

دور التحكيم التجاري ووسائل فض المنازعات
البديلة في تسوية النزاعات التجارية: دراسة مقارنة
بين القانون الكويتي والقانون المصري

المؤلف

عائد عوض محمد

الناشر

أيمست جروب

رقم الإيداع : 2025/31847

الترقيم الدولي : 978-977-95-4920-0

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

شكر وتقدير

أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى المشرف الأكاديمي الفاضل :
الدكتورة - ملاك علي - على دعمه العلمي وتوجيهاتها السديدة التي كان لها بالغ
الأثر في إنجاز هذا البحث.
ولا يفوتني أن أعبر عن امتناني لكل الأساتذة والباحثين الذين أفدت من
مؤلفاتهم واخص بالشكر المهندس المستشار ماجد خلوصي على توجيهاته
القيمة والسديدة ، ولكل من ساعدني ولو بكلمة في هذه المسيرة العلمية.

الملخص

تتناول هذه الرسالة بالدراسة والتحليل دور التحكيم التجاري الدولي ووسائل فضّ المنازعات البديلة (ADR) في تسوية النزاعات التجارية، من خلال مقارنة بين القانون الكويتي والقانون المصري. وتهدف إلى بيان مدى توافق التشريعين مع المعايير والاتفاقيات الدولية، ولا سيّما اتفاقية نيويورك لعام 1958 وقواعد الأونسيترال النموذجية.

تركّز الدراسة على الإجراءات التحكيمية، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ودور القضاء الوطني في دعم أو مراقبة العملية التحكيمية، مع إبراز أوجه التشابه والاختلاف بين النظامين الكويتي والمصري. كما تتناول فعالية الوسائل البديلة الأخرى كالوساطة والصلح في تحقيق العدالة السريعة وتقليل تكاليف النزاع.

وتخلص الرسالة إلى ضرورة تحديث التشريعات الوطنية وتعزيز المراكز المتخصصة في التحكيم التجاري، بما يساهم في دعم مناخ الاستثمار وتوحيد المفاهيم القانونية في العالم العربي.

فهرس المحتويات

8	الفصل الأول
8	الإطار العام للدراسة
9	المقدمة
11	المشكلة البحثية:
12	أهداف البحث:
12	الأهمية البحثية:
13	منهجية البحث:
14	الفصل الثاني
14	الدراسات السابقة
15	الدراسات السابقة
40	الفصل الثالث
40	الإطار النظري
41	المفاهيم والأساسيات
41	التحكيم: -
42	التحكيم تاريخيا
45	أنواع التحكيم:
49	التحكيم والمصطلحات المرادفة:

53	 خصائص التحكيم
57	 مزايا التحكيم التجاري الدولي
58	 عيوب التحكيم التجاري الدولي:
59	 أركان اتفاق التحكيم (الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم)
64	 صور اتفاق التحكيم الدولي
64	 شرط التحكيم
66	 شروط صحة شرط التحكيم:
67	 مشاركة التحكيم
67	 أوجه الاتفاق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم
68	 أوجه الاختلاف بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم
70	 شروط اتفاق التحكيم
78	 المحكم
78	 الشروط الخاصة بالمحكمين:
81	 سلطة المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق: -
82	 مفهوم العقد التجاري
83	 تعريف العقود التجارية الدولية
83	 تعريف العقود التجارية الإلكترونية
85	 خصائص العقود التجارية
86	 الصفة التجارية لأطراف العقد التجاري الدولي
86	 أهم أنواع عقود التجارة الدولية

88	القواعد القانونية لتفعيل ركائز العقد التجاري
90	القانون واجب التطبيق في المنازعات التجارية
100	مبدأ سلطان الإرادة والتحكيم التجاري
105	القيود الواردة على التحكيم التجاري
107	تعريف الاستثمار
109	تصنيف الاستثمار : -
114	عقود الاستثمار
115	العقود الدولية للاستثمارات
115	مبررات اللجوء للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي
124	الفصل الرابع
124	المنهجية وتحليل النتائج
125	المنهجية
125	المنهج الوصفي
126	أدوات جمع البيانات
127	تحليل النتائج
127	الإطار القانوني والمؤسسي للتحكيم التجاري في الكويت
134	الإطار القانوني والمؤسسي للتحكيم التجاري في مصر
135	الإجراءات التشريعية وآليات التنفيذ
140	دراسة مقارنة وتحليلية بين النظامين الكويتي والمصري

145.....	الفصل الخامس
145.....	النتائج والتوصيات
146.....	النتائج:
149.....	التوصيات:
152.....	قائمة المراجع
161.....	الملاحق

قائمة الجداول

132	جدول رقم (1): مقارنة بين قانون المرافعات الكويتي وقانون التحكيم القضائي الكويتي
139	جدول رقم (2): مقارنة تفصيلية بين التحكيم التجاري في القانونين الكويتي والمصري .
144	جدول رقم (3): مقارنة بين آليات فض المنازعات البديلة في الكويت ومصر

الفصل الأول

الإطار العام للدراسة

المقدمة

شهد العالم في العقود الأخيرة تحولات عميقة في أنماط التبادل التجاري والاستثمار الدولي، حيث اتسعت شبكة العلاقات الاقتصادية وتشابكت مصالح الفاعلين الاقتصاديين من شركات متعددة الجنسيات، ومستثمرين، ومؤسسات مالية، وتجارية. وقد أدى هذا الانفتاح إلى بروز نزاعات تجارية ذات طبيعة معقدة تتجاوز حدود الدولة الواحدة، مما فرض تحديات على النظم القضائية الوطنية التقليدية التي غالبًا ما تنسم بالبطء، والتعقيد الإجرائي، وضيق الإلمام بخصوصيات العلاقات التجارية الدولية.

أمام هذه التحديات، برز التحكيم التجاري الدولي كخيار رئيسي لتسوية المنازعات التجارية، حيث يجمع بين السرعة والمرونة والحياد، ويوفر ضمانات أكبر لاستقرار المعاملات التجارية. كما ظهرت إلى جانبه وسائل فض المنازعات البديلة (ADR) مثل الوساطة والتوفيق والصلح، التي تمنح الأطراف قدرة أكبر على التحكم في مسار التسوية، وتساعد على الحفاظ على العلاقات التعاقدية والتجارية بما يتناسب مع طبيعة السوق العالمية.

وفي السياق العربي، برزت الحاجة الملحة إلى تطوير أنظمة التحكيم التجاري بما يتماشى مع المعايير الدولية، نظرًا لتزايد حجم الاستثمارات الأجنبية المباشرة، واتساع نطاق المشاريع المشتركة في مجالات البنية التحتية، والطاقة، والخدمات المالية. غير أن الدول العربية تختلف في مستوى تطور أطرها القانونية والتنظيمية للتحكيم. وتعد مصر والكويت نموذجين بارزين لهذه الاختلافات؛ فمصر تبنت مبكرًا قانونًا مستقلًا للتحكيم التجاري (القانون رقم 27 لسنة 1994) مستوحى من قانون الأونسيترال النموذجي، كما عززت مكانتها بإنشاء مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم

التجاري الدولي الذي اكتسب سمعة عالمية. في المقابل، ما زالت الكويت تعتمد على النصوص الموزعة في قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي رقم 11 لسنة 1995، دون إصدار قانون موحد للتحكيم التجاري الدولي، الأمر الذي انعكس على مستوى وضوح الإجراءات وجاذبية النظام للمستثمرين.

وتكمن أهمية المقارنة بين النظامين المصري والكويتي في أن كليهما يمثل بيئة استثمارية نشطة في المنطقة، غير أن اختلاف البنية التشريعية والمؤسسية للتحكيم ينعكس بشكل مباشر على فعالية تسوية النزاعات التجارية. فبينما يعزز النظام المصري الثقة في التحكيم من خلال وضوح النصوص ووجود مؤسسات متخصصة، لا يزال النظام الكويتي بحاجة إلى إصلاحات تشريعية ومؤسسية تواكب التطورات العالمية.

من ناحية أخرى، فإن دور القضاء في كل من مصر والكويت يثير تساؤلات حول مدى التوازن بين استقلالية التحكيم ورقابة المحاكم. ففي مصر، برغم دعم القضاء للتحكيم، إلا أن بعض الأحكام أظهرت اتجاهًا متشدّدًا في بسط الرقابة على أحكام المحكمين، في حين أن القضاء الكويتي يتعامل بحذر أكبر مع التحكيم التجاري الدولي، مما يؤدي أحيانًا إلى عرقلة تنفيذ بعض الأحكام التحكيمية الأجنبية بدعوى مخالفتها للنظام العام.

وفي هذا الإطار، يسعى هذا البحث إلى تحليل الإطار القانوني والمؤسسي للتحكيم التجاري في كل من مصر والكويت، والكشف عن أوجه التشابه والاختلاف بينهما، وتقييم مدى فعالية كل نظام في دعم بيئة الأعمال والاستثمار. كما يهدف إلى

استجلاء مدى انسجام الأنظمة الوطنية مع الاتفاقيات والمعايير الدولية، وعلى رأسها اتفاقية نيويورك لعام 1958 وقانون الأونسيترال النموذجي، مع تقديم توصيات عملية تسهم في تطوير منظومة التحكيم التجاري العربي.

إن هذا البحث لا يقف عند حدود التحليل القانوني للنصوص، بل يتعداه إلى دراسة التطبيقات العملية والأحكام القضائية والممارسات المؤسسية، مما يمنحه طابعاً تطبيقياً يوازن بين الجانب النظري والجانب العملي. كما يشكل إضافة علمية للمكتبة القانونية العربية من خلال سد فجوة في الدراسات المقارنة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ووسائل فض المنازعات البديلة في المنطقة.

المشكلة البحثية:

نتيجة لما تقدم فإن تلم الدراسة تعنتي بتوضيح دور التحكيم الإلكتروني في حل النزاعات التجارية، ومن ثم يمكن صياغة السؤال البحثي الرئيسي لتلك الدراسة على النحو التالي:

(ما هو لتحكيم الدولي ووسائل فض المنازعات البديلة في تسوية المنازعات التجارية؟)

ويتفرع عن هذا السؤال عدد من الأسئلة البحثية تتمثل في الآتي:

- ما هو الإطار القانوني والمؤسسي الذي يحكم التحكيم التجاري في القانون الكويتي؟
- ما هو الإطار القانوني والمؤسسي للتحكيم التجاري في القانون المصري؟
- ما هي أوجه التشابه بين النظامين المصري والكويتي فيما يتعلق بالقواعد والإجراءات والمبادئ القضائية المرتبطة بالتحكيم التجاري؟

- وما هي أوجه الاختلاف الجوهرية بين النظامين من حيث التنظيم التشريعي، دور القضاء، وتنفيذ أحكام التحكيم؟
- ما هي الإصلاحات أو التوصيات التي يمكن أن تُسهم في رفع كفاءة النظام الكويتي بالاستفادة من التجربة المصرية؟

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة بشكل أساسي إلى:

- تحليل الإطار القانوني والمؤسسي للتحكيم التجاري في القانون الكويتي.
- تحليل الإطار القانوني والمؤسسي للتحكيم التجاري في القانون المصري.
- إجراء مقارنة معمقة لأوجه التشابه والاختلاف بين النظامين من حيث القواعد والإجراءات والمبادئ القضائية.
- تقييم مدى فعالية كل نظام في دعم بيئة الأعمال والاستثمار بناءً على التحليل المقارن.

الأهمية البحثية:

تستمد هذه الدراسة أهميتها من:

أهمية علمية حيث:

1. يساهم البحث في إثراء الأدبيات القانونية العربية من خلال تقديم دراسة مقارنة معمقة بين نظامين قانونيين مهمين في المنطقة العربية (الكويت ومصر)، مما يساعد في سد الفجوة البحثية في مجال التحكيم التجاري ووسائل فض المنازعات البديلة.

2. يعزز البحث الفهم العلمي لمفاهيم التحكيم التجاري والوسائل البديلة، مثل الوساطة والصلح والتوفيق، ويوضح الفوارق الدقيقة بينها وبين القضاء العادي، بما يساعد الباحثين في القانون التجاري الدولي على تطوير أدواتهم التحليلية.

أهمية عملية حيث:

1. يساعد البحث في بيان مدى فعالية نظامي التحكيم في مصر والكويت في جذب الاستثمارات الأجنبية، وذلك من خلال توفير آليات عادلة وسريعة لتسوية النزاعات التجارية.

2. يقدم البحث توصيات عملية يمكن أن يستفيد منها المشرع الكويتي لتطوير قوانين التحكيم التجاري، مستفيداً من التجربة المصرية التي أثبتت فعاليتها في هذا المجال.

منهجية البحث:

سيتم في هذا البحث إتباع المنهج الوصفي والتحليلي، الذي يقوم على التحليل وربط الأسباب بالنتائج، حيث تم الاعتماد على المنهج الوصفي؛ والمنهج التحليلي لربط الأسباب بالنتائج والتوصل إلى مجموعة من النتائج حول دور التحكيم والوسائل البديلة في حل النزاعات التجارية .

الفصل الثاني

الدراسات السابقة

الدراسات السابقة

دراسة (بن دريس حليلة، 2022)، بعنوان " خصوصية التحكيم التجاري الدولي في إطار منظمة التجارة العالمية ومدى استفادة الدول النامية منه -دراسة في أحكام مذكرة التفاهم بشأن تسوية المنازعات-".

أهداف الدراسة:

- معرفة خصوصية التحكيم التجاري في إطار منظمة التجارة العالمية
- معرفة مدى استفادة الدول النامية من نظام التحكيم التجاري في ظل اتفاقية منظمة التجارة العالمية

النتائج: -

يعتبر الالتجاء الى جهاز تسوية المنازعات وطلب إنشاء فريق التحكيم لا يتم الى بعد التأكد من أن ذلك هو السبيل الوحيد لحسم النزاع، إذ أتاحت مذكرة التفاهم مرحلتين لتسوية النزاع وديا بالاتفاق بين طرفي النزاع قبل اللجوء الى إنشاء فريق التحكيم هما التشاور والمسعاي الحميدة والتوفيق والوساطة، ويعكس هذا التدرج الحرص على الابقاء على العلاقات الطيبة بين الدول والتأكيد على مبدأ حسن النية بما يحد من نشوب النزاعات بين الدول الاعضاء في منظمة التجارة الدولية.

-وضعت مذكرة التفاهم ضوابط وقواعد محددة لإنشاء وعمل فرق التحكيم تكفل سير إجراءات سير تسوية المنازعات بطريقة تلقائية وعدم عرقلتها بالإضافة الى رقابة تنفيذ توصيات فريق التحكيم، لأن مذكرة التفاهم منعت الدول الاعضاء في منظمة التجارة العالمية من اتخاذ تدابير انتقامية أحادية الجانب.

-إن التحكيم في إطار منظمة التجارة العالمية من التحديات التي نجحت في تحقيقها الدول بهدف إقامة نظام اقتصادي عالمي منظم قانونيا وقوي تجاريا، عمل التحكيم في منظمة التجارة بحل النزاع التجاري الد ولي بطرق سليمة طوال مراحل النزاع، ويعتبر هذا التحكيم في جزء منه نظام إجرائي قضائي أعتمد كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية مع ضمان حياد خبراء المحكمين وتوفير الحلول في ظروف سليمة تحافظ على الوفاق بين أطراف النزاع.

-اتسم نظام التحكيم في منظمة التجارة العالمية بالفعالية من حيث تنفيذ قرارات جهاز التحكيم وبقبول الدول هذه القرارات مهما بلغت درجة تقدمها وقوتها مما دفع ببعض الدول الى تغيير أنظمتها القانونية مع النظام القانوني للمنظمة كالولايات المتحدة الامريكية. ومع أن التحكيم في هذه المنظمة يشكل نقاط قوة إلا أنه وفي المقابل هناك نقاط ضعف يعاني منها نظام التحكيم في إطار هذه المنظمة أنه لم يتضمن آلية قوية للتنفيذ الجبري للالتزامات الدولية ومن ثمة يمكن أن تشل فاعليته لا سيما بالنسبة للدول النامية الامر الذي ينتج عنه انتفاء مبدأ العدل والانصاف بين الدول الاعضاء في منظمة التجارة العالمية.

التوصيات: -

-لابد من إعداد كوادرو خبرات وطنية للاستعانة بهم في المنازعات التجارية التي تكون الدول النامية طرفا فيها، من أجل تجنب التكلفة العالية للمحكمين، ويكون إعداد هذه الكوادرو من خلال إلحاق خريجي الجامعات بدورات متخصصة بمراكز

التحكيم التجاري الدولي، مع تطوير مناهج التعليم التجاري ليوأكب المتغيرات الاقتصادية المعاصرة.

- على الدول النامية أن تتجنب استخدام التحكيم قدر الامكان سواء كانت شاكية أو مشكو في حقها بما يؤدي الى تخفيض متوسط النفقات في مجال تسوية المنازعات وذلك من خلال تسوية أكبر عدد ممكن من المنازعات في مرحلة التشاور خاصة المنازعات التي تثور بين الدول النامية مع بعضها البعض
- لا بد من ترجمة اصطلاحات المعاملة الخاصة والتفضيلية الممنوحة للدول النامية الى التزامات محددة على الدول المتقدمة قابلة للتنفيذ سواء من حيث مدة التقاضي أو طريقة الحصول على التعويض.

دراسة (أمل قاسمي، 2017)، بعنوان " دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر".

أهداف الدراسة:

- إن الهدف المبتغى من دراسة هذا الموضوع والغوص في فحواه هو:
- الرغبة في إبراز مدى فعالية التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر.
- التعرف على اتفاق التحكيم، من خلال أهم صوره المتمثلة في التعهد السابق والتعهد اللاحق.
- التعرف على كيفية سير إجراءات التحكيم وفقاً لما تتطلبه طبيعته والقوانين والتشريعات الوطنية والدولية.

-وكذلك معرفة القانون الواجب التطبيق على إجراءاته والحكم الصادر بخصوص ذلك.

النتائج:

-إن نظام التحكيم يتمتع بالعديد من المزايا والامتيازات التي تلعب دورا جد كبير من خلال العمل على تسهيل إجراءاته والتحرر من أي شكليات أو معيقات من شأنها أن تعيق مساره، إذ أن هذه المزايا تقوم على دعم التجارة في أوسع نطاق ممكن وتستجيب للأطراف المتعاقدة من خلال تحقيق رغباتهم والعمل على حل كافة النزاعات التي تقوم بينهم.

-يعمل نظام التحكيم على الفصل في النزاع المعروض عليه بأقصى سرعة ممكنة وفي سرية تامة.

-يعد نظام التحكيم الوسيلة المثلى والفعالة لفض المنازعات في مجال الاستثمار خصوصا في ظل ما شهده من تغيرات في عصرنا إذ يستلزم توافر الأسباب التي دفعت إلى التحكيم في منازعات الاستثمار.

- إن نجاح نظام التحكيم في مجال الاستثمار منوط بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين المستثمر الأجنبي وضمناته وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية للبلدان النامية بما فيها الجزائر.

-إنه من اللازم وبالأمر الضروري تطوير نظام التحكيم وبالأخص في الجزائر طبقا لما يتوافق مع طبيعة وروابط الاستثمار وخصوصية ما يقرره هذا الأخير من منازعات.

التوصيات: -

يجب على الدول في حالة إبرامها اتفاقية أو معاهدة فيما بينها أن تقوم بإدراج شرط التحكيم ضمن أحكام هاته الاتفاقية، إذ يجب عليها أخذ الحذر والتروي الشديد وبذل عناية قصوى عند صياغته في عقود الاستثمار لأن وجود أي ثغرات في مضمونه أو صياغته قد تميل بالتحكيم عن مساره الطبيعي وبالتالي تسمح للطرف الذي يرغب في اللجوء إليه باتباع أساليب المماطلة وبالتالي يصبح وسيلة عديمة الأثر وكذلك يفتح المجال أمام المحكمين الدوليين للوصول إلى نتائج قد تكون غير عادلة الأمر الذي يؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد إذ أن هذا الأمر لا يقتصر فقط على الطرف المتعاقد وإنما يجب على المشرع نفسه وهو بصدد صياغة هذا الشرط أن يراعي النصوص القانونية التي تتعلق بهذه العقود وتؤثر على مصيرها.

ثانيا: لا بد من المراجعة الدائمة وكذا المستمرة لتشريعات الدول النامية حتى تكون مواكبة لكل التطورات والمستجدات، إذ لا بد من تغييرها وتحديثها من فترة زمنية إلى أخرى لأن جمودها وبقائها مدة طويلة على نفس الوضع يزيد من استقلالية التحكيم.

- ضرورة الاهتمام بوضع أنظمة قانونية والتشجيع على إنشاء هيئات للتحكيم من أجل إعطاء فرصة للدول خاصة النامية وتسهيل لجوئها إلى هذه الوسيلة.

- على المشرع الجزائري تنظيم التحكيم في إطار المؤسسات الإقليمية الدولية ليكون الإجراءية للمستثمرين وعاملا شاملا للاستثمار في الجزائر.

- ضرورة بذل العناية القصوى من قبل الأطراف المتنازعة عند اختيار المحكمين إذ يجب عليهم الحرص على اختيار أحسن المحكمين بغية الفصل في منازعاتهم.
- ضرورة حرص الأطراف المتنازعة وتجنبها الوقوع في عدة ثغرات خاصة أثناء اختيارها القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.
- يجب العمل على قيام عدة دراسات وملتقيات حول هذا النظام وبالخصوص في مجال عقود الاستثمار سواء على المستوى الوطني أو الدولي بغية تبادل الخبرات والأخذ من تجارب الدول السبّاقة في تبني هذا النظام ومعرفة القيمة التي يحتلها خصوصا في مجال المحافظة على العلاقات الدولية.

دراسة (فريجة بهاء الدين، 2018) بعنوان " شرط التحكيم ودوره في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية"

يهدف موضوع شرط التحكيم ودوره في تسوية منازعات الاستثمار إلى توضيح منازعات عقود الاستثمار وعلاقته بالتحكيم كأسلوب لحل المنازعات. بحيث أن منازعات الاستثمار الأجنبي تنشأ لأسباب مختلفة فإن كان مشروع المستثمر الأجنبي يحقق منافع اقتصادية للدولة المضيفة فإنها تحاول الحفاظ على جميع مكاسب المشروع، وإذا كان سلبيا تنشأ تغيرات في النتائج والتقدير المبررة من الاستثمار الأجنبي، وهنا تنور منازعات نتيجة التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي قد ينتج عنها تضارب في المصالح تؤدي إلى تدخلات إدارية في الاستثمارات- مما قد يؤدي بدوره إلى نشوء المنازعات - كأن هدف الدولة إلى حماية البيئة أو مصالحها الاقتصادية، وبطبيعة الحال فإن تدخل الإدارة في بعض القطاعات من

أجل حماية مصالحها قد يؤدي بدوره إلى نشوء منازعات، وقد تقشل الاستثمارات الأجنبية نتيجة وقوع ضغوط خارجية أو اختلافات . وأمام هذا كله فإنه كان لابد من إيجاد وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود بما يتلاءم مع طبيعتها.

المنهج المتبع في الموضوع :ومن أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة وجب اتباع المنهج الوصفي التحليلي لمعالجة التحكيم كضمان لعقود الاستثمار الأجنبي، وكذا دراسة مختلف المشاكل التي يثيرها التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، كما تم الاستعانة بالمنهج المقارن في بعض جوانب الموضوع من أجل دراسة موقف كل من التشريع الجزائري والمصري والفرنسي والبعض من الاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بكيفية التعامل ومعالجة المشاكل التي تثور بين أطراف عقود الاستثمار.

النتائج:

إن نجاح أسلوب التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية منوط بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبي وضمائنه وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، ومن هنا بات من الضروري تطوير التحكيم الدولي بما يتماشى مع طبيعة عقود الاستثمار وخصوصية ما تفرزه من منازعات. ولا زال البحث قائما لتطوير التحكيم الدولي في مجال منازعات الاستثمار وإيجاد صيغة دولية قادرة على تقنين القواعد الكفيلة بحماية رأس المال الأجنبي وإقامة العدالة المتوازنة التي تتطلع إليها الدول. وقد اعتبرت عقود الاستثمار بأنها تعبير يشير إلى العلاقات القانونية التي تدخل الدولة فيها والتي تكون عموما من أقطار العالم الثالث أو شركات في اتفاق مستثمر أجنبي والذي عادة ما يكون شركة غير دولية مما

يدخل تحت هذا التحديد من أجل إقامة مشروع استثماري، كما عرفت بأنها: "كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي التي تتعلق بمباشرة الأنظمة التي تدخل في إطار التنمية الاقتصادية للبلاد وفي هذا الاتجاه فقد جاء قانون الاستثمار في بعض الدول ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، كما اعتمد المشرع الجزائري أيضا التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في عقود الاستثمار وعلى هذا الأساس فإن الدول لجأت إلى جذب الاستثمارات.

الأجنبية وذلك بقبول مبدأ عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثل أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية. وهكذا يتضح أن الدولة بعد موافقتها على التحكيم في عقود الاستثمار لا يمكنها التهرب منه بحجة أن قانونها الوطني لا يعترف بالتحكيم، باعتبار أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم خاضع للنظام العام الدولي، ومن مبادئ هذا النظام العام أنه لا يجوز للمشرع الوطني التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم، كما لا يجوز التخلص من اتفاق التحكيم بحجة صدور قانون جديد يبطل التحكيم صدر بعد توقيع عقد الاستثمار. فالقيود التي تصدر تكون مشوبة بالغش بقصد التهرب من شرط التحكيم لسبب أو لآخر ارتأته الدولة، وقامت بإصدار التعديل لخدمة مصلحتها في الدعاوى القائمة. إن المرونة التي يقدمها التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار، والمستثمرين سيبقى آلية ضرورية وفاعلة تحقق

المصلحة والفائدة المرتقبة منه .وسيبقى بالتأكيد الوسيلة المثلى لفض منازعات عقود الاستثمار خصوصا في ظل ما يشهده العالم من تغيرات متتابة.

دراسة (الهام عزام وحيد الخراز، 2009)، بعنوان " التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع دراسة مقارنة-".

أهداف الدراسة: -

دراسة تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي لا تقتصر على بيان ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع فحسب، وإنما تهدف إلى الوصول إلى مبادئ مشتركة، لتطبيقها على النزاعات التي تثور بصدد العلاقات التجارية الدولية التي يفصل الخلاف فيها عن طريق التحكيم، حيث يهدف هذا البحث إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع التجاري الدولي، ومعرفة أهم التشريعات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي.

بالإضافة إلى بيان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والإجراءات، وأخيرا القانون الواجب التطبيق على القرار التحكيمي، وكيفية تنازع القوانين الواجبة الانطباق على النزاع.

النتائج:

-يعد اللجوء للتحكيم التجاري الدولي طريقاً يمتاز باليسر والسرعة والمساهمة في حل كم هائل من النزاعات التي تثور بصدد العلاقات التجارية الدولية بنسبة تصل إلى 80% تحل من خلال التحكيم التجاري الدولي.

-إن موضوع تنازع القوانين الذي تصطدم به هذه الوسيلة لحل المنازعات التجارية يشكل عائقاً أمام اللجوء للتحكيم وذلك من ناحيتين:

1. المساس بالسيادة التشريعية للدولة التي يجري التحكيم على إقليمها ومدى تنظيم موضوع التحكيم ضمن النصوص التشريعية والقوانين الوضعية لهذه الدولة، بحيث يتسع نظامها التشريعي ليشمل القوانين التي يتفق الأفراد ضمن إرادتهم الحرة على تطبيقها على اتفاق التحكيم.

2. التنازع في القوانين التي ستنطبق على اتفاق التحكيم ابتداء من النص على هذا الاتفاق وانتهاء بالقرار التحكيمي؛ ففي حال النص على القانون الواجب التطبيق على النزاع؛ تبقى النتائج في إطار توقعات الأطراف، في حين إذا تم تطبيق قانون آخر على العلاقة بسبب عدم اتفاق الأطراف على قانون معين ليحكم علاقتهم التعاقدية تنثور هنا مشكلة الإخلال بتوقعات الأطراف وذلك لانطباق قانون غير متفق عليه ليحكم علاقتهم التعاقدية.

- من خلال هذه الدراسة ومدى تأثير هذا التنازع في القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي؛ أصبحت الحاجة ملحة لتوحيد التشريعات الواجبة التطبيق على التحكيم التجاري الدولي وذلك من خلال المنظمات والمراكز التحكيمية التي تتبنى حل منازعات التجارة الدولية عن طريق التحكيم وذلك ضمن أسس ومعايير تتوافق وتتسجم مع توقعات الأفراد ومع متطلبات التجارة الدولية وما تحتاجه من مرونة وتيسير في المعاملات التجارية الدولية.

- من خلال المقارنة بين قانون التحكيم الفلسطيني وقانون التحكيم المصري فقد تميز كلا القانونين في عدة جوانب جعلتهما متماشرين مع القانون التجاري الدولي بشكل كبير على سبيل المثال لا الحصر فيما يتعلق بنص القانون المدني المصري على السماح للقضاء بالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص لحل مشاكل التنازع في المسائل التي لم يرد بشأنها نص صريح أن يجد مخرجاً من جمود ضوابط الإسناد الاحتياطية المقررة في المادة 19 مدني؛ في حين نص قانون التحكيم الفلسطيني على أنه يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. ذلك فيما إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة، إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع من خلال هذا النص فإن إرادة الأطراف هي التي يعول عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق وفي حال عدم اتفاقهم فالأمر يترك هنا لهيئة التحكيم بالإضافة إلى الإشارة في الفقرة الثانية إلى مراعاة الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع، حيث إن في ذلك تماشياً مع ما هو سائد على الصعيد الدولي من اعتبار أعراف وعادات التجارة الدولية من أهم المسائل التي تراعى وتطبق على الصعيد الدولي.

التوصيات:

- من خلال استعراض قانون التحكيم المصري والفلسطيني محل الدراسة يجب تطوير كلا القانونين بشكل أفضل كي يكونا قادرين على التماشي مع متطلبات التجارة الدولية والتطور التجاري الحاصل على الصعيد الدولي والانسجام بشكل أكبر مع المعاهدات والاتفاقات الدولية التي تبرم بهذا الخصوص.
- عمل آلية للخروج من جمود النصوص التشريعية والانسجام بشكل أكبر مع ما هو مستجد على الصعيد الدولي بحيث تتاح الفرصة لنصوص المعاهدات للانطباق على العلاقات التجارية الدولية من خلال النص في هذه التشريعات مع ضرورة الاستعانة بهذه المعاهدات واللجوء إليها لحل المنازعات التجارية الدولية.
- ضرورة عمل ابحاث ودراسات مقارنة بين النصوص التشريعية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية ومعرفة إيجابيات وسلبيات كل منهما ومدى ملاءمة كل منهما لحل المنازعات التجارية عن طريق التحكيم.
- ضرورة خلق قنوات اتصال مع مراكز التحكيم في الدول المجاورة للاستفادة من تجاربها والمشاركة في المؤتمرات التي تتناول موضوعات التحكيم.

دراسة (مني بوختالة، 2014) بعنوان " التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار "

تهدف الدراسة إلي: -

- تعريف التحكيم بصفة عامة وما هي أنواعه وصوره وطبيعته القانونية وعلاقته بمختلف المفاهيم الأخرى المشابهة له وكذا المراحل التي يمر بها
- معرفة الأسباب التي جعلت من التحكيم الوسيلة المثلى لتسوية منازعات الاستثمار وما المشاكل التي تواجهه.

-معرفة كيفية ضمان الفعالية للتحكيم في منازعات الاستثمار ودور المركز الدولي للاستثمار في ذلك المنهج المتبع في هذا البحث سوف يتنوع بين المنهج الوصفي في بعض المواطن من جهة وبين المنهج الاستنباطي التحليلي والمنهج المقارن في نفس الوقت من جهة أخرى حيث سنقيم عروضاً ومقارنات عديدة بين التشريع الوطني وبعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الفرنسي فضلاً عن بعض المقارنات مع أحكام الاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم مع التطرق للموقف الفقهي من أية مسألة مثارة نرى ضرورة الرجوع إليه. مما لا شك فيه أن التحكيم بصفة عامة أصبح يعيش أرقى عصوره. حيث شاع وانتشر استخدامه كوسيلة لتسوية المنازعات أكثر من أي وقت مضى وقد بدأ كواقع فرضته ظروف العولمة والاتجاهات العالمية الحديثة حتى شمل بنطاقه منازعات الاستثمار الدولية أو ذات الطابع الدولي وتزامن ذلك مع تحول وظيفة الدولة من دولة حارسة إلى دولة تاجرة حيث دخلت الدولة في ميدان التجارة على الصعيدين الداخلي والدولي وترتب على ذلك تنازلها عن جزء من سيادتها

وهيبتها لصالح ذلك وأصبحت تتعامل مع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين على قدم المساواة وأبرمت معهم عقود من أجل تلبية احتياجات أفرادها المختلفة.

وقد كانت العلاقة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية في تلك العقود من وجهة نظر الدول النامية ومنها الدولة الجزائرية علاقة خضوع وسيطرة على ثرواتها ومقدراتها من قبل هذه الأشخاص الأجنبية التي بما تملكه من أموال قد تتجاوز ميزانية

أحدها (الأشخاص الأجنبية) مجموعة كبيرة من الدول النامية أما من وجهة نظر الدول المتقدمة فقد كانت العلاقة حسبهم تميل لصالح الدول النامية وذلك لتمتع هذه الأخيرة بالسيادة والامتيازات العامة التي تجعلها في مركز أقوى من هذه الأشخاص، حيث إنه في استطاعتها (الدول النامية المضيفة للاستثمار) إلغاء هذه العقود أو تعديلها أو اللجوء إلى التأمين أو المصادرة أو غيرها من السلطات في مواجهة الأشخاص الأجنبية. غير أنه لم يتم العمل بوجهة نظر الدول النامية وحاولت الدول المتقدمة التي يتبعها الأشخاص الخاصة الأجنبية فرض التوازن العقدي من خلال استخدام وسائل وأساليب مختلفة من بينها التحكيم مع أنه نظام خاص لا يمت لعقود الاستثمار الدولية بأية صلة لا من قريب ولا من بعيد ولم تستطع الدول النامية مقاومة ذلك حتى أصبح وجود شرط التحكيم في تلك العقود شرطا مألوفاً.

دراسة (سعيد، 2015) بعنوان " التحكيم كأداة لفض النزاعات التجارية الدولية"

تمثلت أهم أهداف الدراسة في:

ما هو التحكيم ومدى مشروعيته وما هي مزاياه وعيوبه وأنواعه.

المقارنة بينه وبين الإفتاء والصلح، والتوفيق، والخبرة، والوكالة.

الاطلاع على الآثار القانونية للتحكيم وطرق الطعن وتنفيذ الأحكام.

وكانت منهجية الدراسة هي:

سلكت هذه الدراسة مسلكا يتفق مع تحقيق الغاية المرجوة منها من خلال المنهج التحليلي والذي اعتمدنا من خلاله على تحليل النصوص القانونية ونصوص بعض المعاهدات والاتفاقات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري معتمدا على المؤلفات العامة وبعض مواقع الأنترنت مع إبداء رأينا بها.

أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة:

لتحكيم يتميز بأنه قضاء خاص مصدره في الغالب اتفاق الأطراف المتنازعة ومهمة المحكم كمهمة القاضي والقرار الذي يصدر عن المحكم مثل القرار الذي يصدر عن القاضي.

المنازعات التجارية بين الأفراد ال تحل دائما بقوة السلطة العامة القضاء وإنما هناك طرق أخرى مثل الصلح أو الوساطة أو اللجوء إلى التحكيم التجاري.

للتحكيم ميزه تختلف عن بقية آليات التسوية تتمثل بوجوده كعقد، شرط أو شرطه أو اتفاق تحكيمي يتمتع بالقطعية في جميع المسائل المعروضة على هيئة التحكيم، ويضع حل للنزاع بين الأطراف المتخاصمة.

التحكيم يخضع لرقابة القضاء فإذا صدرت قرارات التحكيم مخالفة للنظام العام في الدولة يمكن الطعن في هذه الاحكام، فللقضاء السلطة العليا على التحكيم حاجة التحكيم للقضاء في بعض الأمور التي يصعب على التحكيم القيام بها مثل إصدار مذكرات إحضار الشهود أو إخفاء أحد الخصوم عن تقديم بعض البيانات أو المعلومات ذات الصلة بالخصومة أو القيام بالحبس الاحتياطي فهذه الأمور تتطلب قوة الإلزام التي تصدر من القضاء.

التحكيم يمس سيادة الدولة حيث تتنازل عن اختصاص قضائها الوطني وتلجأ إلى الفصل في قوانين وقواعد خارجية.

دراسة (المحاميد، 2018) بعنوان " القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري "

تمثلت أهم أهداف الدراسة في:

التعريف بالتحكيم كوسيلة بديله لحل النزاعات.

إبراز تأثير القيود القانونية والاتفاقية على العملية التحكيمية.

معالجة حالة عدم التقيد المحكم بالقواعد القانونية الوطنية وترك السلطة له في إصدار حكمه وفقاً للعدالة وقد يؤدي به ذلك إلى الانحراف بهذه السلطة وكذلك حالة

عدم مراعاة قواعد النظام العام حيث يكون حكم التحكيم عرضه للبطلان إذا تمسك أطراف الخصومة ببطلانه أو المحكمة المختصة.

وكانت منهجية الدراسة هي:

تم اعتماد في منهجية الدراسة على الأسلوب الاستقرائي حيث سيتم استقراء نصوص قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 مع الإشارة إلى التشريعات العربية والتطبيقات القضائية.

أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة:

التحكيم التجاري الدولي مقيد في معظم التشريعات من جهة الموضوع وجعلت هذه التشريعات التحكيم مرتبط بالنظام العام والذي بدوره أدى الى الحد من نطاق التحكيم باستبعاد مواضيع كثير من نطاقه وشكلت عائق في تنفيذ عدد لا يستهان به من احكام التحكيم.

المحكم يستمد صلاحياته من اتفاق التحكيم ولا تتسع صلاحية المحكم إلا بتفويض من قبل أطراف النزاع، أي سلطة المحكم والسلطة الممنوحة له محددة إذا ما تم مقارنتها بالصالحيات التي اعطاها المشرع للقاضي الوطني.

المحكم شخص طبيعي مهمته الفصل في اي نزاع ينشئ او سينشأ بين طرفي الخصومة بناء على اتفاق مسبق بينهم ويكون حكمه ملزم لجميع الاطراف ومن الممكن ان يكون المحكم شخص معنوي وهنا يكون دوره مقصورا على الاشراف على جميع اجراءات التحكيم.

يأخذ المحكم مركز قانوني خاص لأنه عندما قبل ان يكون محكم نشأت ارتباطات قانونية بين أطراف الخصومة، حيث ارتقى الى منزلة تضاهي منزلة القاضي الوطني.

المشرع الأردني توجه في تحديد الحكم الاجنبي الى المعيار الجغرافي ويقصد بذلك المكان الذي صدر في حكم التحكيم بمعنى ان حكم التحكيم يرتبط بالدولة التي صدر الحكم منها واختيار مكان التحكيم هو إعطاء اختصاص لمحاكم تلك الدولة في تشكيل هيئة التحكيم والمساعدة في تحديد الطبيعة الوطنية او الدولية للتحكيم.

اتفاق التحكيم يحتوي على الخصائص الخاصة بالعقود سواء أكانت مدنية او تجارية وهي من العقود المسماة التي جرى تضمينها في قانون خاص ويتوفر بها شرط الكتابة كشكلية قانونية وإلا أعتبر باطلا والعقد محدد المدة ينتهي بأجل تم الاتفاق عليه.

دراسة (الشمري، 2020) بعنوان " التحكيم في العقود الإدارية".

تمثلت أهم أهداف الدراسة في:

كان الهدف الرئيسي للدراسة معرفة دور التحكيم في العقود الإدارية.

وكانت منهجية الدراسة:

نتيجة لخصوصية التحكيم في منازعات عقود الدولة ومشكلة القانون الواجب التطبيق عليها، اعتمد الباحث على المنهج الاستقرائي الذي ينطلق من استقراء القواعد العامة إلى التطبيق الجزئي على نقاط البحث المختلفة والعكس وبسبب عرض للكثير من

النصوص القانونية المنظمة للتحكيم وكذلك من خلال استعراض لكافة الآراء الفقهية والمواقف القضائية، بالإضافة إلى المنهج الوصفي والتحليلي نظرا لتبيان ماهية العقود الإدارية من خلال تحديد أطرافها ومدى انطباق الوصف الدولي عليها وطبيعة المنازعات التي تنبثق عنها. التحليلي وهو منهج يعتمد على دراسة الظاهرة كما توجد في الواقع، واتبع الباحث المنهج التطبيقي في سبيل توضيح الأفكار المطروحة، من خلال تدعيمها بعدد من منازعات العقود الادارية التي عرضت أمام مختلف هيئات التحكيم والتي كانت مؤيدة لتلك الآراء في بعض المرات، ومفندة لها في مرات أخرى. وكانت أهم نتائج الدراسة هي:

يعتبر التحكيم قضاء خاصا بموجبه يتم عرض النزاع على محكم يعين باختيار الأطراف أو بتقويض منهم أو على ضوء شروط يحددها الأطراف.

تبرم الدولة عقودا إدارية ذات طابع دولي حال اشتغالها على الخصائص المميزة للعقود الإدارية إذ لا يكفي أن يكون المشروع المتعاقد مع الشخص الأجنبي أن يكون تابعا للدولة بصفة شكلية فقط حتى نقول أن هذا الأخير يتمتع بامتيازات السلطة العامة، بل لا بد من أن يكون ذلك الجهاز متعلق وطبيعة النشاط الذي يقوم بها، وعليه يمكن الاعتماد على المؤشرات الدالة على تكوينه وإدارته ورأس ماله حتى تتبين حقيقة ذلك الشخص المتعاقد.

لقد تبين لنا من بحثنا هذا أن جل التشريعات الدولية والوطنية أقرت بأن القانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة لا ينبغي على قضاء التحكيم أن يتغاضى عنه، لكن الدراسة العملية للعديد من أحكام التحكيم الدولية الصادرة في قضايا عقود الإدارية

أثبتت خلاف ذلك، إذ أن كثير من المرات قام المحكمين الدوليين بتتحية قانون الإرادة سواء بصفة كلية أو جزئية.

إن التنقيحات القانونية التي أجرا المملكة العربية السعودية هو راجع لإفرازات العولمة بشتى أنواعها، وهو بمثابة الأمر الحتمي لمواكبة التشريعات الحديثة، ومن أجل فتح أبواب الاستثمار فيها وكذا دفع عجلة نمو اقتصادها، وأن عدم قيام بعض الدول بتعديل القوانين وإدراج تلك الشروط سيجعلها قبله غير مرغوب فيها للاستثمار.

دراسة (تومي، سامية، 2021) بعنوان " التحكيم كطريق بديل لحل نزاعات عقود التجارة الدولية"

تمثلت أهم أهداف الدراسة في:

تمثل الهدف الرئيسي من تلك الدراسة التعرف على دور التحكيم في حل نزاعات عقود التجارة الدولية.

وكانت منهجية الدراسة هي:

تم الاعتماد على المنهج الوصفي لتماشيه مع طبيعة الموضوع محل البحث بالإضافة للمنهج التحليلي فيما تعلق بتحليل النصوص القانونية المنظمة للتحكيم، وذلك بدراسة مفهوم التحكيم في مجال عقود التجارة الدولية في المبحث الأول.

أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة:

أصبح التحكيم في الوقت الراهن يحتل مكانة هامة وبارزة في مجال التجارة الدولية، فلا يكاد يخلو عقد من عقودها من شرط يقضي بموجبه إلى إتباع التحكيم لحل النزاعات التي قد تنشأ بين أطرافه بخصوص تفسير أو تنفيذ هذا العقد، ويعود هذا بالأساس إلى المزايا التي يتمتع بها مقارنة بالقضاء العادي خاصة من حيث سرعته في الفصل في القضايا وسريته، ناهيك عن حرية الأطراف التي تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة في اختيار للأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم، واختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع، فكل هذه الأمور تجعل أطراف النزاع على ثقة من أن نزاعهما سوف يتم تسويته بشكل عادل وقانوني، الأمر الذي يجعل تنفيذ الحكم التحكيمي في الغالب طوعية.

وهذا ما دفع بالمشروع الجزائري الى تنظيم أحكام التحكيم من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية رغبة منه في مواكبة التطورات السريعة على الساحة التجارية الدولية، والتي تقتضي اعتماد التحكيم كآلية لتسوية ما قد ينشأ من منازعات في مجال مختلف العقود التجارية الدولية وما أكثرها.

وعليه لابد من الاهتمام أكثر بالتحكيم التجاري الدولي في الجزائر لأهميته باعتباره ضماناً قانونية للراغبين في الاستثمار في الجزائر أمام الحاجة الماسة لذلك، ولاعتباره معيار يرتكز عليه في تقييم مدى نزاهة وتقبل الدول لفتح مجالها القضائي لتطبيق أحكام التحكيم الدولية.

علاوة على ما سبق فإن التحكيم التجاري الدولي لم يعد ذلك التحكيم الذي يلزم الاطراف أو ممثليهم ضرورة لانتقال لمباشرة إجراءات التسوية وتحمل التكاليف المرتفعة التي تقتضيها ظروف الحال، بل تطور هو الآخر مع انتشار التحكيم

الالكتروني كأجراء أو طريق بديل وفعال خاصة في ظل تنامي لإقبال على المعاملات الالكترونية وانتشار التجارة في البيئة الرقمية وانتعاشها في ظل جائحة كوفيد19، ودليل ذلك ما أصاب العالم بأسره من كساد وركود في مختلف المجالات فلم تسلم إلا القطاعات المبنية على التقنية التكنولوجية الحديثة، وهذا ما يدفعنا لضرورة التفكير في اعتماد الاساليب التقنية في أداء المهام التحكيمية في الجزائر.

دراسة (الهام عزام وحيد الخراز، 2009)، بعنوان " التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع دراسة مقارنة-".

أهداف الدراسة: -

دراسة تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي لا تقتصر على بيان ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع فحسب، وإنما تهدف إلى الوصول إلى مبادئ مشتركة، لتطبيقها على النزاعات التي تثور بصدد العلاقات التجارية الدولية التي يفصل الخلاف فيها عن طريق التحكيم، حيث يهدف هذا البحث إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع التجاري الدولي، ومعرفة أهم التشريعات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي.

بالإضافة إلى بيان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والإجراءات، وأخيرا القانون الواجب التطبيق على القرار التحكيمي، وكيفية تنازع القوانين الواجبة الانطباق على النزاع.

النتائج:

-يعد اللجوء للتحكيم التجاري الدولي طريقاً يمتاز باليسر والسرعة والمساهمة في حل كم هائل من النزاعات التي تتور بصدد العلاقات التجارية الدولية بنسبة تصل إلى 80% تحل من خلال التحكيم التجاري الدولي.

-إن موضوع تنازع القوانين الذي تصطدم به هذه الوسيلة لحل المنازعات التجارية يشكل عائناً أمام اللجوء للتحكيم وذلك من ناحيتين:

1. المساس بالسيادة التشريعية للدولة التي يجري التحكيم على إقليمها ومدى تنظيم موضوع التحكيم ضمن النصوص التشريعية والقوانين الوضعية لهذه الدولة، بحيث يتسع نظامها التشريعي ليشمل القوانين التي يتفق الأفراد ضمن إرادتهم الحرة على تطبيقها على اتفاق التحكيم.

2. التنازع في القوانين التي ستنطبق على اتفاق التحكيم ابتداء من النص على هذا الاتفاق وانتهاء بالقرار التحكيمي؛ ففي حال النص على القانون الواجب التطبيق على النزاع؛ تبقى النتائج في إطار توقعات الأطراف، في حين إذا تم تطبيق قانون آخر على العلاقة بسبب عدم اتفاق الأطراف على قانون معين ليحكم علاقتهم التعاقدية تتور هنا مشكلة الإخلال بتوقعات الأطراف وذلك لانطباق قانون غير متفق عليه ليحكم علاقتهم التعاقدية.

- من خلال هذه الدراسة ومدى تأثير هذا التنازع في القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي؛ أصبحت الحاجة ملحة لتوحيد التشريعات الواجبة التطبيق على التحكيم التجاري الدولي وذلك من خلال المنظمات والمراكز التحكيمية التي تتبنى حل منازعات التجارة الدولية عن طريق التحكيم وذلك ضمن أسس ومعايير

تتوافق وتنسجم مع توقعات الأفراد ومع متطلبات التجارة الدولية وما تحتاجه من مرونة وتيسير في المعاملات التجارية الدولية.

- من خلال المقارنة بين قانون التحكيم الفلسطيني وقانون التحكيم المصري فقد تميز كلا القانونين في عدة جوانب جعلتهما متماشين مع القانون التجاري الدولي بشكل كبير على سبيل المثال لا الحصر فيما يتعلق بنص القانون المدني المصري على السماح للقضاء بالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص لحل مشاكل التنازع في المسائل التي لم يرد بشأنها نص صريح أن يجد مخرجاً من جمود ضوابط الإسناد الاحتياطية المقررة في المادة 19 مدني؛ في حين نص قانون التحكيم الفلسطيني على أنه يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فأن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. ذلك فيما إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في

القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة، إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع من خلال هذا النص فأن إرادة الأطراف هي التي يعول عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق وفي حال عدم اتفاقهم فالأمر يترك هنا لهيئة التحكيم بالإضافة إلى الإشارة في الفقرة الثانية إلى مراعاة الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع، حيث إن في ذلك تماشياً مع ما هو سائد على الصعيد

الدولي من اعتبار أعراف وعادات التجارة الدولية من أهم المسائل التي تراعى وتطبق على الصعيد الدولي.

التوصيات:

- من خلال استعراض قانون التحكيم المصري والفلسطيني محل الدراسة يجب تطوير كلا القانونين بشكل أفضل كي يكونا قادرين على التماشي مع متطلبات التجارة الدولية والتطور التجاري الحاصل على الصعيد الدولي والانسجام بشكل أكبر مع المعاهدات والاتفاقات الدولية التي تبرم بهذا الخصوص.
- عمل آلية للخروج من جمود النصوص التشريعية والانسجام بشكل أكبر مع ما هو مستجد على الصعيد الدولي بحيث تتاح الفرصة لنصوص المعاهدات للانطباق على العلاقات التجارية الدولية من خلال النص في هذه التشريعات مع ضرورة الاستعانة بهذه المعاهدات واللجوء إليها لحل المنازعات التجارية الدولية.
- ضرورة عمل ابحاث ودراسات مقارنة بين النصوص التشريعية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية ومعرفة إيجابيات وسلبيات كل منهما ومدى ملاءمة كل منهما لحل المنازعات التجارية عن طريق التحكيم.
- ضرورة خلق قنوات اتصال مع مراكز التحكيم في الدول المجاورة للاستفادة من تجاربها والمشاركة في المؤتمرات التي تتناول موضوعات التحكيم.

الفصل الثالث

الإطار النظري

المفاهيم والأساسيات

التحكيم: -

تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً:

لقد عرف الأساتذة اللغويون نظام التحكيم، وأرجع بعضهم مصدر الاصطلاح إلى معني التفويض في الحكم؛ مصدره الثلاثي (حكم)؛ ويقال حاكمه إلى الحاكم أي خاصمه دعاه إلى حكمه؛ ويقال احتكم الخصمان إلى الحاكم، أي رفعاً خصومتها إليه، وحكمه في ماله تحكماً إذا جعل إليه الحكم فيه. (إبراهيم أنيس، 2004) أما بالنسبة للتحكيم في الاصطلاح الشرعي فإن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية قد عرفوا التحكيم بأنه " تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهم والمراد بالخصمين الفريقان المتخاصمان ولو تعددوا والمراد بالحكم ما يضم الواحد أو المتعدد، وعرفه بعضهم بأنه " تولية الخصمين حكماً يحكم بينهم، أي اختيار ذوي الشأن شخص أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما. (الرازي، 1986)

تعريف التحكيم في الفقه والقانون:

إن تعريفات الفقه لنظام التحكيم نجدها متقاربة فبعضها تغلب عليها الطبيعة العقدية تارة والقضائية تارة أخرى ومن التعريفات التي تغلب عليها الطبيعة العقدية للتحكيم القول بأن التحكيم عقد تلتقي فيه إرادة المتعاقدين على إحالة النزاع الناشئ عن العقد المبرم بينهما أو أي نزاع قد ينشأ بخصوص هذا العقد على شخص أو أشخاص معينين محكم أو محكمين؛ ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى القضاء المختص أصلاً بالفصل في هذا النزاع. (أحمد إسماعيل، 1997) وفي هذا الاتجاه أيضاً عرف التحكيم بأنه " اتفاق الطرفين على إحالة نزاع قائم أو

مستقبلي إلى شخص أو أكثر للفصل فيه دون المحكمة المختصة.

أما التحكيم في القانون فلقد نظمت أغلب التشريعات الوطنية في مختلف الدول مسائل التحكيم التجاري سواء في شكل قانون مستقل للتحكيم أو ضمنته قوانين مرافعاتها الوطنية إلا أن قليل منها هو الذي عرف نظام التحكيم، ذلك لأن إعطاء التعريف غالباً ما يترك للفقهاء والقضاء. (أحمد أبو الوفا، 1988)

ولم يضع قانون التحكيم المصري تعريفاً محدداً للتحكيم، وإن أشار في المادة (4/1) إلى أن " لفظ التحكيم ينصرف في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولي إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم يكن كذلك.

كما عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه " طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصود على ما تنصرف إليه إرادة المحكّمين في عرضه على هيئة التحكيم، ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو انصراف إلى جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين. (محسن شفيق، ب س ن)

التحكيم تاريخياً

لقد كان التحكيم أسبق ظهوراً من القضاء تاريخياً، وذلك لأنه في حالة الفوضى التي كانت تسود الحياة في فجر التاريخ، كان الحصول على الحقوق يتم باستعمال القوة، وكان ذلك يسمى بنظام الانتقام الفردي سواء تعلق الأمر بشخصين متنازعين أو بنزاع بين جماعتين.

في مرحلة متحضرة لاحقة أصبح الحصول على الحقوق يتم بواسطة الاحتكام إلى شخص يرتاح إليها المتنازعون ويفصل بينهم، ولما ظهرت السلطة العامة في المجتمعات في صوره مستقرة بدأت تتخذ لها فروعاً لأداء وظائفها ومنها وظيفة القضاء، فأنشأت المحاكم وعينت القضاة وكان التحكيم مستمراً حتى في وجود هذا القضاء.

تفيد الموسوعة الأمريكية Encyclopedia Americana في الجزء الثاني من World Book وكذلك (خالد القاضي) في كتابه "طابا مصرية" أنه من المرجح أن التحكيم قد بدأ في الدولة الإغريقية في العصور القديمة والدولة الرومانية حيث تمت حوالي 80 عملية تحكيم دولي، حيث قدم الرومان جماعة الكهان لما لدورهم في الحرب والسلام لفض المنازعات للمغتربين من الرومان، وكذلك في منطقة وسط أوروبا لتسوية نزاعات لوحداث مدينة واستخدمت في الأوساط الحكومية.

وفي العصور الوسطى تمت عمليات للتحكيم الدولي وكانت دائماً نزاعات تتم بين الإقطاعيات، وكان البابا هو الشخص المقبول في التحكيم.

بعد ذلك كان من النادر حدوث تحكيم دولي، ولكن في عام 1749 أي في عصر النهضة حدثت اتفاقية جاي Jay's Treaty بين بريطانيا والولايات المتحدة، حيث كونت ثلاث لجان تحكيم كل منها في اختصاص محدد.

أما في الأعوام 1899 - 1907 بعد اجتماعات "هيج Hague" فقد ظهرت اتفاقية هيج والتي بموجبها نشأت أول محكمة دولية دائمة للتحكيم الدولي في هيج بأيرلندا الشمالية لفض النزاعات بطريقة سلمية، وهي لم تكن محكمة بالمعنى المفهوم، ولكن بها قائمة بأسماء محكمين يمكن للغرماء الاختيار منها.

في عام 1920 تكونت من خلال عصبة الأمم محكمة دولية دائمة World Court للتحكيم، ولكن نظرا لاشتعال الحرب العالمية الأولى، فإن حسم النزاعات يرجح لوسائل التقاضي المعتادة بواسطة المحكمة الدولية الدائمة بالجهود الدبلوماسية من خلال عصبة الأمم.

في سبتمبر 1928 تم الوصول إلى اتفاقية عامة لتسوية المنازعات الدولية وفي منتصف القرن العشرين، نشأت محكمة العدل الدولية لأمريكا الوسطى لتداول حالات التحكيم نزاعات تنشأ بين دول أمريكا الوسطى.

وعادة ما كان يلجأ للتحكيم الدولي عندما تفشل الجهود الدبلوماسية والتوفيق والمحكمة، وذلك نظرا لإلزامية حكم التحكيم.

وقامت الحرب العالمية الثانية، ثم في عام 1949 وتحت علم الجمعية العامة للأمم المتحدة تكونت محكمة العدل الدولية بعد أن حلت الجمعية العامة محل عصبة الأمم.

وتشكلت لجنة القانون التجاري الدولي وكان من الموضوعات التي أعطتها اللجنة أولويتها دراسة إجراءات التحكيم بين الدول، حيث توصلت إلى قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي Model law، والذي تم التصديق عليه في 1985/6/30 وفي نفس الفترة تشكلت محكمة الدول الأوروبية، وبها محكمة تحكيم والتي تحكم في النزاعات التي تنشأ من اتفاقية روما المنظمة للاتحاد الأوروبي بتبني اتفاقية أوروبية لحل

النزاعات سلميا عام 1977 Peaceful Settlement of Dispute

وكانت الجمعية العامة للأمم المتحدة قد أقرت قواعد التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يونسترال UNCITRAL وذلك في 15/12/1976.

وفي عام 1994 وبعد جولة أوروغواي الأخيرة في مراكش وتحديدا في 15/4/1994 أنشئت منظمة التجارة العالمية WTO، وقد نهت الجولة الأخيرة على إنشاء جهاز تسوية المنازعات والذي له سلطة إنشاء فريق تحكيم.

وجدير بالذكر أن هناك قائمة أعدت بواسطة W. Evans Darby في عام 1904 (حسب ما نشر في الموسوعة الأمريكية 2000) ذكرت أن كان هناك 6 حالات تحكيم دولي تمت في القرن 18، وعدد 471 حالة تحكيم دولي تمت في القرن 19، وعدد 63 حالة تحكيم دولي في الثلاث أعوام الأولى من القرن العشرين ثم بعد ذلك عدة عشرات من النزاعات حسمت بالتحكيم دولي لحين قيام الحرب العالمية الأولى، وكانت هناك 80 حالة تحكيم دولي ثم تداولها من خلال محكمة العدل الدولية الدائمة الناشئة من عصبة الأمم.

أنواع التحكيم:

التحكيم الحر

التحكيم الحر ويسمى بتحكيم الحالات الخاصة وهو ذلك التحكيم الذي تتعقد فيه المحكمة لحسم نزاع محدد أي حالات فردية وتتقضي بعدها مهمة المحكمة بحسب طبيعته يتولى أطراف النزاع تنظيم عملية التحكيم منذ بدايتها إلى صدور حكم التحكيم فهم يتولون إبرام اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع وبعده يختارون أعضاء هيئة التحكيم أو طريقة تعيينهم ويحددون زمان ومكان ولغة التحكيم والقواعد الإجرائية التي تنظم خصومة التحكيم والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فإذا صدر حكم

التحكيم أنهت مهمة التحكيم وأنفض الأطراف و المحكمون إلى حال سبيلهم المتأمل في طبيعة هذا النوع من التحكيم يدرك إنه كان الأسبق من التحكيم المؤسسي، بل لعله كان النوع الوحيد المعروف كقضاء للفصل في المنازعات الناشئة عن المعاملات بين الأفراد قبل ظهور الدولة الحديثة بمفهومها المعاصر أي أسبق من القضاء نفسه. (معوض عبد التواب، 1997)

فالتحكيم الحر أو الخاص يمنح الحرية الكاملة للخصوم خاصة في التحكيم التجاري الدولي في تحديد القواعد الإجرائية التي يتبعها المحكم الذي يختار للفصل في النزاع المطروح عليه وفقا لهذه القواعد سواء كانت إجرائية هم موضوعية وفي المكان والزمان الذي يحدده مالم يتعارض مع القواعد الآمرة والنظام العام الدولي. (خليل بوصنبرة).

التحكيم المؤسسي:

التحكيم المؤسسي ويعرف أيضا بالتحكيم المنظم وهو الأكثر شيوعا في مجال المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار فهذا النوع من التحكيم تشرف عليه مراكز وهيئات دائمة للتحكيم أنشأت خصيصا لتقديم خدمات استشارية وقضائية للمتعاملين في التجارة الدولية والصناعيين ورجال الاعمال في مختلف القطاعات الإنتاجية والخدماتية سواء في المعاملات الوطنية أو الدولية وقد اعترف بالتحكيم المؤسسي في التشريعات الوطنية والدولية بموجب اتفاقيات دولية وإقليمية من ذلك اتفاقية نيويورك 10/06/1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها إذ نصت المادة 1/2 على أنه يقصد بقرار التحكيم ليس فقط القرارات الصادرة من محكمين معينين

لحالة محددة، بل أيضا القرارات التي تصدرها أجهزة التحكيم الدائمة التي يحتكم إليها الأطراف. (إبراهيم العناني، 1970)

قد أشار إلى هذا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة الخاص بالقانون التجاري الدولي لسنة 1985، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري بموجب المادة 1041 يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع الى نظام تحكيمي تعين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشرط عزلهم أو استبدالهم، وفي غياب هذا التعين يتعين على الطرف المستعجل أن يلجأ إلى القضاء الوطني لتعين المحكم سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي، وهناك العديد من مراكز وهيئات التحكيم الدائمة المتواجدة في بعض الدول المعروفة لدى المتعاملين الاقتصاديين ورجال الأعمال والمستثمرين كالتالي: (هشام خالد، 2007)

- غرفة التجارة الدولية (chambre de commerce internationale) بباريس وهي الأكثر انتشارا بنشاطها المهني والمعرفة اختصارا ب (ICC)

- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة في 1965/02/18 الخاص بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والمعروف اختصارا ب (ICSID) في أغلب الأحوال تتضمن العقود المبرمة بين الدول والشركات الخاصة أو المستثمرين الأجانب شرط التحكيم عند حدوث منازعة ما فالمستثمرون يجدون صعوبة في تسوية منازعات الاستثمار وذلك بالنظر إلى عدم إمكانية مخاصمة الدولة أمام القضاء .

التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

يمكن توضيح التحكيم الوطني بأنه ذلك الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره؛ ويتعين له محكمين وطنيين يصدرون حكمهم داخل الدولة وفقا لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني ولا يثير التحكيم الوطني أية صعوبة لأنه يخضع للقانون الوطني، ولا ينفذ خارج إقليم الدولة» ولا يجوز للقاضي أن يتصدى لموضوع النزاع؛ حيث يقتصر دوره على بحث مدى توافر الشروط اللازمة للتنفيذ؛ وخصوصا مدى اتفاق متطلبات التنفيذ مع النظام العام في الدولة. (سميح مسعود، 1997)

والتحكيم الدولي هو الذي ينتمي بعناصره المختلفة لأكثر من دولة، ويثير عدة صعوبات مثل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم؛ وإجراءاته وموضوع النزاع وتحديد مكان التحكيم، وأسماء وجنسيات المحكمين وهذه لا وجود لها في التحكيم الوطني وهذا التحكيم يصعب تحديد انتمائه لدولة بعينها دون الدولة الأخرى، وهناك عدة معايير لتمييز التحكيم الدولي عن غيره؛ وهي: (هشام صادق، 2007)

- المعيار الجغرافي: يتمثل في معيار التحكيم
- المعيار الاقتصادي: يتمثل بتعلق العقد المراد تسويته عن طريق التحكيم بالتجارة الدولية.

ويعتبر المشرع الفرنسي التحكيم دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية في المادة 1492/مرافعات، أما المشرع المصري لم يربط الصفة الدولية بالصفة التجارية في المادة 31 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994.

أما التحكيم الأجنبي، فهو الذي ينتمي فيه التحكيم بأحد أو بعض عناصره لدولة أخرى، كأن يكون حكم التحكيم قد صدر في دولة معينة ينتمي إليها ويراد تنفيذه في دولة أخرى ولا يعد كل تحكيم أجنبي تحكيماً دولياً، حيث إن التحكيم الدولي قد يكون كذلك مع جريانه في الداخل وحتى مع خضوعه للقانون الوطني إلا أنه يجوز الجمع بين الأجنبية والدولية للتحكيم إن كان يتعلق بمنازعة دولية. (أحمد حسن مطاوع)

التحكيم والمصطلحات المرادفة:

هناك بعض المصطلحات التي ترافق التحكيم أو التي تسبقه لغرض منع النزاعات وحسمها والتي يمكن اللجوء إليها من قبل الأطراف المتنازعة ذاتها أو بمبادرة من طرف ثالث ليست له علاقة بموضوع النزاع أو لغرض الاستعانة بها للتوصل لتسوية سريعة ترضي الأطراف، والتي ويمكن إيجازها وكما يلي،

التحكيم والقضاء :

التحكيم هو اتفاق إطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي محتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين. ويتولى الاطراف تحديد أشخاص المحكمين، أو يضمنون اتفاقهم على التحكيم بياناً لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهد لهيئة، أو مراكز التحكيم الدائمين لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز. (محمود مختار احمد بريري، 2010)

والتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الدولية لا يختلف عن القضاء الدولي بالمعنى الدقيق، فكلاهما طريقة قانونية لتسوية المنازعات الدولية، وكلاهما يستلزم اتفاق الاطراف المتنازعة على عرض منازعاتهم على التحكيم، والفرق الوحيد بينهما هو شكلي يرجع إلى أن التحكيم طريق قضائي يعتمد في وجوده وفي تشكيل الهيئة

التحكيم التي تفصل في النزاع على إرادة الاطراف المتنازعة، فهم الذين يختارون المحكمون الذين يفصلون في النزاع، وذلك بمقتضى اتفاق خاص لتسوية نزاع معين دون سواه. (عصام العطية، 2012)

التحكيم والإفتاء

الإفتاء هو اظهار الحكم الشرعي المتعلق بمسألة من المسائل ويقال أفتى في المسألة إذ يبين حكمها. واستفتى: سأل عن الحكم. قال تعالى (وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ (سورة النساء الآية 127) وهكذا يتفق التحكيم والإفتاء في أن كلا منهما إخبار عن الحكم الشرعي في الواقعة، ولكنهما يختلفان في كثير من الأمور منها:

- التحكيم يستلزم وجود نزاع بين طرفين أما الإفتاء فقد يكون نتيجة طلب شخص يريد أن يعرف الحكم ليعمل به لنفسه.

- التحكيم يتناول منازعات بين الأشخاص في مسائل مختلفين عليها، أما الإفتاء فإنه يتناول جميع المسائل والأحكام.

- التحكيم عقد ملزم لأطرافه، ويجب عليهم الالتزام بنتيجته من حيث العموم، أما الإفتاء فليس عقدا ولا تكون نتيجته ملزمة للمستفتي.

- يتطلب التحكيم من المحكم أن يقوم بدراسة وتمحيص الوقائع والأوراق التي تم عرضها عليه قبل أن يصدر حكمه، أما المفتي فإنه يسلم بالواقعة التي يطلب منه إظهار الحكم فيها لكي يطبق الحكم الشرعي على ضوء ذلك. (ثقيب بن ساير الشمري، 2012)

التوفيق أو الوساطة:

التوفيق أو الوساطة هي مساعي يقوم فرد أو أكثر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الاطراف المتنازعة بالتوسط والتوفيق بينهم، وذلك بتقديم عرض أو اقتراح لتسوية ما بينهم من خلاف تارकिन للأطراف حرية الأخذ به أو رفضه. وبالتالي فإن الموفق أو الوسيط ليس من الضروري أن يكون تدخله بناء على اتفاق الاطراف، بل قد يكون تدخله من تلقاء نفسه ودوره يقتصر على تقديم توصية للأطراف وهي غير ملزمة لهم. (محمد إبراهيم موسى، 2005)

وإن الوسيط أو الموفق شخص محايد يسعى لتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة من أجل الوصول إلى حل نهائي لهذا النزاع وحسمه من خلال الاجتماع والتشاور مع الأطراف المتنازعة بعيدا عن قاعات المحاكم ومنصات القضاة وفي أغلب الأحيان تكون الوساطة اتفاقية، حيث تتفق الأطراف المتنازعة إلى إحالة النزاع إلى الوسيط الذي يتم الاتفاق عليه في وقت سابق. ويكون للوسيط كافة الصلاحيات من الحصول على البيانات والمعلومات والأرقام الحسابية والتقارير والإمام بأطراف النزاع وسماع الأطراف والشهود ويقع على عاتق الأطراف تسهيل هذه المهام. ومن يلاحظ التحكيم والوساطة يجد أن هناك صلة بينهما من حيث الهدف وهو حل النزاع بدون اللجوء إلى القضاء. ولكن رغم التشابه من حيث الهدف وطريقة الاتفاق أي عبر التعاقد مسبقا. إلا إن الاختلاف يبقى واضحا بين التحكيم والوساطة من حيث الشكل والنتيجة. فالوسيط يقتصر نشاطه على محاولة التسوية وتقريب وجهات النظر دون الاستناد إلى قوة الإلزام في مواجهة المتخاصمين والقرار النهائي بتطبيق ما تم التوصل إليه يبقى للأطراف أنفسهم. (الاتحاد الدولي العربي للتحكيم الدولي، 2015)

التحكيم والصلح:

الصلح لغة يعني السلم من تصالح القوم بينهم أي انفقوا، أما اصطلاحاً فهو تصرف إرادي يحسم به طرفان نزاعاً قائماً بالفعل أو يتوقعان قيامه مستقبلاً وذلك بأن يتنازل كل من الطرفين على وجه التقابل عن جز من حقوقه. ويختلف الصلح عن غيره من المفاهيم كالتنازل والرجوع في الشكوى والعفو والتحكيم. وهو حل رضائي للنزاع يقوم به الأفراد بأنفسهم عن طريق تنازلات متبادلة عن حقوقهم. ولذا قيل في ذلك (إن صلحا سيئاً خير من قضية ناجحة) . (حفظيه السيد الحداد، 2007)

التحكيم والخبرة:

الخبير هو الذي يملك خبرة معينة حول موضوع محدد، ويكلف بإبداء رأيه فيما يعرض عليه من مسائل معينة، والخبرة هي المعرفة بباطن الأمور قد تكون هندسية، أو طبية، أو تجارية، أو حسابية كالضرائب والقسم، أو دراية بالأعراف والعادات التجارية.. الخ. فهو يستجلي جانب الغموض في مسألة معينة. والخبرة بهذا المعنى لا تعتبر طريقة للفصل في النزاع تحكيماً فهي تختلف اختلافاً كبيراً عن التحكيم، ففي الخبرة يقوم الخبير بإبداء رأيه، وليس لهذا الرأي أي قوة إلزامية. ولمعرفة ما إذا كان اتفاق الخصوم اتفاقاً على اللجوء إلى التحكيم أو الخبرة، فإن معيار التفرقة هو مدى الصلاحيات الممنوحة للشخص المطروح عليه النزاع، فإن كان الصلاحيات المخولة له الفصل في النزاع، وإصدار قرار ملزم للطرفين فهو حكم والمسألة تحكيم وإن كانت تلك الصلاحيات لا تتجاوز إبداء الرأي في مسألة فنية للاسترشاد، سواء أكان الرأي للمتنازعين أم لجهة

أخرى ولمن كتب إليه هذا التقرير العمل به أو تركه فهو رأي خبير فقط. (محمود السيد عمر التحيوي، 2002)

التحكيم والوكالة

يشابه التحكيم الوكالة إذ كل منهما يبرمون عقدا مع أشخاص آخرين ليقوموا مقامهم بصفة وكيل تجاري في تصرف ممكن للوكيل، ولكن المحكم يتم اختياره من قبل الطرفان المتنازعان ليفصل في النزاع المعروض إمامه، إما الوكيل فينوب عن أحد الأطراف التي وكلته ويستمد سلطته من الموكل ويقع على عاتقه الالتزام بحدود الوكالة ويعد العمل غير مشروع إذا تجاوز حدود ما وكل إليه، ويجوز له اعتزال الوكالة بأي وقت يشاء بشرط ألا يكون بقصد إلحاق الضرر بالموكل وفي الوقت نفسه يملك الموكل حق عزل الوكيل في أي وقت يشاء بشرط عدم التعسف في استعمال هذا الحق. (عبد الحميد المنشاوي، 1995)

خصائص التحكيم

(بوكربوعة إسحاق وآخرون، 2014).

بساطة الإجراءات:

ويمتاز التحكيم ببساطة الإجراءات حيث نجد أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء الوطني في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي مثل التبليغات، وإدارة الجلسات، وتنظيمها، وتقديم البيانات، والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك. وهي في كل هذه الأمور وغيرها تبتعد ما أمكن عن الإجراءات الشكلية التي تكون في كثير من الأحيان أمام القضاء طويلة ومملة، ولا فائدة منها سوى التقيد بحرفية النصوص القانونية الخاصة بالإجراءات، وذلك على حساب موضوع وجوه النزاع والنتيجة الطبيعية لذلك

أن يصدر قرار التحكيم خلال وقت أقصر بشكل ملموس فيما لو عرض النزاع ذاته على القضاء.

اختيار هيئة التحكيم:

كما تعتبر طريقة اختيار هيئة التحكيم؛ ودور أطراف النزاع في ذلك من مميزات التحكيم؛ فالأطراف أو ممثلوهم تكون لهم الفرصة الأولى والأكبر في اختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم؛ وهم عادة ثلاثة محكمين يتولى طالب التحكيم (المدعي) تعيين محكمه أو ترشيح هذا المحكم للتعيين، في حين يقوم بالشئ ذاته المطلوب التحكيم ضده (المدعى عليه) بالنسبة للمحكم الثاني، أما المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم؛ فإما أن تعطى الفرصة لتعيينه لطرفي النزاع أو للمحكمين اللذين اختارهما الطرفان عنهما وذلك حسب قواعد التحكيم المطبقة على النزاع، ومثل هذا الأمر يعطي الأطراف نوعاً من الأمان والراحة النفسية، حيث يساهم الشخص في اختيار قاضيه الذي سينظر النزاع، بل يساهم ولو بطريقة غير مباشرة في اختيار المحكم الثالث.

هذا بخلاف اللجوء للقضاء الوطني؛ حيث تكون المحكمة مكونة من قضاة رسميين في الدولة لا دور للأطراف في تعيينهم أو تعيين أي منهم، وفي كثير من الأحيان يكون الأطراف أو بعضهم غرباء عن ذلك النظام القضائي الوطني وفي هذا المجال أيضاً فإن بعض المحكمين أن لم يكن كلهم إنما يتم اختيارهم من ذوي الاختصاص والكفاءة بالنسبة للعقد موضوع النزاع خاصة فيما يسمى بالتحكيم المؤسسي.

سرية الإجراءات:

والأصل في إجراءات التحكيم إنها سرية إلا على أطراف النزاع وممثليهم، بحيث يمكن القول إن مثل هذه السرية تعتبر من الأعراف التحكيمية التي يجب مراعاتها سواء في التحكيم الدولي أو الداخلي، حتى لو سكنت القواعد القانونية النافذة (التشريع الوطني مثلا) عن النص على ذلك. وهذا بخلاف إجراءات التقاضي التي تكون كمبدأ عام علنية بحيث يستطيع أي شخص حضور هذه الجلسات.

وتجدر الإشارة هنا إلى أمرين:

- **الأول:** أن التجار عموما يفضلون في بعض الأحيان سرية الإجراءات على علنيتهما وذلك حفاظا ما أمكن على سرية الصفقات التجارية التي يبرمونها وتفصيلاتها المختلفة، وأسماء الأشخاص الذين يتعاملون معهم، بل إن بعض هذه الصفقات قد تتطلب السرية التامة بحكم طبيعتها، أو بحكم انتماء أحد الأشخاص لجنسية دولة تحظر دخوله في هكذا صفقات فإذا نشب نزاع بين طرفي العقد فإنهما يفضلان تسويته بالطرق الودية، أو بأحسن الظروف عن طريق التحكيم.

- **الثاني:** إن السرية في كثير من الأحيان ما تنقلب إلى علنية وخاصة عند تنفيذ قرار التحكيم، فالنتيجة الطبيعية لكل دعوى سواء كانت قضائية أو تحكيمية؛ أن يكسب أحد طرفي الدعوى، ولو جزئيا، القضية في حين يخسرها الآخر، ولو جزئيا، لذلك فإن أحد الطرفين قد يرفض تنفيذ القرار وديا مما قد يضطر الآخر للجوء للقضاء الوطني لتنفيذه جبرا وعندئذ سيعرض القرار التحكيمي؛ وأسماء الأطراف وممثليهم وكل ما يتعلق بالقضية على القضاء لاتخاذ الحكم المناسب بشأن القرار التحكيمي من حيث تنفيذه أو عدم تنفيذه ولو جزئيا ويترتب على ذلك؛ أن السرية التي حافظ عليها الأطراف وهيئة

التحكيم إلى حين صدور القرار انقلبت إلى علنية من حيث النتيجة عند عرض الأمر على القضاء .

المصاريف

وتقابل محاسن التحكيم أو ميزاته المشار إليها سلبيات عدة لا يمكن التجاوز عنها بحيث يمكن القول إن التحكيم كأى نظام قانوني آخر ليس كله محاسن ولا كله سلبيات فمن الانتقادات التي يمكن أن توجه للتحكيم كثرة مصاريفه بالمقارنة مع القضاء وخاصة عندما يكون التحكيم دوليا، ففي هذه الحالة قد يكون كل من أعضاء هيئة التحكيم (الثلاثة مثلا) وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة، أو مقيمين في دولة مختلفة، مما يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لتتقلاتهم واجتماعاتهم في مكان معين، هذا بالإضافة لأتعب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم حين يكون التحكيم مؤسسي، وعلى الأغلب فإن هذه الأتعب والمصاريف تتناسب طرديا مع قيمة النزاع، بحيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة أي قيمة موضوع النزاع.

تعيين المحكمين

ومن جهة أخرى فإن الشخص الذي يعين محكمه قد يشعر في قرارة نفسه بأنه يفترض في ذلك المحكم أن يدافع عن مصلحة من عينه؛ أو يمثل وجهة نظره ولو جزئيا. وربما ينطبق هذا القول أيضا على المحكم نفسه في علاقته بمن عينه أو رشحه للتعيين من جهة وبأعضاء هيئة التحكيم الآخرين من جهة أخرى. وقد يكون مثل هذا الافتراض غير دقيق من الناحية العملية في كثير من الأحيان، ولكن يجب أن نسلم بأنه الواقع

أحيانا، لذلك ليس غريبا أن نجد رئيس هيئة التحكيم في العديد من القضايا (في الهيئة الثلاثية مثلا)، يحاول أن يكون موقفا بين وجهتي نظر المحكمين الآخرين. وإلى الدرجة التي يصح فيها هذا الافتراض فإن ذلك يؤثر على العملية التحكيمية من حيث وجوب حياد أعضاء هيئة التحكيم، ونزاهتهم، وعدم تحيزهم، أو الشعور بعدم تحيزهم لصالح طرف ضد طرف آخر من أطراف النزاع.

مزايا التحكيم التجاري الدولي

للتحكيم مزايا عديدة وأهمها:

- السرعة العالية في حسم النزاعات التجارية كون المحكمين متفرغين للنزاع المعروض عليهم ويباشروا في إجراءات التحكيم بشكل فوري، مع بساطة الإجراءات وعدم تعقيدها في سير العملية التحكيمية، فضلا إن المحكمين يلتزمون بإصدار قرارهم خلال ميعاد معين يعينه أطراف النزاع في اتفاق التحكيم.

- تحقيق العدالة ورضا أطراف النزاع كون المحكمين تم اختيارهم من قبل المتنازعين أنفسهم من قناعة تامة بقدرتهم على تحقيق العدالة وتخصص وعلم بموضوع النزاع.

- التحكيم يحقق الضمانات للمستثمرين من خلال النص في العقد التجاري على تسوية النزاعات القائمة أو التي تثور مستقبلا عن طريق التحكيم. هذا يوفر الطمأنينة لدى المستثمرين بتخلصهم من القضاء الوطني للدول المضيفة للاستثمار الذي يتأثر بالتقلبات السياسية والاقتصادية. حيث يجد التحكيم مخرجا في مسألة تنازع القوانين حيث يسعى كل طرف تطبيق قوانين بلده. (أحمد عشوش، 1990)

- الكتمان والسرية العالية من أهم المزايا التي تجذب المحكمين من الشركات والمستثمرين في المعاملات التجارية الدولية هي سرية الإجراءات، والحفاظ على أسرار التجارة في أحكام التحكيم التجاري؛ فإذا كانت كقاعدة عامة مبدأ العلانية في القضاء

العادي ومن ضماناته الأساسية لتحقيق العدالة، فإن التجار غالباً ما يفضلون الحفاظ على أسرار مهنتهم وحرصهم على عدم إذاعة أسرار صناعية أو تكنولوجية أو اتفاقات خاصة؛ بل أن البعض من التجار يفضل خسارة دعواه على كشف أسرار التجارة تضيع في نظريهم أموال طائلة أكبر من قيمة الحق المتنازع بشأنه.

-انخفاض تكلفة التحكيم: يرى البعض أنه من السمات الأساسية لتحكيم انخفاض تكاليفه مقارنة إذا عرضت القضية على القضاء العادي الذي يحتاج إلى أموال طائلة وذلك لطول إجراءاته ودفع أتعاب المحامين والرسوم الواجبة لرفع الدعوى. (كمال إبراهيم، 1991).

عيوب التحكيم التجاري الدولي:

على الرغم من المزايا الحسنة التي يتمتع بها التحكيم التجاري إلا أنه لا يخلو من العيوب ومنها:

-عدم إلزامية التحكيم: يعد التحكيم التجاري الدولي وسيلة اتفاقية لحل النزاعات التعاقدية يقوم على إرادة الأطراف واتفاقها حول اللجوء إليه، إلا أنه قد يتمتع أحد الأطراف عن اللجوء إليه عند عدم النص عليه في العقد، أو اتفاق التحكيم عند إذ يجب الاستمرار به على الرغم من عدم موافقة، أو حضور الطرف الآخر بيد أن ذلك لا يعد مأخذاً على التحكيم التجاري الدولي كون أغلب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي تقضي باستمرار التحكيم بالرغم معارضة الطرف الآخر، كما إن مؤسسات التحكيم الدولية تمارس نوعاً من الضغط على الطرف الذي خسر التحكيم لإجباره على تنفيذ القرار التحكيمي، كما يوجد نوع من الضغط الذاتي على الطرف الممتنع عن التنفيذ يلعبه المجتمع الدولي والعاملون في التجارة الدولية لحمل المحكوم عليه على

التنفيذ كإعلان عن اسمه أو توجيه اللوم إليه، أو تسجيله في سجل خاص وغيرها من الإجراءات الأخرى. (محمد عزيز شكري، 1968)

-المساس بالسيادة الوطنية للدول المتخاصمة، ينسب إلى التحكيم التجاري الدولي مساسه بالسيادة الوطنية سيما في العقود التي تكون الدولة، أو أحد مؤسساتها العامة طرفا فيها فالدولة تتنازل عن اختصاص قضائها الوطني في الفصل في النزاعات العقدية كافة مما دفع العديد من الدول إلى العزوف عن اللجوء إلى التحكيم لمساسه بالسيادة الوطنية.

- صعوبة إثبات خطأ المحكمين، فعند خطأ المحكم في تحديد أو تجاوز المبادئ العامة للقانون واجبة التطبيق أو وجود حاجة لتفسيرها فمن الصعوبة إمكانية إثبات خطئه.

-انحلال محكمة التحكيم. إن محكمة التحكيم تختلف عن سابقتها ومستقلة عنها وأن مدتها واختصاصها مقيدان بنزاع يعرض عليها وبمجرد حسمه تتحل المحكمة تلقائيا. (ممدوح عبد الكريم حافظ، 1973)

أركان اتفاق التحكيم (الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم)

ويجب أن تتحقق جميع الأركان مع بعضها البعض لكي يتم إثبات صحة اتفاق التحكيم:

- الأهلية (عبد القادر، 2015)

يجب أن يتمتع أطراف النزاع بالأهلية الكاملة طالما لجأوا للتحكيم للفصل في نزاعاتهم ويُقصد بالأهلية في مجال العلاقات الدولية الصلاحية للقيام بالأعمال القانونية الدولية وهذه الصلاحية لا تتمتع بها الوحدات القانونية الطبيعية في المجتمع الدولي، ولكن قد يتمتع بعض الوحدات بصورة كاملة وبعضها يتمتع بصلاحية ناقصة، والبعض الآخر لا يتمتع بأي صلاحية فهناك دول كاملة السيادة، وهي الشخص القانوني الذي يتمتع

بأهلية اللجوء إلى التحكيم نظرًا لأنها تتمتع بالشخصية القانونية الدولية، أي أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ولأنها تملك الإرادة للقيام بالتصرفات القانونية في إطار العلاقات الدولية، أما الدول ناقصة السيادة فهي بعض الوحدات القانونية الطبيعية في المجتمع الدولي والتي لا تتمتع بالأهلية الكاملة، ولكنها تتمتع بصيغة قانونية خاصة أو تتمتع بوضع قانوني خاص.

ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، فيما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

- الرضا (جاويد، 2014)

فلا تكفي الأهلية وحدها لكي يكون اتفاق التحكيم صحيحًا، بل يلزم أن تكون الموافقة على الاتفاق نابعة من الإرادة الحرة للدول يتوافر الرضا إذا اتفقت إرادة الدول على اللجوء للتحكيم بعيدًا عن التدليس والإكراه والاستغلال وعيوب الإرادة وإلا لا يُعتمد بالتراضي وكذلك لا يُعتمد بالاتفاق إذا كان صادرًا عن شخص معدوم الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون أو من انعدمت إرادته.

يمكن أن يكون التعبير عن الاتفاق صريحًا فلا توجد مشكلة في ذلك لأن التعبير يكون صريحًا لا يشويه أي لبس أو غموض، وقد يكون ضمنيًا وهنا تظهر المشكلة لأن الأطراف قد يتعمدوا إسقاط هذا الشرط.

إذا تطابقت الإرادتين بطريقة صريحة فليس ثمة صعوبة في ذلك، ولكن تظهر الصعوبة إذا اقتصر الأمر على المراسلات المتبادلة عن طريق البرقيات أو غيرها من وسائل

الاتصال الحديثة، ويكون اتفاق التحكيم واردًا في وثيقتين منفصلتين تتضمن إحداهما عرضاً يمثل الإيجاب والآخر يُمثل قبول لهذا الإيجاب.

يُعبّر الإيجاب على اتجاه طلب الشخص الذي يريد التحكيم لفض النزاع بعيدًا عن المحكمة المختصة؛ والأصل أن هذا الشخص غير ملزم بالبقاء على إيجابه، بل يمكنه الرجوع فيه ما دام الموجه إليه لم يقبله بعد، ولكن إذا تم الاتفاق على مدة معينة فلا يستطيع الرجوع ويكون ملزمًا بالبقاء على إيجابه، يكون القبول متطابقًا مع الإيجاب الصادر من الطرف الأول فلا يزيد أو يُعدّل من الإيجاب.

وينعقد اتفاق التحكيم في الزمان والمكان الذي يُعلم فيه الموجب بالقبول ويسقط الإيجاب برفضه ممن وجه إليه وإذا قبل الرفض بعد ذلك فيُعد ذلك قبولًا من الطرف الآخر بالإضافة إلى أن الإيجاب يسقط بموت صاحبه.

– المحل (حيواني، 2016)

يُقصد بمحل اتفاق التحكيم بالنزاع الذي يُراد حسمه عن طريق التحكيم ويجب أن تقبل التسوية بواسطته والذي يرتبط وجوده بوجودها، غير أن النزاع الذي يكون محلاً لاتفاق التحكيم قد يوجد مستقبلاً في شرط التحكيم وقد يكون موجودًا حالاً في عقد التحكيم الذي يتم إبرامه بسبب نزاع قائم بالفعل.

وطالما أن اتفاق التحكيم عقد كسائر العقود فإن محله يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة المتطلبية في محل الالتزامات التعاقدية بوجه عام، والواردة في قانون المدني (التراضي والمحل والسبب والشكل بالنسبة للعقود الشكلية) حيث يجب أن يكون محل اتفاق التحكيم موجودًا وممكنًا ومعينًا أو قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعًا.

وبجانب الشروط السابقة لا بد وأن يكون محل اتفاق التحكيم على نزاع مالي في إطار القانون الخاص بين طرفي العلاقة القانونية والذي يفترض فيه أنه يقبل الصلح وعموماً يوجد مجالات لا يجوز فيها التحكيم:

- مسائل الأحوال الشخصية، فلا تصلح أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم، لاتصالها بوضع الشخص ومركزه داخل الأسرة بحيث لا يجوز مثلاً التحكيم في مسألة تتعلق بمدى شرعية الولد أم لا، وما إذا كان الشخص يحق له الوراثة أم لا، في حين أنه يجوز التحكيم في المسائل والمصالح المالية.

- المسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي لا يجوز التحكيم فيها فتكون مرتبطة بالدرجة الأولى بالقواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد والمتعلقة بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد ومن أمثلة تلك المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته، المسائل الجنائية أو تلك المتعلقة بكسب الجنسية أو فقدها.

مما سبق تتضح أن فكرة النظام العام في القانون الدولي أضيق نطاقاً منها في القانون الداخلي ومن هذه المسائل المستبعدة من التحكيم:

- منازعات متعلقة بإجراءات التنفيذ ورد القضاة والمسائل المستعجلة: فلا يجوز التحكيم في المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ لأن القاعدة ترى أن التنفيذ يجري تحت إشراف ورقابة القضاء فلا يمكن أن يتصور أن يحكم مُحكم في صحة أو بطلان إجراءات التنفيذ التي تتم بواسطة القضاء، وكذلك لا يجوز التحكيم في المسائل الإجرائية البحتة لأن المُشرع وضع القوانين الإجرائية لصالح العدالة والتي يلتزم بها الخصوم ويحترمها القضاء.

- منازعات متعلقة بمسائل الحالة والأهلية: فلا يجوز التحكيم في مسائل الجنسية، أو كون الشخص ذكراً، أو أنثى، أو التحكيم في موطنه الانتخابي، أو حقه في الترشيح في الانتخابات، ولكن إذا ترتب على الحالة الشخصية للفرد حقوقاً مالية جاز التحكيم فيها وأيضاً، لا يجوز التحكيم في مسائل الأهلية الخاصة بالتنازل عنها أو تعديل الأهلية.

- عدم جواز التحكيم في مسائل الإفلاس: يكاد ينعقد إجماع الفقه على أن التحكيم غير جائز في مسائل الإفلاس فلا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأن التوقف عن الدفع، أو بشأن تقرير بطلان، أو عدم بطلان التصرف في فترة الريبة، أو أي نزاع آخر يكون سببه الإفلاس، ولكن يجوز التحكيم بشأن نزاع لا يتعلق بحالة الإفلاس كما لو تعلق الأمر بعقود سابقة على الإفلاس.

- عدم جواز التحكيم في مسائل الملكية الفكرية: فلا يجوز التحكيم فيها سواء كانت صناعية، كالرسوم والنماذج والعلامات التجارية، أو أدبية كحق المؤلف، أما المنازعات التي تدور حول تنفيذ العقود كالتراخيص المتعلقة باستثمار حقوق براءة الاختراع أو غيرها من المسائل المالية فيجوز فيها التحكيم بشرط عدم مخالفتها للنظام العام.

- السبب (حيواني، 2016)

يُعتبر السبب ركناً جوهرياً لا ينعقد العقد بدونه وهو ما ينظر إليه المتعاقد من وراء العقد أو المصلحة والغرض التي يسعى إلى الحصول عليها من التعاقد فيمكن أن يشترط المشرع لصحة أي اتفاق بصفة عامة ضرورة وجود السبب، وأن يكون هذا السبب مشروعاً غير مخالفاً للنظام العام والآداب العامة إلا أنه في حالة عدم ذكره؛ يفترض المشرع أن لكل اتفاق سبباً حقيقياً ومشروعاً.

ويُعتبر التحكيم كغيره من العقود فيجب أن يتضمن ركن السبب وفق نفس الشروط التي حددها المشرع ومفاد السبب في اتفاق التحكيم، هو اتجاه إرادة الأطراف إلى استبعاد

طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر بذلك إلى المحكمين والسبب على هذا النحو يعتبر مشروعاً دائماً.

صور اتفاق التحكيم الدولي

يتضح أن تعريف اتفاق التحكيم له صورتان الأولى (أن يكون في صورة شرط أو بند في عقد من العقود ويتضمن إحالة المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف العقد عند تنفيذه أو تفسيره إلى التحكيم وبطلق عليه شرط التحكيم) والثانية (أن تكون في صورة عقد بين الخصوم بمناسبة نزاع قائم بالفعل بينهم وبطلق عليها مشاركة التحكيم)؛ وفيما يلي شيء من التفصيل.

شرط التحكيم

تعريف شرط التحكيم في الفقه:

يقصد به اتفاق الأطراف على إحالة ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه ويتم الفصل فيه بواسطة التحكيم وقد يرد هذا الشرط في نفس العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق وهذا يعني تنازل المتعاقدين مسبقاً وقبل نشوء النزاع بينهم عن اللجوء إلى القضاء المختص، ويُعرف أيضاً بأنه الاتفاق الذي يتم النص عليه في العقد الأصلي ويتفق الطرفان بموجبه على إحالة النزاعات التي قد تنشأ بينهم إلى التحكيم.

تعريف شرط التحكيم في التشريعات المقارنة:

لم يُعرّف المشرع الفرنسي شرط التحكيم في التحكيم الدولي، ولكن اكتفى بذكره في التحكيم الداخلي في المادة 1442 من مجموعة المرافعات الفرنسية بأنه اتفاق يتعهد الأطراف بمقتضاه في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم.

أما المُشرع الجزائري فعرفه بأنه اتفاق يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة لعرض المنازعات التي قد تثار بشأن هذا العقد في التحكيم، وفيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي فالمُشرع الجزائري لم يُفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم كما فعل في القانون الداخلي وإنما قام بجمعها في نص واحد.

بينما عرف المُشرع الأردني في المادة 11 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 على أنه يجوز أن يتم اتفاق التحكيم سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل النزاعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين.

نصت اتفاقية نيويورك عام 1985 على شرط التحكيم في المادة الثانية على أنه تعترف كل دولة متعاقدة باتفاق الأطراف المكتوب الذي يُلزمهم باللجوء للتحكيم لحل منازعاتهم التي نشأت أو ستنشأ عن علاقة قانونية معينة بينهم متى تعلق هذا النزاع بمسألة يجوز حلها بالتحكيم.

أما قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري في المادة؛ في الفقرة الأولى عرّف اتفاق التحكيم بأنه اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم كل أو بعض النزاعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهما بشأن علاقة قانونية محددة سواء أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية.

من خلال التعريفات السابقة لشرط التحكيم يمكن اعتباره شرط مدرج في العقد وجزء لا يتجزأ منه وأهم عناصره "تطابق الإرادات" على حسم النزاع أي كان نوعه مالي أو فني أو قانوني مستقبلي ناشئ عن تطبيق العقد بطريق التحكيم ويرد شرط التحكيم على أي نزاع قد يحدث بينهم في المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذي تضمنه، أو تنفيذه فلا يرد على نزاع معين، كما أن شرط التحكيم قد يكون قائماً بذاته ومنفصلاً عن العقد الأصلي

المُبرم بين أطرافه ولا يؤثر ذلك في وصفه بأنه شرطاً للتحكيم مادام الاتفاق عليه قد تم قبل اندلاع النزاع بين الأطراف.

قد يشمل مضمون شرط التحكيم تنظيم جوانب التحكيم من حيث تشكيل المحكمة واختيار هيئة التحكيم وتحديد موضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق ومكان انعقاد الجلسات، المواعيد، وكيفية إصدار القرار التحكيم في النزاع، كما قد يكون شرط التحكيم عامًا إذا أحال إلى التحكيم كل النزاعات المتعلقة بالتفسير أو تنفيذ العقد، أو خاصًا إذا اقتصرَت الإحالة للتحكيم على بعض المسائل أو موضوعات دون غيرها.

تتمثل ميزة شرط التحكيم في وروده قبل نشوء النزاع سواء في العقد الأصلي أو في عقد مستقل، كما إنه يعبر عن تطابق إرادة طرفي العقد على ضرورة حسم أي نزاع قد ينشأ عن تطبيق هذا العقد بطريق التحكيم سواء كان النزاع فنيًا، أو صناعيًا، أو زراعيًا بحسب طبيعة موضوع العقد الأصلي أو قانونيًا، أو ماليًا، وليس لشرط التحكيم صيغة معينة، بل يكفي أن تكون الصيغة محددة المعالم وواضحة لا تثير تفسيرات مختلفة لدى أطراف النزاع أو المُحكِّمين.

شروط صحة شرط التحكيم:

بما إن شرط التحكيم عبارة عن عقد يتم بين الأطراف فإن صحة هذا العقد ونفاذه لا يكون صحيحًا إلا إذا توافرت الشروط اللازمة واجتمعت الآراء على كون الهيئة التحكيمية تفصل في النزاع استنادًا إلى اتفاق تحكيم يشترط فيه صحته؛ وبذلك تكون اتفاقية التحكيم صحيحة متى كانت إرادة الأطراف سليمة وكان موضوع النزاع قابلاً للفصل فيه عن طريق التحكيم.

مشارطة التحكيم

يمكن تعريف مشارطة التحكيم على أنها اتفاق بين أطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم وتقديمه لشخص أو أكثر تتعلق بوجود منازعة قائمة وناشئة بالفعل بين أطرافه لحظة الاتفاق على التحكيم بصدد علاقة قانونية محددة سواء كانت علاقة ناشئة عن تعاقد مبرم بين أطراف اتفاق على التحكيم، أو تصرف حدث، أو واقعة تحققت تؤثر على حقوقهم، ومراكزهم، وبشرط أن يكون موضوع النزاع قائم بالفعل بينهم داخلاً في نطاق المسائل التي يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم، ومن ثم لا يصح إبرام عقد التحكيم أو مشارطة بالنسبة لنزاع انتهى بالفعل بين أطرافه؛ إما بحكم قضائي صادراً من القضاء العام في الدولة يكون حاسماً له، أو حتى بحكم التحكيم صادراً من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ويكون نهائياً.

أوجه الاتفاق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم (علي، 2015)

- يتم الالتجاء في كل من شرط ومشارطة التحكيم على إحالة النزاع المتعلق بتنفيذ أو تفسير عقد من العقود إلى جهة غير المحاكم للفصل فيه ويكون القرار التحكيمي الصادر من هيئة التحكيم ملزماً للأطراف التي لجأت للتحكيم.
- يجب أن يرد في اتفاق الشرط أو المشارطة على مسألة يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم، أي أن يكون محل التحكيم مشروعاً ويقبل الفصل فيه عن طريق التحكيم فلا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية، فالمسائل التي تمس النظام العام لا يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم إلا أنها تختلف من دولة إلى أخرى.

- يقوم شرط ومشاركة التحكيم على مبدأ الرضائية والاتفاق وهذه ميزة يتميز بها التحكيم، فالترام الخصوم بالحكم الصادر من المحكم أو المحكمين المعنيين يستند إلى إرادة ورغبة الخصوم أنفسهم والمتقيدة بموجب شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم حيث ارتضوا بكامل إرادتهم للخضوع للتحكيم والحكم الصادر عنه.

- ضرورة تعلق شرط ومشاركة التحكيم على منازعة لم يتم الحسم فيها نهائياً بإحدى وسائل انتهاء النزاع سواء عن طريق حكم قضائي حاسم، أو عن طريق حكم تحكيمي نهائي صادر عن هيئة تحكيم فاتفق التحكيم يقتضي التزام الخصوم بسلب الاختصاص من المحاكم المعنية وطرحه على المحكم أو هيئة تحكيمية بحيث تصدر حكماً فيه ينهي النزاع.

- لا ينهي المحكم النزاع بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم إنما ينتهي بممارسة المحكم الذي أختير لإصدار الحكم.

- لابد من وجود اتفاقاً واضحاً في الشرط أو المشاركة يحيل إلى التحكيم، وبعض الدول تفضل أن يكون هذا الاتفاق كتابة.

أوجه الاختلاف بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم (شعران، 2016)

يرد شرط التحكيم كأحد بنود عقد معين لتنظيم طريقة حل المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل بين طرفي العقد على خلاف ذلك لا تبرم مشاركة التحكيم إلا في حالة وجود نزاع قائم بين الطرفين، أو أكثر وتتفق الأطراف على إخضاعه للتحكيم ولذلك

تعتبر مشاركة التحكيم عقدًا مستقلًا قائمًا بذاته، بينما لا يتجاوز شرط التحكيم كونه شرطًا، أو بندًا في عقد موضوعي وإن كان القانون الجديد قد أعطى له استقلاليته. وفي عبارة أخرى فيتميز شرط التحكيم في كونه يرد على نزاع مستقبلي محتمل سابق على قيام النزاع وقد يقع هذا النزاع فعلاً فيُحال إلى التحكيم وقد لا يقع فلا يعمل بشروط التحكيم.

يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي في بدايته أو نهايته أو في أي مكان آخر بينهما إلا إذا تبين أنها منازعات معينة ناشئة عن العقد وليس جميعها كما قد يرد شرط التحكيم في عقد مستقل عن العقد الأصلي.

أما مشاركة التحكيم فهي اتفاق يبرم بين الخصوم بعد حدوث النزاع وتتعلق بنزاع حدث بالفعل وتتميز بأنها تبرم بعد قيام النزاع سواء قبل رفع الدعوى أمام القضاء، أو بعد رفع الدعوى وهذا يعني التنازل وترك الخصومة أمام القضاء والتنازل أيضاً عن الأحكام السابقة الصادرة لصالح أحد الخصوم قبل إبرام المشاركة، أما في الشرط فيتم التنازل عن اللجوء إلى القضاء قبل نشوء النزاع.

مشاركة التحكيم التي تبرم بعد إثارة النزاع يجب أن تكون أكثر دقة في تحديد المسائل محل النزاع بين الطرفين مقارنة بشرط التحكيم الذي قد يكون أكثر عمومية وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى تعذر حل النزاع بالتحكيم إن لم يكن هذا البند قد أحسنت صياغته عند إبرام العقد، لأن شرط التحكيم غالباً ما يرد في نهاية العقد ومن دون أي تفصيل بسبب حسن النية الطرفين بعدم وقوع في أي خلاف عند إبرام العقد، ففي مشاركة التحكيم يتم تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين وإجراءات التحكيم

لأن عدم تحديد موضوع النزاع في المشاركة كما سبق الذكر يؤدي إلى بطلان الاتفاق.

الهدف من تحديد النزاع المُحتمل وغير المحدد أو القائم بالفعل بين أطراف الاتفاق هو الرغبة في ألا ينزل الأطراف المحكّمون عن ولاية القضاء العام في الدولة إلا في نزاع محدد تختص بالفصل فيه هيئة التحكيم المُكلفة بذلك. يأتي شرط التحكيم عادةً خاليًا من تحديد مكان التحكيم وعدد المحكّمين والقانون الواجب التطبيق ويعتبر شرط التحكيم الأكثر شيوعًا مقارنة بالمشاركة.

شروط اتفاق التحكيم

لا يكون اتفاق التحكيم صحيحًا إلا إذا توفرت مجموعة من الشروط الواجب توافرها في المتحكّمين كما أن الحكم التحكيمي لا يعد صحيحًا إلا إذا كان صادرًا عن محكم تتوفر فيه مجموعة من الشروط التي تمنحه هذه الصفة.

الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم

عادة ما يخضع شكل العقد لقانون محل الإبرام» بينما يخضع العقد لقانون الإرادة ويلاحظ أن المشرع الأردني قد أخضع شكل العقد لقانون محل الإبرام ألا إنه عاد وأجاز أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها لموضوعية.

كما أجاز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك فعقد التحكيم كباقي العقود الرضائية واعتبرته بعض التشريعات من العقود الشكلية ويعني ذلك انه لا يكفي فقط مجرد التراضي لانعقاده، بل لا بد من أن يتم في شكل يتطلبه

القانون وتتمثل هذه الشروط في وجود الكتابة ووجود تحديد موضوع النزاع وسنبيها كما يلي:

- وجود الكتابة

أولت اتفاقية نيويورك كتابة اتفاق التحكيم أولوية كبيرة جداً واعتبرته شرطاً شكلياً يستلزم توافره في اتفاق التحكيم.

واعتبرته شرطاً لصحة اتفاق التحكيم وليس دليلاً للإثبات وفي حال تخلف هذا الشرط فإنه يمتنع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ويعتبر باطلاً ولم تشترط الاتفاقية أن يكون الاتفاق سابقاً على المنازعة، بل يمكن أن يكون معاصر لها أو لاحقاً عليها.

ولكن لا يكفي أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، بل لا بد من أن يكون موقعاً عليه من الطرفين أو يكون متضمناً في خطابات أو برقيات متبادلة مراعية في ذلك متطلبات التجارة الدولية التي تجري عادة من اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات بين غائبين.

يقصد " باتفاق مكتوب " شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة - أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق. وتنص المادة العاشرة من قانون التحكيم الأردني على ما يلي:

1 - يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل الاتفاق.

2 - ويعد في حكم الاتفاق المكتوب لكل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

3 - إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة «فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم: ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب.

2-تحديد موضوع النزاع

لقد اشترط قانون التحكيم الأردني وكذلك المصري تحديد موضوع النزاع على أن يتم هذا التحديد على التفصيل التالي:

-تعيين المحل في شرط التحكيم: إذا كان الاتفاق في صورة شرط تحكيم فإنه لا يلزم أن يتضمن الشرط تحديد المسائل المتنازع عليها وهذا بديهي إذ أن الشرط يتفق عليه قبل بدء أي نزاع نظراً لكون الشرط هو اتفاق على التحكيم فيجب، شأنه شأن أي اتفاق أن يكون له محل.

وهذا المحل يجب أن يكون معيناً وهذا ما أكدته القانون المدني الأردني حيث نص على أنه " يشترط أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة "...ولهذا يلزم

لصحة شرط التحكيم تعيين المحل الذي يدور حوله النزاع؛ فيعتبر باطلا شرط التحكيم الذي يتفق فيه الطرفان على عرض أي نزاع ينشأ بينهما في المستقبل على محكمين دون تعيين المحل الذي يدور حوله النزاع وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها بالقول: "فإذا اتفقا طرفا عقد العمل في المادة (7) من عقدا لعمل على أنه أية خلافات تنشأ بين الفريقين وتكون ناتجة عن هذا العقد تحال للتحكيم وفق أحكام قانون التحكيم الأردني السارية المفعول (فالمستفاد من هذه المادة إن الطرفين اتفقا على حل أي نزاع ينشأ بينهما عن تنفيذ عقد العمل يتم فيه اللجوء إلى التحكيم وحيث أن العقد الشريعة المتعاقدين وبما أن الجهة المدعى عليها تمسكت بشرط التحكيم؛ فإن تمسكها هذا لا يخالف حكم العقد

-تعيين موضوع النزاع في مشاركة التحكيم:

يجب في مشاركة التحكيم ذكر موضوع النزاع؛ وإلا ترتب على ذلك بطلان القرار التحكيمي بموجب نصوص قوانين التحكيم التي نصت على ذلك بالقول: "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء أكان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تشأ بين الطرفين كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية ويجب في هذه الحالة أن يعين موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً.

الشروط الخاصة بالمحتكمين:

يشترط في المحتكم أو طالب التحكيم أن يكون متمتعا بالأهلية وأن يملك حق التصرف في موضوع النزاع.

الأهلية

ينص الفصل 306 من م م م أنه "يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم...". وهو نفس التوجه الذي سار عليه الفصل 1125 من القانون المدني الفرنسي. ويستوي أن يكون المحتكم شخصا طبيعيا أو اعتباريا شريطة أن يكون متوفرا في الحالة الأخيرة على الشخصية المعنوية، مما يترتب عنه استبعاد شركات المحاصة في مجال التحكيم لكونها لا تتوفر على الشخصية المعنوية.

كما تجدر الإشارة إلى أن التحكيم الذي يبرمه أو يوافق عليه القاصر يكون باطلا سواء كان فاقد الأهلية كالصغير غير المميز أو ناقصها كالسفيه، ما لم يكن مأذونا له أو مرشدا، أو باشر ذلك بواسطة نائبه القانوني، إلا أن هذا التدخل الأخير يثير بعض الإشكاليات منها:

إذا كانت المادة 240 من مدونة الأسرة لا تخضع الولي لرقابة القضاء القبلية في إدارته لأموال المحجور ما لم تتجاوز 200 ألف درهم، فإن الفصل 11 من ق ل ع يمنع الأب والوصي والمقدم من التصرف في أموال القاصر التي يديرها ما لم يحصل على إذن من القاضي المختص.

وأمام هذا التناقض بين مقتضيات مدونة الأسرة، لا يسع إلا أن تأكيد أولوية تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة نظراً لكونها نص خاص يقدم على النص العام. كما أن ذلك سيفتح المجال أمام الآباء للموافقة على التحكيم لفائدة أبنائهم القاصرين دون قيد أو شرط.

أما الإشكالية الثانية التي يثيرها شرط الأهلية، فتتعلق بأهلية الدولة والجماعات المحلية لإبرام اتفاقات التحكيم.

لقد تضاربت موافق الفقه والتشريع لحل هذه الإشكالية مما أدى إلى ظهور ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول يمنع الدولة والجماعات المحلية من اللجوء إلى التحكيم، وهذه هي حالة المشرع التونسي والفرنسي، إلا أن هذا الأخير، وبعد تعديل 9 يوليوز 1975 سمح للمؤسسات العمومية التجارية والصناعية باللجوء إلى التحكيم.

أما المشرع الجزائري فلا يسمح للدولة والمؤسسات العمومية بأن تلجأ إلى التحكيم إلا في إطار العلاقات بين هذه المؤسسات.

أما الاتجاه الثاني، وهو اتجاه المشرع المصري فيجيز للدولة والمؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم، ولكن أمام هيئات خاصة منشأة لهذا الغرض، والتي تنتظر إضافة إلى ذلك النزاعات الدولية بين المؤسسات العمومية والأشخاص الطبيعيين والمعنويين، سواء كانوا وطنيين أم أجنبى شريطة أن يقبلوا اللجوء إلى التحكيم بعد وقوع النزاع.

أما الاتجاه الثالث والذي يمثله القانون الأردني، فيسمح للدولة والمؤسسات العمومية باللجوء إلى التحكيم.

أما في المغرب فإن الأساس القانوني الذي يمنع الدولة من اللجوء إلى التحكيم حسب بعض الفقه (الوكيلي، 1982) يكمن في أن الفصل 9 من ق م م يوجب تبليغ النيابة العامة بكل القضايا التي تتعلق بالنظام العام والدولة والجماعات المحلية. وهو ما يعني أن النيابة العامة لا تستطيع مراقبة النزاعات التي تهم أشخاص القانون العام لأنها تكون معروضة على التحكيم.

وفي مقابل هذا الرأي، يميز البعض الآخر (عبد الكريم الطالب، 2003) بين تدخل الدولة أو الجماعات المحلية بشأن الأملاك العامة، والتي لا يسوغ فيها للدولة أن تلجأ إلى التحكيم، وبين تدخلها بخصوص أملاكها الخاصة والتي يسوغ لها أن تلجأ بشأنها إلى التحكيم لأنها ستكون بمثابة شخص عادي يخضع للقواعد العامة شأنها شأن الأفراد. ويبدو أن هذا الاتجاه الأخير هو الاتجاه المنطقي، وذلك لأن لجوء الدولة إلى التحكيم أصبح شيئاً لا بد منه خاصة في مجال العقود الدولية.

ملكية التصرف في الحق موضوع التحكيم

بالرجوع إلى الفصل 306 من ق م م نجده ينص أنه "يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها". انطلاقاً من هذا الفصل فإنه لا بد لصحة اتفاق التحكيم من أن يكون المحتكم مالكا لحق التصرف في موضوع التحكيم، ومن ثم يستثنى من ذلك الحارس سواء كان قضائياً أو إئتافياً والمودع عنده (عبد الكريم الطالب، 2003) والمحكوم عليه

بالتصفية القضائية نظرا لأنه يكون خاضعا لنظام غل اليد الذي ينقل سلطة الإدارة والتصرف والتقاضي إلى السنديك.

إلا أن الإشكال الذي يثار في هذا الصدد يتعلق بمدى إمكانية إبرام اتفاق التحكيم بواسطة الوكيل العام.

في هذا الإطار يرى بعض الفقه (أحمد أبو الوفا، 2000)، أن إبرام اتفاق التحكيم من طرف الوكيل العام يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة الأصيل، إذ يزول هذا البطلان بإجازة الأصيل للاتفاق الذي أبرمه الوكيل العام، كأن يتكلم الأصيل أمام المحكم دون تحفظ، أما إذا كان الحاضر أمام المحكم هو الوكيل العام، فإن تكلمه في الموضوع لا يصح الأوضاع إلا بإجازة الأصيل الصريحة أو الضمنية.

كما يثير شرط ملكية التصرف في الحق موضوع التحكيم إشكالية أخرى تتعلق بما إذا كان مدير الشركة يحتاج إلى توكيل خاص أم لا لإجراء التحكيم، على اعتبار أن المدير لا يملك حق التصرف في أموال الشركة.

لحل هذه الإشكالية يتعين الرجوع إلى عقد الشركة أو إلى النظام الأساسي لمعرفة الاختصاصات المخولة للمدير أو المتصرف، أما في حالة سكوتها فلا بد من التمييز بين حالتين (أحمد السباعي، 2002):

حالة ما إذا كان المدير أو المتصرف شريكا، حيث يجوز له إبرام اتفاق التحكيم لأنه يملك في هذه الحالة حق الإدارة والتصرف، عملا بالفصل 1023 من ق ل ع الذي جاء فيه "لشريك المكلف بالإدارة بمقتضى عقد الشركة أن يجري برغم معارضة باقي الشركاء كل أعمال الإدارة. بل كل أعمال التصرف الداخلة في غرض الشركة."

حالة ما إذا لم يكن المدير شريكا، ففي هذه الحالة لا يجوز له إبرام اتفاق التحكيم لأنه يكون بمثابة وكيل يلزمه الحصول على إذن أو وكالة خاصة.

المحكم

هو كل شخص كامل الأهلية المدنية وغير محكوم عليه في جناية أو جنحة يقع اختيار أطراف النزاع عليه، يمكن أن يتم اختياره محكما سواء كان شخصا عاديا، أو مهنيا كالمحامي، أو المهندس، أو الطبيب، أو المحاسب، أو المقاول، ولكن يفضل في الشخص الذي يعين محكما أن تتوفر فيه الخبرة والمعرفة اللازمة بصلب وموضوع النزاع المحال إليه للنظر فيه تحكيميا.

ويتمتع بثقة الخصوم ولم يقتصر إن يكون المحكم شخص طبيعى، بل من الممكن إن يعهد التحكيم إلى مركز تحكيمي أو هيئة تحكيمية.

الشروط الخاصة بالمحكمين:

بالرجوع إلى ق م م نجد أنه سكت عن تحديد الشروط الواجب توافرها في المحكمين، وهو ما لم يتلافاه مشروع مدونة التحكيم، والذي لم يتطرق سوى لشروط التمتع بالحقوق المدنية.

وفي مقابل هذا الموقف السلبي للمشرع المغربي، نجد أن بعض التشريعات عمدت إلى تحديد الشروط الواجب توافرها في المحكمين، ومن ذلك المادة 508 من قانون المرافعات السوري التي جاء فيها لا يصح أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية. وفي نفس الإطار تسير المادة 16 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 والتي تنص على أنه “لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو

محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه باعتباره.

وأمام هذا الفراغ على مستوى التشريع المغربي فإننا نصادف مجموعة من الإشكاليات منها:

أولا: هل يمكن أن يكون المحكم امرأة:

بالرجوع إلى بعض التشريعات المقارنة نجد أنها حسمت المسألة حينما سمحت للمرأة بأن تكون محكما. وهو ما نصت عليه المادة 16 الفقرة الثانية من قانون التحكيم المصري والتي جاء فيها: "لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك".

ومن جانبنا فإننا نرى أنه لا مانع من أن تتولى المرأة مهمة التحكيم طالما كانت متوفرة على الأهلية والكفاءة اللازمة لذلك. خاصة وأنها تستطيع موازنة مهمة القضاء فكيف لا نسمح لها بموازلة مهمة التحكيم.

ثانيا: مدى جواز أن يكون المحكم من غير ذوي الخبرة بموضوع النزاع:

لقد تضاربت الآراء الفقهية لحل هذه الإشكالية، بين من يجيز ذلك ومن يمنعه. حيث يقول البعض (أحمد أبو الوفا، 2000)، بعدم اشتراط أن يكون المحكم عالما بالقانون ولو كانت المسألة المعروضة عليه قانونية، وبالتالي لا يشترط أن يكون المحكم متخصصا في المسألة المتنازع عليها والمعرضة عليه. وفي مقابل هذا الاتجاه يرى البعض الآخر أنه لا مناص من أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في موضوع النزاع المعارض عليه، مما يغنيه عن اللجوء إلى الاستعانة بالخبراء حتى يحقق مصلحة

الأطراف. وهذا ما نصت عليه المادة 4 من نظام التحكيم السعودي التي جاء فيها “يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السير والسلوك”...

ومن اللازم أن يكون المحكم من ذوي الخبرة حتى يحقق الغاية الأساسية من التحكيم والتي تكمن في حل النزاع بسرعة وبطريقة ترضي الأطراف، ونعتقد أنه لا يتأتى ذلك إلا إذا كان المحكم من ذوي الخبرة في موضوع النزاع وإلا فإن الأطراف سيفضلون القضاء على التحكيم المفتقد للخبرة.

ثالثا: مد جواز تحكيم القضاة

بالرجوع إلى بعض التشريعات المقارنة ومنها التشريع المصري، نجد أنها تمنع كأصل عام القضاة من مزاوله مهمة التحكيم ولو بدون أجر وحتى وإن لم يكن النزاع معروضا على القضاء. وفي نفس السياق يرى بعض الفقه (أحمد أبو الوفا، 2000) أنه لا يمكن تحكيم محكمة بكاملها، أو تحكيم رئيس المحكمة تحت طائلة البطلان. وذلك لأن المحكمة تصدر أحكاما ذات قوة وحجية ولا تعتمد على أي أمر آخر لتنفيذ أحكامها. وبالتالي لا يمكنها أن تتحدر فتصدر حكما لا يمكن تنفيذه إلا باستصدار أمر ولأئي من رئيس المحكمة.

أما على مستوى التشريع المغربي وأمام الفراغ القانوني في هذا الإطار، فلا مانع من أن يتولى القاضي مهمة التحكيم ما لم يوجد نص خاص يمنعه من ذلك. وإن كان بعض الفقه يرى بأن الزج بالقضاة في التحكيم يبعدهم عن رسالتهم وواجباتهم، وهو ما يستوجب تدخل المشرع لسد هذا الفراغ بنصوص صريحة تضمن الاستقرار وتحمي الدولة (أحمد السباعي، 2002)

ومن جانبنا نرى أنه من الأفضل إبعاد القضاة عن نطاق المهمة التحكيمية وأن يكتفوا بالمهمة الملقاة على عاتقهم من قبل الدولة للفصل في المنازعات القضائية ما لم يتفق الأطراف على اختيار القاضي ليقوم بدور المحكم شريطة عدم وجود ما يمنع ذلك.

سلطة المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق:

إن الأطراف قد لا يختارون قانون معين ليحكم إجراءات سير المنازعة، بل يتركون الأمر إلى المحكمين أنفسهم ليحددوا تلك الإجراءات على ضوء ما قد يروونه مناسباً بخصوص النزاع المطروح على التحكيم. لذلك يقع على عاتق المحكم الدولي أن يتصدى لهذه المشكلة، حيث يتمتع بالسلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد، وهو في ممارسته لهذه السلطة ينبغي عليه احترام التوقعات المشروعة للأطراف، وعلى هذا الأساس فإن هذا الأمر يختلف بالنسبة للمحكم الدولي عن القاضي الوطني، ذلك لأنه مقيد بالنصوص القانونية أي قانون دولته التي يصدر باسمها أحكامه، فإن الأمر يختلف تماماً بالنسبة للمحكم الدولي، ذلك لأن المحكم الدولي وكما سبق القول ليس له قانون مختص ولا يصدر أحكامه باسم هذه الدولة أو تلك ومن ثم لا يخضع لسيادة أي دولة حتى ولو كان أحد رعاياها طرفاً في المنازعة التي تطرح على التحكيم. (أبو يزيد رضوان، 1979).

مفهوم العقد التجاري

تعتبر العقود التجارية لا تختص كثيرا بنظرية مستقلة عن التي تحكم العقود المدنية، بل يعتبر معظمها لا يتميز عن غيرها لا في الاسم ولا في الأركان ولا في شروط الصحة وإنما في اكتساب العقد للصفة التجارية لأسباب وظروف لا تتصل بطبيعته، وأهم هذه الأسباب هي صفة من يبرم العقد.

ولذلك هناك خلاف في الفقه قائم على فكرة أحقية العقد بالصفة التجارية من الأساس فإن بعض الفقه قد ينكر على العقود التجارية حق الوجود ويرى أنها تقتصر إلى كيان مستقر. حيث يرى الفقيه "ريبير" أنه لا توجد عقود تجارية بالمعنى الذي يوحي به الاصطلاح، وإنما توجد عقود مسماة ببرمها غير التجار فتكون مدنية، أو ببرمها التاجر لحاجات تجارته وحينئذ تخضع لطائفة من القواعد الخاصة بالأعمال التجارية. (البارودي، 1975).

بينما عرفه الفقيه الدكتور عبد الحي حجازي على أنه: "هو العقد الذي يجريه التاجر إذا كان متصلا بحرفته التجارية". لكن هذا التعريف وجه إليه الكثير من الانتقادات اللاذعة لاعتماده على إضفاء الصفة التجارية على أساس شخصي فهو تعريف غير شامل لأنه لا يتناول العقود التي يجريها غير التاجر بقصد المضاربة. (محرز، 1980)

وعرفه الأستاذ "ريني روديار أيضا بأنه" نقصد بالعقود التجارية الالتزامات التعاقدية التي تكون عملا تجاريا بالنسبة للأطراف وبمعنى آخر هي الأعمال التجارية أو

الأعمال المختلطة التي يتم صياغتها في الشكل القانوني الخاص بالعقود ". (محرز، 1980)

تعريف العقود التجارية الدولية

أما على الصعيد الدولي فإنه يصعب وضع تعريف معين متفق عليه للعقد التجاري الدولي. حيث إن الفقهاء منذ القدم لم يكونوا ينظرون للعقود بأنها تمثل موضوعاً لنظرية في مجال المعاملات التجارية الدولية. ويعزز من هذا الواقع أن بعض الاتفاقيات الدولية في مجال قانون التجارة الدولية لا تعرف العقد الدولي وإنما تكتفي بإحالات تطبيق الاتفاقية، ومهما بلغ الجدل حول تعريف العقد التجاري الدولي فإنه تم تعرية على أنه " اتفاق دولي ذو طابع تجاري أو مدني ينظم علاقات يحكمها القانون الخاص، وتتكفل قواعد القانون الخاص بتحديد القانون الداخلي الواجب التطبيق عليه والمحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عنه ". (سعد الله، 2007).

تعريف العقود التجارية الإلكترونية

وبسبب ما يشهده العالم في الوقت الحاضر من تطور كبير في شتى مجالات الحياة والتي كان من نتائجها ظهور التجارة الإلكترونية وما أفرزته من تطورات علمية على صعيد التجارة وتيسير أمور الحياة إضافة إلى اختصار الزمن والمسافات على المتعاملين بها ؛ مما أدى إلى تطور ملحوظ يشهده العالم في التجارة الذي بدوره انعكس على حياة الناس كافة ؛ مما أدى إلى دخول العقود الإلكترونية في كافة فروع الحياة حتى شملت عقود البحث العلمي إضافة إلى الحياة بين التجار وهي أساس هذه العقود. الأمر الذي جعلها تساعد في وضع أساسات تسهم في تطور كافة فئات المجتمع دون تحديد لهذه الفئات. (أمين، 2015).

ولقيام التجارة الإلكترونية بغايتها كان لا بد من تعريف محدد للعقود الإلكترونية بالرغم من الإشكالات العلمية والعقبات القانونية التي من الممكن أن تواجه هذه العقود وذلك لاحتياجها لدرجة من الدقة والوضوح في بيانها. سواء من حيث الطريقة التي ينعقد بها العقد أو مدى اعتبار هذا العقد من العقود المبرمة عن بعد من حيث النظر إلى طريقة الانعقاد وتمييزه عن العقود المحيطة في البيئة الإلكترونية. (أمين، 2015).

و قد تم تعريف العقود التجارية الإلكترونية من جانب الفقهاء من خلال تعريف التجارة الإلكترونية باعتبار أن هذا هو المجال الذي يظهر فيه العقد فالمقصود بالتجارة الإلكترونية عند هذا الجانب من الفقه أنها جميع المعاملات التي تتم عبر الأنترنت حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية وإن كان الغالب أن تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل و الذي غالبا ما يكون تاجرا أي أنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد بوسيلة مسموعة أو مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل ". (أمين ، 2015) .

وبذلك نستنتج أن العقود التجارية الإلكترونية تختلف عن العقود في التجارة التقليدية بعدم توافر مجلس للعقد بالمعنى المفهوم في النظرية التقليدية وذلك نظرا لاختلاف مكان البائعين والمشتريين.

خصائص العقود التجارية

تتميز العقود التجارية بعدة خصائص مشتركة تميزها عن العقود المدنية والإدارية ومن أهم تلك الخصائص (قرمان، 2010):

(1) عقود رضائية.

العقود التجارية عقود رضائية تنعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول الصحيحين بين طرفين يتمتعان بالأهلية اللازمة دون حاجة لاتخاذ إجراءات شكلية، لان السرعة التي تحتاجها الحياة التجارية تقتضي البعد عن الشكليات.

(2) عقود معاوضة

العقود التجارية من عقود المعاوضة التبادلية الملزمة للجانبين. حيث يحصل كل طرف في العقد على مقابل لما يعطيه للطرف الآخر لان التاجر يسعى دائما إلى الربح سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة؛ فهو عندما يقدم بعض الخدمات المجانية لا يقوم بها تبرعا خالصا. ولكنه يهدف منها إلى جذب العملاء للدخول معهم في معاملات تعود عليه بأرباح مضاعفة. فهذه الخدمات المجانية يشملها مفهوم الربح الاقتصادي الذي يسعى إليه المشروع التجاري.

(3) العقود التجارية ترد على المنقولات والخدمات

جری الرأي على أن محل العقود التجارية يتعلق دائما إما بالمنقولات وإما بتقديم الخدمات لأن التعامل العقارات يخرج من نطاق القانون التجاري ومن ثم فأى عقد يكون محله تعامل ملكية عقار لا يكون من العقود التجارية.

إلا أن القوانين التجارية الحديث غلبت عليها الاعتبارات الواقعية أكثر من المبررات التاريخية التي أدت إلى إخراج التعاملات العقارية من نطاق القانون التجاري واعترفت بتجارية التعاملات الواردة على العقارات طالما تمت بقصد المضاربة وتحقيق الربح.

الصفة التجارية لأطراف العقد التجاري الدولي

قد يبرم العقد التجاري بين أشخاص طبيعية ويكون أحد أطرافه الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة وبالتالي يترتب على العقد بعض النتائج على اكتسابه للصفة التجارية بعد ارتكازه على عنصري الائتمان والسرعة حيث تعد ركائز أساسية للنشاط التجاري. ولتفعيل هذين العنصرين في الحياة التجارية أخضع المشرع المعاملات التجارية لنظام قانوني خاص يختلف عن ذلك الذي تخضع له المعاملات المدنية، والتي لا تعوزها الحاجة إلى عنصري الائتمان والسرعة، بل على العكس تحتاج إلى التآني والتروي قبل القيام بها. (مخلوف، 2010).

أهم أنواع عقود التجارة الدولية

تتنوع عقود التجارة الدولية من حيث موضوعها وهي عديدة، منها على سبيل المثال عقود الامتياز التجاري وعقود المشروعات المشتركة للقيام بأنواع متنوعة من الأعمال، وعقود نقل التقنية في شكل تراخيص صناعية، وعقود بيع الخدمات، عقود الإنشاءات وبناء المصانع بأنواعها المختلفة سواء في شكل عقود تسليم المفتاح أو في شكل أعمال إنشائية، عقود القروض الدولية أو غيرها من الأشكال التعاقدية المختلفة والمطبقة في التجارة الدولية.

أولاً: عقد البيع الدولي للبضائع والخدمات

تعد عقود البيوع الدولية للبضائع والخدمات أكثر أنواع العقود شيوعاً، وقد تم البحث بصفة مستقلة خاصاً في هذا النوع من العقود وكذلك لقيت مكانة مهمة في الاتفاقيات الدولية في هذا النوع من العقود بشكل واسع ومكثف من قبل الكثير من الكتاب الاتفاقيات الدولية، فمثلاً من أهم الأعمال التي أنجزتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL) وقد أبرمت هذه اللجنة العديد من الاتفاقيات كمدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في نيويورك عام 1974. والبروتوكول المعدل لاتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في فيينا عام 1980. (العوفى، 1998)

ثانياً: عقود الوكالات التجارية

تلعب عقود الوكالات التجارية دوراً هاماً بسبب تزايد النشاط التجاري في العصر الحديث، واتساع نطاق الخدمات التي تتطلبها التجارة الدولية، حيث يصعب أن تتعامل الشركات مع المستهلك مباشرة، بل تتعامل معه عبر طبقة من الوسطاء، لذا برزت صور متنوعة من العقود مثل عقد الوكيل التجاري، الوكيل بالعمولة، الممثل التجاري والموزع التجاري، وذلك عبر الدول المختلفة. فمعظم الشركات تلجأ إلى عقود الوكالات التجارية لتسهيل تعاملها مع المستهلك. وهذا عن طريق لجوئها إلى وكيل محلي. (بكاكية، 2013)

ثالثاً: عقود الامتياز التجارية

تحقق عقود الامتياز التجارية الانتشار الدولي للشركات الكبرى ويساعد صغار المستثمرين على الاستثمار من المعارف الفنية والعلامات التجارية لتلك الشركات التي تمنحهم التدريب الفني والتسويقي والإداري وأبحاث التطوير وتطبيقات التكنولوجيا

الحديثة. وتعتبر عقود الامتياز التجارية Franchise Contrats نظاما جديدا لتسويق البضائع والخدمات وهي في نطاقها ومعناها تقع بين عقود التوزيع وعقود التراخيص Licensing Agreement. (العوفي، 1998)

القواعد القانونية لتفعيل ركائز العقد التجاري

❖ أولاً: القواعد القانونية الهادفة لتفعيل عنصر الائتمان

لقد استلزم تفعيل عنصر الائتمان باعتباره جوهر المعاملات التجارية وأحد الركائز الهامة التي اقتضت طبيعتها أن يضع المشرع بعض القواعد ما يحقق تبسيط إبرام الاتفاقات وما يكفل تنفيذه ومنها:

1- تضامن المدنيين بدين تجاري

يقصد بالتضامن أنه إذا تعدد المدنيين فإن وفاء أحدهم بالدين يترتب عليه إبراء ذمة باقي المدنيين. وعليه فإنه طبقاً لنص المادة 1/281 من القانون المدني فإنه في حالة تضامن المدنيين يجوز للدائن مطالبتهم بالدين مجتمعين أو منفردين. وقد قنن قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 ما استقر عليه العرف التجاري حيث نصت المادة 1/47 منه على أنه: " يكون الملترزمون معا بدين تجاري متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك " كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه " ويسرى هذا الحكم في حالة تعدد الكفلاء في الدين التجاري، كما نصت المادة 2/48 من ذات القانون على أنه " لا يجوز في الكفالة التجارية أن يطلب الكفيل ولو كان غير متضامن - تجريد المدين ما لم يتفق على غير ذلك "(مخلف، 2010).

2- الفوائد التأخيرية

تنص المادة 226 من القانون المدني على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين عن الوفاء به. كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها ٤ ٪ في المسائل المدنية، ٥ ٪ في المسائل التجارية". ونستنبط من هذا النص تبين من هذا النص أن الفوائد المقررة في المسائل التجارية تختلف عن مثيلتها في المسائل المدنية سواء بالنسبة لسعر الفوائد أم تاريخ المطالبة القضائية بها. (مخلف، 2010).

❖ ثانياً: القواعد القانونية لتفعيل عنصر السرعة

1- الإعذار

يقصد بالإعذار قيام الدائن بالتنبيه على المدين بالوفاء لوضعه موضع المتخلف عن تنفيذ التزامه. وتقضي القواعد العامة بأن يتم إعذار المدين بالتنبيه عليه بالوفاء بمقتضى ورقة من أوراق المحضرين (م/٢١٩ من القانون المدني). والحكمة ما وراء ترك المشرع الحرية للدائن في اختيار الوسيلة التي يعذر بها مدينه (إنذار رسمي - تلکس - فاكس. إلخ) هو ما تقتضيه طبيعة المعاملات التجارية من سرعة في إتمامها. (خلف، 2010)

2- الاختصاص القضائي

فيما يتعلق بالاختصاص المحلي تقضي القاعدة العامة في هذا الصدد بأن المدعى يسعى وراء المدعى عليه. وعلى ذلك فالمحكمة المختصة بنظر النزاع هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه (م/1/49 من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 23 لسنة 1992).

3- حرية الإثبات في المواد التجارية

تقضى القواعد العامة في الإثبات بأنه لا يجوز إثبات التصرفات التي تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيه أو التصرفات غير محددة القيمة إلا بالكتاب وكذلك لا يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما أشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة. (قانون الإثبات رقم 18، 1999).

القانون واجب التطبيق في المنازعات التجارية

إن الأصل في التحكيم مبدأ حرية أطراف العلاقة القانونية في تحديد وسائل تسوية منازعاتها، سواء ما يتعلق بهيئة التحكيم التي تقوم به، أو بالقواعد واجبة التطبيق على سير إجراءاته وموضوعه، ومن القضايا التي يطرحها التحكيم قضية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه، وسوف يتم التطرق لها فيما يلي.

أولاً: حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق:

تتمتع الأطراف المتنازعة بالحرية المطلقة في اختيار القانون واجب التطبيق على نزاعهم وهذا ما سوف نتناوله فيما يلي:

1- اختيار القانون الواجب التطبيق ومدى إمكانية اللجوء إليه:

ويقصد به الآلية التي يمكن اللجوء إليها والخيارات المطروحة لأطراف النزاع وحريتهم في اختيار قانون معين وهذا يمكن عرضه فيما يلي:

أ- اختيار القانون واجب التطبيق:

تتبع الحاجة إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التجارية الدولية

عندما يكون هناك تنازعا تجاريا من إطراف يحملون جنسيات متباينة وهو الأمر الذي يولد تنازعا في تطبيق القوانين الذي تفصل في النزاع وهو ما يطرح تساؤل ب "إي القوانين الذي يجب تطبيقه؟" و"أي جهة قضائية لها الحق في النظر في النزاع وحسمه"؛ فقد سمح المشرع العراقي بإمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي حيث ذكر أنه "إذا كان أطراف النزاع خاضعين لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها اللجوء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً".

ويؤكد هذا النص على أن أطراف النزاع الخاضعين لقانون الاستثمار يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع باللجوء إلى التحكيم بمقتضى القانون العراقي أو التحكيم بجهة أخرى معترف بها دولياً؛ حيث جاء النص على التحكيم الدولي بشكل عام باللجوء إلى محكمة أو هيئة تحكيم خاصة أو محاكم التحكيم الدولية.

ب- مدى الحرية في اللجوء إلى القانون واجب التطبيق في التحكيم:

لما كان لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المتنازعة دور بالغ الأهمية في تحديد شروط التعاقد، كان من المسلم به إن يكون له الدور البارز في تحديد القانون واجب التطبيق في المنازعات التجارية التي تحدث بين أطراف العقد وهو ما انعكس على نصوص اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لكن هذا الدور ليس له صفة الإطلاق إذ إن هناك من المسائل ما لا يمكن خضوعه لقانون سوى لقانون الدولة الطرف في العقد، ويصدر من المشرع في تلك الدولة اختيار لا يقبل التعديل لصدوره في صورة القواعد الأمرة التي لا يجوز مخالفتها، وقد يضع المتعاقدون القواعد سائلة الذكر في مشارطتهم العقدية بهدف تحويلها إلى نصوص تعاقدية.

ت- اللجوء إلى قانون الدولة الطرف في النزاع:

يثير اللجوء إلى قضاء الدولة المتعاقدة ريبه وشك لدى المستثمر الأجنبي نتيجة لتحيز القضاء لتلك الدولة لمصلحتها، وكذلك الأمر بالنسبة إلى اللجوء إلى قضاء الدولة التي يتبع لها المستثمر الأجنبي، وفي إطار عدم إمكانية اللجوء إلى محكمة العدل الدولية لحل مثل تلك النزاعات بسبب عدم قدرة المستثمر الأجنبي الوقوف كطرف أمام تلك المحكمة؛ برزت ضرورة إيجاد نظام حيادي لحل مثل تلك المنازعات، ويكون التوصل إلى لجوء الأطراف المتنازعة إلى محكم أو هيئه تحكيم محايدة هو الحل الأفضل الذي يحظى بقبول الطرفين، وهو وسيلة سليمة لا تقوم على حل النزاع عن طريق السلطة العامة، وإنما الامتثال إلى وجهة نظر الغير وبهذا قيل (احتكم ولا تتقاض).

وقد عرف العرب التحكيم قديما في المجتمعات القبلية أو الحضرية كأداة لحل كثير من المنازعات التي تنور بين الأفراد والجماعات التي لا توجد بها سلطة قوية ومركزية، ولم يكن المحكم موصفا، لكن هو فردا عاديا تتبع سلطته في الحكم من اختيار الخصوم له، وكان يشترط فيمن يكون محكما أن يكون على دراية كافية بتقاليد وعادات المدينة ومعروفا بالنزاهة والأمانة، وان يكون فطنا ذكيا وسريع الفهم وله قدره على التحليل والاستنباط. (الزناتي، ب.س.ن)

2- غياب الاتفاق وتحديد معيار دولية التحكيم:

قد لا تتفق الأطراف المتنازعة على قانون محدد يمكن اللجوء إليه وما هو معيار دولية التحكيم؟ وهذا ما سوف يتم تناوله كما يلي:

أ- غياب الاتفاق الصريح على قانون معين:

قد ينشأ النزاع بين الأطراف المتعاقدة (الدولة أو أحد المؤسسات التي تتبعها، والمستثمر الأجنبي) فيعرض الأمر إلى محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والتي يجب إن تواجه مشكلة البحث عن القواعد القانونية الملائمة، والتي يمكن تطبيقها على النزاع التجاري المعروض عليها. (خالد،

(2006

وعند غياب اتفاق أطراف النزاع على قانون معين، فإن محكمة التحكيم استنادا إلى أحكام الاتفاقية تطبق قواعد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في هذا قواعد تنازع القوانين فيها، أو القانون الوطني للدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي أو قانون دولة مقر التحكيم، وكذلك قواعد القانون الدولي التي تقبل التطبيق على النزاع في حالة المساس بالعدالة من طرف القانون الداخلي، أو في حالة تصرف الدولة الطرف بطريقة تثير احتجاج الطرف الآخر.

ب- معيار دولية التحكيم:

إن معيار دولية التحكيم يتحدد بإرادة أطراف النزاع التحكيمي ومبدأ سلطان الإرادة وما له من أثر في تحديد القواعد التحكيمية التي تحكم إجراءات التحكيم وموضوعه والتي إما تنتج عن اتفاقيات دولية، أو قواعد مراكز التحكيم الدولية، أو أنها تكونت من العرف التجاري الدولي واكتسبت قوتها الإلزامية منه أو إن النظام القانوني الوطني ينص صراحة على إلزامية منح الصفة الدولية للتحكيم في حالات محددة حسب شروط معينة تتعلق بقبوله بالأحكام القانونية الدولية والاعتراف بها استثناء لتعلقها حكما بالتجارة الدولية.

ثانياً: الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي وإجراءاته القانونية:

يرى الاتجاه الأكبر من الفقه القانوني أن التحكيم الأجنبي هو التحكيم الذي يتضمن عنصر أجنبي سواء كان هذا العنصر هو القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع أو كان القانون واجب التطبيق على الإجراءات التي تنطبق على عملية التحكيم، أو كان ذلك العنصر هو اختلاف جنسية الخصوم، أو مكان التحكيم ذاته ويعد موضوع تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بصفة عامة والتحكيم التجاري الدولي بشكل خاص ومن أبرز الموضوعات التي تناولها الفقه لما ينتج عن الأخذ بالتكييف القانوني من أثر بارز في تعيين القواعد والأحكام التي ممكن أن تطبق بخصوصه في حالة حوث نزاع بين الأطراف (موسى، 2005) ويمكن توضيح ذلك فيما يلي.

1- اختلاف نظم التحكيم وصيغة الاتفاق وآثاره القانونية:

هناك تباين بين النظم القانونية لدى المحكمين الدوليين وكذلك تباين في صيغة اتفاق التحكيم وكما يلي:

أ- اختلاف النظم القانونية للتحكيم:

ينتمي أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع وممثلهم في العديد من الحالات لأنظمة قانونية متباينة، وفي أحيان كثيرة عدم معرفة أعضاء هيئة التحكيم لأحكام وقواعد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من جميع جوانبه بشكل دقيق، قد يساهم في التأثير سلباً على مجريات القضية التحكيمية وقرار التحكيم. (الرفاعي، 2003) وهذا بخالف اللجوء إلى القضاء الوطني حيث إن كافة القضاة والمحامين يتحدثون بلغة قانونية موحدة هي قانونهم الوطني، وعند المعرفة القانونية الكافية بقانون محدد

يتم اللجوء إليه في موضوع النزاع يؤدي إلى تعقيد وبطيء إجراءات التقاضي مما يجعل التحكيم يفقد أحد مزاياه الهامة. (المصري، 2006)

ب- اختلاف صيغة ورود اتفاق التحكيم:

ينقسم التحكيم من حيث الاتفاق إلى تحكيم منصوص عليه وهذا ما يطلق عليه شرط التحكيم وآخر غير منصوص عليه ويسمى مشارطه التحكيم.

- شرط التحكيم:

هو الذي يرد في نصوص العقد بإحالة المنازعات المحتملة إلى التحكيم، وهو متعلق بنزاع مستقبلي غير محدد.

- مشارطه التحكيم:

وهو الاتفاق الذي يتم إبرامه بعد وقوع النزاع بين الطرفين بإحالة نزاعهما إلى التحكيم، ويتعلق بنزاع وقع فعال وأصبح معلوماً، وهنا يجب القول إن القانون لم يحدد شكلاً للاتفاق وإن التفريق بين شرط ومشارطه التحكيم هو زمان نشوء الاتفاق؛ حيث اعتبر الفقه اتفاق التحكيم السابق على نشوء النزاع هو شرط التحكيم إما الاتفاق اللاحق على نشوء النزاع فهو مشارطه التحكيم.

ويقوم التحكيم على مبدأ الرضائية وهو أحد المبادئ القانونية المهمة التي حرصت الاتفاقية الدولية الخاصة بحل منازعات الاستثمار على تضمين العقود هذا المبدأ وتتضمن المنازعات ذات الصبغة القانونية التي تنشأ بين دولة متعاقدة أو أية مؤسسة عامة أو هيئة تكون تابعة لها وبين رعايا دوله أخرى متعاقدة بشرط أن يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار.

ت- الآثار القانونية لاتفاق التحكيم:

- سلب اختصاص قضاء الدولة، الذي كان يتحتم طرح النزاع عليه فهذا الاتفاق له أثر مانع، بموجبه يتم التزام القاضي بعدم النظر في النزاع طالما وجد اتفاق تحكيم وتمسك به أحد أطراف النزاع.
- قبول الأطراف بشكل طوعي وعلى نحو نهائي لقرار التحكيم الذي يقوم بإصداره المحكم فلا يحق للخاسر رفع دعوى إمام القضاء لكي يعيد النظر في النزاع.

2- شكل هيئة التحكيم وتحديد إجراءاته القانونية:

أ- هيئة التحكيم:

للدول المتنازعة مطلق الحرية في اختيار هيئة التحكيم، وتلك الهيئة قد تتشكل من حكم واحد أو اثنين أو أكثر، ومن الجائز الاحتكام إلى رئيس دولة أجنبية أو إلى هيئة قانونية في بلد أجنبي، وفي الغالب الأعم تختار الدول المتنازعة لجنة خاصة أو أن تلجأ إلى محكمة التحكيم الدائمة، وفي العادة تتشكل لجان التحكيم الخاصة من خمسة محكمين تعين كل دولة اثنين منهم وينتخب الاربعة خامسا يكون رئيسا للجنة.

وقد أضافت اتفاقية لاهاي لسنة 1907 تعديلا على كيفية تأليف محكمة التحكيم الدائمة ينص على أن يعين كل طرف عضوين يمكن أن يكون أحدهما من مواطني ذلك الطرف أو أن يختار عضوين من بين الأشخاص المعينين سابقاً، في قائمه أعضاء محكمة التحكيم الدائمة، ويختار الاربعة رئيس المحكمة، فإذا تباينت أصواتهم بالنسبة لانتخاب الرئيس؛ ويكون اختياره عن طريق معرفة دولة ثلاثة تعينها الدولتان المتنازعتان. (الفقي، 2012)

ب- إجراءات وقرارات التحكيم:

أن إجراءات التحكيم لابد أن تكون بسيطة، وتلك الإجراءات يجوز أن يحددها الأطراف بأنفسهم، ولكن في الغالب تكون لمؤسسة التحكيم إجراءاتها الخاصة التي يتفق عليها الأطراف عندما يقومون باختيار تلك المؤسسة. (السنباطي، ب.س.ن)

وفي أي من الحالتين السالفتين لا يمكن للأطراف ألا يأخذوا في الاعتبار النظام العام والقواعد الإلزامية في القانون الإجرائي واجب التطبيق بخصوص التحكيم وتنفيذ هيئة التحكيم بالأمور التي يطلب منها الفصل فيها، وإذا حدد الطرفان القواعد التي يفصل بمقتضاها في النزاع تقيدت الهيئة بها، وإن لم يحدد شيئاً طبقت هيئة التحكيم القواعد الثابتة والمعروفة في القانون الدولي العام، وهيئة التحكيم لا يحق لها أن تفصل في النزاع وفقاً للمبادئ القانونية العامة أو لمبادئ العدل والإنصاف إلا إذا أجاز لها الطرفان هذا. (بريري، 2010)

والتحكيم ينظم إجراءات كتابية وأخرى شفوية، وتتضمن الإجراءات الكتابية تقديم المذكرات والمستندات إلى هيئة التحكيم، وكل ورقة أو وثيقة أو مستند يقدم إلى هيئة التحكيم ترسل منه نسخة إلى الخصم، لكن الإجراءات الشفهية فتتكون من مرافعة ممثلي الخصوم أمام الهيئة، ولكل عضو في الهيئة حق توجيه إي سؤال إلى ممثلي الخصوم، ويسجل ما يدور في الجلسات في محاضر خاصة وبعد المرافعة تجتمع الهيئة للمداولة فهي جلسة سرية، ومن ثم تصدر قرار التحكيم.

ت- الإشارة إلى مكان التحكيم:

يعتبر مكان التحكيم، والذي تتم الإشارة إليه على أنه مقر التحكيم مهما وهذا يرجع إلى ثلاثة أسباب وهي:

- أنه يعين المكان الذي يتم فيه إصدار قرار التحكيم أو نشره وبالتالي ما إذا كان قرار التحكيم توضيح ما إذا كان قرار التحكيم سيتم اعتباره قرارا صادرا من دولة عضو اتفاقية نيويورك أم لا.
- سيخضع التحكيم للقانون الإجرائي، بما في ذلك قوانين التحكيم لسلطة الاختصاص التي يتواجد بها مكان التحكيم.
- سيكون لمحاكم سلطة الاختصاص تلك مهمة إشرافية أو داعمة فيما يتعلق بالتحكيم نفسه ويمكن للأطراف التأكد سابقا إلى أي مدى ستقوم المحاكم باتخاذ تدابير مؤقتة أو قبول الطعن.

ث- قرار التحكيم:

إن التحكيم وإن كان قائم على إرادة الطرفين إلا أن طبيعته عمل قضائي وبناءً عليه فإن القرارات التي تصدر نتيجة للتحكيم هي قرارات قضائية هدفها تطبيق العدالة بين أطراف النزاع. (سامي، 1997)

ويصدر القرار بالأغلبية، ويتضمن الأسباب ويذكر فيه أسماء المحكمين ويوقع عليه رئيس الهيئة وأمين السر القائم بوظيفة كاتب الجلسة ويتلى القرار في جلسة علنية بعد أن يتم النداء على الخصوم.

ولكن قد يصطدم قرار التحكيم بحائل كبير وهي تنفيذه وتعتبر تلك المسألة من أكثر المشاكل التي تواجه قرار التحكيم من الجهة العلمية فالطرف الذي كسب الدعوى لا يعني كسبها مجرد النطق بالحكم فقد تثار مشكلة حين يرفض الطرف الثاني التنفيذ الطوعي لقرار التحكيم، مما يجبر الطرف الذي كسب الدعوى إن يلجأ إلى القضاء لتنفيذ قرار التحكيم جبرا مما يعني عمليا الرجوع إلى نقطة البداية، وحكم المحكم نهائي

واجب التنفيذ جبرا عند الاقتضاء وقد يحدث إنشاء سير التحكيم إن يصل الأطراف إلى حل ودي للنزاع وفي تلك الحالة يكفي إن يتقدم المدعي بطلب سحب القضية مشفوعا بموافقة الطرف الآخر ويكون للطرفين دعوة المحكم إلى إثبات شروط اتفاق الصلح الواقع بينهما، وتسجيله بما يسمى حكم صادر برضاء الطرفين المتنازعين، ويجب وضع وثيقة رسمية ملزمة يمكن الرجوع إليها عند تنفيذ نصوص الحكم في حالة امتناع أو تراجع الطرف الآخر عن التنفيذ. (خليفة، 2006)

ج- الطعن في القرار التحكيمي:

القرار التحكيمي يكون عادة محل للطعن مباشرة أمام الهيئة التي أصدرته أو أمام هيئة أخرى، وعلى الأغلب يكون الطعن أمام القاضي، وفي حال كان هذا القاضي هو قاض في الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي، فهنا قد تحقق سبب من أسباب البطلان، يحكم بإبطال قرار التحكيم أو إلغائه وأحياناً تعديله، أمها الطعن بالقرار التحكيمي أمام قاضي دولة أخرى ففي تلك الحالة إذا تأكد القاضي من تواجد بعض الأسباب فهنا يأمر بعدم الاعتراف ورفض التنفيذ للقرار التحكيمي؛ إن الطعن قد يكون في القرار أو الحكم الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ، وقد يكون الطعن في الحكم الذي يقر باعتراف حكم التحكيم أو بتنفيذه، ويكون الطعن عن طريق الاستئناف، كما قد يكون الطعن من خلال الطعن بالبطلان.

أن التحكيم التجاري الدولي ارتبط بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب وازدهر بازدهار تلك التجارة، حيث كانت المرتع الخصب لتطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي، ونتيجة لزيادة معدلات التجارة الدولية ونموها وازدهارها واتساع أسواقها نتيجة لسهولة المواصلات والاتصال عبر القارات وانتشار العقود النموذجية والشروط العامة

لتسليم البضائع، بدأت العلاقات التجارية الدولية بتباعد تدريجيا عن سيطرة قانون الوطن، لتحكم أو تنظم بقواعد ذات طابع مهني وقواعد عرفية. (سعيد، 2015)

مبدأ سلطان الإرادة والتحكيم التجاري

مبدأ سلطان الإرادة يركز على حرية الفرد، والذي يعتبر أن الهدف من تنظيم المجتمع هو حماية حرية الفرد وتحقيق مصلحته الخاصة، وتلك الإرادة وحدها هي التي تملك إنشاء العقد بين طرفي النزاع في عقد التحكيم وتحديد آثاره، فليس لأي جهة أن تتدخل لتفرض عليه ما يخالف إرادته.

ولذلك أخذت قوانين عدد من الدول الى الاحتجاج بمصلحة الجماعة قبل مصلحة الفرد، ومنع الأفراد من الاتفاق أو التعاقد على ما يخترق النظام العام والآداب العامة، أو الاتجاه العام للمجتمع، من منطلق تغليب المصلحة العامة على المصلحة الشخصية وقد أقر الفقه والقوانين المدنية المعاصرة بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، ضمن حدود لغايات تحقيق التوازن بين الإرادة والعدالة والصالح العام، وأضحى مبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابت في غالبية النظم القانونية ولاسيما ذات النزعة الفردية، ولم يقتصر الاعتراف بهذا المبدأ على القوانين الوطنية، بل ضمنته الكثير من الاتفاقيات الدولية وكرسته الجهات التحكيمية الدولية كقاعدة هامة من قواعد التجارة الدولية.

وعقد التحكيم يعتمد أساسا على الإرادة بمعنى أن الإرادة هي صاحبة السلطان في إبرام العقود، وفي تحديد آثارها وإن بموجب مبدأ سلطان الإرادة في إطار القانون المدني هو أن إرادة الفرد تشرع بذاتها لذاتها وتنشئ بذاتها التزامها،

فلإرادة الحق في إنشاء ما تشاء من العقود ولا تنقيده في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني كما أن للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، فلا تنقيده بالآثار التي يذكرها المشرع بشأن عقد من العقود، وإنما يكون لها الحرية في تضيق تلك الآثار أو توسيعها أو حذفها، كما يكون لها الحرية في تعديل تلك الآثار بعد قيامها، وكذلك في إنهاء العقد بعد عقده.

ويقوم مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم على ركيزتين هما: الحرية والمساواة يمكن عرضهما فيما يلي:

الحرية:

وهي أساس النشاط الذي مظهره الإرادة، فإن المصلحة العامة يتم تحقيقها عندما يتم التوفيق بين إرادتين كل منهما تقرر مصلحة قائمة، على اعتبار أن المصلحة العامة ليست إلا مجموع من المصالح الفردية.

المساواة القانونية:

وهي التي تضمن في النهاية بتحقيق المصلحة العامة، لأن المصلحة الخاصة لن تتحقق إلا إذا كان الأفراد متساوين أمام القانون في مظاهر نشاطهم. وينقسم مبدأ سلطان الإرادة إلى المبادئ التالية:

1- الالتزامات الإرادية لطرفي اتفاق التحكيم وهي الأصل:

وفقاً للنظرية العامة لمبدأ سلطان الإرادة، فإنه لا يقوم أي التزام على شخص إلا إذا ارتضاه، وأنه في حال فرض أي التزامات لا إرادية على الشخص تحقيقاً على النظام لمصلحة العامة أو حفاظاً على النظام العام والآداب العامة فإنها لا بد أن

تكون في أضيق الحدود، ويعتبر العقد شريعة المتعاقدين ودستورهما الواجب التطبيق، وأن أحكام العقود تنفذ بحق عاقيديها وتكون واجبة لكل منهما بما وجب عليه الآخر، ووفقاً للمادة 87 من القانون المدني الأردني ما لم تكن ممنوعة بقانون أو

نظام أو تخذش الآداب والنظام العام.

2- مبدأ الرضائية (حرية طرفي التحكيم التعاقد وعدم التعاقد):

ويشير إلى أن إرادة الفرد تكفي وحدها للتعاقد دون أي قيد إلا ما يقتضيه القانون من نظام عام أو لهذا المبدأ تعتبر تقييداً للحرية التعاقدية القائمة على مصلحة عامة، ولذلك فإن الشكلية وفقاً لهذا المبدأ تعد تقييداً للحرية التعاقدية التي تقوم على الرضائية.

3- حرية أطراف عقد التحكيم في تحديد آثار العقد:

أي حرية الأطراف بعقد التحكيم في تحديد الالتزامات العقدية ومكانها ومداه، مثلاً عقد الإيجار لإرادة الأطراف الحرية في توضيح مدة العقد، وكذلك في تحديد الأجرة التي يلزم بها المستأجر.

وهكذا في كافة العقود حيث نصت المادة (3/1) من المبادئ التي تتعلق بالعقود التجارية الدولية يلزم أطرافه، ولا يجوز تعديل العقد أو إنهائه إلا تبعاً لما ورد فيه على أن العقد الذي أبرم صحيحاً من أحكام أو بالاتفاق أو بأي طريق آخر ورد بيانه في تلك المبادئ.

4- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في التحكيم التجاري:

ويشير إلى أن يعادل الالتزام الناشئ من العقد في قوته الالتزام الذي ينشأ من القانون، فيكون للعقد قوة ملزمة بحيث لا يجوز لأحد أطراف عقد التحكيم أن ينفرد بنقضه أو تعديله، فيتعين على المتعاقدين أن يخضعا لما اتفقا عليه كخضوعهما لما شرعه القانون، كما يتعين على المحكم الحفاظ على هذه العقود وحمايتها كرعائته للنصوص القانونية، أي إذا طرح عليه نزاع بشأنها، فإنه لا بد من تطبيق هذا الحكم الخاص الذي وضعه المتعاقدان فيما بينهما، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية أنه: "من المقرر فقها وقضاء أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن كلاً من فريقَي العقد ملزم بما ألزم به نفسه في العقد الذي يعبر عن إرادة فريقيه، فيما لا يعارض القانون أو النظام والآداب العامة، وبما أن البند الحادي عشر من عقد العمل قد نص صراحة على التزام الممينة بأن تدفع للميز ضده في حال إنهاء العقد بإرادتها المنفردة باقي الرواتب المتبقية من مدة العقد ومن أهم القيود المفروضة على مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري:

1- القيود الواردة على حرية التعاقد بالتحكيم:

الأصل هو حرية التعاقد، وقد حصرت القيود القانونية الواردة على التحكيم هذه الحرية في حدود قليلة، لأنها تحمي النظام العام والآداب العامة، ونصت المادة (163) من القانون المدني الأردني رقم لسنة 1976 على أنه:

أ- يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد.

ب- فإن منع المشرع التعامل في شيء أو كان يعارض النظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.

ت- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام التي تتعلق بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام التي تتعلق بالانتقال والإجراءات الواجبة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وكافة القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية، فإذا تجاوز المتعاقدان تلك الحدود التي رسمها النظام العام والآداب يكونا قد عرضا عقدهما للبطلان.

وهذا نص عليه قانون التحكيم الأردني أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وهنالك عوامل متباينة تؤدي إلى قيام المشرع بفرض قيود على الإرادة

التعاقدية، تمنع الأفراد من الدخول بالعملية التعاقدية أو أن تتدخل الدولة في تحديد مضمون العقد قبل إبرام العقد وقضت محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية أن البيع الخارجي لا ينقل الملكية ولا يجوز اتخاذه حجة تجاه الغير ما لم يصحب هذا البيع بالتسجيل الرسمي.

2- القيود الواردة على حرية تحديد آثار عقد التحكيم:

إن تدخل المشرع في تحديد محتوى عقد التحكيم استثناء لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين قد يكون مباشراً، أمراً يحتم يجب على المتعاقدين أخذها في الاعتبار عندما يصدر نصوصاً، وقد يكون غير مباشر، عندما يخول المشرع المحكم حق التدخل في العقد بالتعديل، أو بإلغاء بعض الشروط والالتزامات أو إعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين، أما التدخل غير المباشر، فيكون عندما يخول المشرع

المحكم حق تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد.

القيود الواردة على التحكيم التجاري

لقد وضع المشرع عدد من القواعد والإجراءات التي لابد من أتباعها قبل وأثناء خصومة التحكيم ويتضح ان هناك قيود ترد على نظام التحكيم أما ان تكون قيود قانونية أكدها القانون أو قيود اتفاقية يجوز لأطراف العملية التحكيمية الاتفاق على مخالفتها؛ لأنها لا تتصل بالمصلحة العامة وتكون متعلقة بالمصالح الخاصة بطرفي الاتفاق.

وبشكل عام تتفاوت القيود الواردة على التحكيم التجاري في قوتها الإلزامية لطرفي الاتفاق، حيث تنقسم الى قيود قانونية وقيود اتفاقية ويرجع ذلك التقسيم الى القانون الذي كان غرضه تنظيم اي نشاط تجاري حيث قام بوضع قيود قانونية على طرفي العملية التحكيمية تلزمهم باحترامها والالتزام بها وفي ذات الوقت وضع لهم قيود اتفاقية ترك فيها لطرفي العملية التحكيمية قدر من الحرية في تنظيم اتفاق التحكيم تبعا لما يجدون أنه يحقق مصالحهم اتفاق التحكيم وفق ما يرونه محققا، وبناءً عليه سوف يتم تناول القيود القانونية والاتفاقية التي وردت على التحكيم التجاري ومعياري التفريق بينهما.

أولاً: القيود القانونية الواردة على التحكيم التجاري:

القيود القانونية هي القواعد الملزمة التي تلزم طرفي الاتفاق في العملية التحكيمية على انتهاجها واحترامها ولا يجوز لهم أن يتفقوا على ما يخالف حكمها وكل اتفاق على مخالفة أحكامها تعد اتفاقا باطلا لا يتم الاعتراف به لأن ذلك النوع من القواعد القانونية يتولى تنظيمها مسائل متعلقة بالنظام العام، وفي حالة

معارضة القيود القانونية الواردة على التحكيم التجاري يكون كل اتفاق باطلاً، مثل القواعد التي تأمر بأداء الضرائب أو تلك التي تأمر بأداء الخدمة الوطنية أو الأموال العامة وأيضاً القواعد التي لا يجوز للفرد التنازل عن حريته أو أهليته. ان المشرع يلجأ إلى ذلك النوع من القواعد عند تنظيم الأمور التي ترتبط بكيان المجتمع ومقوماته الرئيسية، وهذا يوجب عدم إفساح المجال للأفراد للاتفاق على معارضة أحكامها وسميت بهذا الاسم لأن الحكم الذي تشمله يصدر في صورة أمر أو نهي وتحد من حرية الافراد في الاتفاق على مخالفتها.

ثانياً: القيود الاتفاقية الواردة على التحكيم التجاري:

القيود الاتفاقية هي تلك القواعد التي يسمح للأفراد الاتفاق على مخالفتها لأنها لا ترتبط بالمصلحة العامة للجماعة بل تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد لذلك فضل المشرع أن يترك للمحتكمين الحرية في تدبير مصالحهم ولو على نحو معارض لما تقتضي به القاعدة المكملة التي وضعها المشرع لمواجهة تلك الحالة هي التي تطبق عليها إذ كثيرا لا ينتبه طرفي الاتفاق إلى تنظيم بعض المسائل التفصيلية في اتفاقاتهم الخاصة ويمكن القول أن القيود الاتفاقية على عكس القيود القانونية لا تمثل قيوداً على حرية الأفراد بل تترك لهم الحرية في تطبيقها كما هي أو تطبيق ما اتفقوا عليه ولهذا تعد تلك القيود اتفاقية مثل القاعدة التي تقرر ان يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان وفي الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

والغاية من جعل القيود الاتفاقية من القيود التي يسمح للأفراد الاتفاق على مخالفتها وذلك لرغبة المشرع في جعل الأفراد يستغنون عن البحث في المسائل

التفصيلية التي تنظم علاقاتهم، وكذلك الى كثيرا ما قد يكون الأفراد غير خبرة ببعض المسائل أو لا ينتبهون إلى تنظيم بعض المسائل التفصيلية أو انه لا وقت لديهم للبحث عن مثل تلك التفصيلات فما عليهم طرفي العملية التحكيمية سوى الاتفاق، على سبيل المثال القواعد التي توضح مكان وزمان التسليم في عقد البيع والقواعد التي تلزم المشتري تسليم الثمن أولاً قبل تسليم المبيع. (المحاميد، 2018)

تعريف الاستثمار

"إن مفهوم الاستثمار في اللغة لم يخرج عن كونه طلب الحصول على الثمرة و ثمرة الشيء ما تولد عنه وثمر الرجل ماله أي أحسن القيام به و نماه." (محمد سوليم، 2009)

أما رجال الاقتصاد فقد اختلفوا بشأن إيراد تعريف أو مفهوم اقتصادي موحد للاستثمار فمنهم من ذهب إلى تعريفه بأنه: عبارة عن الإضافة الجديدة من المنتجات الإنتاجية، أو الرأسمالية إلى رأسمال الدولة المتاح.

في حين عرفه آخرون بأنه: عبارة عن التوظيف المنتج لرأس المال أو هو عبارة عن توجيه للأموال نحو استخدامات تؤدي إلى إشباع حاجات اقتصادية. " (موسي بودهان، 2006)

"كما يعرف أيضا على أنه: النشاط الذي يترتب عليه القيام بخلق طاقة جديدة للمؤسسة من خلال إضافة وحدات إنتاجية جديدة أو استبدال الأصول الحالية بأصول أكثر كفاءة و طاقة." (مبارك سلوس، 2001)

يعرف كذلك على انه: استخدام المدخرات في تكوين الطاقات الإنتاجية الجديدة اللازمة لعمليات إنتاج السلع والخدمات والمحافظة على الطاقة الإنتاجية القائمة أو تجديدها. (عمر، 2007)

من ناحية أخرى قد يكون الاستثمار داخليا (وطنيا) وذلك عند تكوين رأس المال داخل الدولة أو خارجيا (أجنبيا) وهو استثمار خارج الحدود الوطنية للمستثمرين وبذلك يعد استثمارا أجنبيا للبلد المستثمر فيه. (معاوية حسين، 2009)

"قد يكون الاستثمار مباشرا عندما تقوم إحدى المؤسسات أو المستثمرين بشراء وتملك الأصول الرأسمالية (الآلات، المعدات...الخ) أو المشاركة في تأسيس الاستثمارات الرأسمالية كشركات المساهمة أو شركات التضامن و في هذه الحالة يكون للمستثمر حصة تؤوله للمشاركة بالإدارة أو التأثير على قرارات إدارتها. " (علي عباس، 2007)

"أما الاستثمار غير المباشر فهو يتعلق بشراء المستثمرين للأسهم والسندات والأوراق المالية بهدف المضاربة، أما علاقة هذه الفئة من المستثمرين مع الشركات التي يشترون أسهمها أو سنداتها فهي علاقة غير مباشرة حيث لا يكون للمستثمر دورا مؤثرا في قرارات الشركة. فإذا كانت نية المستثمر شراء الأسهم بقصد إعادة بيعها وتحقيق أرباح إضافية فان علاقة هذا المستثمر بالشركة لا تحظى باهتمامه، أما إذا كانت نية المستثمر شراء الأسهم بقصد السيطرة على الشركة أو المشاركة في إدارتها فان عملية الشراء هذه تصبح استثمارا مباشرا. (علي عباس، 2007)

تصنيف الاستثمار: -

التصنيف حسب الأصل محل الاستثمار:

تصنف الاستثمارات من زاوية نوع الأصل محل الاستثمار إلى:

أ- الاستثمارات الحقيقية: يعتبر الاستثمار حقيقيا أو اقتصاديا عندما يوفر للمستثمر الحق في حيازة أصل حقيقي كالعقار، السلع، الذهب... الخ، كل أصل له قيمة في حد ذاته، ويترتب على استخدامه منفعة اقتصادية إضافية تظهر إما في شكل سلعة أو في شكل خدمة.

يقوم مفهوم الاستثمار الحقيقي أو الاقتصادي على افتراض أن الاستثمار في الأصول الحقيقية هو فقط ما يترتب عليه خلق منافع اقتصادية إضافية تزيد من ثروة المستثمر، ومن ثم ثروة المجتمع، وذلك بما تخلقه من قيمة مضافة، لذا يطلق البعض على الاستثمارات الحقيقية أو الاقتصادية مصطلح استثمارات الأعمال أو المشروعات.

والجدير بالذكر أن الاستثمار الحقيقي يقسم إلى ثلاثة أنواع تتمثل في:

- الاستثمار الثابت: يشير الاستثمار الثابت إلى التجهيزات الثابتة اللازمة للعملية الإنتاجية مثل الآلات والمعدات والإنشاءات والمصانع، وهي تعمل رغم القدرات الإنتاجية في المستقبل.

- الاستثمار في المخزون: وهو الاستثمار الذي يتكون من الإضافات إلى المواد الخام والمنتجات النهائية التي لم تسوق بعد، وكذلك تحتفظ المؤسسة بمخزون من المواد الخام والسلع تامة الصنع لمواجهة التغيرات في المستقبل، ويتكون المخزون نتيجة عدة أسباب منها ما يلي:

- مواجهة الطلب المستقبلي على المنتجات التي لا يتم تصنيعها في الحال.
- تخفيض التكلفة نتيجة الشراء بكميات كبيرة.
- يعتبر المخزون جزءا لا يمكن تجنبه في العملية الإنتاجية.
- الاستثمار العقاري: يشير هذا النوع من الاستثمار في العقارات باعتبارها أصلا طويل الأجل، والذي يتأثر بعوامل عديدة منها ما يلي:
 - العائد على الاستثمارات الأخرى، حيث يؤدي انخفاض العائد على الأصول الأخرى وارتفاع العائد من الاستثمار العقاري إلى زيادة الاستثمارات الموجهة إلى هذا النشاط.
 - الثروة وزيادتها حيث يؤدي إلى ارتفاع الطلب على العقار، وبالتالي تزيد الاستثمارات في مجال العقارات.
- ب-الاستثمارات المالية أو الظاهرية: وهي تشمل الاستثمار في الأوراق المالية من خلال حيازة المستثمر لأصل مالي غير حقيقي، يتخذ شكل حصة في رأس مال الشركة أو سندات، ويعتبر هذا الأصل حقا ماليا يخول لصاحبه الحق في المطالبة بالأرباح أو الفوائد. وتعرف أيضا الاستثمارات المالية بأنها: "حصيلة امتلاك المستثمر (طبيعي أو معنوي) أدوات ملكية (الأسهم بأنواعها) وأدوات مديونية (سندات بأنواعها) لتحقيق عائد في ظل مخاطرة معينة."

وعلى، فإن الاستثمارات المالية تشكل مجموعة غير متجانسة من البدائل، حيث تعد عملية الاستثمار فيها غاية في الأهمية لضمان التنمية الاقتصادية، والغرض منها الربط بين المدخرات المالية والاستثمار.

الجدير بالذكر أن تنامي الإبداعات والابتكارات المالية وتحرير حساب رأس المال، انعكس سلباً على طبيعة العلاقة بين الاقتصاد المالي (الرمزي، الوهمي) والاقتصاد الحقيقي، ومما لا شك فيه أن النتيجة الطبيعية لآلية الفوائد المسبقة المتواجدة في النظام الرأسمالي تؤدي إلى نمو الاقتصاد المالي في شكل متتالية هندسية بينما تجعل الاقتصاد الحقيقي ينمو على شاكلة متتالية حسابية، وهو ما تكون نتيجته تكرار حدوث الأزمات والتقلبات الاقتصادية الدورية سواء من خلال الانهيار أو الإفلاس. وإبان الأزمة المالية العالمية الأخيرة 2008، أكد المختصون على طغيان الاقتصاد المالي مقارنة بالحققي، حيث نشأ ما يعرف بالهرم المقلوب فقد أصبحت الكتلة النقدية المتداولة مضافاً إليها حجم الديون المقدمة من قبل المصارف التجارية المضاعفة في علاقة غير تناسبية مع حجم الثروة الحقيقية قد حذر Maurice Allais للدولة، وفي هذا المقام لابد من الإشارة أن المفكر والأكاديمي الفرنسي من تراكم الديون بوتيرة أكبر بكثير من زيادة الثروة.

التصنيف حسب توزيع الاستثمار

يمكن تقسيم الاستثمار من حيث توزيعه على الأنشطة والهياكل الأساسية في المجتمع إلى ثلاثة أقسام هي:

أ- الاستثمار في رأس المال البشري: ويهدف هذا النوع من الاستثمار إلى زيادة قدرة أفراد المجتمع على العمل، كبعض أوجه الإنفاق على التعليم والتدريب ورفع المستوى

الثقافي وتحسين المستوى الصحي، فضلا عن زيادة الرفاهية الاجتماعية عن طريق تحسين الأحوال المعيشية.

ب- الاستثمار في البنية الأساسية: وهو يتمثل في الاستثمار في الطرق والنقل ووسائل المواصلات والسكة الحديدية، وبناء الموانئ، ويعتبر هذا الاستثمار بمثابة منتج بطريق غير مباشر؛ حيث يقدم منتجات وخدمات لتشغيل المشروعات الاقتصادية والزراعية والتجارية.

ج- الاستثمار المباشر في الإنتاج: وهو الاستثمار الخاص بالمشروعات الزراعية والصناعية والتجارية والتي تستهدف مباشرة إنتاج السلع والخدمات المخصصة للاستهلاك أو للاستثمار.

- التصنيف حسب نوع الملكية للاستثمار

يمكن تصنيف الاستثمارات من هذه الزاوية إلى:

أ- استثمار حكومي أو العام: ويتمثل في خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة، وهو عبارة عن استثمار رأس المال الحقيقي الجديد الذي يتم تحويله أما عن طريق فائض الميزانية أو القروض سواء أكانت داخلية أم خارجية

ب- استثمار خاص: تطور هذا النوع من المشروع الفردي أو العائلي في نشاط محدد إلى شركات أو مؤسسات تضم عددا من المستثمرين في مختلف الشرائح الاجتماعية يوظفون مدخراتهم في المشاريع الإنتاجية والخدمية.

-التصنيف حسب الهدف من الاستثمار:

يمكن تصنيف الاستثمارات حسب الهدف إلى:

أ- استثمارات الإحلال: يتم من خلال هذا النوع من الاستثمارات باستبدال التجهيزات والمعدات القديمة نظرا لتقادمها، أو بسبب ارتفاع تكاليف الصيانة، التعطيلات المستمرة، بطء في الإنتاج حيث تعوض بتجهيزات جديدة تتمتع بنفس الخصائص التقنية.

ب- استثمارات التوسع: يرمى هذا النوع من الاستثمارات إلى رفع القدرة الإنتاجية والتوزيعية للمؤسسة، قصد مواجهة الطلب المتزايد على منتجاتها أو خدماتها.

ج- استثمارات التحديث أو الترشيح: تمكن مثل هذه الاستثمارات المؤسسة من تحسين الإنتاجية، لكن بشرط تخفيض التكاليف والحفاظ على نفس الحجم الإنتاج بشكل متزامن.

د- الاستثمارات الإستراتيجية: تهدف المؤسسة إلى زيادة حصتها السوقية للسيطرة على الأسواق فهي بذلك تتبنى إستراتيجية هجومية، أو تستعمل إستراتيجية دفاعية من خلال المحافظة على وضعيتها التنافسية في حالة المنافسة الشديدة.

هـ- استثمارات التجديد: وهي عبارة على الاستثمارات التي يتم انجازها عن طريق استغلال التكنولوجيا الجديدة، هدف التطور التكنولوجي.

و- الاستثمارات الاجتماعية: تهدف الاستثمارات الاجتماعية إلى تحسين ظروف العمل، وتكون لها أثر إيجابي غير مباشر على مردودية المؤسسة مثل: إنجاز مطاعم للعمال، قاعات الرياضة مراكز الاصطياف وروضة الأطفال، وإن هذا النوع

من الاستثمارات تحقق الاستقرار في وضعية العمال، مما ينعكس إيجاباً ويؤدي إلى تحسين إنتاجية المؤسسة. والجدير بالذكر أنه قد يجمع استثمار معين بين مختلف الأنواع في نفس الوقت، كالاستثمارات التوسعية التي قد تكون أيضاً مخصصة لأغراض تحقيق الإحلال، فضلاً على خدمة مجال البحث في نفس الوقت.

-التصنيف حسب الجنسية:

تشمل أصناف الاستثمار حسب الجنسية على ما يلي:

أ-الاستثمارات المحلية أو الوطنية: وهي الاستثمارات التي تنتقل فيها قيم مادية أو معنوية عبر الحدود، فالمستثمر وطني والمشروع الاستثماري وطني ورأس المال وطني ويتم داخل الوطن.

ب- الاستثمارات الأجنبية (الخارجية أو الدولية): حسب فريد النجار يعرف الاستثمار الأجنبي على أنه: "تلك الاستثمارات التي تتم في الخارج موطنها سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، سواء كانت ملك لدولة واحدة، أو عدة دول، أو شركة واحدة، أو عدة شركات"

عقود الاستثمار

هو الاتفاق المالي أو العين المستخدم في مجال اقتصادي معين بغض النظر عن طابعه الانتاجي والانتاجي، والاستثمار الرأسمالي الذي يعد أهم أنواع الاستثمار هو الإضافات الجديدة على قيمة الأموال الرأسمالية بغرض تكوين طاقات انتاجية

موجودة أصلا في المجتمع أو للزيادة في المخزون من الانتاج الخام للسلع. (حسان نوفل، 2010)

العقود الدولية للاستثمارات

"العقود التي تبرم في الغالب بين طرف وطني (الدولة أو أحد الأشخاص العامة) وطرف خاص أجنبي، حيث يتعهد بمقتضاه الطرف الأجنبي بتشديد مشروع ما كأعمال البناء أو أشغال الهندسة المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى وما يلحق بها من أعمال مثل تصميم المشروعات وتوريد التكنولوجيا في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني. (حسان نوفل، 2010)

مبررات اللجوء للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

للتحكيم دور فعال في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار إلى درجة أن البعض يعتبره أمرا حتميا بشأن مثل هذه العقود فقد أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال؛ الأمر الذي أدى بالأطراف إلى تفضيل اللجوء إليه في حسم المنازعات التي قد تثور بينهم، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب وهذا لما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب وطبيعة منازعات عقود الاستثمار إذ يتعلق بعضها بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار والبعض الآخر يتعلق بكون التحكيم ضمانة إجرائية لكونه إحدى الوسائل اجتذاب للاستثمار الأجنبي ومن ضماناته غير التجارية. (بشار الأسعد، 2009)

أهم مزايا التحكيم المناسبة لطبيعة منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

تتميز عقود الاستثمار بطبيعة خاصة ناجمة عن طبيعة أطرافها إذ تتمثل أساسا في الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى وكذا العملية محل العقد وهذا يكمن في تعلق العقد بمشروع ضخم يستغرق مدة زمنية طويلة لتنفيذه وبتكلفة جد باهظة؛ في حين يتطلب تشابك العلاقات الناشئة عنه خبرات فنية عالية، ومع كل هذه الخصوصية فإن نظام التحكيم يمثل القضاء الطبيعي لفض منازعات هذه العقود وهذا يعود لمختلف المزايا التي تتمتع بها. والتي سيتم تناولها على النحو التالي:

أولاً: السرعة في الإجراءات

يتميز نظام التحكيم بالعديد من المزايا ومن بين هذه الأخيرة السرعة في الإجراءات اللازمة بغية الفصل في النزاع في أقل فترة زمنية ممكنة باعتبار أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت من خلال السرعة التي لا تتوفر عادة في النظم القضائية التي غالبا ما تكون مقيدة ببعض النصوص القانونية المعيقة، أو التي تشكل عائق للفصل السريع في النزاع، وهذا ما يحتاجه الحسم في منازعات عقود الاستثمار بحيث تكون هنالك استثمارات ومبالغ نقدية كبيرة مجمدة في انتظار صدور حكم القضاء ومن ثم تكون هناك خسارة محققة نتيجة تأخر الفصل في النزاعات، فدائما ما يرغب أطراف النزاع في حسمه في مدة زمنية جد قصيرة حتى لا تتعطل أعمالهم ومصالحهم وهذا بغية استئنافها من جديد بكل ود، وكذا التحرر من الشكليات التي تكبل القضاء العادي، فالتحكيم يغلق باب المماطلة التي يلجأ إليها طرفي النزاع أمام القضاء لكسب الدعوى، فلا يوجد في هذا النظام تعدد درجات التقاضي التي توجد في

القضاء العادي إضافة إلى ذلك فالمحكم يصدر حكمه بشكل نهائي وملزم للخصوم؛ أي الوصول إلى قرار تحكيمي نهائي ملزم، فهذه الميزات ضرورية في الحياة التجارية التي تعتمد على صفتين أولهما الائتمان التجاري، وثانيهما السرعة في إنجاز الأعمال التجارية. (خالد عكاشة، 2014)

إلى جانب سرعة إجراءات التحكيم مقارنة بالإجراءات القضائية المعتادة فإن اختيار المحكمين وكذا المختصين في مجال الاستثمار يمنحهم القدرة اللازمة لفهم حل المشاكل المعروضة أمامهم، وإيجاد أفضل الحلول لها، فالتحكيم هو الأقدر على تطبيق الأحكام الموضوعية التي تحكم العلاقات المطروحة؛ وهذا نظرا لطبيعتها الدولية. (مراد المواجهة، 2010).

ثانيا: السرية في التحكيم

يتميز التحكيم بقدر كبير من السرية إذ أن كل المعلومات تبقى سر بين الأطراف والمحكم؛ ويكون حضور الجلسات من قبل الأطراف فقط أو ممثليهم؛ ولا يتم نشر الأحكام إلا بعد موافقة أطراف النزاع، كما أن المقترحات والوثائق المتعلقة بالعقد تظل في سرية تامة، إذ أن الأطراف في العقود المتعلقة بالاستثمار دائما ما يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وكذا أسبابها ودوافعها من قبل الغير الخارج عن الخصومة؛ وهذا لما قد تؤدي إليه العلنية من مساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية فالأصل أن أحكام التحكيم لا يجوز نشرها إلا بموافقة المحكّمين والمحكمين، فإذا كان عقد من عقود البترول مثلا فإن حساسية المعلومات التي لا يحتفظ بسريتها والتي تتعلق بمستوى إنتاج حقل أو تدفق إنتاجية قد تؤدي إلى أزمات أو اضطرابات سياسية أو اقتصادية، كما قد ينتج عنها اضطراب أسعار البترول في الأسواق العالمية، أو في حال ما كنا بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي فإن عدم مراعات السرية قد يؤدي

إلى تسرب الأسرار التكنولوجية المستخدمة في هذه العقود إلى الغير. (يوسف حسن يوسف، 2013)

ومما لا شك فيه أن السرية تحد من تضخم النزاع، وقد تؤدي إلى التسوية الودية بين الأطراف باعتبارها أمر بالغ الأهمية فيما يتعلق بمنازعات التجارة الدولية، إذ تؤدي إلى إمكانية استئناف الأطراف معاملتهم مستقبلاً، وقد ترتب عن إحاطة التحكيم بعنصر السرية التامة أن غالبية أحكامه لم يتم نشرها إلى حد الساعة.

وعلى الرغم من اعتبار مبدأ سرية جلسات التحكيم من بين الأمور اللصيقة بهذا النظام، فإنه ليس من الضروري أن ينص الأطراف صراحة على احترام هذا المبدأ في عقودهم فمن الملاحظ أن هنالك العديد من لوائح التحكيم تفرض نصوصاً خاصة تقتضي هذه السرية وتحث عليها فعلى سبيل المثال ما جاء في فحوى نص المادة 20/7 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس التي تنص على مبدأ سرية جلسات التحكيم وكذلك المادة 35 من لائحة المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية (OMPI). (حفيظة السيد الحداد، 2004)

ثالثاً: التحكيم قضاء متخصص

من أهم المزايا التي يتسم بها التحكيم أنه يعتبر قضاء متخصص وهذا لما يكفله من المعرفة والخبرة القانونية وكذا الفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار والتي يتطلب فض المنازعات التي تنشأ عنها معارف اقتصادية وفنية حديثة، وكذا الخبرة الملائمة التي تتناسب وتوسع مجالات الاستثمار الأجنبي بحيث يكون المحكمون بالأغلب الأعم في أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المسندة

إليهم فضلا عن تمتعهم غالبا بالخبرة العلمية وكذا العملية في المنازعات التي يتم من خلالها اختيارهم للفصل فيها وما يمتازون به من إحاطة وعلم بأعراف وعادات العقود محل النزاع. (بشار الأسعد، 2009)

فوجود قضاء متخصص في مثل هذه المنازعات المتعلقة بالاستثمار من شأنه أن يحقق العدالة والإنصاف التي تكون نابعة من رغبة الخصوم والتي تلجأ إلى التحكيم والذي يتم في ظلها، وكذا تميز المحكمين إضافة إلى السابق ذكره بالإحاطة بجل اللغات التي تحرر بها العقود وتجرى بها المراسلات بين الأطراف، ومما لا شك فيه أن وجود قضاء متخصص من شأنه أن يحقق الإنصاف ورغبات الأطراف، ولعل ما يساعد على ذلك أن الأطراف هم من يقومون باختيار المحكمين وسيتمدون اختيار الأنسب لذلك مراعاة مع ما تحتاجه خصوصية القضية محل النزاع. وتأسيسا على ما تقدم وباعتبار التحكيم قضاء متخصصا بدلا عن التقاضي وهذا لما تقوم به الأطراف من اختيار هيئة التحكيم ممن توافر لديهم الخبرة والكفاءة والدراية الخاصة في المجالات المتعلقة بالنزاع الأمر الذي يؤدي إلى سرعة الفصل والبت في النزاع كما يؤدي إلى زيادة احتمالات التنفيذ الاختياري لحكم المحكمين وفض المنازعة على وجه السرعة. (مراد المواجهة، 2010)

رابعا: حرية الأفراد في ظل التحكيم

إن مرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم باعتبارها من الميزات الأساسية التي يقوم عليها إذ تمكن الأطراف من اختيار الإجراءات الواجبة التطبيق على التحكيم والتي تبدو لهم أكثر ملائمة لنزاعهم وبذلك يتخلصون من القواعد الوطنية لأصول المحاكمات ملزمة التطبيق في القضاء الوطني؛ كما أنه بإمكان المتخاصمين أن يعفوا المحكمين من إتباع أية أصول أو إجراءات ملزمة أثناء

التحكيم.

هذا النظام يتيح للأطراف حرية كاملة ومطلقة في اختيار موضوع النزاع محل التحكيم لكن يشترط أن يكون هذا المحل ممكناً ومشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب. (منى بوختاتة، 2014)

تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم

نظراً لعدم وجود نظام خاص بمقاضاة الحكومات في الكثير من الدول فضلاً عن هذا فإن قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي وهذا بسبب جل الصعوبات التي قد تواجهه في اللجوء إليها وكذا لعدم توقعه أن موقفها سيكون حيادياً بشكل كلي نحو هذا النزاع لذلك يقوم المستثمر المتعاقد مع الدولة بالحرص على إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار خوفاً من استغلال الدولة لسيادتها أثناء نظر المنازعات في المحاكم، نظراً لعدم ثقته بعدالة محاكم الدول المضيفة؛ وفضلاً عن أن موقفها لن يكون حيادياً اتجاه النزاع؛ فالقضاء الوطني حتى وإن كان مستقلاً عن الدولة في حد ذاتها إلا أنه قضاء غير محايد بالنسبة لمنازعات الاستثمار، أو تلك التي تكون الدولة طرفاً فيها مع متعاقد أجنبي، ويكون ذلك التعاقد ناشئاً عن عقد يتعلق بمصالح اقتصادية أو اجتماعية لها مساس بسيادة الدولة. (يوسف حسن يوسف، 2013)

ووفقاً لما سبق يستنتج أن المستثمرين الأجانب جد حريصين على أن يتم إدراج شرط التحكيم في عقودهم مع الدولة المضيفة له حتى وإن كان هذا على حساب عدم إتمام العقد ولعل عقد ديزني وورلد الحاصل بين شركة أمريكية والدولة الفرنسية أفضل

مثال على ذلك إذ اشترط المستثمر الأمريكي حتى يمكنه الموافقة على الاستثمار أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار الذي يجرى بضواحي باريس إلى التحكيم غير أنّ المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هي أن الرأي عند مجلس شورى الدولة الفرنسي وعلى عكس محكمة التمييز في شأن العقود الدولية المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها نزولاً في ذلك على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية إذ كانت قيمة العقد آنذاك مليارات الدولارات مما أدى إلى تردد فرنسا، فكيف لها أن تتخلى عن مجلس الشورى الفرنسي الذي وضع القوانين الإدارية لفرنسا وكافة العالم؟ وهذا ما أدى إلى تأخر توقيع العقد وأصبح أمر أن يكون العقد أو لا يكون متوقفاً عن الشرط التحكيمي.....إلا أن قبلت أخيراً فرنسا بالشرط التحكيمي. (خالد عكاشة، 2014)

التحكيم ضماناً قضائية إجرائية لتشجيع الاستثمار

سعى محترفو التجارة الدولية إلى إدراج شرط التحكيم في عقودهم في الوقت الذي لم يعد فيه قضاء الدولة هو الوحيد المعني بالفصل في منازعات العقود الدولية، إذ أصبح منافساً لهذا القضاء فضلاً على رغبة ورأي المتعاملين في مجال التجارة الدولية يطرح منازعاتهم على أشخاص ذوي خبرة خاصة لأن ذلك يشعرهم بالأمان والطمأنينة، إذ أنه من المعروف لكي يتحقق الجذب الأكبر للاستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة لابد من توفير الحماية الكافية لتأمين استثمارات الطرف الأجنبي الخاص، إذ يعد رأس المال جبان يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق وخائف يحتاج إلى طمأنينة، فتشجيع الاستثمارات في هذه الحالة يستلزم وجود ضمانات تبعث الراحة في المستثمر فتتزعج القلق عن نفسه. (محمد شعبان إمام سيد، 2014)

من أهم هذه الضمانات توفر القضائية منها لحماية استثماراته فعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال خصوصا وأن التحكيم من شأنه أن يبديد مخاوف المستثمرين الأجانب بخصوص خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي غالبا ما يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب؛ ومن هنا يبدو التفاعل والفصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال وتنوعها فقد أصبح التحكيم إحدى وسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي ومن ضماناته ضد المخاطر غير التجارية بحيث تمكن التحكيم عبر وسيلة فض النزاعات وضمن العدالة الدولية التي يؤمنها من كسب ثقة التجارة الدولية والاستثمارات. (بشار الأسعد، 2009)

ومن هنا أصبح التحدي الذي تواجهه الاستثمارات الدولية من نوع " أن تكون أو لا تكون". ففي حالة استحالة اللجوء إلى التحكيم باعتباره آلية مثلى لحل النزاعات، فإن الشركات الكبرى التابعة للبلدان الصناعية والتي تعتبر الوحيدة القادرة على تقديم المشاريع والمعرفة الفنية الراقية لبلدان العالم النامي سوف تتخلى في الغالب عن القيام بتلك الاستثمارات التي تكون البلدان النامية بحاجة لها لذا وحرصا من الدول؛ لاسيما النامية وسعيا منها على جذب الاستثمارات الأجنبية فقد أقرت التحكيم كآلية لفض منازعات الاستثمار.

هذا وان استهداف الدولة جذب الاستثمارات الأجنبية إلى إقليمها يقضي أن يقر القانون - خصيصا تشريع الاستثمار - مبدأ جواز عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثال ذلك أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر الأجنبي، أو في إطار الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، فمما لا شك فيه أن إقرار مثل هذا المبدأ من شأنه أن يزيد من مصداقية التزام الدولة المضيفة في الوفاء بعهودها. (منى بوختاتة، 2014)

الفصل الرابع

المنهجية وتحليل النتائج

المنهجية

بغية الإلمام والإحاطة بمختلف جوانب الموضوع وتحليل ابعاده، فإن هذا البحث يتبع المنهج الوصفي والذي يعمل على جمع المعلومات من مصادرها المختلفة بعد التمحيص والتحليل وصولاً إلى النتائج.

المنهج الوصفي

هو المنهج الذي يعني بالدراسات التي تهتم بجمع وتلخيص وتصنيف المعلومات والحقائق المدروسة المرتبطة بسلوك عينة من الناس أو وضعيتهم، أو عدد من الأشياء، أو سلسلة من الأحداث، أو منظومة فكرية، أو أي نوع آخر من الظواهر أو القضايا، أو المشاكل التي يرغب الباحث في دراستها، لغرض تحليلها وتفسيرها وتقييم طبيعتها للتنبؤ بها وضبطها أو التحكم فيها.

ويعرف المنهج الوصفي بأنه أسلوب من أساليب التحليل المرتكز على معلومات كافية ودقيقة عن ظاهرة أو موضوع محدد خلال فترة أو فترات زمنية معلومة، وذلك من أجل الحصول على نتائج علمية يتم تفسيرها بطريقة موضوعية، وبما ينسجم مع المعطيات العلمية لظاهرة، ويمكن تعريفه بأنه المنهج الذي يركز على وصف دقيق وتفصيلي لظاهرة أو موضوع محدد على صورة نوعية أو كمية، وقد يقتصر هذا المنهج على وضع قائم في فترة زمنية محددة أو تطوير يشمل فترات زمنية معينة.

وأمكن تعريفه أيضاً بأنه تلك الطريقة العلمية التي يعتمد عليها الباحث عند دراساته لظاهرة معينة وفق خطوات محددة، بانتقاء معلومات دقيقة وشاملة عن ظاهرة في الواقع الاجتماعي خلال مدة محددة تمكن من تحليلها، تحليلاً موضوعياً يؤدي إلى تحقق النتائج المرجوة منها.

ومن خلال هذا التعريف يظهر أن المنهج الوصفي يستخدم لدراسة الأوضاع الراهنة للظواهر من حيث خصائصها وأشكالها، وعلاقاتها والعوامل المؤثرة في ذلك وتحليل البيانات واستخراج الاستنتاجات ذات الدلالة والمعزى بالنسبة لمشكلة البحث، أي أن المنهج الوصفي لا يقتصر على مجرد وصف ظاهرة معينة، وإنما يتعدى ذلك إلى اكتشاف الحقائق وآثارها، والعلاقات التي تتصل بها وتفسيرها والقوانين التي تحكمها.

أدوات جمع البيانات

تعرف أدوات الدراسة في البحث العلمي بأنها: "الطرق التي يتم 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 والاجابة عن أسئلتها أو فرضياتها، وسوف نتطرق في هذه الدراسة الى:

- **المصادر الثانوية: The Secondary Sources** تعتمد على تجميع البيانات من الكتب والدراسات السابقة والأبحاث ومواقع الإنترنت والمجلات والمقالات المتعلقة بموضوع البحث.

تحليل النتائج

الإطار القانوني والمؤسسي للتحكيم التجاري في الكويت

القواعد التشريعية المنظمة للتحكيم

يُعد المشهد التشريعي للتحكيم في الكويت فريدًا من نوعه، حيث لا يعتمد على قانون تحكيم موحد وشامل على غرار قانون الأونسيترال النموذجي، بل ينتشر في قوانين مختلفة. تُنظم أحكام التحكيم بشكل رئيسي عبر مسارين متميزين: التحكيم الاختياري والتحكيم القضائي. يوفر هذا النظام خيارات متعددة للأطراف، ولكنه قد يؤدي أيضًا إلى تعقيدات في تحديد القواعد المطبقة، خاصة في النزاعات التي تحمل طابعًا مختلطًا (التحكيم الدولي، 2021).

1. التحكيم الاختياري: يُعد هذا المسار هو الأساس التشريعي الأقدم للتحكيم في الكويت، وتنظمه المواد من 173 إلى 188 من الباب الثاني عشر من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1980 (الدسوقي، 1997؛ التحكيم الدولي، 2021). يمنح هذا القانون الأطراف مرونة واسعة في إدارة إجراءات التحكيم واختيار المحكمين. من أهم المبادئ التي يقرها هذا القانون هو ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا، وأن يقتصر على المسائل التي يجوز فيها الصلح، مع استبعاد مسائل الأحوال الشخصية (الدسوقي، 1997؛ السمرين، 2024).

2. التحكيم القضائي: أنشئ هذا المسار بموجب القانون رقم 11 لسنة 1995، وهو يختص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية (الدسوقي، 1997). يمثل هذا القانون توجهًا مختلفًا، حيث يغلب عليه الطابع القضائي، ويشكل هيئات تحكيمية في مقر

محكمة الاستئناف (الدسوقي، 1997). تتكون هذه الهيئات من ثلاثة قضاة على الأقل بدرجة مستشار واثنين من المحكمين يختار كل طرف أحدهما (الدسوقي، 1997). تُشرف إدارة التحكيم في وزارة العدل على تلقي طلبات التحكيم القضائي وتعيين المحكمين والإشراف على الإجراءات (الدسوقي، 1997؛ وزارة العدل الكويتية، 2024).

تكمّن الرؤية العميقة في هذه الازدواجية التشريعية في أنها ليست مجرد خيار عملي للأطراف، بل هي نتاج صراع تاريخي بين الفلسفة القانونية التقليدية التي تؤمن بضرورة إخضاع التحكيم لرقابة قضائية صارمة، والفلسفة الحديثة التي تسعى إلى تحقيق استقلالية أكبر للتحكيم. إن وجود القانون القضائي يعكس تفضيل المشرع الكويتي لنموذج يدمج بين التحكيم والإشراف القضائي الوثيق، بهدف تعزيز الثقة في أحكامه. ومع ذلك، فإن هذه الازدواجية قد تثير الارتباك وتخلق تعقيدات للمستثمرين الأجانب الذين اعتادوا على قوانين تحكيم موحدة وواضحة (الدسوقي، 1997).

التطورات التشريعية الحديثة (مشروع قانون التحكيم القضائي الجديد 2024)

تشهد الكويت حالياً تطوراً تشريعياً مهماً مع إعداد مشروع قانون جديد للتحكيم القضائي من قبل إدارة الفتوى والتشريع (التحكيم الدولي، 2024). يهدف هذا المشروع إلى تطوير النظام الحالي وتسهيل حل النزاعات التجارية والمالية. من أبرز ما جاء في مسودة القانون هو توسيع نطاق اختصاص هيئات التحكيم ليشمل الفصل

في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو الجهات الحكومية والشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل (التحكيم الدولي، 2024؛ وزارة العدل الكويتية، 2024).

يمثل هذا التطور خطوة إيجابية نحو تحسين بيئة الاستثمار في الكويت. فمن خلال توفير آلية واضحة للمستثمرين لحل نزاعاتهم مع الكيانات الحكومية، يُعالج المشروع تحديًا تاريخيًا كان يواجهه المستثمرون الأجانب (التحكيم الدولي، 2024). إن هذا التوجه نحو توسيع الاختصاص القضائي في التحكيم يُظهر أن المشرع الكويتي لا يزال يفضل النموذج الهجين الذي يدمج بين التحكيم والإشراف القضائي، بدلاً من تبني قانون تحكيم موحد ومستقل تمامًا على غرار قانون الأونسيترال النموذجي (الدسوقي، 1997). وهذا يوضح اتجاهًا تشريعيًا مستمرًا يولي الأهمية للضوابط والضمانات القضائية.

آليات فض المنازعات التجارية البديلة

التحكيم المؤسسي والمراكز المتخصصة

تكمّل النصوص التشريعية في الكويت مجموعة من المراكز والمؤسسات المتخصصة في التحكيم. أبرز هذه المراكز هو مركز الكويت للتحكيم التجاري التابع لغرفة تجارة وصناعة الكويت (مركز الكويت، 2024).

مركز الكويت للتحكيم التجاري: أنشئ المركز في عام 1999 بهدف توفير بيئة مؤسسية لفض المنازعات التجارية. يتبع المركز إداريًا غرفة التجارة ويختص بالإشراف والتنظيم لعمليات التوفيق والتحكيم (مركز الكويت، 2024). يتميز المركز

بقواعد إجرائية واضحة لتقديم طلبات التحكيم، والتي يجب أن تتضمن اسم المحتكم ضده، وموضوع النزاع، والمستندات المؤيدة (مركز الكويت، 2024). تضع هيئة التحكيم في المركز إجراءات العمل، وتصدر الأحكام النهائية بأغلبية الأصوات، وتكون الأحكام غير قابلة للطعن (مركز الكويت، 2024).

إن وجود كيان مؤسسي مثل المركز الكويتي للتحكيم التجاري يمثل عنصرًا مكملًا وضروريًا للنصوص التشريعية. فهو يوفر البيئة الإجرائية والخدمات اللوجستية اللازمة، مما يقلل من العبء على الأطراف ويوفر إطارًا أكثر تنظيمًا للتحكيم الحر. هذا التكامل بين الإطار التشريعي والمؤسسي ضروري لتعزيز فعالية التحكيم وجعله خيارًا عمليًا وفعالًا لفض النزاعات (مركز الكويت، 2024).

التوفيق والوساطة

بالإضافة إلى التحكيم، تُعد آليات التوفيق والوساطة من الطرق البديلة لفض المنازعات في الكويت.

يُعرّف التوفيق بأنه وسيلة ودية لتقريب وجهات نظر الأطراف المتنازعة بهدف الوصول إلى حل يرضي الجميع (المري، 2017). يختلف التوفيق عن التحكيم في أن قراراته ليست ملزمة للأطراف، ويتم إجراؤه في إطار غير قضائي بالأساس. تُشرف هيئة التوفيق على دراسة القضية، وتدعو الأطراف للاجتماع، وتعمل على تقريب وجهات النظر. إذا تم التوصل إلى اتفاق، يُثبت في محضر ويصادق عليه (مركز الكويت، 2024).

تبرز آليات التوفيق والوساطة كأدوات فعالة للحفاظ على العلاقات التجارية بين الأطراف، خاصة في عالم الأعمال الذي يعتمد على الثقة والتعاون طويل الأمد (الزوير، 2024). إن تركيز الكويت على هذه الآليات يعكس وعياً بأهميتها كجزء من منظومة متكاملة لفض النزاعات، تتماشى مع التوجهات الدولية التي تشجع على الحلول الودية قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء (الهديب، 2021). إن وجود هذه الخيارات يمنح الأطراف مرونة أكبر في اختيار المسار الذي يتناسب مع طبيعة نزاعهم وأهدافهم التجارية.

بدور دور القضاء الكويتي في عملية التحكيم

يحتفظ القضاء الكويتي محوري في عملية التحكيم، حيث يمارس مهاماً داعمة ورقابية على حد سواء. يُقدم القضاء الدعم للتحكيم في عدة مراحل. ففي حال عدم اتفاق الأطراف على اختيار المحكمين، تختص المحكمة المختصة بتعيينهم بناءً على طلب أحد الخصوم (الدسوقي، 1997؛ وزارة العدل الكويتية، 2024). كما يختص القضاء بمنح الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم، وهو الإجراء الذي يجعل الحكم قابلاً للتنفيذ الجبري (المجلة القانونية، 2021؛ الدسوقي، 1997). يتمثل الدور الرقابي للقضاء في دعوى بطلان حكم التحكيم، وهي الطريقة الوحيدة للطعن على الحكم (النعيمي، 2024). تُرفع دعوى البطلان أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وتكون المحكمة ملزمة بالحكم بعدم قبول الدعوى إذا كان هناك اتفاق تحكيم صحيح (النعيمي، 2024).

مبادئ قضائية راسخة لمحكمة التمييز

تُعد أحكام محكمة التمييز الكويتية المصدر الرئيسي لتفسير وتطبيق قوانين التحكيم. تحدد المادة 186 من قانون المرافعات حالات بطلان حكم التحكيم على سبيل الحصر، وتشمل صدوره دون اتفاق تحكيم صحيح، أو إذا تجاوز الحكم حدود

الاتفاق، أو إذا وقع بطلان في الحكم أو في إجراءاته أثر فيه. كما يجوز طلب بطلان الحكم إذا تحققت إحدى أسباب التماس إعادة النظر على الرغم من أن القانون الكويتي ينص على أن أحكام التحكيم نهائية وغير قابلة للطعن، إلا أن دعوى البطلان بحد ذاتها تمثل مساراً قضائياً يمكن أن يطيل أمد النزاع. إن الأسباب الواسعة للبطلان، مثل "بطلان في الإجراءات أثر في الحكم" (النعيمي، 2024)، تمنح القضاء سلطة تقديرية واسعة لتقييم صحة الإجراءات، مما قد يؤدي في بعض الأحيان إلى مراجعة غير مباشرة لموضوع النزاع. وهذا قد يُنظر إليه على أنه نقطة ضعف في النظام، حيث قد تُعرض الأحكام النهائية للإلغاء على أسس إجرائية غير جوهرية، مما يقلل من اليقين القانوني.

يتطلب تنفيذ الأحكام الأجنبية في الكويت رفع دعوى تذييل بالصيغة التنفيذية أمام المحاكم الكويتية. تشترط المحاكم التحقق من عدة شروط، منها أن يكون الحكم صادراً من محكمة مختصة في بلد صدوره، وأن يكون نهائياً وحائزاً لقوة الأمر المقضي به، وألا يتعارض مع حكم كويتي سابق أو مع النظام العام (المجلة القانونية، 2021؛ الزيود، 2021). يمكن أن تستغرق هذه الدعوى ما بين 4 إلى 6 أشهر، وهي مدة مناسبة مقارنة بالأنظمة القضائية الأخرى (المجلة القانونية، 2021).

جدول رقم (1): مقارنة بين قانون المرافعات الكويتي وقانون التحكيم القضائي الكويتي

الميزة/الخاصية	قانون المرافعات المدنية والتجارية (38 لسنة 1980)	قانون التحكيم القضائي (11 لسنة 1995)
تشكيل الهيئة	يتم الاتفاق بين الأطراف، ويجب أن يكون العدد فردياً	تتكون من ثلاثة قضاة ومحكمين يختارهما الأطراف

(التحكيم الدولي، 2021؛ النعيمة، 2024).	(التحكيم الدولي، 2021؛ النعيمة، 2024).	
اختصاص أوسع يشمل الجهات الحكومية، ويجيز الفصل في المسائل المستعجلة (التحكيم الدولي، 2021؛ النعيمة، 2024).	يمنع المحاكم من نظر النزاع، ولا يشمل المسائل المستعجلة إلا باتفاق صريح (التحكيم الدولي، 2021؛ النعيمة، 2024).	اختصاص الهيئة
تختص محكمة التمييز بالنظر في طلبات الرد (التحكيم الدولي، 2021؛ النعيمة، 2024).	يختص القضاء بالنظر في طلبات الرد (التحكيم الدولي، 2021).	رد المحكم
غير مقيدة بمدة معينة (التحكيم الدولي، 2021).	سنة أشهر قابلة للتمديد (التحكيم الدولي، 2021).	مدة إصدار الحكم
يصدر في جلسة علنية، ويودع خلال 5 أيام (التحكيم الدولي، 2021؛ النعيمة، 2024).	يصدر كتابةً بأغلبية الآراء، ويودع خلال 10 أيام (التحكيم الدولي، 2021؛ وزارة العدل الكويتية، 2024).	شكل الحكم وإيداعه
يتمتع بقوة الأمر المقضي، ويصبح واجب النفاذ بعد وضع الصيغة التنفيذية (التحكيم الدولي، 2021؛ النعيمة، 2024).	لا ينفذ إلا بأمر من رئيس المحكمة المختصة (التحكيم الدولي، 2021).	تنفيذ الحكم

الطعن على الحكم	دعوى بطلان (النعيمي، 2024).	يجوز الطعن أمام محكمة التمييز (التحكيم الدولي، 2024؛ النعيمي، 2024).
-----------------	-----------------------------	--

الإطار القانوني والمؤسسي للتحكيم التجاري في مصر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

يُعد قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 بمثابة نقطة تحول جوهريّة في المشهد القانوني المصري. يمثل هذا القانون تشريعاً موحدًا ومستقلًا، ويستلهم معظم أحكامه من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الدسوقي، 1997؛ منصور، 2017). كانت فلسفة المشرع المصري في تبني هذا القانون في عام 1994 هي مواكبة التطورات العالمية وتقديم إطار قانوني حديث وفعال لفض المنازعات التجارية، مما يعزز من الثقة في النظام القانوني المصري.

كان تبني هذا القانون خطوة استراتيجية جريئة من المشرع المصري، حيث أرسلت إشارة واضحة للمستثمرين الأجانب حول التزامها بإنشاء بيئة استثمارية آمنة وموثوقة (منشورات قانونية، 2022). هذا التحديث التشريعي ساهم بشكل مباشر في جذب رأس المال الأجنبي، حيث أصبح المستثمرون أكثر ثقة في وجود آلية فعالة ومحايدة لفض النزاعات، مما يعزز الاستقرار الاقتصادي (منصور، 2017).

آليات التحكيم المؤسسي

تُعد مصر موطنًا للعديد من مراكز التحكيم المرموقة، التي تقدم خدماتها على المستويين المحلي والدولي. يُعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA) من أبرز هذه المراكز، كما يوجد المركز المصري للتحكيم الاختياري وتسوية المنازعات المالية غير المصرفية (ECAS) (منصور، 2017؛ مركز القاهرة، 2017). يوفر المركز المصري للتحكيم الاختياري قواعد إجرائية منظمة، مثل تحديد مكان التحكيم، ولغته، وتقدير الرسوم والأتعاب (مركز القاهرة، 2017).

إن وجود قانون موحد (1994/27) مدعومًا بمراكز تحكيم مرموقة يمثل نموذجًا متكاملًا وفعالًا. تتيح هذه المراكز للأطراف اللجوء إلى قواعد إجرائية منظمة، مما يقلل من احتمالية حدوث تعقيدات إجرائية ويضمن سرعة الفصل في النزاعات. هذا التكامل يعزز من جاذبية مصر كوجهة للتحكيم التجاري الدولي (مركز القاهرة، 2017).

الإجراءات التشريعية وآليات التنفيذ

شروط اتفاق التحكيم وإجراءات سير الدعوى

يُولي قانون التحكيم المصري اهتمامًا كبيرًا بوضوح الإجراءات ومرونتها. يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا، سواء كان شرطًا في العقد الأصلي أو اتفاقًا لاحقًا بين الأطراف بعد نشوء النزاع (المركز المصري، 2017؛ دسوقي، 1997). ويجوز

للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى مركز تحكيم معين، وتحديد المسائل التي يشملها التحكيم (المركز المصري، 2017).

تبدأ الإجراءات بتقديم إخطار كتابي بالتحكيم إلى الطرف الآخر وإلى المركز المعني (المركز المصري، 2017). يتمتع المحكمون بسلطة واسعة في تحديد مكان التحكيم وإدارة الجلسات، كما يتمتعون بسلطة البت في اختصاصهم بنففسهم، وهو ما يُعرف بمبدأ "الاختصاص بالاختصاص" (الدسوقي، 1997). هذا المبدأ يمنع تعطيل الإجراءات من قبل الأطراف التي قد تدفع بعدم اختصاص الهيئة أمام القضاء الوطني، ويعزز من استقلالية التحكيم.

طرق فض المنازعات البديلة (التوفيق والوساطة)

تُعد المفاوضات والوساطة والتوفيق طرقاً بديلة شائعة وفعالة لفض المنازعات في مصر (الناصر، 2024). تتميز هذه الطرق بالسرية والفعالية من حيث التكلفة، وتساهم في الحفاظ على العلاقات بين الأطراف (الناصر، 2024). يُعرف التوفيق بأنه محاولة ودية لفض النزاع قبل وصوله إلى القضاء، حيث يتنازل كل طرف عن جزء من حقوقه للوصول إلى اتفاق يرضي الطرفين (عبدالفتاح، 2016).

يُعد المركز المصري للتحكيم الاختياري (ECAS) مثالاً على المؤسسات التي تدمج بين التحكيم والوساطة في آليات عملها (المركز المصري، 2017؛ مركز القاهرة، 2017). إعطاء الأولوية للوسائل البديلة لفض المنازعات (ADR) يعكس استراتيجية

أوسع لتقليل الضغط على المحاكم التقليدية وتوفير حلول أسرع وأكثر مرونة للمنازعات التجارية. هذا النهج يساهم في جعل البيئة التجارية أكثر جاذبية وكفاءة (الناصر، 2024).

دور القضاء المصري في عملية التحكيم

دور القضاء الداعم والرقابي

على الرغم من استقلالية التحكيم، يظل للقضاء المصري دور داعم ومراقب. يُقدم القضاء الدعم الفني والإجرائي للعملية التحكيمية. فعلى سبيل المثال، يجوز للمحكمة أن تأمر بناءً على طلب أحد الأطراف باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية قبل بدء الإجراءات أو أثناء سيرها (الناصر، 2024).

تقتصر رقابة القضاء على دعوى البطلان، وهي السبيل الوحيد للطعن على حكم التحكيم (القناوي، 2021). تُرفع هذه الدعوى أمام محكمة استئناف القاهرة في حالة التحكيم التجاري الدولي، أو أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع في الحالات الأخرى (الجمال، 2022).

مبادئ قضائية لمحكمة النقض

تُعد الأحكام القضائية لمحكمة النقض المصرية مصدرًا رئيسيًا للثقة في نظام التحكيم.

تتخصص أسباب البطلان في القانون المصري في حالات محددة، منها عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، أو مخالفة الحكم للنظام العام (الجمال، 2022؛ القناوي، 2021). تُعزز محدودية أسباب البطلان من حجية الأحكام التحكيمية وتجعلها أكثر يقينًا في نظر المستثمرين. في حكم حديث، قضت محكمة النقض المصرية ببطلان حكم تحكيمي ألزم بدفع تعويض بالدولار في معاملة تجارية محلية (الجمال، 2022). أيدت المحكمة دفع الطاعنين بأن هذا الحكم يخالف النظام النقدي العام في مصر، الذي يفرض التعامل بالجنيه المصري في المعاملات المحلية (الجمال، 2022).

يُظهر هذا الحكم أن مبدأ النظام العام يمثل خطأ أحمر لا يمكن تجاوزه حتى في سياق التحكيم (الجمال، 2022). على الرغم من أن هذا الحكم قد يبدو تقييدًا لحرية الأطراف، إلا أنه في الحقيقة يرسخ مبدأً قانونيًا ثابتًا: حماية النظام العام للدولة (الجمال، 2022). هذا المبدأ يعزز من اليقين القانوني على المدى الطويل، حيث يوضح للمستثمرين أن حرية التعاقد ليست مطلقة، وأن هناك قواعد أمر لا يمكن تجاؤها، مما يصب في مصلحة الاستقرار القانوني والاقتصادي (الجمال، 2022).

جدول رقم (2): مقارنة تفصيلية بين التحكيم التجاري في القانونين الكويتي والمصري

القانون المصري	القانون الكويتي	الخاصية/الجانب القانوني
موحد (قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994) (الدسوقي، 1997؛ منصور، 2017).	ازدواجية (قانون المرافعات 1980 وقانون التحكيم القضائي 1995) (التحكيم الدولي، 2021؛ السمرين، 2024).	الإطار التشريعي
يستند إلى قانون الأونسيترال النموذجي (منصور، 2017؛ الدسوقي، 1997).	لا يوجد قانون موحد يستند إلى الأونسيترال (التحكيم الدولي، 2021؛ السمرين، 2024).	التوافق الدولي
يشمل المنازعات ذات الطابع الاقتصادي (العنزي، 2012؛ الدسوقي، 1997).	يقتصر على المسائل التي يجوز فيها الصلح (النعيمة، 2024؛ الدسوقي، 1997).	اختصاص التحكيم
دور داعم بالأساس، ورقابة محدودة (الزيادات، 2020؛ القناوي، 2021).	دور رقابي وداعم، وقد يشارك القضاة في هيئات التحكيم القضائي (التحكيم الدولي، 2024؛ الدسوقي، 1997).	دور القضاء

أسباب البطلان	أسباب واسعة تشمل البطلان الإجرائي الذي أثر في الحكم (النعي، 2024؛ النعي، 2024).	أسباب محددة، مثل مخالفة النظام العام أو عدم وجود اتفاق تحكيم (القناوي، 2021؛ الجمال، 2022).
تنفيذ الأحكام الأجنبية	يتطلب دعوى تذييل بالصيغة التنفيذية مع اشتراطات قضائية (المجلة القانونية، 2021؛ الزيد، 2021).	يعتمد على استصدار أمر بالتنفيذ، ويفضل تطبيق القانون المصري لتسهيل الإجراءات (انديرسن إيجيب، 2021).

دراسة مقارنة وتحليلية بين النظامين الكويتي والمصري مقارنة الإطار التشريعي وأثره على بيئة الاستثمار

وحدة التشريع مقابل ازدواجيته

يُظهر القانون المصري ميزة تنافسية واضحة بفضل وحدته التشريعية وتوافقه مع قانون الأونسيترال النموذجي (منصور، 2017؛ الدسوقي، 1997). هذه الوحدة توفر اليقين القانوني والشفافية التي يبحث عنها المستثمرون الأجانب. فبدلاً من التعامل مع نصوص متفرقة في قوانين متعددة، يوفر القانون المصري إطاراً واحداً وشاملاً يسهل فهمه وتطبيقه. في المقابل، يمثل النظام الكويتي حالة فريدة حيث تتعايش

نصوص قديمة في قانون المرافعات مع تشريع قضائي متخصص. هذه الازدواجية قد تُثير تساؤلات لدى المستثمرين حول أي مسار يجب عليهم اتباعه، وما هي القواعد التي ستحكم نزاعهم، مما قد يُنظر إليه على أنه تعقيد لا لزوم له (التحكيم الدولي، 2021).

يُمكن أن يُنظر إلى الازدواجية الكويتية على أنها تعكس توجهًا حذرًا في التعامل مع استقلالية التحكيم، مما قد يقلل من جاذبيته للمستثمرين الذين يفضلون السرعة والابتعاد عن الإجراءات القضائية التقليدية (التحكيم الدولي، 2021؛ الزيادات، 2020). في حين أن النهج المصري الموحد يُقدم نموذجًا أكثر كفاءة وانسجامًا مع متطلبات التجارة الدولية الحديثة، مما يعزز من مكانة مصر كمركز إقليمي للتحكيم والاستثمار (منصور، 2017).

دور القضاء ومركز المحكم

يتمثل الاختلاف الجوهري بين النظامين في درجة تدخل القضاء في عملية التحكيم. في الكويت، يتدخل القضاء بشكل مباشر في تشكيل هيئات التحكيم القضائي، مما يضفي طابعًا قضائيًا على العملية ويجعلها أشبه بالنقاضي (التحكيم الدولي، 2024). في مصر، يقتصر دور القضاء على الدعم في المراحل الأولية والرقابة اللاحقة على الأحكام، دون المشاركة المباشرة في هيئة التحكيم (الزيادات، 2020).

إن دور القضاء في كلا البلدين يمثل توازنًا بين ضمانات العدالة وسرية التحكيم. لكن التوازن في مصر يميل لصالح استقلالية التحكيم، حيث يمنح القانون المحكمين سلطة البت في اختصاصهم بأنفسهم، مما يحد من تدخل القضاء (القناوي، 2021؛

الدسوقي، 1997). بالمقابل، يميل النظام الكويتي في مساره القضائي لصالح ضمانات الرقابة القضائية، مما قد يؤدي إلى تعطيل تنفيذ الأحكام في بعض الحالات (الزيادات، 2020).

مقارنة القواعد الإجرائية والضمانات

تشكيل الهيئة واختصاصها

تتباين القواعد المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم واختصاصها بين القانونين. يسمح القانون المصري للأطراف بحرية كاملة في تشكيل هيئة التحكيم، مع اشتراط أن يكون العدد فردياً (الدسوقي، 1997). في المقابل، يفرض القانون الكويتي في مساره القضائي وجود قضاة ضمن الهيئة، مما يحد من حرية الأطراف في الاختيار (التحكيم الدولي، 2024).

من حيث الاختصاص، يمنح القانون المصري هيئة التحكيم سلطة البت في اختصاصها بنفسها، وهو مبدأ قانوني راسخ يعزز استقلاليتها ويمنع تعطيل الإجراءات في بدايتها (الدسوقي، 1997؛ منشورات قانونية، 2022).

دعوى البطلان وتنفيذ الأحكام

تُعد دعوى البطلان هي الآلية الأساسية للطعن في أحكام التحكيم في كلا البلدين، ولكن أسبابها تختلف بشكل جوهري. أسباب البطلان في مصر محدودة وحصرية في حالات محددة، مثل عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح أو مخالفة الحكم للنظام العام (القناوي، 2021؛ الجمال، 2022). في المقابل، تبدو أسباب البطلان في الكويت أوسع نطاقاً، حيث تشمل "بطلان في الإجراءات أثر في الحكم" وهو مصطلح واسع يمنح القضاء سلطة تقديرية قد تسمح له بالنظر في موضوع النزاع بشكل غير مباشر. هذا الاختلاف الجوهري يؤثر على اليقين القانوني. فمحدودية أسباب البطلان في مصر تُعزز من حجية الأحكام التحكيمية وتجعلها أكثر يقيناً في نظر المستثمرين، بينما قد يؤدي اتساع أسباب البطلان في الكويت إلى إضعاف قوة الحكم التحكيمي وإطالة أمد النزاع (النعمي، 2024). يتفق كلا البلدين على ضرورة الحصول على أمر قضائي لتنفيذ حكم التحكيم (أبوفارس، 2021؛ الدسوقي، 1997). ومع ذلك، فإن الإجراءات في مصر تبدو أكثر وضوحاً وتبسيطاً في ظل قانون التحكيم الموحد. يُفضل للمستثمرين في مصر أن يتفقوا على تطبيق قانون التحكيم المصري لتسهيل إجراءات التنفيذ (انديرسن إيجيبت، 2021).

جدول رقم (3): مقارنة بين آليات فض المنازعات البديلة في الكويت ومصر

الخاصية/الآلية	التحكيم	الوساطة والتوفيق
في الكويت	قانون المرافعات: الإطار القانوني 1980/38 وقانون التحكيم القضائي 1995/11. (الدسوقي، 1997) اتفاق الأطراف (النعيمي، الأساس (2024). القرار: حكم ملزم، غير قابل للطعن إلا بالبطلان (مركز الكويت، (2024).	لا يوجد: الإطار القانوني الأساس. قانون مستقل شامل اتفاق الأطراف (مركز الكويت، 2024؛ المري، (2017) القرار: توصية غير ملزمة (المري، 2017). المراكز: مركز الكويت للتحكيم التجاري (مركز الكويت، 2024).
في مصر	قانون التحكيم: الإطار القانوني 1994/27 (الدسوقي، 1997؛ العنزي، 2012). اتفاق الأطراف (المركز الأساس (المصري، 2017) حكم ملزم، غير قابل للطعن: القرار. إلا بالبطلان (القناوي، 2021) المراكز: مركز القاهرة الإقليمي، المركز المصري (منصور، 2017؛ مركز القاهرة، 2017).	قوانين: الإطار القانوني وقواعد لجان التوفيق (عبدالفتاح، 2016). اتفاق الأطراف الأساس (المركز المصري، 2017) اتفاق تسوية ودي: القرار ملزم (المركز المصري، 2017). المراكز: المركز المصري للتحكيم الاختياري (المركز المصري، 2017).

الفصل الخامس

النتائج والتوصيات

النتائج:

من خلال البحث تم استخلاص النتائج التالية:

1. يتميز القانون المصري بنهجه الموحد، حيث يجمع قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 كافة القواعد الإجرائية والموضوعية في تشريع واحد، مستوحى بشكل كبير من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي. في المقابل، يعتمد النظام الكويتي على ازدواجية تشريعية فريدة، إذ يُنظم التحكيم عبر قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1980 وقانون التحكيم القضائي رقم 11 لسنة 1995، مما يخلق مسارين مختلفين للتحكيم المحلي.
2. يمنح القانون المصري الأطراف حرية كاملة في اختيار المحكمين، مع اشتراط أن يكون العدد فردياً. أما في الكويت، فإن مسار التحكيم القضائي يفرض تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة قضاة على الأقل، بالإضافة إلى المحكمين الذين يختارهم الأطراف، مما يعكس طبيعة قضائية واضحة للعملية.
3. يعزز القانون المصري من استقلالية هيئة التحكيم بمنحها سلطة البت في اختصاصها بنفسها، مما يمنع الأطراف من تعطيل الإجراءات بالطعن في اختصاص الهيئة أمام القضاء الوطني. هذا المبدأ غير واضح بنفس الدرجة في القانون الكويتي، حيث يلعب القضاء دوراً أكثر إشرافاً ومباشرة، مما قد يعيق استقلالية التحكيم.

4. تعد أسباب بطلان حكم التحكيم في القانون المصري محددة وحصرية، وتشمل مخالفة النظام العام أو عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح، مما يضيف على الأحكام التحكيمية حجية قوية وقيناً قانونياً. في المقابل، يُعطي القانون الكويتي نطاقاً أوسع لأسباب البطلان، بما في ذلك "البطلان في الإجراءات الذي أثر في الحكم"، مما يمنح المحاكم سلطة تقديرية واسعة قد تؤدي إلى إطالة أمد النزاع.

5. يتفق كلا النظامين على أن تنفيذ الأحكام الأجنبية، بما في ذلك أحكام التحكيم، يتطلب أمراً قضائياً. في الكويت، يجب رفع دعوى "تذليل" بالصيغة التنفيذية أمام المحاكم الكويتية، وتستغرق هذه العملية حوالي 4 إلى 6 أشهر. وفي مصر، يفضل أن ينص اتفاق التحكيم على تطبيق القانون المصري لتسهيل إجراءات التنفيذ، حيث يمكن استصدار أمر بالتنفيذ من رئيس المحكمة المختصة إذا كان الحكم يخضع لقانون التحكيم المصري.

6. يشترط القانون الكويتي، في مسار التحكيم الاختياري، أن يكون المحكم شخصاً يملك أهلية التصرف في الحق محل النزاع. وفي المسار القضائي، يجب أن يكون المحكم مقيداً في سجل خاص وأن يتمتع بكامل الأهلية والحقوق المدنية. بينما يمنح القانون المصري حرية واسعة للأطراف في اختيار المحكم، مع ضرورة أن يتمتع المحكم بالحياد والاستقلالية.

7. تعمل الكويت حالياً على مشروع قانون جديد للتحكيم القضائي يهدف إلى توسيع اختصاصه ليشمل المنازعات بين الجهات الحكومية والشركات التي تملكها الدولة بالكامل. يُعد هذا التوجه خطوة مهمة لتعزيز ثقة المستثمرين

الأجانب بتوفير آلية واضحة لحل النزاعات مع الكيانات الحكومية، وهو ما يختلف عن النظام السابق.

8. يدعم كلا البلدين التحكيم المؤسسي عبر مراكز متخصصة. في الكويت، يوجد مركز الكويت للتحكيم التجاري، وفي مصر، يبرز مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA) والمركز المصري للتحكيم الاختياري وتسوية المنازعات المالية غير المصرفية (ECAS). هذه المراكز توفر أطرًا إجرائية منظمة تسهم في سرعة وفعالية التحكيم.

9. أظهرت أحكام محكمة التمييز الكويتية أن دعوى البطلان يمكن أن تُرفع لأسباب إجرائية، مثل عدم إرفاق صورة من اتفاق التحكيم في الحكم نفسه. أما في مصر، فقد حسمت محكمة النقض في حكم حديث ببطلان حكم تحكيمي ألزم بدفع تعويض بالدولار في معاملة محلية، مؤكدةً على أن قواعد النظام العام النقدي للدولة لا يمكن تجاوزها، حتى في إطار التحكيم.

10. يولي كلا النظامين اهتمامًا للوساطة والتوفيق كبداية للتحكيم والقضاء. ففي الكويت، تُعد هذه الوسائل طريقة ودية للحفاظ على العلاقات التجارية، بينما في مصر، يندرج التوفيق والصلح ضمن طرق الحلول الودية التي تهدف إلى تقريب وجهات النظر قبل اللجوء إلى القضاء.

التوصيات:

- يوصى المشرع الكويتي بتبني قانون تحكيم موحد وشامل، يستند إلى قانون الأونسيترال النموذجي، لتوحيد الإجراءات وإلغاء الازدواجية الحالية بين قانون المرافعات وقانون التحكيم القضائي. من شأن هذا التوحيد أن يوفر اليقين القانوني والشفافية التي يبحث عنها المستثمرون الأجانب، ويعزز مكانة الكويت كمركز مالي وتجاري إقليمي.
- يجب إعادة النظر في أسباب بطلان حكم التحكيم لتكون أكثر تحديدًا وحصرية، وذلك بالاستلزام من النهج المصري. إن الأسباب الواسعة للبطلان، مثل "البطلان في الإجراءات الذي أثار في الحكم"، تمنح القضاء سلطة تقديرية قد تسمح له بالنظر في موضوع النزاع بشكل غير مباشر، مما يضعف حجية الأحكام التحكيمية ويطيل أمد النزاعات.
- يُقترح إلغاء اشتراط وجود قضاة في هيئات التحكيم القضائي في الكويت، حيث إن هذا الشرط يضيف طابعًا قضائيًا على العملية ويتعارض مع الطبيعة المرنة للتحكيم التجاري الدولي. يجب أن يتمتع المحكمون بالاستقلالية الكاملة، وأن يقتصر دور القضاء على الرقابة اللاحقة والدعم الإجرائي فقط، كما هو الحال في النظام المصري.
- يجب إدراج نص صريح في القانون الكويتي الجديد يؤكد على مبدأ "الاختصاص بالاختصاص"، مما يمنح هيئات التحكيم سلطة البت في اختصاصها بنفسها. هذا المبدأ، المطبق في القانون المصري، يحد من لجوء الأطراف إلى المحاكم الوطنية لعرقلة الإجراءات، مما يعزز سرعة وفعالية التحكيم.
- يجب على المشرع الكويتي تبسيط إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والتي تتطلب حاليًا رفع دعوى تذييل بالصيغة التنفيذية، مما قد يستغرق وقتًا طويلاً. إن

تبسيط هذه الإجراءات، ووضع قواعد أكثر وضوحًا، من شأنه أن يعزز الثقة في النظام القانوني ويطمئن المستثمرين الدوليين.

- يوصى المشرع المصري بالحفاظ على قانون التحكيم الموحد رقم 27 لسنة 1994،

نظرًا لكونه ميزة تنافسية رئيسية. إن أي محاولة لتقييد هذا القانون أو إدخال ازدواجية تشريعية قد تؤدي إلى تراجع ثقة المستثمرين التي استطاعت مصر بنائها على مدار العقود الماضية.

- على الرغم من أن مبدأ النظام العام يعد ركيزة أساسية، إلا أن التفسيرات القضائية قد تختلف. يُنصح بأن تستمر المحاكم المصرية في ترسيخ المبادئ القانونية التي تحمي النظام العام، مع تقديم توضيحات واضحة ومستقرة، كما حدث في حكم محكمة النقض بشأن التعامل بالعملة المحلية، لتجنب أي ارتباك أو عدم يقين لدى المستثمرين الأجانب.

- يجب على كل من الكويت ومصر مواصلة دعم وتعزيز دور مراكز التحكيم المتخصصة (مثل مركز الكويت للتحكيم التجاري ومركز القاهرة الإقليمي). يمكن للمراكز أن تقدم خدمات إجرائية متطورة، وأن تكون منصات للتحكيم الإلكتروني، مما يساهم في حل المنازعات بسرعة وفعالية.

- يجب على كلا البلدين تعزيز ثقافة استخدام الوساطة والتوفيق كبداية للتحكيم والقضاء. هذه الوسائل تساعد على حل النزاعات بطرق ودية وسرية، وتحافظ على العلاقات التجارية بين الأطراف، مما يقلل من عبء القضايا على المحاكم وهيئات التحكيم.

- يجب على كلا البلدين الاستثمار في برامج تدريب وتأهيل المحكمين والوسطاء والمحامين المتخصصين في فض المنازعات التجارية الدولية. إن وجود نخبة من

الخبراء القانونيين الملمين بالقوانين الدولية، من شأنه أن يرفع من مستوى التحكيم ويعزز مصداقية النظام القانوني ككل.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

- إبراهيم، كمال (1991)، "التحكيم التجاري الدولي"، دار الفكر الجامعي، القاهرة
- أبو الوفا، أحمد (1988)، "التحكيم الاختياري والإجباري"، منشأة المعارف، الإسكندرية
- أبو الوفا، أحمد (2001)، "التحكيم الاختياري والإجباري"، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الخامسة.
- أبوزيد، سراج حسن (2004)، "التحكيم في عقود البترول"، دار النهضة العربية، القاهرة
- أبوفارس، (2021). تنفيذ أحكام التحكيم. القاهرة: دار النهضة العربية.
- الاتحاد الدولي العربي للتحكيم الدولي (2015)، مقال بعنوان "تميز التحكيم عن غيره من التصرفات القانونية"
- احمد شكري (2001)، "الوسيط في النظرية العامة والمقاولات"، مطبعة المعارف الجديدة
- إسماعيل، أحمد بن محمد، الصحاوي(1997)، حاشية، "دار المعرفة"، بيروت

- آل جمعان، سعد سعيد مقبل (2015)، "التطورات القانونية في قانون الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية"، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية القانون بجامعة الخرطوم، الخرطوم
- انديرسن ايجيب (2021). تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في مصر. القاهرة: منشورات قانونية.
- أنيس، إبراهيم (2004)، "المعجم الوسيط" مجمع اللغة العربية، مصر
- البحيري، عزت محمد البحيري (1997)، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية
- بن عبد الله، ناجدي (2021)، حيثالة معمر، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، شروطه واجراءاته، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 9، العدد 1.
- بهاء الدين، فريجة (2018)، " شرط التحكيم ودوره في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية"، النشر الجامعي الجديد
- بوختاتة، مني (2014)، " التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار"، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر
- بودهان موسى (2006)، "القوانين الأساسية للاستثمار في الدول المغاربية، نصوص منقحة وفقا لأحداث تعديلاتها"، دار مدني، الجزائر
- بوصنوبرة، خليل (2009)، "طرق الطعن في أحكام التحكيم في التشريع الجزائري"، رسالة الدكتوراه، جامعة قسنطينة
- التحيوي، محمود السيد عمر (2002)، "التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية"، منشأة المعارف بالإسكندرية

- الجازي، عمر مشهور (2002)، "التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"،
بحث منشور في مجلة نقابة المحامين
- جاويد، سمير (2014)، "التحكيم كآلية لفض المنازعات"، دائرة القضاء، أبو
ظبي
- الجمال (2022). حكم محكمة النقض المصرية بشأن النظام النقدي. مجلة
البحوث القانونية، 34(2)، 145-168.
- حافظ، ممدوح عبد الكريم (1973)، "شرح قانون المرافعات المدنية العراقية
رقم (83) لسنة (1969) المعدل، بغداد، مطبعة الأزهر
- الحداد، حفيظة السيد (1998)، "الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الصادرة
في المنازعات الخاصة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- حسين، معاوية أحمد (2009)، "الاستثمار الأجنبي المباشر وأثره على النمو
والتكامل الاقتصادي في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية"
- حليلة، بن دريس (2022)، " خصوصية التحكيم التجاري الدولي في إطار
منظمة التجارة العالمية ومدى استفادة الدول النامية منه -دراسة في أحكام
مذكرة التفاهم بشأن تسوية المنازعات-"، مجلة القانون والأعمال
- حيواني، جمال (2016)، " النظام القانوني لتفاق التحكيم في التشريع
الجزائري"، جامعة الجزائر
- خالد، هشام (2007)، "التحكيم التجاري الدولي"، منشأة المعارف

- الخراز، الهام عزام وحيد (2009)، " التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنافس دراسة مقارنة-"، جامعة النجاح الوطنية
- خليل، حاتم زايد هبه (2013)، "مصر والتحكيم الدولي حماية للاستثمار.. ولا عزاء للمال العام"، تقرير صادر عن المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية وحدة الابحاث
- الدسوقي (1997). التحكيم التجاري الدولي والداخلي: تشريعاً وفقهاً وقضاءً . القاهرة: دار الفكر الجامعي.
- الرازي، محمد بن أبي بكر (1986)، الصحاح، مختار، "دار القلم"، بيروت.
- رأفت، هند (2013)، مجموعه تحقيقات بعنوان " حلم الاستثمار وكابوس التحكيم"، منشور في جريدة الاهرام الإلكترونية
- رضوان، أبو زيد (1979)، " الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق بجامعة الكويت
- رضوان، ابو زيد (1981)، " الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي"، دار الفكر العربي
- الزوير (2024). تسوية النزاعات عبر التحكيم والوساطة .بيروت: دار صادر.
- الزيادات (2020). دور القضاء في التحكيم .عمان: دار الثقافة للنشر.
- الزيود (2021). تنفيذ الأحكام الأجنبية في الكويت .مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 45(4)، 201-240.

- السباعي، أحمد (2014)، "أساتذة وفقهاء القانون .. 7 أسباب وراء خسارة مصر قضايا التحكيم"، مقال نشر في الأهرام الاقتصادي
- السباعي، أحمد شكري (2002)، "التحكيم التجاري في النظام القانوني المغربي"، دار النهضة العربية
- سعد الله، عمر، (2007)، قانون التجارة الدولية "النظرية المعاصرة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر
- السمرين (2024). أهلية التحكيم في القانون الكويتي. الكويت: دار الجامعة للنشر.
- سويلم، محمد محمد أحمد (2009)، "الاستثمارات الأجنبية في مجال العقارات، دراسة مقارنة بين القانون والفقه الإسلامي"
- السيد (2021). فعالية التحكيم التجاري الدولي كأداة لفض المنازعات. مجلة الدراسات القانونية، 15(1)، 55-92.
- سيد، محمد شعبان إمام (2014)، "التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية"، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن
- شحاته، محمد نور (1993)، سلطة التكييف في القانون الإجمالي. دار النهضة العربية، القاهرة.
- شعران، فاطمة (2016)، "اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري"، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف

- شفيق، محسن (بدون سنة نشر)، "التحكيم التجاري الدولي" دراسة في قانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة.
- شكري، محمد عزيز (1968)، "المدخل إلى القانون الدولي العام وقت السلم"، دمشق، دار الكتاب
- الشمري، ثقييل بن ساير (2012)، "الفرق بين التحكيم والقضاء والإفتاء"
- صادق، هشام (2007)، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية
- الطالب، عبد الكريم (2003)، "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية"، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة
- عباس، على (2007)، "إدارة الأعمال الدولية"، دار المسيرة للنشر والتوزيع
- عبد التواب، معوض (1997)، "المستحدث في التحكيم التجاري الدولي"، دار الفكر الجامعي، الطبعة الاولى
- عبد الرضا، نبيل جعفر، عواد، محمد جاسم، "استراتيجية مقترحة لمعالجة الفساد في الاقتصاد-العراقي، جامعة البصرة/كلية الإدارة والاقتصاد
- عبد الفتاح (2016). التوفيق وتسوية المنازعات في القانون المصري . القاهرة: دار النهضة العربية.
- عبد القادر، حمدوني (2015)، "التحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته على القانون الجزائري"، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان
- عشوش، أحمد (1990)، "التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار، جامعه الزقازيق
- العطية، عصام (2012)، "القانون الدولي العام"، المكتبة القانونية، بغداد

- عمامرة، حسان (2021)، تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية، مجلة الدراسات المقارنة، المجلد 7، العدد 1 .
- عمر، عادل (2014)، "قضايا التحكيم الدولي ضد مصر الاعلام العربية"، شبكة الاعلام العربية
- العناني، إبراهيم (1970)، "اللجوء إلى التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس
- العنزي (2012) .قانون التحكيم الكويتي: دراسة نقدية تحليلية .الكويت: مكتبة دار الجامعة.
- عيادي، سونا عمر علي (2015)، "التحكيم في الصناعة المالية"، دار الفكر الجامعي
- الغزيري، آمال أحمد (1998)، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية
- قاسمي، أمل (2017)، " دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر"، جامعة أم البواقي
- القناوي (2021) .أسباب بطلان حكم التحكيم في القانون المصري . الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

- محمود مختار احمد بريري (2010)، "التحكيم التجاري الدولي"، دار النهضة العربية، القاهرة
- مسعود، سميح (1997)، "الموسعة الاقتصادية"، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت
- مطاوع، احمد حسان (2007)، "التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات"، دار النهضة العربية
- المنشاوي، عبد الحميد (1995)، "التحكيم الدولي والداخلي"، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية
- منصور (2017). قانون التحكيم المصري: دراسة مقارنة. القاهرة: دار النهضة العربية.
- موسى، محمد إبراهيم (2005)، "التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية المنازعات الدولية"، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية
- الناصر (2024). الطرق البديلة لتسوية المنازعات في القانون المصري . القاهرة: المركز القومي للنشر.
- النعيمي (2024). دعوى بطلان حكم التحكيم في القانون الكويتي .مجلة القانون والقضاء، 28(1)، 77-115.
- النمر، أمنية (2003)، أحكام التنفيذ الجبري وطرقه، الطبعة الثانية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية

- النيداني، الأنصاري حسن (2011)، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الإسكندرية

- وزارة العدل الكويتية . (2024). إدارة التحكيم القضائي بوزارة العدل . الكويت: وزارة العدل.

- الوكيل (1982)، "تحكيم البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين دولة وشخص خاص أجنبي"، كلية الحقوق بالرباط

- يوسف، وائل عز الدين (2010)، "التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر

- المراجع الأجنبية:

- Boivin(R), International Arbitration with States, An Overview of the Risks, J.A, Vol, 19 No 04, 2002, p 29
- Brownlie, Principles of Public International Law (Oxford: Oxford University Press, 2003) p. 508
- Mann Mimi, Saudi Arabia: New Foreign Investment Law, Middle East Executive Report, Vol 22 No. 12, December 1999, p. 7

الملاحق

في الجزء التالي سوف يتم عرض قانون التحكيم الكويتي:

قانون التحكيم الكويتي

قانون المرافعات المدنية والتجارية قانون رقم 38 لسنة 1980

الباب الثاني عشر

التحكيم

المادة (173)

بحور الإنفاق على التحكيم في نزاع معين كما بحور الإنفاق على التحكيم في جميع المرافعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة.

ولا بحور التحكيم في المسائل التي لا بحور فيها الصلح ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع.

ويجب أن يحدد موضوع النزاع في الإنفاق على التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح وإلا كان التحكيم باطلاً.

ولا تختص المحاكم بنظر المرافعات التي اتفق على التحكيم في شأنها وبحور النزاع عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمناً.

ولا يشمل التحكيم المسائل المستعجلة ما لم ينقض صراحة على خلاف ذلك.

المادة (174)

لا بحور أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مغلثاً لم يرد إليه اعتباره.

وإذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وترا كما يجب تعيين المحكم في الإنفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل.

المادة (175)

إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المنفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عرل عنه أو حكم برده أو قام مانع من مياسترته له ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم عينت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين وذلك بناءً على طلب أحد الخصوم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ويجب أن يكون عدد من تعيينهم المحكمة مساوياً للعدد المنفق عليه بين الخصوم أو مكماً له ولا بحور الطعن في الحكم الصادر بذلك بأي طريق من طرق الطعن.

المادة (176)

لا بحور التفويض للمحكمين بالصلح ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الإنفاق على التحكيم.

المادة (177)

بحور لوزارة العدل أن تشكل هيئة تحكيم أو أكثر تنفذ في مقر المحكمة الكلية أو أي مكان آخر يعينه رئيس الهيئة وتكون رئاستها لمستشار أو قاضي تختاره الجمعية العمومية للمحكمة المختصة وعضويتها لأثنين من التجار أو ذوي التخصصات الأخرى يتم اختيارهما من الجداول المعدة في هذا الشأن وذلك وفق القواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل ويقوم بأمانة سر الهيئة أحد موظفي المحكمة الكلية.

وتعرض عليها - بغير رسوم - المرافعات التي يتفق ذوو الشأن كتابة على عرضها عليها وتسري في شأنها القواعد المقررة في هذا الباب ومع ذلك بحور لها أن تصدر الأحكام والأوامر المشار إليها في الفقرات (أ، ب، ج) من المادة (180).

المادة (178)

مع عدم الإخلال بما نص عليه في المادة السابقة أو أي قانون آخر يشترط أن يقبل المحكم القيام بمهمته وينت القبول كتابة.

وإذا نتج المحكم - بغير سبب جدي - عن القيام بعمله بعد قبول التحكيم جاز الحكم عليه بالتعويضات.

ولا بحور عزل المحكم إلا بموافقة الخصوم جميعاً.

ولا بحور رده عن الحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد تعيين شخصه وبطلب الرد لذات الأسباب الذي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم ويرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى خلال خمسة أيام من أخبار الخصم بتعيين المحكم أو من تاريخ حدوث سبب الرد أو علمه به إذا كان نالاً لإخياره بتعيين المحكم.

وفي جميع الأحوال لا يقبل طلب الرد إذا صدر حكم المحكمة أو أقفل باب المرافعة في القضية وبحوز لطلب الرد استئناف الحكم الصادر في طلبه أيا كانت قيمة المنازعة المطروحة على الحكم.

المادة (179)

يقوم المحكم خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من قبول التحكيم بإخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة تحدد لنظر النزاع ويمكن انعقادها وذلك دون نقد بالقواعد المقررة في هذا القانون للإعلان ويحدد لهم موعداً لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه دفاعهم وبحوز الحكم بناءً على ما يقدمه جانب واحد إذا تخلف الآخر عن ذلك في الموعد المحدد. وإذا تعدد المدعون وجب أن يتولوا مجتمعين إجراءات التحقيق وأن يوقع كل منهم على الحاضر ما لم يجمعوا على يدب واحد منهم لإجراء معين وينتوا بدبه في محضر الجلسة أو كان اتفاق التحكيم يتحول ذلك لأحدهم.

المادة (180)

تقطع الخصومة أمام المحكم إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة المقررة في هذا القانون ويترتب على الانقطاع آثاره المقررة قانوناً. وإذا عرّضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكم أو طعن بتزوير ورقة أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث جنائي آخر أوقف المحكم عمله حتى يصدر فيها حكم إنتهائي كما يوقف المحكم عمله للرجوع إلى رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لإجراء ما يأتي :

- (أ) الحكم بالإجراء المقرر قانوناً على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمنع عن الإجابة.
- (ب) الحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته ضروري للحكم في التحكيم.
- (ج) الأمر بالانابات القضية.

المادة (181)

إذا لم يشترط الخصوم في الاتفاق على التحكيم أجلاً للحكم كان على المحكم أن يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم والأجاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة أو المضي فيه أمامها إذا كان مرفوعاً من قبل. وإذا اختلفت تواريخ إخطار الخصوم بدأ الميعاد من تاريخ الإخطار الأخير وللخصوم الاتفاق - صراحة أو ضمناً - على مد الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً ولهم نقوض المحكم في مده إلى أجل معين.

ويقف الميعاد كلما أوقفت الخصومة أو انقطعت أمام المحكم ويستأنف سيره من تاريخ علم المحكم بوال سبب الوقف أو الانقطاع وإذا كان الباقي من الميعاد أقل من شهرين إمتد إلى شهرين .

المادة (182)

يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب ومع ذلك يجوز للخصوم الإنفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم. ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مقوضاً بالصالح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما يتعلق منها بالنظام العام. ونطبق القواعد الخاصة بالنفاذ المعجل على أحكام المحكمين. ويجب أن يصدر حكم المحكم في الكويت وإلا اتبع في شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي.

المادة (183)

يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء ونجب كتابته ويجب أن يشتمل بوجه خاص على صورة من الاتفاق على التحكيم وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه وتاريخ صدوره والمكان الذي صدر فيه ونوقيعات المحكمين وإذا رفض واحد أو أكثر من المحكمين توقيع الحكم ذكر ذلك فيه ويكون الحكم صحيحاً إذا وقعته أغلبية المحكمين. ويجوز المحكم باللغة العربية ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك وعندئذ يتعين أن يرفق به عند إبداعه ترجمته رسمية.

ويعتبر الحكم صادراً من تاريخ توقيع المحكمين عليه بعد كتابته.

المادة (184)

يودع أصل الحكم - ولو كان صادراً بإجراء من إجراءات التحقيق مع أصل الإنفاق على التحكيم إدارة كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع خلال عشرة الأيام التالية لصدور الحكم النهائي للخصومة. ويجوز كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع.

المادة (185)

لا يكون حكم المحكمة قابلاً للتنفيذ إلا بأمر يصدره رئيس المحكمة الذي أودع الحكم إدارة كتابها بناءً على طلب أحد ذوي الشأن وذلك بعد الإطلاع على الحكم وعلى اتفاق التحكيم وبعد التثبت من انتهاء مواعيد تنفيذه وإنقضاء مهلة الاستئناف إذا كان الحكم قابلاً له وغير مشمول باللعاء المعلق وبوضع أمر التنفيذ بذل أصل الحكم.

المادة (186)

لا يجوز استئناف حكم المحكمة إلا إذا انقضى الخصوم قبل صدوره على خلاف ذلك ويرفع الاستئناف عندئذ أمام المحكمة الكلية بهيئة استئنافية ويخضع للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم وبدأ ميعاده من ابتداء أصل الحكم إدارة الكتاب وفقاً للمادة (184)

ومع ذلك لا يكون الحكم قابلاً للاستئناف إذا كان الحكم مقصوداً بالصلح أو كان محكماً في الاستئناف أو كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسمائة دينار أو كان الحكم صادراً من الهيئة المنصوص عليها في المادة (177).

ويجوز لكل ذي شأن أن يطلب بطلان حكم المحكمة الصادر نهائياً وذلك في الأحوال الآتية ولو انقضى قبل صدوره على خلاف ذلك :

(أ) إذا صدر بغير اتفاق تحكيم أو بناءً على اتفاق تحكيم باطل أو سقط بتجاوز الميعاد أو إذا كان الحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم.

(ب) إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر.

(ج) إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

المادة (187)

ترفع دعوى البطلان إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بالأوضاع المعتمدة لرفع الدعوى وذلك خلال ثلاثين يوماً من إعلان الحكم وبدأ هذا الميعاد وفقاً لأحكام المادة (149) في الحالات التي يتحقق فيها سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها إعادة النظر.

ويجب أن تشمل الصحيفة على أسباب البطلان والا كانت باطلة .

ويتعين على رافع الدعوى أن يودع عند تقديم صحيفتها على سبيل الكفالة عشرين ديناراً ولا يقل إدارة الكتاب صحيفة الدعوى إذا لم يصحب بما يثبت ابداع الكفالة ويكفي ابداع كفالة واحدة في حالة تعدد المدعين إذا أقاموا دعواهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب البطلان وتعين الحكومة من ابداع هذه الكفالة كما يعفى من ابداعها من يعفون من الرسوم القضائية ونصادر الكفالة بقوة القانون متى حكم بعدم قبول الدعوى أو بعدم جواز رفعها أو بسقوطها أو ببطلانها أو برفضها.

وإذا حكمت المحكمة بطلان حكم المحكمين تعرضت لموضوع النزاع وقضت فيه.

المادة (188)

لا يترتب على رفع الدعوى البطلان وقف تنفيذ حكم المحكم.

ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنظر الدعوى أن تأمر بناءً على طلب المدعي بوقف تنفيذ الحكم إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب البطلان مما يرحح معها القضاء ببطلان الحكم.

ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما يراه كفيلاً بضمان حق المدعي عليه ويستحب الأمر الصادر بوقف تنفيذ الحكم على إجراءات التنفيذ التي اتخذها المحكوم له من تاريخ طلب وقف التنفيذ.