأمر لا يقتصر على إحداث تغييرات تشريعية فقط، بل يتعداه إلى قيام الدولة بما تملك من سلطة بالاستيلاء على المشروع الاستثماري دون تعويض بالإضافة إلى طرد المستثمر الأجنبي من أراضيها.

لا يمكن إسناد قيام منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي إلى قيام الدولة بانتهاك حقوق المستثمر الأجنبي أو خرق الالتزامات الملقاة على عاتقها تجاهه، بل قد تعود أسباب تلك المنازعات إلى المستثمر الأجنبي نفسه عن طريق خرقه للالتزامات التي يجب عليه القيام بها. (بوختالة، 2014)

وإذا كانت الالتزامات التي يجب على المستثمر الأجنبي التقيد بها تتمثل على سبيل المثال في وفائه بالحد الأدنى للهدف الذي أنشأ استثماره من أجل تحقيقه، والتزامه بتدريب العمالة الوطنية للدولة المضيفة لاستثماره ومدهم بأحدث التقنيات في القطاعات المنشأة فيها استثماراته وفي إعلام الدولة المضيفة لاستثمار بكافة الأمور والأحداث

المتعلقة بصورة مباشرة أو غير مباشرة باستثماره واطلاعها على جميع التطورات الدولية التي تؤثر على الاستثمارات، فإن عدم تقيده بهذه الالتزامات قد يدفع بالدولة المضيفة لاستثماره إلى القيام بإجراءات من شأنها حماية مصلحتها العامة ومصلحة مواطنيها من أي أضرار قد تؤثر سلبا عليهم وعلى الاقتصاد الوطني لها. (قاسم، 2008)

الفصل الرابع
المنهجية وتحليل النتائج

المنهج الوصفي

اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي الذي يقوم بوصف الظواهر؛ وينقسم المنهج الوصفي إلى طريقتين الأولى طريقة البحوث المسحية والأخرى طريقة دراسة الحالية، وهنا سيتم استخدام الطريقة الثانية من المنهج الوصفي وهى دراسة الحالة؛ حيث يعرف بأنه أسلوب من أساليب التحليل المرتكز على معلومات كافية عن ظاهرة أو موضوع محدد خلال فترة أو فترات زمنية معلومة، وذلك من أجل الحصول على نتائج علمية يتم تفسيرها بطريقة موضوعية.

يُستخدم هذا المنهج من أجل دراسة الأوضاع الراهنة للظواهر من حيث خصائصها وأشكالها، وعلاقاتها والعوامل المؤثرة في ذلك واستخراج الاستنتاجات ذات الدلالة أي أن المنهج الوصفي لا يقتصر على وصف ظاهرة معينة، وإنما يتعدى ذلك إلى اكتشاف الحقائق وآثارها، والعلاقات التي تتصل بها وتفسيرها والقوانين التي تحكمها.

ويساهم المنهج الوصفي في اتخاذ القرارات الصحيحة المتعلقة بالدراسة من خلال تقديم الإيضاحات والشروح الخاصة بها. يمكن عن طريق المنهج الوصفي أن تتم صياغة الآراء والخبرات لوضع الخطط والتصورات المستقبلية لمواجهة بعض الظواهر الخطيرة.

المنهج القانوني

يُعتبر منهج التحليل القانوني من أبرز المناهج البحثية في العلوم القانونية، حيث يقوم الباحث بتقسيم المشكلة القانونية إلى أجزاء محددة لتمكينه من تحليل كل جزء بشكل منفصل ويهدف هذا المنهج إلى الوصول إلى حلول فعّالة للمسائل القانونية المطروحة من خلال فهم كل قسم قانوني على حدة وتكمن أهميته في النقاط الآتية:

1. تحليل عميق للمسائل القانونية: من خلال تقسيم المشكلة إلى أجزاء تفصيلية، يساعد المنهج في تقديم حلول متكاملة تستند إلى تحليل شامل.
2. تحقيق الدقة والوضوح: تقسيم المشكلة يساعد في فهم كل جانب منها بعمق، مما يسهم في تحديد النقاط الرئيسية التي تحتاج إلى معالجة.
3. تيسير التقييم والمقارنة: يسمح المنهج بمقارنة الحلول المختلفة استنادًا إلى أدلة قانونية واضحة، مما يُساعد في اختيار الحل الأنسب.

أدوات جمع المعلومات

تُعرف أدوات الدراسة في البحث العلمي بأنها: "الطُّرق التي يتمُّ من خلالها جمع المعلومات والبيانات المتعلقة بالبحث، والتي تُساعد في دراسة وتحليل مُشكلة البحث، وبعد ذلك التوصل إلى النتائج".

يستخدم أكثر من طريقة أو أداة لجمع المعلومات لحل مشكلة الدراسة والإجابة عن أسئلتها أو فرضياتها، وتعتمد هذه الدراسة في أدواتها على تجميع البيانات من الكتب والدراسات السابقة والأبحاث العلمية ومواقع الإنترنت، بالإضافة إلى المجلات العلمية والمقالات المتعلقة بالموضوع محل البحث، علاوة على الاستعانة بالمصادر الثانوية The Secondary Source.

تحليل النتائج

التحكيم كوسيلة لفض نزاعات الاستثمار الدولي

إن توضيح حقوق المستثمرين والتزاماتهم ضمن تشريعات الدولة المضيفة واتفاقيات الاستثمار لا يحقق وحده الطمأنينة الكاملة للمستثمرين؛ بل يجب وجود آليات فعّالة لحماية هذه الحقوق عند الإخلال بها ولهذا السبب، يعتبر التحكيم وسيلةً مفضلةً لحل المنازعات الاستثمارية، حيث يوفر بيئةً أكثر حياديةً وسرعةً وخصوصية مقارنةً بالقضاء الوطني، مما يساعد في الحفاظ على سرية المعاملات وحماية سمعة المستثمرين. كذلك، يسهم التحكيم في تعزيز الثقة في بيئة الاستثمار في الدول النامية، التي تسعى لجذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية كوسيلة للنمو الاقتصادي.

من جهة أخرى، يرتبط نمو حجم الاستثمارات الأجنبية بمدى الحماية المقدمة للمستثمرين؛ ولضمان مناخ استثماري جاذب، تسعى الدول المضيفة لتوفير آليات تسوية عادلة للنزاعات التي قد تنشأ بسبب تغييرات سياسية أو تشريعية. ويُفضّل التحكيم كخيار بديل عن القضاء الوطني، حيث يخشى المستثمرون من انحياز المحاكم الوطنية لصالح الدولة المضيفة، وبهذا يوفر التحكيم ضمانةً إجرائيةً تُمكّن المستثمرين من الحصول على حقوقهم بفعالية وحيادية. (محمد، 2016)

نماذج لبعض المراكز الدولية لتسوية منازعات الاستثمارية (الكثيري، 2023):

ثمة العديد من المراكز الدولية المعنية بتسوية المنازعات الاستثمارية والتي تعتبر نماذجًا رائدة في التحكيم الدولي من أجل إرساء واستقرار المنازعات الاقتصادية الدولية ويعرضها الباحث في النقاط التالية الذكر:

1- محكمة لندن للتحكيم الدولي

تعدّ محكمة لندن للتحكيم الدولي من المؤسسات الرائدة في مجال التحكيم التجاري والاستثماري، إذ تتولى الفصل فيما يزيد عن سبعة آلاف نزاع سنويًا، وتتميز هذه المحكمة بدعمها للتحكيم كوسيلة أساسية لتسوية النزاعات، إلى جانب الوسائل البديلة الأخرى، وذلك من خلال مجالس منتشرة عالميًا وتضم المحكمة نخبة من خبراء التحكيم الدوليين، وتتم عمليات تعيين المحكمين وفقًا لقواعد وأنظمة المحكمة.

2- غرفة التجارة الدولية بباريس

تأسست غرفة التجارة الدولية بباريس في يونيو 1920 كمؤسسة دولية خاصة غير حكومية لا تتلقى معونات من الحكومات. تُعد اتحادًا اقتصاديًا عالميًا يضم غرف التجارة، واتحادات الصناعات، والمصارف، وقطاعات النقل البحري وتقدم الغرفة خدمات التحكيم والمصالحة، خاصة في منازعات التجارة والاستثمارات الدولية، وقد شهدت ارتفاعًا ملحوظًا في عدد النزاعات التي تعرض عليها، إذ تنظر سنويًا فيما يقارب الألف قضية وتتمثل إجراءات التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس في التالي:

- اتفاق الطرفين على إحالة النزاع للتحكيم في غرفة التجارة الدولية.
- أن يكون النزاع ذا طابع تجاري.
- أن يكون النزاع دوليًا، ويتحقق الطابع الدولي بوجود عنصر أجنبي مثل اختلاف جنسية الأطراف.

وقد قامت الغرفة بدور محوري في التحكيم الاستثماري وأرست مبادئ مهمة فيه، منها قضايا بارزة مثل نزاع الشركات الأمريكية والكندية واليونانية، وأيضًا قضية شركة "تارف" ضد الحكومة السودانية المتعلقة بإعادة توطين أهالي وادي حلفا

3. جمعية التحكيم الأمريكية(American Arbitration Association (AAA) :

جمعية التحكيم الأمريكية هي منظمة غير حكومية غير ربحية في مجال التحكيم ووسائل تسوية المنازعات البديلة، ويقع مركزها الرئيسي في مدينة نيويورك، وفي 35 مكتب إقليمي في المدن الأمريكية الكبرى، وتعد من أكبر منظمات التحكيم بالعالم بالنظر إلي عدد القضايا التي تشرف عليها، وقد أنشأت عام 1926م، بهدف تقديم الخدمات المتعلقة بتسوية المنازعات إلي مديري المشروعات والمحاميين والأفراد والشركات والجمعيات التجارية والنقابات والمستهلكين والمحليات، وتمسك الجمعية ملفاً بأسماء خمسة وخمسين الف محكم، منهم ثلاثة الف محكم للتحكيم الدولي.

4. لجنة الصين للتحكيم الاقتصادي والتجاري الدولي: كانت تُعرف سابقًا باسم لجنة التحكيم للتجارة الخارجية، وقد تم إنشاء CIETAC في أبريل 1956م في إطار المجلس الصيني لتعزيز التجارة الدولية (CCPIT) وفقًا للقرار المتعلق بإنشاء لجنة تحكيم التجارة الخارجية داخل المجلس الصيني لترويج التجارة الدولية المعتمد في 6 مايو 1954 في الدورة 215 لمجلس إدارة الحكومة، ويقع مركزها الرئيسي في بكين.

5. مركز التحكيم الدولي بسنغافورة Singapore International Arbitration Centre (SIAC):

هو منظمة تحكيم دولية غير هادفة للربح، مقرها سنغافورا، والتي تدير عمليات التحكيم بموجب قواعد التحكيم الخاصة بها وقواعد الأونسيترال UNCITRAL للتحكيم. تم تأسيسها في 1 يوليو 1991 ويقع في ماكسويل تشامبرز، كما تعد سنغافورة عضواً في اتفاقية نيويورك للتحكيم 1958 لتنفيذ اتفاقيات التحكيم الأجنبية؛ بما يجعل أحكام التحكيم الخاص بمركز سنغافورا نافذه في أكثر من 150 دولة حول العالم.

6ـ دور مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي:

تأسس مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي في ضوء توصية اللجنة القانونية الاستشارية للدول الآسيوية والأفريقية، التي تم إنشاؤها عام 1956 بمؤتمر باندونغ وتعمل من نيودلهي، وقد أُنشئ المركز بناءً على قرار صادر عن اللجنة في يناير 1978، ليعزز تسوية المنازعات التجارية الدولية والاستثمارية، وقدم مبادئ مهمة منها:

- حرية إنهاء العقد: يُمنح المتعاقد الذي يمتلك شرطًا لإنهاء العقد بقرار فردي دون حاجة للاحتجاج بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة.
- التزام بالعقد كشريعة للمتعاقدين: تطبق المادة 147 من القانون المدني المصري في التحكيم، ما يعني الالتزام الكامل ببنود العقد إلا في حالات اتفاق الطرفين أو لأسباب قانونية.

7. مركز دبي للتحكيم الدولي (Dubai International Arbitration Centre (DIAC):

يعتبر مركز دبي للتحكيم الدولي (DIAC) هيئة مستقلة دائمة غير ربحية تهدف إلى توفير خدمات التحكيم التجاري وتسوية النزاعات التجارية محليًا وإقليميًا ودوليًا، وتشمل الخدمات التي يقدمها المركز الإشراف على إجراءات التحكيم في النزاعات التجارية وتعيين المحكمين واختيار مكان التحكيم وتحديد أتعاب المحكمين والوسطاء.

8. دور المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار

نشأ هذا المجلس لتسوية النزاعات الاستثمارية بين الدول العربية ومواطني الدول المتعاقدة وفقًا لاتفاقية مجلس الوحدة الاقتصادية ويتمتع المجلس بوسائل للتوفيق والتحكيم، ويهدف لتعزيز الاستثمارات العربية، ويشترط لاختصاصه أن يكون النزاع قانونيًا ومتصلًا بالاستثمار إلى جانب اتفاق الأطراف كتابةً على اللجوء للمجلس.

9. دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)

أنشأ البنك الدولي اتفاقية واشنطن عام 1965، التي أسست المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى ويوفر المركز وسائل التحكيم والتوفيق لحل المنازعات الاستثمارية عبر لجان مستقلة، ويتطلب اختصاصه موافقة الأطراف كتابةً على اختصاص المركز وأن يكون النزاع بين دولة متعاقدة ومواطن من دولة أخرى متعاقدة وأن يكون النزاع قانونيًّا ومتعلقًا بالاستثمار. (الكثيري، 2023)

10. مركز التحكيم الدولي بفيينا Vienna International Arbitration Centre (VIAC):

يُمثل مركز التحكيم الدولي بفيينا واحد من أهم مراكز التحكيم في أوروبا، تم تأسيسه عام 1975 كقسم من الغرفة الاقتصادية الفيدرالية النمساوية، ويختص بالنزاعات التجارية الإقليمية والدولية.

11. المعهد الألماني للتحكيم(DIS) the German Institution for Arbitration :

ويقع في مدينة قولونية الألمانية، تأسس عام 1920 عند تأسيس لجنة التحكيم الألمانية (DAS) وفي 1992 بعد اندماج لجنة التحكيم الألمانية ومعهد التحكيم الألماني اتخذ شكله الحالي، حيث يختص بنظر النزاعات التجارية على المستوي المحلي والدولي، وتعد DIS هي أبرز هيئة تحكيم في ألمانيا.

12. مركز التحكيم التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الوايبو):

المنظمة العالمية للملكية الفكرية هي منظمة متخصصة تابعة للأمم المتحدة، ومقرها جنيف، وافقت الجمعية العامة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية على إنشاء مركز تحكم لديها في سبتمبر 1993، وبدأ هذا المركز في مباشرة عمله في أكتوبر 1994.

ويختص مركز التحكيم التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية بوظيفتين رئيسيتين مباشرة إجراءات التحكيم وإدارة الخدمات المختلفة المرتبطة بالوساطة والتحكيم في موضوع الملكية الفكرية.

واللجوء إلى المركز متاح لكل شخص طبيعي أو معنوي، وذلك دون اشتراط أن يكون ممن يحملون جنسية دولة عضو في تلك المنظمة أو من المقيمين على أرضها.

باب التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي:

تناول المشرع الكويتي في الباب الثاني عشر من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1980 التحكيم؛ حيث تناول الباب مفهوم التحكيم وأسس تنظيمه وشروطه في المواد ويوضح إطارًا قانونيًا لكيفية إجراء التحكيم وخصائص الأطراف المشاركة فيه والشروط الواجب توفرها في اتفاقيات التحكيم والمحكمين، ويتناول الباحث شرحه فيما يلي:

جاءت المادة 173 لتوضح العديد من النقاط والتي يمكن استعراضها فيما يلي ذكره:

1- تناول إمكانية الاتفاق على التحكيم؛ حيث أجازت الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما تتيح الاتفاق على التحكيم ليشمل جميع النزاعات التي قد تنشأ نتيجة لتنفيذ عقد معين وفي هذا الصدد أكّد القانون أن التحكيم لا يُعترف به قانونيًا إلا إذا كان الاتفاق مكتوبًا.

2- استعراض التقييد بنطاق الصلح؛ فالتحكيم محصور في المسائل التي يجوز فيها الصلح، ولا يحق التحكيم في مسائل لا يمكن تسويتها وديًا كما يشترط أن يكون المتحكم قادرًا على التصرف القانوني في الحقوق المرتبطة بالنزاع.

3- توضيح ضرورة تحديد موضوع النزاع؛ حيث يجب تحديد موضوع النزاع بشكل واضح في اتفاقية التحكيم أو أثناء المحاكمة، حتى لو تم تخويل المحكمين بالصُلح. وفي حال عدم تحديد الموضوع، يعتبر التحكيم باطلًا.

4- تقييد اختصاص المحاكم فبمجرد الاتفاق على التحكيم، تكون المحاكم غير مختصة بالنظر في النزاعات المحالة للتحكيم ومع ذلك، يمكن للأطراف التنازل عن الدفع بعدم اختصاص المحاكم إما بشكل صريح أو ضمني.

5- إلقاء الضوء على مسألة استثناء المسائل المستعجلة؛ فلا يشمل التحكيم المسائل المستعجلة إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، ما يعني أن القضايا الطارئة قد تتطلب إجراءات سريعة لا يغطيها التحكيم.

وبالانتقال إلى المادة (174)؛ فإنها تناولت شروط الأهلية للمحكم؛ فلا يجوز أن يكون المحكم شخصًا قاصرًا، أو محجورًا عليه، أو محرومًا من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية، أو مفلسًا لم يتم رد اعتباره بعد، وبالنسبة إلى عدد المحكمين ففي حال وجود أكثر من محكم؛ فإنه يجب أن يكون عددهم فرديًا، مما يضمن تحقيق أغلبية في قراراتهم ويشترط أن يتم تعيين المحكمين ضمن اتفاق التحكيم أو بموجب اتفاق مستقل.

واتصالًا بالمادة السالفة الذكر؛ جاءت المادة 175 لتتناول مسألة التدخل القضائي في تعيين المحكمين؛ فإذا لم يتم الاتفاق مسبقًا على المحكمين أو في حال رفض أحد المحكمين المتفق عليهم القيام بمهمته، أو إذا تم عزله، أو كان هنالك مانع يمنعه من العمل، فإن المحكمة المختصة تتدخل بناءً على طلب أحد الأطراف لتعيين المحكمين اللازمين كما أن تعيين المحكمين يجب أن يكون مساويًا للعدد الذي تم الاتفاق عليه، ولا يمكن الطعن على حكم المحكمة في هذا الشأن؛ وعليه فإن هذه المواد تقدم إطارًا

مرنًا لضمان نزاهة وشفافية عملية التحكيم مع توفير الحماية للأطراف عبر وضع ضوابط واضحة لضمان صلاحية المحكمين ونزاهة عملية التحكيم.

في حين أن المادة 176 تمنع المحكمين من اتخاذ دور المصالحة (التفويض بالصلح) إلا إذا تم ذكر أسمائهم بوضوح في اتفاقية التحكيم؛ يشير هذا إلى أن التحكيم يختلف عن المصالحة، حيث تتطلب الأخيرة وجود أسماء محددة للمحكمين ليتمكنوا من العمل كمصالحين؛ وبالتالي يُعطى للأطراف خياران: إما أن يتولى المحكمون دور الفصل في النزاع وفقًا للقواعد المتفق عليها في التحكيم، أو يقوموا بالصلح إذا كان الاتفاق يتضمن أسماؤهم كمحكمين مصالحين كما أنّ هذه المادة تهدف إلى حماية الأطراف من إمكانية تفويض غير محدد للصلح، مما قد يؤثر على حيادية التحكيم.

وفي السياق ذاته تتيح المادة 177 تشكيل هيئات تحكيمية خاصة من قبل وزارة العدل، يمكن أن تنعقد داخل المحكمة الكلية أو في موقع يحدده رئيس الهيئة وتتألف الهيئة من رئيس، يكون قاضيًا أو مستشارًا يتم اختياره من الجمعية العمومية للمحكمة إضافة إلى عضوين من المتخصصين في التجارة أو من ذوي المؤهلات الأخرى المدرجة في سجلات محددة؛ وتهدف هذه المادة إلى توفير آلية تحكيم مؤسسية رسمية تخضع لإشراف وزارة العدل، وتعد مجانية للأطراف الذين يوافقون على التحكيم كتابيًا أمام هذه الهيئة، كما أن الأحكام الصادرة من هذه الهيئة تتبع قواعد التحكيم المعمول بها، ولها سلطة إصدار بعض الأحكام

والأوامر التنفيذية التي تغطيها الفقرات (أ. ب. ج) من المادة(180) .

واتصالًا بما سبق؛ فقد استعرضت المادة 178 العديد من النقاط التي يحللها الباحث كما يلي:

1- قبول التحكيم وإثباته؛ إذ يجب أن يوافق المحكم على مهمته بشكل صريح ومكتوب.
2- التنحي والعزل والتعويضات؛ حيث يفرض القانون على المحكم عدم التنحي عن التحكيم إلا لسبب جدي، وإلا يحق للأطراف المطالبة بتعويضات كما لا يمكن عزل المحكم إلا بموافقة الأطراف المتنازعة جميعًا، ما يعزز من استقرار عملية التحكيم ويضمن عدم تعسف الأطراف في إنهاء عمل المحكم.
3- أسباب الرد؛ حيث يُسمح برد المحكم فقط في حال وجود أسباب جديدة أو أسباب تظهر بعد تعيينه، والتي تشبه أسباب رد القاضي كما يجب تقديم طلب الرد إلى المحكمة المختصة خلال خمسة أيام من معرفة السبب الذي يبرر الرد، وبعد إقفال باب المرافعة أو صدور الحكم لا يمكن تقديم هذا الطلب.
4- الطعن واستئناف قرار الرد حيث إن للمطالب برد المحكم الحق في استئناف قرار رفض طلب الرد، بغض النظر عن قيمة النزاع.

وعليه يوضح الباحث أن هذا القسم من القانون يهدف إلى توضيح الإجراءات والضوابط لضمان الشفافية والعدالة في عملية التحكيم، حيث تضع المادة 176 حدًا لصلاحيات المحكمين، بينما تقدم المادتان 177 و178 إطارًا مؤسسيًا

يضمن تنظيم التحكيم وضمان النزاهة والمصداقية.

وعلاوة على ما سبق فقد جاءت المادة (179) ؛ إذ تحدد هذه المادة الإجراءات المتعلقة بانعقاد جلسات التحكيم وإدارة الجلسات وتتمثل في التالي:

- إخطار الخصوم: يُطلب من المحكم خلال ثلاثين يومًا من قبوله لمهمة التحكيم إخطار الأطراف بموعد الجلسة الأولى ومكانها، بدون الالتزام بالقواعد الرسمية للإعلان المعمول بها في المحاكم.

- تقديم المستندات والمذكرات: يتم تعيين موعد لتقديم المستندات والدفاعات، وإذا تخلف أحد الأطراف عن الالتزام بالموعد، يمكن إصدار الحكم بناءً على المستندات المقدمة من الطرف الآخر.
- تعدد المحكمين: إذا كان هناك أكثر من محكم، يجب عليهم إجراء التحقيقات معًا والتوقيع على محاضر الجلسات، ما لم يقرروا ندب محكم واحد لإجراء معين بموجب اتفاقهم أو اتفاق التحكيم.

بينما المادة (180) ناقشت الحالات التي تستوجب وقف الخصومة وأسباب الانقطاع التي قد تحدث أثناء عملية التحكيم، حيث:

- انقطاع الخصومة: يتم وقف الخصومة في حال قيام سبب من الأسباب القانونية للانقطاع، مع تطبيق الآثار القانونية الناتجة عن هذا الانقطاع.
- المسائل الأولية الخارجة عن ولاية المحكم: إذا ظهرت خلال التحكيم مسألة أولية لا تندرج ضمن اختصاص المحكم (مثل طعن بالتزوير أو حادث جنائي)، يتم وقف الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في المسألة ويستعين المحكم برئيس المحكمة المختصة لتنفيذ بعض الإجراءات مثل: معاقبة الشهود المتخلفين، إلزام الغير بإبراز مستندات، أو إصدار أوامر الإنابة القضائية.

في حين أن المادة(181) والتي تنظم الأطر الزمنية لإصدار حكم التحكيم وتتمثل فيما يلي:

- المدة الزمنية للحكم: إذا لم يتفق الأطراف على مدة محددة للتحكيم، يجب على المحكم أن يصدر حكمه خلال ستة أشهر من إخطار الطرفين بموعد جلسة التحكيم الأولى .

- تمديد المدة: يمكن للأطراف الاتفاق على تمديد هذه المدة صراحة أو ضمنيًا، أو تفويض المحكم بتمديدها.
- إيقاف المدة: تتوقف المدة المحددة في حال انقطاع الخصومة أو وقفها، وتستأنف بمجرد زوال سبب التوقف.

والمادة 182 تناقش إجراءات إصدار حكم التحكيم حيث:

- عدم التقيد بإجراءات المرافعات: يُسمح للمحكم بإصدار حكمه بدون التقيد بالإجراءات القضائية، إلا في الحالات المنصوص عليها ضمن هذا الباب.
- إصدار الحكم وفق القانون: يُطلب من المحكم إصدار الحكم وفق القواعد القانونية إلا إذا كان مفوضًا بالصلح، حيث يمكنه تجاوز القواعد باستثناء ما يمس النظام العام.
- النفاذ المعجل: تُطبق قواعد النفاذ المعجل على أحكام المحكمين، مما يعني إمكانية تنفيذ الحكم قبل انتهاء فترة الطعون.
- إصدار الحكم داخل الكويت: إذا صدر الحكم خارج الكويت، تُطبق القواعد الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في دول أجنبية.

ويوضح الباحث أن هذه المواد تتناول إدارة جلسات التحكيم، وتقديم المستندات، والأطر الزمنية لإصدار الحكم، وإجراءات تنفيذ حكم التحكيم. تعكس هذه المواد الرغبة في تسهيل إجراءات التحكيم مع توفير حماية قانونية للأطراف وتحديد استثناءات من القواعد العامة عند الضرورة.

وجاءت المادة (183) لتنص على كيفية إصدار حكم التحكيم ومتطلباته حيث:

- الإصدار بالأغلبية: يجب أن يُصدر الحكم بأغلبية المحكمين، ويُعد صحيحًا، حتى لو امتنع أحد المحكمين عن التوقيع شريطة توقيع الأغلبية.

- متطلبات الحكم: يجب أن يحتوي الحكم على صورة اتفاق التحكيم، ملخص لأقوال الخصوم ومستنداتهم، أسباب الحكم ومنطوقه، تاريخ ومكان صدوره، وتوقيعات المحكمين.
- اللغة: يُحرر الحكم باللغة العربية، إلا إذا اتفق الخصوم على لغة أخرى، وفي هذه الحالة يُرفق بالحكم ترجمة رسمية عند إيداعه.

وتطرقت المادة(184) لإجراءات إيداع الحكم بعد صدوره وتتمثل في التالي:

- إيداع الحكم: يُطلب من المحكم إيداع أصل الحكم، مرفقًا باتفاق التحكيم، في إدارة كتاب المحكمة المختصة خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم النهائي.
- محضر الإيداع: يُحرر كاتب المحكمة محضرًا يثبت عملية الإيداع لضمان توثيق الإجراء.

في حين أن المادة 185 تتعلق بتنفيذ حكم التحكيم حيث:

- طلب أمر التنفيذ: يتطلب تنفيذ الحكم إصدار أمر من رئيس المحكمة المختصة، بعد الاطلاع على الحكم والتأكد من خلوه من موانع التنفيذ.
- ميعاد الاستئناف: لا يمكن إصدار أمر التنفيذ إلا بعد انقضاء فترة الاستئناف، إذا لم يكن الحكم مشمولًا بالنفاذ المعجل.

والمادة 186 توضح استئناف حكم التحكيم وبطلانه حيث:

- الاستئناف: حكم التحكيم غير قابل للاستئناف إلا إذا اتفق الأطراف مسبقًا على ذلك ويتم الاستئناف في المحكمة الكلية بهيئة استئنافية.
- عدم الاستئناف في بعض الحالات: لا يمكن استئناف الحكم إذا كان صادرًا عن محكم مفوض بالصلح، أو كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز 500 دينار، أو صدر من الهيئة المنصوص عليها في المادة(177)

- طلب البطلان: يمكن طلب بطلان حكم التحكيم في حالات محددة، مثل:
  - إذا صدر بغير اتفاق تحكيم صحيح.
  - في حال وجود سبب لطلب إعادة النظر.
  - إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر على الحكم.

وناقشت المادة 187 إجراءات رفع دعوى البطلان وتمثلت في التالي:

- رفع الدعوى: تُرفع دعوى البطلان إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يومًا من إعلان الحكم، مع تضمين الصحيفة أسباب البطلان.
- إيداع الكفالة: يجب على المدعي إيداع كفالة بقيمة 20 دينارًا، تسترد في حال قبول الدعوى، وتعفى الحكومة ومن يعفون من الرسوم القضائية من هذه الكفالة.
- إعادة النظر: إذا قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم، تعود لنظر النزاع والفصل فيه.

في حين أن المادة 188 ناقشت تأثير رفع دعوى البطلان على تنفيذ الحكم حيث:

- استمرار التنفيذ: لا يؤدي رفع دعوى البطلان إلى وقف تنفيذ حكم التحكيم.
- طلب وقف التنفيذ: يمكن للمحكمة وقف التنفيذ في حالة وجود ضرر جسيم، ويجوز لها اشتراط تقديم كفالة لضمان حقوق المدعى عليه.

مركز الكويت للتحكيم التجاري

التعريف بالمركز

يعود تاريخ التحكيم بغرفة تجارة وصناعة الكويت إلى تاريخ تأسيسها عام 1959، حيث أعطى لها قانون إنشائها في المادتين السادسة والحادية عشر الحق بالقيام بمهمة تسوية المنازعات التجارية من خلال نظام التحكيم، وقد أعطت الغرفة منذ البداية الاختصاص عند تشكيل لجانها الدائمة للجنة التوفيق والتحكيم والتسجيل وتجاوباً مع تطورات الاقتصاد الكويتي ومستجداته، وتوسع علاقاتها الدولية وتعددها، أقر مجلس إدارة الغرفة تطوير نظام التوفيق والتحكيم التجاري بإنشاء مركز الكويت للتحكيم التجاري – كمركز غير ربحي – والموافقة على نظامه الأساسي في جلسته المنعقدة يوم الاثنين الموافق 1999/12/20.

وتتمثل رؤية المركز في أن يكون أفضل مركز تحكيم على الصعيدين المحلي والإقليمي وتتمثل رسالته في تعزيز ونشر ثقافة التحكيم كبديل لحل المنازعات التجارية ولعل أبرز أهدافه كما يلي:

1. العمل على نشر ثقافة التحكيم المؤسسي.
2. إبراز أهمية التحكيم ودوره الفعال في حل النزاعات.
3. تحقيق السرعة والمصداقية في حل النزاعات التجارية.
4. تأهيل كوادر من المحكمين ذوي كفاءة في مجال التحكيم.
5. تعزيز وتطوير التعاون بين المركز ومراكز التحكيم الأخرى. (موقع تجارة وصناعة الكويت)

إجراءات التحكيم بالمركز

إجراءات التحكيم التجاري في مركز الكويت للتحكيم التجاري تتبع قواعد محددة تهدف إلى تسهيل حل النزاعات التجارية بشكل فعال وسريع ويوضح الباحث تحليلًا حول إجراءات طلب التحكيم وتشكيل هيئة المحكمين في إطار مركز التحكيم وذلك من خلال ما يلي:

1. بالنسبة إلى فتح ملف التحكيم: يقوم الطرف الذي يرغب في اللجوء للتحكيم بتقديم طلب تحكيم إلى المركز، موضحًا تفاصيل النزاع والطلبات المقدمة ويُرفق مع الطلب مستندات داعمة مثل العقد المتعلق بالنزاع وأي اتفاقات تحكيم موجودة.
2. وبالتطرق إلى اختيار المحكمين: فعادة ما يتم الاتفاق بين الأطراف على المحكمين وفقًا للاتفاقات السابقة. في حال عدم وجود اتفاق، يقوم المركز بتعيين المحكمين وإذا كان هناك لجنة تحكيم، يتم تعيين محكمين من قبل الأطراف أو من قبل المركز إذا تعذر الاتفاق.
3. الإجراءات الأولية: بعد تعيين المحكمين، يتم تحديد الإجراءات الأولية مثل جدول المواعيد وموعد الجلسات ويمكن للمحكمين تحديد موعد لجلسة تمهيدية لمناقشة إجراءات التحكيم والخطوات التالية.
4. تقديم المذكرات والوثائق: يُطلب من الأطراف تقديم مذكرات مكتوبة أو مستندات توضح مطالباتهم ودفاعاتهم ويشمل ذلك الأدلة والشهادات التي سيتم استخدامها في التحكيم.
5. أما بالنسبة إلى الجلسات: فيمكن أن تكون الجلسات علنية أو سرية وفقًا لما يوافق عليه الأطراف أو كما يراه المحكمون مناسبًا ويمكن للمحكمين الاستماع إلى الشهادات، طرح الأسئلة، والقيام بالتحقيقات اللازمة.

6. تأتي مرحلة المداولات وذلك بعد تقديم الأدلة والشهادات، يقوم المحكمون بمداولاتهم من أجل الوصول إلى حكم في القضية ويتم ذلك عادة في جلسة مغلقة بين المحكمين فقط.
7. وتأتي مرحلة إصدار الحكم من قبل المحكمين بعد المداولات ويكون الحكم ملزمًا للطرفين، ويمكن تنفيذه من خلال المحكمة إذا لزم الأمر ويمكن للطرفين الاعتراض على الحكم وفقًا لما يسمح به المركز أو بموجب القوانين المحلية.
8. تأتي مرحلة تنفيذ الحكم وذلك بعد صدور الحكم، يقوم الأطراف بتنفيذه طوعًا أو يمكن طلب تنفيذه من المحكمة إذا تعذر التنفيذ الطوعي. (موقع غرفة تجارة وصناعة الكويت)

الفصل الخامس
النتائج والتوصيات

النتائج

1- يعد التحكيم الدولي أداة ضرورية لتحقيق الطمأنينة للمستثمرين، إذ يوفر وسيلة محايدة وفعّالة لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين المستثمرين والدول المضيفة.

2- يساهم التحكيم في ضمان حماية حقوق المستثمرين، مما يزيد من جاذبية الدول للاستثمارات الأجنبية، وخاصةً الدول النامية التي تعتمد بشكل أساسي على الاستثمارات الخارجية لتحقيق التنمية الاقتصادية.

3- يوفر التحكيم الدولي إجراءات أسرع وأكثر مرونة مقارنةً بالقضاء التقليدي؛ إذ تسمح هذه السرعة بتجنب التأخيرات الطويلة في حل النزاعات، وهو أمر مهم للشركات متعددة الجنسيات التي تعمل في بيئات متغيرة وتتطلب قرارات سريعة.

4- يلجأ العديد من المستثمرين إلى التحكيم كونه يوفر درجة عالية من الحيادية، بعيدةً عن تأثير المحاكم المحلية للدول المضيفة التي قد تميل إلى حماية مصالحها الوطنية

5- يعد التحكيم أداة فاعلة للتخفيف من المخاطر القانونية التي قد تواجه المستثمرين نتيجة لاختلاف الأنظمة القانونية بين الدول؛ فمن خلال اتفاقيات التحكيم، يمكن للمستثمرين والدول اختيار القوانين المطبقة على النزاع، ما يسهم في خلق بيئة قانونية متفق عليها ومألوفة للأطراف، ويعزز الشفافية في العلاقات الاقتصادية.

6- أسهم التحكيم الدولي في تأسيس مجموعة من المبادئ والمعايير القانونية التي يتم تبنيها بشكل متزايد في العلاقات الاقتصادية الدولية.

7- من خلال قرارات التحكيم، تتطور قواعد ومعايير قانونية تسهم في تقارب الأنظمة القانونية للدول المختلفة، مما يعزز من تنسيق العمليات التجارية الدولية ويقلل من العقبات القانونية أمام الاستثمار.

8- التحكيم الدولي يضمن السرية في التعامل مع النزاعات ذات النشاط الاقتصادي الحساس، مما يحافظ على المعلومات التجارية الحساسة ويجنب الأضرار التي قد تنجم عن الإفصاح العلني، وهذا يعزز بيئة اقتصادية آمنة وتنافسية.

9- يوفر التحكيم بيئة مشجعة لاستمرارية التعاون بين المستثمرين والدول حتى بعد النزاعات.

10- يتيح التحكيم إمكانيات التفاوض والتسوية بشكل سلمي، مما يساعد على الحفاظ على العلاقات الاقتصادية، ويعزز استمرارية التعاون الاقتصادي الدولي.

11- بالنسبة إلى النتائج الخاصة بالتطبيق على الكويت فإنها تتمثل فيما يلي:

- أثبت التحكيم الدولي أنه وسيلة فعالة لتسوية المنازعات الاقتصادية بين الأطراف الدولية في الكويت، حيث يوفر إطارًا قانونيًا محايدًا وآليات مرنة لحل النزاعات التجارية والمالية التي تنشأ بين الشركات المحلية والدولية.
- يساهم التحكيم الدولي في تحسين بيئة الاستثمار في الكويت، من خلال توفير ضمانات قانونية للأطراف المتنازعة، مما يعزز من استقرار العلاقات الاقتصادية ويسهم في جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية.
- الكويت تحرص على تطبيق المعايير القانونية الدولية في التحكيم، مما يعزز من قدرتها على التعامل مع المنازعات الاقتصادية المعقدة وفقًا لأحدث القوانين والاتفاقيات الدولية.
- على الرغم من فوائده، فإن الكويت تواجه بعض التحديات في تطبيق التحكيم الدولي، مثل بطء الإجراءات في بعض الأحيان، وغياب المعرفة الكافية بالأنظمة التحكيمية من قبل بعض الشركات المحلية، مما قد يؤدي إلى تعقيدات في تنفيذ الأحكام التحكيمية.

التوصيات:

1- ينبغي على الحكومة الكويتية والهيئات الاقتصادية المحلية تعزيز الوعي بين الشركات الخاصة والعامة بأهمية التحكيم الدولي كوسيلة لحل المنازعات الاقتصادية، وذلك من خلال تنظيم ورش عمل ودورات تدريبية للمختصين في هذا المجال.

2- تحديث وتطوير القوانين المحلية المتعلقة بالتحكيم الدولي في الكويت، بما يتماشى مع المعايير الدولية، لضمان تسهيل وتسريع إجراءات التحكيم وضمان تنفيذ الأحكام التحكيمية في الوقت المحدد.

3- تعزيز التعاون بين الكويت وهيئات التحكيم الدولية الكبرى مثل غرفة التجارة الدولية (ICC)أو مركز دبي للتحكيم الدولي، من أجل تحسين قدرات التحكيم المحلي وتوفير بيئة أكثر أمانًا للمستثمرين.

4- يجب تشجيع الشركات الخاصة في الكويت على استخدام التحكيم الدولي لحل النزاعات التجارية والاقتصادية بدلًا من اللجوء إلى القضاء المحلي، من خلال توفير حوافز قانونية وضريبية.

5- تبسيط الإجراءات التحكيمية في الكويت وجعلها أكثر سرعة وكفاءة، من خلال تقليص المدة الزمنية التي تستغرقها العملية التحكيمية وإزالة العقبات التي قد تؤدي إلى تأخير تنفيذ الأحكام .

6- يجب أن تعمل الكويت على تعزيز تدريب الخبراء القانونيين في مجال التحكيم الدولي وتنظيم مؤتمرات وندوات علمية حول التحكيم الدولي لضمان تطبيق أكثر فعالية وتنفيذ أفضل للأحكام التحكيمية.

مراجع:

- آدم، سويسي محمد، (2019)، التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة.
- الأسعد، بشار محمد، (2006)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- بوختالة، منى، (2014)، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسطنطينية.
- جاويد، سمير، (2014)، التحكيم كآلية لفض المنازعات، دائرة القضاء، أبو ظبي.
- حيواني، جمال، (2016)، النظام القانوني لتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، جامعة الجزائر.
- داخل، علي مقداد عبد الرزاق، (2020)، مسؤولية المستثمر الأجنبي المدنية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.
- الربيعي، إبراهيم إسماعيل إبراهيم، الخيكانى، ماهر محسن عبود، (2011)، التحكيم ضمانة اجرائية لتسوية منازعات الاستثمار: دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد 3، العدد2 .
- الزحيلي، محمد، (2011)، التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 3.
- سفيان، تاج محمد، (2021)، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة .

- الصادق، علاوة، (2016)، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر– بسكرة.
- صالح، العرباوي نبيل، (2016)، اتفاق التحكيم، دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد 2016، العدد 15، الجزائر.
- عبد الرحمن، عمرو زكريا صاوي، (2021)، شرح قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014 م. في إطار قواعد القانون الدولي العام: مع الإشارة إلى أحكام اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية لعام 2014 م، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، العدد 45.
- عبد السلام، رضا، (2003)، العلاقات الاقتصادية الدولية: من النظرية إلى التطبيق – كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر.
- عبد العزيز، قادري، (2004)، الاستثمارات الدولية: التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار هومة، الجزائر.
- عبد العزيز، قادري، (2004)، الاستثمارات الدولية: التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار هومة، الجزائر.
- عبد العظيم، صفوت أحمد، (2005)، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
- عبد الغني، محمد، (2023)، أثر التبادل التجاري بين مصر وألمانيا على الناتج المحلي الإجمالي لمصر، المركز الديمقراطي العربي.

- عبد القادر، حمدوني، (2015)، التحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته على القانون الجزائري، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان
- عبد القادر، عباس، (بدون تاريخ)، التحكيم التجاري الدولي وآثاره، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر.
- عبد الله، عبد الله عبد الكريم، (2008)، تسوية نزاعات الاستثمار الأجنبي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، العدد 134، أبو ظبي، الإمارات.
- العبيات، تامر "محمد خير" خلف، (2019)، إجراءات التحكيم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمّان، الأردن.
- عبيد الله، السنوسي مسعود سعد، (2023)، التحكيم في الشريعة الإسلامية ودوره في فض المنازعات، مجلة الحق، كلية القانون، جامعة بني وليد ليبيا، العدد 12.
- العدوان، قيس عماد أحمد، (2018)، أثر التبادل التجاري على التنمية الاقتصادية بين دول مختارة من العالم الإسلامي (2005–2015)، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، الأردن.
- العشرة، بسام شيخ، (2018)، التحكيم التجاري، الجامعة الافتراضية السورية .
- فلاح، عمار، (2015)، دور التحكيم في فض المنازعات التجارية الدولية– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي–، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الحاج لخضر– باتنة، الجزائر.
- قاسم، طه أحمد، (2008)، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة.

- القرني، ضيف الله بن محمد، (2015)، دعوى البطلان في التحكيم، أطروحة دكتوراه، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية.
- الكثيري، سعيد نايف، (2023)، دور التحكيم في حل منازعات الاستثمار، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية)، المجلد 17، العدد 4، مصر.
- كحلي، ياسين، (2024)، الحلول البديلة لتسوية المنازعات ومكانتها في القانون الدولي: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة شمال إفريقيا للنشر العلمي ، المجلد 3، العدد 2.
- الكعبي، عبد الله أحمد هلال مصبح، (2023)، الدور المقترح لمحاكم الاستثمار الدولية في تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية، المجلة القانونية، المجلد 16، العدد 5.
- لامين، سوعاد، (2021)، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزى وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر.
- محمد، المؤمن، (2016)، الرقابة القضائية على حكم التحكيم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، الجزائر.
- محمد، رشا موسى، (2010)، دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة أهل البيت، العدد 11، جامعة أهل البيت، الأردن.
- محمود، ماهر مصطفى، (2017)، الرقابة القضائية على حكم التحكيم، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات– دمنهور، المجلد 2، العدد 9، مصر.

- مصري، نهاد، (2015)، تسوية المنازعات في مسائل الاستثمارات الأجنبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر.
- واصل، سامي جاد عبد الرحمن، (2022)، دور التحكيم في تسوية المنازعات الدولية، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، المجلد 25، العدد 2.

مراجع إلكترونية

- إجراءات التحكيم بمركز الكويت للتحكيم التجاري، موقع هيئة تجارة وصناعة الكويت، متاح على الرابط التالي: https://tinyurl.com/c72kt66f
- التعريف بمركز الكويت للتحكيم التجاري، موقع هيئة تجارة وصناعة الكويت، متاح على الرابط التالي: https://tinyurl.com/y62zssx6
- قانون التحكيم (الباب الثاني عشر): قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1990، منشور من وزارة العدل الكويتية (2011)، الطبعة الأولى، متاح على الرابط التالي: https://tinyurl.com/24deuh5j

ملاحق

قانون التحكيم الكويتي – قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1990

مجموعة التشريعات الكويتية

الجـزء الثالـث

قانون المرافعات المدنية والتجارية

ومذكرته التفسيرية

وبعض القوانين والقرارات الإجرائية وهي:

- قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية
- قانون تنظيم الخبرة
- قانون الرسوم القضائية
- قانون الإعفاء من الرسوم القضائية
- قانون إنشاء دائرة إدارية بالمحكمة الكلية
- قانون إنشاء دائرة عمالية بالمحكمة الكلية
- قانون التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية
- قرارات وزير العدل المنفذة لقانون المرافعات والقوانين المرتبطة به.

إصدار وزارة العدل

(جميع حقوق الطبع محفوظة لوزارة العدل)

تقـديـم

هذه هي مجموعة التشريعات الكويتية التي ارتأت وزارة العدل الاضطلاع بطبعها تلبية لحاجة رجال القضاء إليها، لتكون هادياً يلتزمونه عند تطبيقهم النصوص الواردة فيها على ما يُعرض عليهم من قضايا، مراعية في ذلك تنويجها بأحدث التعديلات التشريعية التي رأى المشرع إدخالها عليها وفقاً لما يتطلبه الواقع العملي.

وقد حرصت الوزارة في نهجها بشأن طباعة هذه السلسلة التشريعية، أن يكون من بينها قانون المرافعات المدنية والتجارية، الذي يشغل الجزء الثالث من هذه التشريعات، ورؤي أن يشمل أيضاً هذا الجزء المرسوم بالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية، والمرسوم بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون تنظيم الخبرة، والقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٣ بشأن الرسوم القضائية، والقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية وذلك وفقاً لأحدث التعديلات التي طرأت عليها، وبعض القوانين والقرارات الوزارية اللصيقة بها حتى يكتمل المرجع بما يتعلق به من قوانين وقرارات.

ولا ريب أن هذه التشريعات لا غنى لكل مشتغل بالقانون عنها، ولا يسعني إلا أن أدعو المولى القدير أن تكون طباعتها من العلْم الذّي يُنتفع به، وأن يحفظ الله وطننا الكويت في ظل القيادة الحكيمة لحضرة صاَحب السمو أمير البلاد وسمو ولي العهد وسمو رئيس مجلس الوزراء حفظهم الله وسدد خطاهم.

نائب رئيس مجلس الوزراء للشئون القانونية
ووزير العدل ووزير الأوقاف والشئون الإسلامية

المستشار/ راشد عبد المحسن الحماد

بسم الله الرحمن الرحيم

مرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ (*)
بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية

بعد الاطلاع على الأمر الأميري الصادر بتاريخ ٤ من رمضان سنة ١٣٩٦هـ الموافق ٢٩ من أغسطس سنة ١٩٧٦م بتنقيح الدستور،

وعلى المواد ٧٢ و١٦٣ و١٦٥ و١٦٦ من الدستور،

وعلى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، والقوانين المعدلة له،

وعلى المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بقانون تنظيم القضاء، والقوانين المعدلة له،

وعلى القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي،

وعلى القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢ بشأن حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته،

وعلى المرسوم الصادر في ٢٨ ذي الحجة سنة ١٣٨٤هـ الموافق ٢٩ أبريل سنة ١٩٦٥م بالإجراءات التي تتبع أمام المحاكم الجزئية،

وبناء على عرض وزير الدولة للشؤون القانونية والإدارية

ووزير العدل،

وبعد موافقة مجلس الوزراء،

أصدرنا القانون الآتي نصه:

* عدل بالقوانين أرقام ١٢١ سنة ١٩٨٦، ٤٢ سنة ١٩٨٧، ٣ سنة ١٩٨٨، ٤٤ سنة ١٩٨٩، ٥٧ سنة ١٩٨٩، ٤٧ سنة ١٩٩٢، ١٨ سنة ١٩٩٥، ٣٦ سنة ٢٠٠٢، ٣٨ سنة ٢٠٠٧.

مادة أولى

يعمل بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية المرفق.

مادة ثانية

يُلغى المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية والقرارات الصادرة تنفيذاً لأحكامه، كما يُلغى الباب الأول من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، والباب الأول من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢ بشأن حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته ويُلغى كذلك المرسوم الصادر في ٢٨ ذي الحجة سنة ١٣٨٤هـ الموافق ٢٩ أبريل سنة ١٩٦٥م بالإجراءات التي تتبع أمام المحاكم الجزئية، كما يلغى كل نص آخر يخالف أحكام هذا القانون.

مادة ثالثة

تحيل المحاكم بدون رسوم ومن تلقاء نفسها الدعاوى المنظورة أمامها التي أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا القانون، وذلك بالحالة التي تكون عليها، وفي حالة غياب أحد الخصوم تُعلن إدارة الكتاب أمر الإحالة إليه مع تكليفه الحضور في المواعيد العادية أمام المحكمة التي أُحيلت إليها الدعوى.

ولا تسري أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم في شق من موضوعها، والدعاوى التي صدر فيها حكم فرعي منه لجزء من الخصومة والدعاوى التي صدر فيها قرار بتأجيلها للنطق بالحكم ولو مع التصريح للخصوم بتقديم مذكرات.

مادة رابعة

يستمر السير في إجراءات التنفيذ على العقار طبقاً للنصوص المقررة قبل العمل بأحكام هذا القانون متى كان قد صدر فيها حكم برسو المزاد في ظلها.

مادة خامسة

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به اعتباراً من أول نوفمبر سنة ١٩٨٠م(*).

أمير دولة الكويت
عبدالله السالم الصباح

رئيس مجلس الوزراء
سعد العبدالله الصباح

وزير العدل
عبدالله إبراهيم المفرج

وزير الدولة للشؤون القانونية والإدارية
سلمان الدعيج الصباح

صدر بقصر السيف في: ٢٠ رجب ١٤٠٠هـ
الموافق : ٤ يونيو ١٩٨٠م

* نشر بالعدد رقم ١٣٠٧ من الكويت اليوم الصادر في ٢٥ يونيو ١٩٨٠.

الباب الثاني عشر
التحكيـــم

أورد المشروع تعديلات متعددة في هذا الصدد بغية تبسيط إجراءات التحكيم، وضبط قواعده، وحسم المسائل التي أثارت خلافاً في الرأي، وكل ذلك وفق التفصيل الآتي:

مادة (١٧٣) تحديد موضوع النزاع في الاتفاق على التحكيم – عدم اختصاص القضاء بالمسائل التي اتفق على التحكيم في شأنها - المسائل المستعجلة: نظراً لأن التحكيم طريق استثنائي للتقاضي، ورغبة في أن يكون نطاق هذا الاستثناء واضحاً ومحدداً تحديداً لا يأتيه اللبس فقد حرص المشروع على النص في صراحة على وجوب تحديد موضوع النزاع الذي يطرح على التحكيم تحديداً نافياً للجهالة. فنصت الفقرة الرابعة من المادة (١٧٣) من المشروع على وجوب تحديد موضوع النزاع في الاتفاق على التحكيم أو أثناء المرافعة، يستوي في ذلك التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح. وأوضحت الفقرة أن جزاء مخالفة ذلك هو البطلان.

ويحدث كثيراً أن يلجأ الخصم إلى القضاء في مسألة اتفق على التحكيم في شأنها. وقد اختلف الرأي في القضاء والفقه حول التكييف القانوني لهذه المخالفة، فمن قائل أنها مخالفة لقواعد «الاختصاص المتعلق بالوظيفة» ومن قائل يتعلق الأمر بقواعد «قبول الدعوى». وقد رأى المشروع أن يحسم هذا الجدل معتنقاً الرأي الأول (وهو ما نادت به محكمة النقض المصرية في أكثر من حكم لها). فجاءت الفقرة الخامسة من المادة قاطعة في أن المحاكم «لا تختص» بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم في شأنها. كما حرصت تلك الفقرة على الإشارة- خروجاً على الأصل العام المقرر في شأن الاختصاص المتعلق بالوظيفة – إلى أن الاختصاص في هذا المنحى غير متعلق بالنظام العام، وذلك نظراً للطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها التحكيم وتتخذ قواماً لوجوده. ومن هنا تترتب على هذا الدفع كافة آثار الدفع بعدم الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام، ومنها سقوط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمنياً عن التمسك به.

ولقد احتدم النزاع أيضاً –في القضاء والفقه– حول الشق المستعجل للمسائل التي اتفق على التحكيم فيها، هل يختص بنظرها المحكم أم يتعين عرضها على القضاء المستعجل دون المحكم. فأتى المشروع بنص حاسم لهذا الخلاف، موضحاً أن التحكيم لا يشمل المسائل المستعجلة إلا إذا اتفق صراحة على ذلك (الفقرة الأخيرة من المادة ١٧٣ سالفة الذكر). بمعنى أن الاتفاق على التحكيم إنما ينصرف إلى موضوع المنازعة دون شقها المستعجل، ولا يمتد إلى هذه الأخيرة إلا إذا نص صراحة على امتداده إليها.

مادة (١٧٧) هيئة التحكيم بوزارة العدل: وأتى المشروع (في المادة ١٧٧* منه) بنص مقابل للمادة (٢٦٤) مكرراً من القانون القائم، المضافة بموجب القانون رقم ٣ لسنة ١٩٧١. وقد رأى المشروع أن يتوسع في تشكيل هذه الهيئة فلا يقصر عضويتها على التجار، حتى ينفسح المجال لأن تعرض عليها منازعات تحتاج إلى تخصصات أخرى فنية أو عملية كالتخصصات الهندسية أو الطبية أو العمالية أو ما إلى ذلك. ومن هنا ترك المشروع لوزير العدل – بقرار يصدره– مهمة تنظيم جداول التخصصات المختلفة، ومهمة رسم القواعد والإجراءات الخاصة بإعداد قوائم هذه الجداول وكيفية اختيار عضوي هيئة التحكيم من بين المدرجين في القوائم وذلك حسب التخصص المطلوب في النزاع المطروح على الهيئة. ونظراً لتشكيل هذه الهيئة برئاسة مستشار أو قاض فقد أتيح لها بعض الاختصاصات التي يحرم منها المحكم عادة.

فالمحكم محروم من إصدار حكم أو أمر في المسائل المنصوص عليها في الفقرة (أ) و(ب) و(ج) من المادة (١٨٠) من المشروع بحيث يتعين عليه – إذا أراد استصدار حكم أو أمر فيها– أن يقف عمله ويرجع إلى رئيس المحكمة المختصة للحصول على الحكم أو الأمر في تلك المسألة. وإذ كانت هيئة التحكيم الدائر حولها الكلام تنعقد قانوناً برئاسة مستشار أو قاض فقد أضحى من الطبيعي إعفاؤها من الالتجاء إلى رئيس المحكمة الكلية في هذا المنّحى، وتخويلها سلطة إصدار الحكم أو الأمر في الحالات سالفة الذكر، وهي حالة الحكم بالجزاء المقرر قانوناً على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة، وحالة الحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته ضروري للحكم في التحكيم، وحالة الأمر بالإنابة القضائية.

* يراعى أن هذه المادة ألغيت بموجب المادة (١٢) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ في شأن التحكيم القضائي – راجع ما يلي ص ٥٣٨.

مادة (١٧٨) قبول المحكم وتنحيته وعزله: وتعالج المادة (١٧٨) من المشروع ما اتصل بقبول المحكم لمهمته وتنحيه منها، وعزله أو رده عنها. فأشارت الفقرة الأولى إلى أن إثبات قبول المحكم القيام بمهمته يتعين أن يكون بالكتابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وأوضحت الفقرة الثانية أن المحكم إذا تنحى عن القيام بعمله بعد قبوله ولم يكن لهذا التنحي سبب جدي فإنه يجوز الحكم عليه بالتعويضات. وتصدت الفقرة الثالثة لعزل المحكم مبينة أنه لا يتأتي عزله إلا بموافقة الخصوم جميعاً. وتكلمت الفقرة الرابعة عن رد المحكم فأبانت أن أسباب الرد هي ذات أسباب رد القضاة وأسباب عدم صلاحيتهم للحكم، وأنها يتعين أن تكون قد نشأت بعد تحديد شخص المحكم إذا لم تظهر للخصم إلا بعد هذا التاريخ (ولو نشأت قبله). كما حددت المادة تاريخ إبداء طلب الرد والمحكمة المختصة بنظره. أما الفقرة الخامسة من المادة فقد نصت على أنه يجوز لطالب الرد استئناف الحكم الصادر في طلبه أياً كانت قيمة المنازعة المطروحة على المحكم.

وقد نظمت المواد من (١٧٩) حتى (١٨٣) من المشروع الإجراءات والقواعد التي يتبعها المحكم للبدء في مهمته ونظر النزاع حتى صدور الحكم:

مادة (١٧٩) إخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة - إجراءات التحقيق: فتعرضت الفقرة الأولى من المادة (١٧٩) لتحديد الجلسة الأولى لنظر النزاع موضحة أن المحكم يتعين عليه إخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة لنظر النزاع، ومكان انعقادها. ورغبة في تبسيط الإجراءات في هذا المنحى أعفت المحكم - عند توجيه هذا الإخطار- من الالتزام بقواعد الإعلانات المقررة في القانون، بحيث يجوز أن يتخذ الإخطار شكل كتاب مسجل أو غير ذلك من الوسائل المبسطة الكفيلة بإعلان الخصم بتاريخ الجلسة ومكان انعقادها. ويحدد المحكم للخصوم موعداً لتقديم مذكراتهم ومستنداتهم وأوجه دفاعهم فإن أحجم أيهم عن التقدم بذلك فليس لهذا الإحجام ثمة تأثير على سير المحكم في أداء مهمته وإصدار حكمه.

وتشير الفقرة الثانية من المادة (١٧٩)، إلى كيفية اتخاذ إجراءات التحقيق موضحة أن الأصل العام هو أن تتم هذه الإجراءات بمعرفة المحكمين مجتمعين وأن يوقع كل منهم على المحاضر. ومع ذلك فإنه يجوز أن ينفرد أحدهم بإجراءات التحقيق إذا ندب لذلك من المحكمين مجتمعين بإجماع آرائهم أو كان ذلك مخولاً له في اتفاق التحكيم، وعندئذ يقوم هذا المحكم بالتوقيع على محاضر التحقيق الذي أجراه.

مادة (١٨٠) انقطاع سير الخصومة ووقفها: وتعرضت المادة (١٨٠) من المشروع لحالات تنقطع فيها الخصومة أمام المحكم أو توقف. فأشارت فقرتها الأولى إلى أنه إذا عَرَض أثناء نظر التحكيم عارض من العوارض المشار إليها في المادة (٩٢) من المشروع فإن الخصومة تنقطع أمام المحكم وتترتب نفس الآثار التي تترتب على انقطاع الخصومة أمام المحكمة. بينما تعرضت الفقرة الثانية من المادة (١٨٠) من المشروع لحالات يقف فيها المحكم الخصومة المطروحة أمامه. فإذا عرضت له مسألة أولية تخرج عن ولايته أو طعن بتزوير ورقة أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث جنائي آخر، فإنه يقف عمله حتى يصدر في المسألة حكم انتهائي من المحكمة المختصة. كذلك 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 لا يتولى بنفسه شيئاً من ذلك، بل يقف الخصومة ثم يلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لإصدار ذلك الحكم أو الأمر (مع ملاحظة ما سبق إيضاحه، عند الكلام عن المادة ١٧٧ من المشروع).

مادة (١٨١) ميعاد صدور الحكم: أما المادة (١٨١) من المشروع فقد تصدت للميعاد الذي يتعين أن يصدر خلاله حكم المحكم وهو ما كانت تعالجه المادة (٢٥٩) من القانون القائم مع اختلافات عديدة تتمثل فيما يلي:

أ- أصبح الميعاد الذي يحدده القانون لإصدار الحكم ستة أشهر (إذا لم يتفق الخصوم على ميعاد آخر) بعد أن كان ثلاثة أشهر. ورائد المشروع في ذلك إفساح الفرصة أمام المحكم للدراسة وأداء مهمته. وأضحى هذا الميعاد يبدأ من تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم، وعند اختلاف تاريخ إخطار الخصوم يبدأ الميعاد من آخر إخطار.

ب- بعد أن أشار المشروع إلى ما كانت تقرره المادة (٢٥٩) من القانون القائم من أثر على مخالفة هذا الأجل (وهو إجازة رفع النزاع إلى المحكمة) أضافت المادة الجديدة عبارة «أو المضي فيه أمامها إذا كان مرفوعاً من قبل» ومعنى ذلك أنه إذا كان النزاع مرفوعاً من قبل أمام القضاء ثم أوقفت الخصومة مثلاً لرغبة الخصوم في الالتجاء إلى التحكيم، ولم يصدر حكم المحكم في الميعاد فإنه يحق للخصوم المضي في الخصومة التي سبق إيقافها أمام القضاء – ومعناه أيضاً أنه إذا أخطأ الخصم ورفع دعواه أمام

القضاء رغم وجود اتفاق سابق على التحكيم (أو رغم وجود المنازعة أمام المحكم) ثم انقضى الميعاد المحدد لصدور حكم المحكم قبل أن يُصدر القضاء حكمه بعدم اختصاصه بنظر الدعوى، فإن المحكمة لا تقضي بعدم الاختصاص، بل تستمر في نظر الدعوى.

ج- نص المشروع – صراحة – على أن اتفاق الخصوم على ميعاد آخر لإصدار حكم التحكيم قد يكون اتفاقاً ضمنياً يستشف من قرائن الأحوال، كما نص على إجازة اتفاق الخصوم على تفويض المحكم في مد الميعاد إلى أجل معين. وكل ذلك تبسيطاً للإجراءات وتمكيناً للمحكم من أداء مهمته.

د- كما نص المشروع – صراحة – على وقف الميعاد كلما أوقفت الخصومة أمام المحكم أو انقطعت – كأن توقف الخصومة أمامه حتى يصدر حكم في مسألة أولية، أو بسبب الطعن بتزوير ورقة أو لاتخاذ إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث جنائي آخر. أو توقف حتى يصدر من رئيس المحكمة المختصة حكم أو أمر مما نص عليه في الفقرات (أ) و(ب) و(جـ) من المادة (١٨٠) من المشروع. أو كأن تنقطع الخصومة أمام المحكم لقيام سبب من أسباب انقطاعها (كوفاة أحد الخصوم، أو فقده أهلية الخصومة، أو زوال صفة من كان يباشرها عنه من النائبين).

هـ- ورغبة في إحكام ضبط المواعيد نص المشروع – صراحة – على أن الميعاد إذا أوقف أو انقطع فإن استئناف سيره يكون من تاريخ علم المحكم بزوال سبب الوقف أو الانقطاع.

و- وإفساحاً للمجال أمام المحكم لأداء مهمته نصت المادة أيضاً على أنه إذا استأنف الميعاد سيره وكان الباقي منه أقل من شهرين امتد إلى شهرين.

مادة (١٨٢) ما يتعين على المحكم التزامه عند إصدار الحكم: أما المادة (١٨٢) من المشروع فتتعرض لأربعة أمور هي ما يتعين على المحكم التزامه – عند إصداره الحكم – من حيث القواعد الإجرائية، والقواعد الموضوعية وحالات شموله بالنفاذ المعجل والمكان الذي يصدر فيه الحكم.

ففيما يتعلق بالقواعد الإجرائية استحدث المشروع النص على أن المحكم لا يتقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في باب التحكيم. وهو ضابط يسري على التحكيم

بالقضاء والتحكيم بالصلح. وحكمة إعفائه من التقيد بقواعد المرافعات هي أن الالتجاء إلى التحكيم قد قصد به في الأصل تفادي هذه القواعد. وحكمة التزامه بالقواعد الإجرائية المنصوص عليها في باب التحكيم هي أن تلك القواعد تنطوي على ضمانات جوهرية لا يتأتى إغفالها.

وغني عن البيان أن إعفاء المحكم من التقيد بقواعد المرافعات لا يسري على المبادئ الأساسية في التقاضي. بمعنى أنه يتعين عليه – سواء أكان مفوضاً بالقضاء أم بالصلح – أن يلتزم بالمبادئ الأساسية في التقاضي ولو لم تكن واردة في باب التحكيم، كاحترام حق الدفاع، ومعاملة الخصوم على قدم المساواة، وعدم اتخاذ إجراء في غفلة من الخصوم أو من بعضهم. إلى غير ذلك من المبادئ الإجرائية الأساسية في التقاضي... هذا عن القواعد الإجرائية وفيما يتعلق بالقواعد الموضوعية لم يختلف المشروع عما كانت تقرره المادة (٢٦٠) من القانون القائم.

أما عن شمول الحكم بالنفاذ المعجل فقد أوضحت الفقرة الثالثة من المادة أن المحكم يطبق عند إصدار حكمه القواعد الخاصة بالنفاذ المعجل التي تطبق على أحكام المحاكم.

وبالنسبة للمكان الذي يصدر فيه حكم المحكم نصت الفقرة الأخيرة من المادة (١٨٢) على أن حكم المحكم يتعين أن يصدر في الكويت حتى يعتبر حكماً كويتياً، فإن صدر خارج الكويت عومل معاملة أحكام المحكمين الأجنبية ولو كان الخصوم من الكويتيين أو كان الاتفاق على التحكيم مبرماً في الكويت أو كانت بعض إجراءات التحكيم قد اتخذت في الكويت.

مادة (١٨٤) إيداع حكم المحكم: أما المادة (١٨٤) من المشروع فهي تقابل المادة (٢٦٢) من القانون القائم التي تعالج إيداع حكم المحكم إدارة الكتاب بعد صدوره. وتختلف عنها في جعل ميعاد الإيداع عشرة أيام بدلاً من ثلاثة. وجعل مكانه إدارة كتاب المحكمة المختصة بنظر النزاع في الأصل. وتشير المادة إلى أن الحكم ولو كان صادراً بإجراء من إجراءات التحقيق يتعين إيداعه في خلال عشرة الأيام التالية لصدور الحكم المنهي للخصومة. ويلاحظ أن ميعاد عشرة الأيام المنصوص عليه في هذه المادة ليس بميعاد لازم، فمن الجائز تجاوزه دون أن يترتب بطلان على هذا التجاوز، ولو بعد انقضاء الميعاد المقرر في المادة (١٨١) لصدور حكم المحكم.

مادة (١٨٦) الطعن في حكم المحكم: وقد أدخل المشروع تعديلات هامة وجذرية على

قواعد الطعن في حكم المحكم وتنفيذه تتمثل فيما يلي:

أولاً: لم يجز المشروع الطعن في حكم المحكم بالاستئناف إلا إذا اتفق الخصوم قبل صدوره –في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق – على خلاف ذلك. وفي حالة وجود هذا الاتفاق يرفع استئناف أمام المحكمة الكلية بهيئة استئنافية ويخضع للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم.

وحكمة منع استئناف الحكم عند عدم وجود الاتفاق سالف الذكر هي أن الخصوم ما التجأوا إلى التحكيم – في الأغلب الأعم – إلا رغبة في تبسيط الإجراءات على أنفسهم باختيار طريق معفى – 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.

ثانياً: نص المشروع على إجازة رفع دعوى ببطلان حكم المحكم الصادر انتهائياً وذلك في حالات معينة وإجراءات خاصة. والمشروع في ذلك يتفق مع القانون القائم في بعض الوجوه ويختلف عنه في بعضها الآخر.

فمن وجوه الاتفاق أنه نص في الفقرات (أ) و(ب) و(ج) من المادة (١٨٦) من المشروع على حالات البطلان بما يتفق مع ما كانت تنص عليه الفقرات أولاً وثالثاً ورابعاً من المادة (٢٦٥) من القانون القائم.

ومن وجوه الاختلاف ما يأتي:

مادة (١٨٧) ميعاد دعوى البطلان – كفالتها: (أ) حدد المشروع ميعاداً قصيراً لرفع دعوى البطلان، ولم يكن القانون القائم يحدد ميعاداً لإقامتها تاركاً ذلك للقواعد العامة مما كان يترتب عليه صيرورة مراكز الخصوم القانونية مزعزعة لآماد طويلة. وجعل الميعاد ثلاثين يوماً ويبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم للمحكوم عليه وهكذا فإن المتضرر من حكم المحكم له الحق في رفع دعوى ببطلانه –عند توافر حالة من حالاته– بمجرد صدور الحكم. ويسقط حقه في رفع هذه الدعوى بانقضاء ثلاثين يوماً من إعلانه بالحكم. أما إذا كانت دعوى البطلان مؤسسة على سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر فإن ميعاد رفعها يبدأ وفقاً للقواعد المنصوص عليها في المادة (١٤٩) من المشروع.

(ب) نص المشروع على أن رافع دعوى البطلان يجب أن يودع مبلغ عشرين ديناراً ككفالة.

وقد ترسم المشروع في شأن هذه الكفالة الضوابط والإجراءات التي سبق أن اعتنقها في شأنها لكافة طرق الطعن في الأحكام.

مادة (١٨٨) وقف تنفيذ أحكام المحكمين: ثالثاً: نص المشروع على أن أحكام المحكمين تكون قابلة للتنفيذ – عند توافر شروطه – رغم رفع دعوى البطلان. ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنظر هذه الدعوى أن تأمر بوقف التنفيذ إذا توافرت الشروط الآتية:

(أ) أن يطلب ذلك رافع الدعوى.

(ب) أن يقوم الدليل أمامها من ظاهر الأوراق على خشية وقوع ضرر جسيم من التنفيذ.

(جـ) أن يقوم الدليل أيضاً من ظاهر الأوراق على ترجيح القضاء ببطلان الحكم.

فإن توافرت هذه الشروط وقضت المحكمة بوقف التنفيذ انسحب قضاؤها ذاك على إجراءات التنفيذ التي تكون قد اتخذت نفاذاً لحكم المحكم في تاريخ لاحق لطلب وقف التنفيذ دون تلك التي اتخذت قبل هذا التاريخ.

وإذ كان من المحتمل – في بعض الحالات– أن يصيب المدعى عليه في دعوى البطلان ضرر من الحكم بوقف التنفيذ فيما لو قضى لمصلحته في أصل المنازعة في نهاية المطاف، فقد أجاز المشروع للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان – عند الحكم بوقف التنفيذ – أن تلزم الطرف المستفيد منه تقديم كفالة تقدرها أو أن تأمر بما تراه لازماً لصيانة حق ذلك المدعى عليه.

قانـــون
بشأن التحكيم القضائي
في المواد المدنية والتجارية

القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥
بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية (*)

– بعد الاطلاع على الدستور،

– وعلى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٣ في شأن الرسوم القضائية،

– وعلى المرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المعدلة له،

– وعلى المرسوم بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون تنظيم الخبرة،

وافق مجلس الأمة على القانون الآتي نصه، وقد صدقنا عليه وأصدرناه.

المادة الأولى

تشكل بمقر محكمة الاستئناف هيئة تحكيم أو أكثر من ثلاثة من رجال القضاء، واثنين من المحكمين، يختار كل من أطراف النزاع – ولو تعددوا – 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 الأيام التالية لتكليف إدارة التحكيم له باختيار محكمه تعين الإدارة المذكورة المحكم صاحب الدور بجدول المحكمين المتخصصين في موضوع النزاع لعضوية الهيئة، وتكون رئاسة الهيئة لأقدم الأعضاء من رجال القضاء على أن يكون بدرجة مستشار.

ويقوم بأمانة سر الهيئة أحد موظفي محكمة الاستئناف، وتعقد الهيئة جلساتها بمقر محكمة الاستئناف أو في مكان آخر يعينه رئيس الهيئة.

* نشر بالكويت اليوم بملحق العدد ١٩٦ السنة ٤١.

ويصدر بتعيين المحكمين من رجال القضاء قرار من مجلس القضاء الأعلى(*) وذلك لمدة عامين من تاريخ صدوره.

المادة الثانية

تختص هيئة التحكيم بالمسائل الآتية:

١- الفصل في المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها.

كما تختص بالفصل في 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.

٢- الفصل دون غيرها في 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.

٣- 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 بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء.

وتنظر الهيئة المنازعات التي تعرض عليها بغير سوم.

المادة الثالثة

يقدم طلب التحكيم إلى إدارة التحكيم، وعلى تلك الإدارة قيده بالجدول الخاص في يوم تقديمه.

ويعرض الطلب خلال الأيام الثلاثة التالية لاختيار باقي المحكمين على رئيس هيئة التحكيم لتقدير المبلغ الذي يجب على كل من طرفي التحكيم إيداعه تحت حساب أتعاب محكمه في حالة عدم وجود إخطار سابق من المحكم بأن هذه الأتعاب قد سويت، وعلى إدارة التحكيم تكليف كل من طرفي التحكيم بإيداع المبلغ الذي يتعين عليه إيداعه خزانة

* استبدلت تسمية (المجلس الأعلى للقضاء) بتسمية (مجلس القضاء الأعلى) بموجب المادة ١٧ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ المعدلة بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٦. وهذه التسمية الجديدة تتفق وما جاء بالمادة ١٦٨ من الدستور الكويتي.

إدارة التحكيم خلال عشرة الأيام التالية، وفي حالة عدم قيامه بذلك في الموعد المذكور تخطر إدارة التحكيم الطرف الآخر خلال خمسة الأيام التالية بذلك، وله – إن شاء الاستمرار في إجراءات التحكيم – إيداع المبلغ المطلوب خلال عشرة الأيام التالية، فإذا انقضى هذا الميعاد دون إيداعه من أي من الخصوم، عرضت إدارة التحكيم طلب التحكيم على رئيس هيئة التحكيم للأمر بحفظه وبرد ما يكون قد أودعه أي من الخصوم من مبالغ تحت حساب أتعاب محكمه إليه.

المادة الرابعة

تعرض إدارة التحكيم طلب التحكيم خلال الأيام الثلاثة التالية لإيداع المبلغ المخصص لأتعاب المحكمين المختارين على رئيس هيئة التحكيم لتحديد جلسة لنظره، وعليها إعلان الطرفين بتلك الجلسة وبكامل تشكيل الهيئة خلال الخمسة الأيام التالية وتحديد موعد لهما لتقديم مستنداتهما ومذكراتهما وأوجه دفاعهما، ويجري الإعلان طبقاً لما هو مقرر في المادة ١٧٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ما لم يتفق طرفا النزاع على غير ذلك.

المادة الخامسة

تفصل هيئة التحكيم في المسائل الأولية التي تعرض لها في 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، ويجب التمسك بهذه الدفوع قبل التحدث في الموضوع، كما يجب التمسك بالدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يبديه الطرف الآخر من طلبات أثناء نظر النزاع، فور إبدائها وإلا سقط الحق فيه.

ولهيئة التحكيم في جميع الأحوال أن تقبل الدفع المتأخر، إذا رأت أن التأخر في إبدائه كان له ما يبرره.

وتفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها قبل الفصل في الموضوع أو تضمها إليه للفصل فيهما معاً.

كما يجوز لها إصدار الأحكام والأوامر المشار إليها في الفقرات أ وب وج من المادة ١٨٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

كما تفصل هيئة التحكيم في المسائل المستعجلة المتعلقة بموضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك.

المادة السادسة

تختص محكمة التمييز بالفصل في طلب رد أي من أعضاء هيئة التحكيم، ويرفع طلب الرد بتقرير يودع بإدارة كتاب محكمة التمييز خلال خمسة أيام من تاريخ إعلان طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم، أو من تاريخ حدوث سبب الرد أو من تاريخ علمه به إن كان تالياً لذلك.

ولا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم، وإذا حكم بالرد اعتبرت إجراءات التحكيم التي تمت بما في ذلك حكم هيئة التحكيم كأن لم تكن، ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر برفض طلب الرد بأي طريق من طرق الطعن.

وفي حالة الحكم برد أي من المحكمين أو اعتزاله أو عزله لأي سبب يتم تعيين من يحل محله بذات الإجراءات التي اتبعت عند تعيينه.

المادة السابعة

يصدر حكم هيئة التحكيم دون تقيد بمدة معينة وذلك استثناء من حكم المادة ١٨١ من قانون المرافعات المدنية.

ويصدر حكم هيئة التحكيم بأغلبية الآراء، وينطق به في جلسة علنية يعلن بها طرفا التحكيم، ويجب أن يشتمل بوجه خاص على موجز الاتفاق على التحكيم وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه وتاريخ صدوره والمكان الذي صدر فيه وتوقيعات المحكمين، كما يجب أن تودع مسودة الحكم المشتملة على تلك الأسباب موقعاً عليها من المحكمين عند النطق به، وإذا رفض واحد أو أكثر من المحكمين توقيع الحكم ذكر ذلك فيه، ويكون الحكم صحيحاً إذا وقعه أغلبية المحكمين ولو كان قد تنحى أو اعتزل واحد منهم أو أكثر بعد حجز الدعوى للحكم وبدء المداولة.

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

ولا يجوز نشر حكم هيئة التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة الطرفين.

المادة الثامنة

تختص هيئة التحكيم بتصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية، وبتفسيره إذا وقع في منطوقه غموض أو لبس، كما تختص أيضاً بالفصل في الطلبات الموضوعية التي أغفلت الفصل فيها، ويتم ذلك طبقاً للقواعد المنصوص عليها في المواد ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، فإذا تعذر ذلك تكون هذه المسائل من اختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

وإذا طعن في الحكم بالتمييز تختص محكمة التمييز دون غيرها بتصحيح ما يكون قد وقع فيه من أخطاء مادية أو بتفسيره.

المادة التاسعة

تحوز الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم قوة الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ طبقاً للإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بعد وضع الصيغة التنفيذية على الحكم بمعرفة إدارة كتاب محكمة الاستئناف.

المادة العاشرة

يجوز الطعن على الحكم الصادر من هيئة التحكيم بالتمييز في الأحوال الآتية:

أ- مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله.

ب- إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم.

ج- إذا قضت هيئة التحكيم على خلاف حكم سبق صدوره بين ذات الخصوم حاز حجية الأمر المقضي، سواء صدر من المحاكم العادية أو من إحدى هيئات التحكيم.

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

ولا يجوز الطعن على الحكم الصادر من هيئة التحكيم بأي طريق آخر من طرق الطعن.

المادة الحادية عشرة

مع مراعاة حكم المادة ١٣٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية يرفع الطعن إلى محكمة التمييز طبقاً للإجراءات المقررة لذلك في القانون المذكور، خلال ثلاثين يوماً من

تاريخ صدور حكم هيئة التحكيم في الحالات المبينة بالفقرات أ، ب، ج من المادة السابقة، ويبدأ هذا الميعاد في الحالات التي يتحقق فيها سبب من الأسباب المبينة بالفقرة (د) من تلك المادة وفقاً لحكم المادة ١٤٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ويتعين على الطاعن أن يودع عند تقديم الطعن مائة دينار على سبيل الكفالة.

ويتم قيد الطعن بالتمييز ونظره والفصل فيه طبقاً للإجراءات المقررة للطعن بالتمييز في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

المادة الثانية عشرة

يعمل بأحكام هذا القانون بالنسبة لهيئات التحكيم الواردة به، كما تسري عليها أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون.

وتلغى المادة ١٧٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

المادة الثالثة عشرة

يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون على أن تتضمن الأحكام الخاصة بتنظيم إدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف وبتنظيم القيد في جداول المحكمين وبإجراءات اختيارهم واستبدالهم وتقدير أتعابهم.

المادة الرابعة عشرة

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به بعد انقضاء شهر على تاريخ نشره، وعلى الوزراء – كل فيما يخصه – تنفيذ هذا القانون.

أمير الكويت

جابر الأحمد

صدر بقصر بيان في: ٢٠ رمضان ١٤١٥هـ

الموافق: ١٩ فبراير ١٩٩٥م

قرار وزاري رقم 43 لسنة 1995 بشأن إجراءات التحكيم القضائي

وزارة العـــدل
قرار وزاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥
بشأن إجراءات التحكيم القضائي
في المواد المدنية والتجارية

وزير العدل والشئون الإدارية:

بعد الاطلاع على ٧٢ من الدستور،

وعلى المادة ١٣ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية،

وعلى قرار وزير العدل رقم ١٣٣ لسنة ١٩٩٣ بشأن تسمية وكلاء الوزارة المساعدين وتحديد اختصاصاتهم.

وبناء على عرض وكيل الوزارة.

قـــرر

مادة أولـى

يشكل بمحكمة الاستئناف هيئة تحكيم أو أكثر، كل منها من ثلاثة من رجال القضاء يختارهم المجلس الأعلى للقضاء(*) واثنين من المحكمين المقيدين بالجداول المودعة بإدارة التحكيم أو من غيرهم، يختار كل من طرفي التحكيم -وإن تعددوا - أحدهما، وتكون رئاسة الهيئة لأقدم الأعضاء من رجال القضاء على أن يكون بدرجة مستشار ويقوم بأمانة سر الهيئة أحد موظفي إدارة التحكيم.

وتعقد الهيئة جلساتها بمقر محكمة الاستئناف أو بأي مكان آخر يحدده رئيس الهيئة.

مادة ثانية

يشترط فيمن يقيد بجداول المحكمين ما يلي:

* استبدلت تسمية المجلس الأعلى للقضاء بمجلس القضاء الأعلى - راجع حاشية ص٥٣٤ ما سلف.

أن يكون كويتي الجنسية.

أن يكون محمود السيرة حسن السمعة.

ألا يكون قد سبق فصله من الخدمة بقرار تأديبي نهائي، ما لم تمض على صدوره ثلاث سنوات على الأقل.

ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية في جناية أو في جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.

أن تتوافر لديه الخبرات العلمية أو العملية المناسبة التي تقرها اللجنة المبينة بالمادة التالية.

مادة ثالثة

تشكل لجنة لاختيار المحكمين المقبولين للقيد بالجداول:

تتكون من:

١- المستشار رئيس محكمة الاستئناف رئيساً

٢- وكيل الوزارة المساعد لشئون الخبرة والتحكيم عضواً

٣- وكيل الوزارة المساعد للشئون المالية وشئون قصر العدل عضواً

وتختص اللجنة باختيار المحكمين المقبولين للقيد بجداول المحكمين المستوفين للشروط المبينة بالمادة السابقة من بين طالبي القيد في تلك الجداول أو من القوائم التي تقدمها الجهات المختصة، كما تختص بتعديل تلك الجداول. ويتولى أعمال سكرتارية اللجنة مدير إدارة التحكيم.

مادة رابعة

يقدم طلب التحكيم من أصل وعدد من الصور بقدر عدد الخصوم إلى إدارة التحكيم مرفقاً به:

صورة من مشارطة التحكيم أو العقد المتضمن شرط التحكيم، ويبين بالطلب تاريخ تحريره وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وأسماء من يمثلهم وموطن كل منهم الأصلي أو المختار، وموضوع النزاع المعروض على هيئة التحكيم وما يتمسك به كل خصم من

طلبات ودفاع ودفوع بصورة موجزة واسم المحكم المختار – إن كان – وما يفيد تسوية أتعابه من عدمه.

ويتم قيد الطلب بالسجل الخاص في يوم تقديمه.

مادة خامسة

لكل من طرفي التحكيم اختيار محكم عنه من بين المحكمين المقيدين بالجداول المعدة لذلك بإدارة التحكيم أو من غيرهم خلال العشرة أيام التالية لتكليف إدارة التحكيم له بذلك، وفي حالة عدم اختياره لمحكمه تعين الإدارة المذكورة المحكم صاحب الدور بجداول المحكمين المتخصصين في موضوع النزاع لعضوية الهيئة.

مادة سادسة

يعرض طلب التحكيم خلال الأيام الثلاثة التالية لاختيار المحكمين على رئيس هيئة التحكيم لتقدير المبلغ الذي يجب على كل من طرفي التحكيم إيداعه لحساب أتعاب محكمه، في حالة عدم وجود إخطار سابق من المحكم بأن الأتعاب قد سويت، وعلى إدارة التحكيم تكليف كل من طرفي التحكيم بإيداع المبلغ الذي يتعين عليه إيداعه خزانة إدارة التحكيم خلال العشرة أيام التالية، وفي حالة عدم إيداعه في الموعد المذكور تخطر إدارة التحكيم الطرف الآخر بذلك خلال الخمسة الأيام التالية وله –إن شاء الاستمرار في إجراءات التحكيم إيداع المبلغ المطلوب خلال العشرة أيام التالية– فإذا انقضى هذا الميعاد دون إيداع المبلغ المطلوب من أي من الخصوم، عرضت إدارة التحكيم طلب التحكيم على رئيس الهيئة للأمر بحفظه وبرد ما يكون قد أودعه أي من الخصوم من مبالغ لحساب أتعاب محكمه إليه.

وتعرض إدارة التحكيم طلب التحكيم خلال الأيام الثلاثة التالية لإيداع المبلغ المخصص لأتعاب المحكمين المختارين على رئيس هيئة التحكيم لتحديد جلسة لنظره وتحديد مكان انعقادها، وعليها إعلان الطرفين بذلك، وبكامل تشكيل الهيئة خلال الخمسة أيام التالية وتحديد موعد لهما لتقديم مستنداتها ومذكراتهما وأوجه دفاعهما ويجري الإعلان طبقاً لما هو مقرر في المادة ١٧٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية أو بأي طريق آخر يتفق عليه الطرفان كالفاكس أو البريد أو الهاتف.

مادة سابعة

يقسم كل من عضوي هيئة التحكيم المختارين أمام رئيس الهيئة قبل مباشرة العمل يميناً بأن يؤدي عمله بالأمانة والصدق.

مادة ثامنة

في حالة الحكم برد أي من المحكمين أو اعتزاله أو عزله لأي سبب يعين من يحل محله بذات الإجراءات التي اتبعت عند تعيينه.

مادة تاسعة

تفصل هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها دون تقيد بمدة معينة وذلك استثناء من حكم المادة ١٨١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وتطبق الهيئة الأحكام والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ وتلك المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لا يتعارض مع أحكامه.

مادة عاشرة

على وكيل الوزارة تنفيذ هذا القرار ويلغى كل قرار مخالف لأحكامه ويعمل به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية(*).

وزير العدل والشئون الإدارية

مشاري جاسم العنجري

صدر في ٢٦ شوال ١٤١٥هـ

الموافق : ٢٧ مارس ١٩٩٥م

* نشر في الكويت اليوم العدد ٢٠٠ السنة ٤١.

مذكرة إيضاحية
لقانون التحكيم القضائي
في المواد المدنية والتجارية

صدر المرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية في يونيو ١٩٨٠ ونص في الباب الثاني عشر منه في المواد من ١٧٣ إلى ١٨٨ على الأحكام الخاصة بالتحكيم الاختياري، ونصت المادة ١٧٧ على أنه يجوز لوزارة العدل أن تشكل هيئة تحكيم أو أكثر تنعقد في مقر 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 لذلك وفق القواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل، وعلى أن تعرض على هذه الهيئة – بغير رسوم – المنازعات التي يتفق ذوو الشأن كتابة على عرضها عليها، وعلى أن تسري في شأنها القواعد المقررة في الباب الثاني عشر آنف الذكر في شأن التحكيم الاختياري، وقد أصدر وزير العدل نفاذاً لحكم هذه المادة قراره رقم ٨٢ لسنة ١٩٨٠ في ١٨/٨/ ١٩٨٠ في شأن اختيار عضوي هيئة التحكيم المذكورة.

وقد استهدفت المادة ١٧٧ آنفة الذكر – كما هو ظاهر – تشجيع المتقاضين على عرض منازعتهم على تلك الهيئات.

ولكن التطبيق العملي لحكم تلك المادة كشف عن عدم إقبال المتقاضين على عرض منازعاتهم عليها، ولعل مرد ذلك ما وقر في الأذهان من قصور إجراءات التحكيم الاختياري بعامة والقضائي منها بخاصة عن تحقيق الهدف المرجو منها وهو سرعة الفصل في منازعات التحكيم، وذلك نظراً لما تستغرقه إجراءات اختيار المحكمين ابتداءً من وقت وجهد، وما يترتب على طلب رد أي من المحكمين من وقف لإجراءات التحكيم ريثما يتم الفصل نهائياً في هذا الطلب، وما يؤدي إليه اعتزال أو تنحي أي من المحكمين بعد إقفال باب المرافعة وبدء المداولة من تعطيل للفصل في النزاع حتى يتم اختيار محكم جديد وإعادة المرافعة أمامه، هذا فضلاً عن تردد المتقاضين في اللجوء إلى التحكيم بحسبانه قضاءً من درجة واحدة نظراً لما ينطوي عليه ذلك من مخاطرة تتمثل في عدم إمكان تدارك

ما يقع في حكم المحكمين من أخطاء قانونية إلا من خلال دعوى البطلان المبتدأة والتي قد لا تتوافر أسبابها في جميع الحالات، وأيضاً فإن القضاء ببطلان حكم المحكمين بما يترتب عليه من إلغاء كافة إجراءات التحكيم التي تمت، والعودة بطرفي التحكيم إلى الوضع الذي كانا عليه قبل بدء تلك الإجراءات من شأنه إهدار ما بذل في اتخاذ تلك الإجراءات من وقت وجهد بغير طائل.

وعملاً على تلافي هذه العيوب في مجال هيئات التحكيم القضائي المنصوص عليها بالمادة ١٧٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية فقد أعدت وزارة العدل مشروع القانون المرافق، والذي نصت المادة الأولى منه على تشكيل هيئات التحكيم الواردة به بمقر محكمة الاستئناف من ثلاثة من رجال القضاء واثنين من المحكمين يختار كل من طرفي التحكيم – وإن تعددوا – أحدهما، بما يعني تشكيل تلك الهيئات في جميع الأحوال من خمسة محكمين وذلك حتى تكون الغلبة في تشكيلها دائماً لرجال القضاء، كما أجازت تلك المادة لكل من طرفي التحكيم اختيار محكمه من بين المحكمين المقيدين بالقوائم المعدة لذلك بإدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف أو من غيرهم دون تقييده، في ذلك بأي قيد، بما يتيح لكل من طرفي التحكيم اختيار محكمه بحرية كاملة، وفي حالة تقاعس أي من طرفي التحكيم عن اختيار محكمه خلال العشرة أيام التالية لتكليفه بذلك من إدارة التحكيم، تعين تلك الإدارة المحكم صاحب الدور من بين المحكمين المتخصصين بموضوع النزاع لعضوية الهيئة، كما نصت على أن يصدر بتعيين المحكمين من رجال القضاء في تلك الهيئات قرار من مجلس القضاء الأعلى(*). وعلى أن يكون ذلك لمدة عامين من تاريخ صدوره، بما يكفل سرعة تشكيل هيئات التحكيم المذكورة وبالتالي سرعة البدء في إجراءات التحكيم، كما نصت على أن تعقد هيئة التحكيم جلساتها بمحكمة الاستئناف أو بأي مكان آخر يعينه رئيس الهيئة وعلى أن يقوم بأمانة سر الهيئة أحد موظفي محكمة الاستئناف.

ونصت المادة الثانية على اختصاص هيئات التحكيم بالفصل في المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها، واعتبر المشروع في حكم اتفاق ذوي الشأن على العرض على هيئة التحكيم القضائي العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون وتتضمن نصاً بحل المنازعات الناشئة عنها بطريق التحكيم، ما لم ينص في هذه العقود على غير ذلك، كأن

(*) راجع حاشية المادة الأولى من مواد الإصدار.

ينص في هذه العقود على اختيار محكم واحد أو أكثر يتم اختيارهم بمعرفة ذوي الشأن أو اختيار إجراءات أخرى خلاف إجراءات التحكيم القضائي بما يعني انصراف إرادتهم إلى أعمال أحكام الباب الثاني عشر من قانون المرافعات فيتعين هنا احترام إرادة الطرفين.

كما يتعين احترام الأنظمة الخاصة بالتحكيم، مثل نظام التحكيم في بورصة الأوراق المالية أو نظام التوفيق والتحكيم في منازعات العمل الجماعية أو غيرها من أنظمة، حيث لا يفترض في هذه الحالات اتفاق ذوي الشأن على الإحالة إلى التحكيم القضائي.

كما تختص دون غيرها بالفصل في المنازعات التي تقوم فيما بين الوزارات والجهات الحكومية المختلفة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات، كاختصاص نوعي سالب لاختصاص جهات القضاء العادي بها، تخفيفاً للعبء، على تلك الجهات، وباعتبار أن تلك المنازعات يجمعها قاسم مشترك هو أن محلها المال العام.

كما تختص بالفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات والجهات الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة في المنازعات التي تقوم بينهم، ما لم يكن قد سبق رفع المنازعة أمام القضاء، بأن كانت مطروحة على المحاكم وقت طلب التحكيم أو كان قد صدر في المنازعة حكم قضائي، ولو كان ابتدائياً، ولكن ذلك لا يمنع من اتفاق ذوي الشأن على ترك الخصومة أمام القضاء، والالتجاء إلى التحكيم طبقاً للبند الأول من المادة الثانية.

وقد رؤي أن يكون فصل هيئة التحكيم في كافة هذا المنازعات بغير رسوم.

وبينت المادة الثالثة إجراءات قيد وعرض طلبات التحكيم على رئيس هيئة التحكيم، فنصت على أن يقدر رئيس الهيئة المبلغ الذي يتعين على كل من طرفي التحكيم إيداعه إلى خزانة إدارة التحكيم تحت حساب أتعاب محكمه، في حالة عدم وجود إخطار سابق من المحكم بأن هذه الأتعاب قد سويت، وعلى مواعيد إيداع ذلك المبلغ وما يتبع في حالة تقاعس أي من طرفي التحكيم عن إيداعه في الموعد المحدد لذلك وهو عشرة أيام، حيث أجازت للطرف الآخر في التحكيم – في حالة رغبته في الاستمرار في إجراءات التحكيم – إيداعه خلال العشرة أيام التالية لإبلاغ إدارة التحكيم له بعدم إيداع خصمه للمبلغ المشار إليه.

وجاء ذلك استهداءً بحكم المادة الخامسة من المرسوم بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠ في شأن تنظيم الخبرة والتي تجيز إيداع أمانة الخبير من أي من طرفي الخصومة، إذا رغب في التمسك بالحكم الصادر بندب الخبير حتى يتسنى لهذا الأخير مباشرة المأمورية، فإذا انقضى الميعاد المشار إليه دون إيداع المبلغ المطلوب من أي من الطرفين تعرض إدارة التحكيم طلب التحكيم على رئيس الهيئة، للأمر بحفظه وبرد ما يكون قد أودع من مبالغ تحت حساب أتعاب المحكمين من أي من طرفي النزاع إليه.

ونصت المادة الرابعة على أنه في حالة إيداع المبلغ المخصص لأتعاب المحكمين المختارين، تعرض إدارة التحكيم الطلب على رئيس الهيئة خلال الأيام الثلاثة التالية لذلك لتحديد جلسة لنظره، وعلى أن تعلن تلك الإدارة طرفي التحكيم بتلك الجلسة وبكامل تشكيل الهيئة خلال الأيام الخمسة التالية لتحديدها، وعلى أن يتضمن الإعلان تحديد موعد لهم لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه دفاعهم، وعلى أن يتم الإعلان بذلك طبقاً لما هو مقرر بالمادة ١٧٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

وعملاً على سرعة الفصل في منازعات التحكيم، ونظراً لغلبة العنصر القضائي على تشكيل هيئات التحكيم، نصت المادة الخامسة على اختصاص تلك الهيئات بالفصل في المسائل الأولية التي تعرض لها في المنازعات والتي تدخل في اختصاص القضاء المدني أو التجاري ولا يسري ذلك على المسائل الجزائية أو الأحوال الشخصية وفي الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، وعلى أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في تلك الدفوع قبل الفصل في الموضوع أو تضمها إليه للفصل فيهما معاً، كما نصت على أنه يجوز لهيئة التحكيم إصدار الأحكام والأوامر المشار إليها بالفقرات أ، ب، ج من المادة ١٨٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهي المتعلقة بالحكم بالجزاء المقرر قانوناً على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة، والحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته ضروري للحكم في التحكيم، والأمر بالإنابات القضائية، دون أن تكون ملزمة بإيقاف إجراءات التحكيم في هذه الحالات للرجوع إلى رئيس المحكمة المختصة لإصدار أي من تلك الأحكام أو الأوامر على نحو ما هو مقرر بالمادة ١٨٠ آنفة الذكر بالنسبة للمحكم الاختياري.

كما تفصل هيئة التحكيم في المسائل المتعلقة بموضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك.

وعملاً على عدم إطالة الإجراءات في منازعات التحكيم من جهة، وعلى سرعة الفصل في طلب رد أي من أعضاء هيئات التحكيم آنفة الذكر مع توفير الضمانات الضرورية لذلك في ذات الوقت من جهة أخرى، نصت المادة السادسة على اختصاص محكمة التمييز بالفصل في هذا الطلب، وعلى أن الحكم الصادر برفض طلب الرد لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن وعلى أنه لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم، كما نصت بالمقابل على أنه إذا قضى بالرد اعتبرت إجراءات التحكيم بما فيها حكم هيئة التحكم كأن لم تكن بما يكفل عدم تعطيل إجراءات التحكيم نتيجة لطلب رد أي من المحكمين وسلامة الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم في ذات الوقت، كما نصت تلك المادة أيضاً على أنه في حالة الحكم برد أي من المحكمين أو اعتزاله أو عزله لأي سبب يتم تعيين من يحل محله بذات الإجراءات التي اتبعت عند تعيينه.

وتحقيقاً لذات الغاية نصت المادة السابعة على صدور حكم التحكيم دون التقيد بمدة معينة وبأغلبية الآراء ووجوب النطق به في جلسة علنية يُعلن بها طرفا التحكيم.

ووجوب اشتماله على الأسباب التي بني عليها ووجوب إيداع مسودة الحكم المشتملة على تلك الأسباب موقعاً عليها من المحكمين، وعلى أنه إذا رفض محكم أو أكثر التوقيع على الحكم ذكر ذلك فيه وعلى اعتبار الحكم الصادر من هيئة التحكيم صحيحاً إذا وقعه أغلبية المحكمين، ولو كان قد تنحى أو اعتزل واحد منهم أو أكثر لأي سبب بعد حجز الدعوى للحكم وبدء المداولة بحضوره، كما نصت على وجوب إيداع الحكم المنهي للخصومة مع أصل الاتفاق على التحكيم إدارة كتاب محكمة الاستئناف خلال الخمسة أيام التالية لإصداره، وعلى عدم جواز نشر حكم هيئة التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة الطرفين تقديراً لخصوصية الخصومة في منازعة التحكيم.

ونصت المادة الحادية عشرة على ميعاد رفع الطعن بالتمييز على حكم هيئة التحكيم في الحالات المبينة بالمادة السابقة، وعلى أن هذا الميعاد يبدأ من تاريخ صدور الحكم، عدا الحالات التي يكون مبناها تحقيق سبب من الأسباب التي يجوز فيها التماس إعادة النظر، حيث يبدأ الميعاد وفقاً لحكم المادة ١٤٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وناطت المادة الثالثة عشرة بوزير العدل إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون على أن تتضمن الأحكام الخاصة بتنظيم إدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف، وبتنظيم القيد في قوائم المحكمين وبإجراءات اختيارهم أو تسميتهم واستبدالهم وتقدير أتعابهم.

كما نصت تلك المادة على وجوب أن يودع الطاعن مبلغ مائة دينار على سبيل الكفالة عند تقديم صحيفة الطعن، وعلى أن يتم قيد الطعن بالتمييز ونظره طبقاً للإجراءات المقررة لذلك في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ونصت المادة الثانية عشرة على إلغاء حكم المادة ١٧٧ من قانون المرافعات، وكذلك نصت على تطبيق أحكام هذا القانون على هيئات التحكيم المنصوص عليها فيه، وتطبيق أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية أيضاً عليها فيما لا يتعارض مع أحكامه.