جامعة المنصورة
كلية الحقوق
قسم الأقتصاد والمالية العامة

بحث بعنوان

الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية

دراسة تحليلية

مستخلص من رسالة ماجستير بعنوان

الاقتصاد السياسي لقانون الاستثمار الأجنبي في الكويت

إعداد الباحثه

دلال لافي المطيري

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور/ السيد أحمد عبد الخالق

أستاذ الأقتصاد والمالية العامة بكلية الحقوق جامعة المنصورة

٢٠٢١

مقدمة:

إذا كان مناخ الاستثمار يتأثر بمكونات اقتصادية في الدولة المضيفة وقدرة الاقتصاد المحلي على جذب الاستثمار الأجنبي المباشر بجميع عناصره وقدرته وطاقته وسياسته، فإن مناخ الاستثمار يتأثر أيضاً سلبيا وإيجابا بمحددات أخرى لا تمس الحالة الاقتصادية بصورة مباشرة وإن كانت تؤثر فيها وتتفاعل معها لتكون بيئة جاذبة للاستثمار الأجنبي أو طاردة له، ومن هذه المحددات النظام السياسي، والاستقرار الأمني، والمحددات القانونية والتشريعية ([١]).

ولاشك أن المحددات القانونية والتشريعية هي التي تعمل على تنظيم التعامل مع الاستثمار الأجنبي المباشر وتساهم في تحفيزه ، وبالتالي فكلما انطوت على قانون موحد للاستثمار واضح ومنتدمج مع باقي التشريعات ذات العلاقة ، وبه الضمانات الكافية من عدم مصادرة وعدم تأمين وخلافه ، ويكفل حرية تحويل الأرباح للخارج ، وحرية دخول وخروج رأس المال ، وعدم الخضوع للنصوص القانونية الخاصة بالعقود الإجرائية والتنظيمية ، والمزيد من التسهيلات الإدارية ، والحوافز التجارية والربحية ، ومنح الشركات المساهمة المستثمرة في إمكانية اختيار العاملين بها دون قيود ، وضمانات كافية وواضحة بآلية تسوية منازعات الاستثمار ، والحق في تملك الأراضي والعقارات اللازمة لمباشرة النشاط ، أدى ذلك إلى جذب الاستثمار الأجنبي المباشر ([٢]).

ومن المهم في هذا المجال أن نشير إلى أهمية توافر نظام قضائي مستقل عادل ناجز، وسلطة قوية تستطيع تنفيذ أحكامه وقراراته بكل حسم وسرعة، مما يعطي انطباعا جيدا وجاذبا للمستثمر الأجنبي بأن الدول المصيفة قادرة على اتخاذ الإجراءات القانونية، وتنفيذ تشريعاتها بكل حسم وقوة، مما يبعث فيه روح الطمأنينة والاطمئنان على استثماراته، وبالتالي فهي عوامل جذب للاستثمار ومؤثرة في المناخ الاستثماري للدول المضيفة له.

ولكن النظام القانوني المشجع للاستثمار الأجنبي لا يتمثل بمجرد زيادة المزايا والحقوق التي يمنحها للمستثمرين الأجانب ، إنما يضاف إلى ذلك التقليل من احتمالات المخاطر ، وتوفير الأمان والثقة والعلاقات الاستثمارية ، فإذا كان رأس المال يستهدف بطبيعته تحقيق الربح ، فإنه يعمل على تحقيقها في بيئة يسودها الأمان والضمان ، لأنه مهما أغدقت الدولة المضيفة على

([١]) **د/ مجدي محمود شهاب**، الاستثمار الأجنبي المباشر – دراسة تحليلية لمحدداته في البيئة الاقتصادية لدول مجلس التعاون الخليجي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الرابعة، عدد ١٤، يونيو ٢٠١٦، ص ٣٩.

([٢]) **د / أميرة حسب الله محمد**، محددات الاستثمار الاجنبى المباشر وغير المباشر فى البيئة الاقتصادية العربية، الدار الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٩

الاستثمار الأجنبي من إعفاءات ومزايا ، فإن ذلك يعد عديم الفائدة مادام لا يوجد ضمان حقيقي ضد الإجراءات الحكومية التي تجرد المستثمر من مليته أو من المزايا والإعفاءات التي منحت له .([١])

لذلك تضمنت قوانين الاستثمار الوطنية العديد من الضمانات التي يتعلق بعضها بالمحافظة على الحقوق والمزايا الممنوحة للمستثمر الأجنبي وعدم المساس بها، ويتعلق البعض الآخر منها بتأمين المستثمر الأجنبي من المخاطر غير التجارية التي تعد أكثر خطر يواجه المستثمر الأجنبي.

وهذه الضمانات تمثل الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، إذن فالحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية لا تتمثل بصورة أساسية بمدى ما توفره قوانين الاستثمار الوطنية من حقوق ومزايا وإعفاءات، بل بمدى فعالية تنفيذ هذه القوانين وما تتضمنه من مزايا عند ظهور المنازعات وفي قدرة المستثمر الأجنبي على اللجوء إلى السلطات القضائية عند نشوء ذلك بينه وبين الطرف الوطني، ومن مثل تلك الضمانات التي يمكن الإشارة إليها شرط الثبات التشريعي، والسماح للمستثمر الأجنبي باللجوء إلى التحكيم ([٢]).

مشكلة البحث:

حرصت دولة الكويت على توفير بنية أساسية ملائمة، ووضع إطار قانوني لتنظيم الاستثمارات الأجنبية المباشرة من خلال القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت ، الذي نص على العديد من المزايا والضمانات التي تهدف إلى زيادة تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة داخل الدولة، وحول هذه الحوافز وتلك الضمانات تدور إشكالية هذا البحث للوقوف على مدى كفايتها لزيادة تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر إلى دولة الكويت، وعليه يمكننا صياغة إشكالية هذا البحث في السؤال الرئيس التالي: ما مدى كفاية الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي المباشر في دولة الكويت لزيادة التدفق الاستثماري إليها؟

([١]) **د/ وليد محمد أحمد إبراهيم**، الانعكاسات الاقتصادية للاستثمار الأجنبي المباشر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ٥٥.

([٢]) **د / مجدي محمود شهاب**، الاستثمار الأجنبي المباشر–دراسة تحليلية لمحدداته في البيئة الاقتصادية لدول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص ٤٨.

أهمية البحث:

تتجلي أهمية هذا البحث في حداثته، ومقارنته بين الحماية القانونية للاستثمار في دولة الكويت ومثيلاتها في كل من مصر وبعض الدول الخليجية؛ للوصول إلى نتائج دقيقة حول فاعلية الحماية القانونية للاستثمار في دولة الكويت، خاصة وأن الدول الخليجية كالسعودية والامارات تعدان من الدول المنافسة لدولة الكويت في جذب الاستثمارات الأجنبية.

منهج البحث:

من أجل اختبار فرضيتى البحث، وتحقيق أهدافه، اعتمد الباحثه بشكل اساسي على المنهج الوصفي التحليلي، كما اعتمد على المنهج المقارن لتقييم الحماية القانونية الواردة في القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت، ومقارنتها بمثيلاتها في قوانين الاستثمار الأجنبي المباشر في مصر، من اجل ذلك نقسم هذا البحث إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: شرط الثبات التشريعى كضمانه للمستثمر الإجنبى.

المبحث الثاني: السماح للمستثمر الأجنبى اللجوء الى التحكيم.

المبحث الأول
شرط الثبات التشريعى كضمانه للمستثمر الإجنبى

تمهيد وتقسيم:

لما كانت المزايا والإعفاءات التي تقرها قوانين الاستثمار الوطنية تعد عاملا رئيسا في استقطاب رأس المال الخارجي ، بيد أنها لا توفر الحماية القانونية الكافية للاستثمار الأجنبي ، ذلك أن الدول تملك الحق المطلق في تعديل تشريعاتها الداخلية ومنها قانون الاستثمار ، بشكل يؤدي إلى تقليص المزايا والإعفاءات الواردة فيه أو إضافة أعباء جديدة تلقي على عاتق المستثمر الأجنبي ، وتستمد الدولة هذه السلطة في الواقع من حقها في السيادة الإقليمية على الأشخاص والأموال الموجودة في إقليمها ، بالإضافة إلى حقها في اختيار نظامها الاقتصادي والاجتماعي .

وفي مواجهة ذلك وتبديدا لمخاوف المستثمرين، عمدت بعض الدول زيادة في الضمان الممنوح للمستثمر الأجنبي وتشجيعا له على النص في قوانينها المنظمة للاستثمار على حظر سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على الاستثمار والتي تؤدي إلى الانتقاص من الحقوق والمزايا والإعفاءات الممنوحة للمستثمر الأجنبي وقت إبرام عقد الاستثمار، وفى هذا الإطار ذهب المشرع الكويتى فى القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت المادة رقم ٢٥.

من اجل ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية شرط الثبات التشريعى.

لمطلب الثاني: الجوانب القانونية لشرط الثبات التشريعى.

المطلب الأول
ماهية شرط الثبات التشريعى

تكمن معرفة ماهية شرط الثبات التشريعى بالوقوف على المعنى اللغوي والاصطلاحي له، إذ من الضروري تحديد تلك المعاني، ومعرفة أوجه الالتقاء والتباين بينهما، ومن جانب أخر بيان

أنواعه حيث يختلف التصنيف القانوني لشرط الثبات التشريعي باختلاف الأساس المعتمد في هذا التصنيف.

أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي والغرض منه:

شرط الثبات التشريعى مصطلح مركب، فالشرط لغة بفتح أوله وسكون ثانيه مصدر شرط، جمع شروط، ما يوضع ليلتزم في البيع أو نحوه (فقهية)، اِشتَرَطَ: (فعل) اشترطَ يَشترِط، اشتراطًا، فهو مُشترِط، والمفعول مُشترَط، اشترط عليه كذا: شرَطه؛ ألزمه إيّاه (١).

أما كلمة الثبات فهى تعنى عدم الزوال، ومنه: الثبات في المعركة أي: عدم الفرار منها. ثَبَتَ: (فعل) ثبَتَ / ثبَتَ على / ثبَتَ في يَثبُت، ثَباتًا وثُبوتًا، فهو ثابت وثَبْت، والمفعول مَثْبوت عليه، ثَبَتَ فِي مَكَانِهِ لاَ يَتَحرَّكُ: اِسْتَقَرَّ (٢).

وسبق الذكر، إن التعامل القانونى مع أى فكرة يتطلب تعريفها وتحديدها حتى يمكن للقاضى الذي يبحث فى واقعة معينة أن يتأكد من مدى انطباق هذا التعريف على هذه الواقعة، الأمر الذي يساعد على أفضل تطبيق ممكن للقانون على الواقع (٣).

بتطبيق ذلك على موضوع البحث، فقد أختلف الفقه فى تحديد مفهوم شرط الثبات التشريعي، فيرى جانب من الفقه أنه أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة تعديل العقد بسن تشريع جديد، حيث تتم الحماية من خلال تجميد دور الدولة في التشريع في نطاق علاقتها الناظمة بهذا المستثمر الأجنبي " (٤).

---

(١) راجع معجم معاني الالكترونى على الرابط التالى:

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D8%B7/.

(٢) راجع معجم معاني الالكترونى على الرابط التالى:

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%AB%D8%A8%D8%A7%D8%AA/

(٣) راجع **د/ فايز محمد حسين**، الأسس العامة مع التطبيق على الاتجاهات التشريعية الحديثة في التنظيم القضائي، المؤتمر العلمي الدولي: الاتجاهات التشريعية الحديثة في التنظيم القضائي، جامعة الإسكندرية –كلية الحقوق، ٢٠١٠، ص ٥٨١.

(٤) **د/ حفيظة الحداد**، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ٣٣٢. ولمزيد من التفاصيل حول شرط الثبات التشريعى راجع: **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة –كلية الحقوق، عدد ٥، ١٩٨٩.

وفى ذات الأطار يذهب جانب من الفقه الى تعرف شرط الثبات التشريعي على " أنه ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو إجراء جديد على العقد الذي تبرمه مع المستثمر الأجنبي " ([1]).

من خلال استعراض ما سبق من تعاريف يطلق مصطلح شرط الثبات على الشرط التعاقدي الذي يتم الاتفاق عليه بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، والذي بموجبه يتفق الطرفان على عدم تطبيق أي تعديل تشريعي لاحق للتعاقد على العلاقة العقدية بين الطرفين أو تعويض هذا المستثمر الأجنبي متى التزم بهذا التعديل وتسبب في حدوث أضرار اقتصادية له.

فعادة ما يتم الاتفاق على مثل هذه الشروط في العقود الزمنية الطويلة وعقود الاستثمار الدولية التي تخشى فيها الشركات الأجنبية المستثمرة من تأثر وضعها القانوني والمالي في البلد المضيف بتعديلات تشريعية لم تكن في الحسبان عند التعاقد، قد يتم الاتفاق في العقد على شروط ثبات تتعلق بالتزامات قانونية معينة " مثل تثبيت نسبة الضريبة المدفوعة أو التزامات تتعلق بمعايير السلامة البيئية "، كما قد يرد هذا الشرط بشكل عام ليشمل أية تعديلات تشريعية لاحقة تؤثر على التزام الشركة الأجنبية ([2]).

وقد ورد في تقرير الأمم المتحدة الصادر عن مجلس حقوق الإنسان في العام (٢٠٠٧) تعريف هذا الشرط على أنه " يشير بند الثبات إلى البنود التعاقدية في العقود الخاصة بين المستثمرين والدول المضيفة التي تتناول مسألة التغييرات في القانون في الدولة المضيفة خلال فترة حياة المشروع " ([3]) .

ثانيا: أنواع شروط الثبات التشريعي:

يختلف التصنيف القانوني لشرط الثبات التشريعي باختلاف الأساس المعتمد في هذا التصنيف، حيث يعتمد الفقه القانوني على معيارين أساسيين في هذا التصنيف هما معيار الأساس القانوني لشرط الثبات التشريعي ومعيار هدف شرط الثبات التشريعي.

---

(١) **د/ سراج حسين أبو زيد**، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية ،٢٠٠٤، ص١١١.

(٢) **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ط٢، ٢٠٠١، ص ١٤٧ وما بعدها.

([3]) "Stabilization clause refers to the contractual clauses in private contracts between investors and host states that address the issue of changes in law in the host state during the life the project"
http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilisationClauseandHumanRights/$FILE/Stabilisation+Paper.pdf visited on 16/1/2013 .

١- تصنيف شروط الثبات التشريعي وفقا لمصدرها:

اعتمادا على مصدر شرط الثبات التشريعي، يميز الفقه القانوني بين شروط الثبات التي مصدرها الاتفاق وتلك التي أساسها التشريع الوطني وأخيرا الشروط التي أساسها اتفاقية دولية ثنائية أو إقليمية.

فمن ناحية شروط الثبات التعاقدية، يعتبر هذا النوع من شروط الثبات الأكثر تواجدا في عقود الطاقة على الصعيد الدولي، حيث يرد هذا الشرط صراحة ضمن نصوص العقد الموقع بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، وينص صراحة على سريان القانون الوطني الناظم للعلاقة التعاقدية النافذ وقت إنشاء العقد على المستثمر الأجنبي، وعند تطبيق تعديلات تشريعية لاحقة قد تضر بالمركز القانوني أو المالي لهذا المستثمر على هذا العقد دون موافقة الشركة على هذا التطبيق ([١]).

أما من ناحية شروط الثبات التشريعية، هي نصوص قانونية ترد في القانون الوطني الدولي للدولة المستضيفة للمشروع الاستثماري تنص على التزام هذه الدولة بعدم تعديل أو إلغاء القانون الناظم للعلاقة التعاقدية النافذ وقت إنشاء العقد، في مواجهة المشروع الاستثماري الأجنبي ([٢]). عادة ما يدرج هذا النص في قوانين الاستثمار في البلد المضيف وقد تدرج أيضا في القوانين الخاصة.

ولا شك إن مثل هذا النوع من الشروط يعتبر أكثر ضمانة للمستثمر الأجنبي عن النوع التعاقدي، كون النوع الأول يمكن القضاء بالحكم بعدم دستوريته لمخالفته قواعد آمره لاحقة قد يقرها المشرع الوطني ([٣]). والسؤال الذي قد يثور في هذا المجال، إلى أي مدى يمكن الحكم بعدم دستورية أي إجراء تشريعي لاحق يتعارض مع مثل هذه النصوص على أساس قاعدة من يمتلك التشريع يملك الإلغاء؟

([١]) **د / أحمد عبد الكريم سلامة**، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١٢٦.

([٢]) **د / غسان المعموري**، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق كلية القانون – جامعة كربالاء ، العراق ، عدد ٢ ، ٢٠٠٩ ، ص ١٧٣.

([٣]) **د / أحمد شرف الدين** ، طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار (تشخيص الحالة المصرية)، مطبعة أبناء وهبه حسان ، القاهرة ، ١٩٩٣، ص١٦وما بعدها.

يرى جانب من الفقه أن لا ضمانة دستورية تحول دون قيام الدول المضيفة بإجراء مثل هذه التعديلات، بالتالي سنجد أنفسنا أمام ذات المخاطر الناتجة عن استخدام شروط الثبات التعاقدية، وهنا تستطيع الدولة المضيفة تعديل نظامها القانوني متى شاءت وكيفما شاءت دون الالتفاف إلى مصالح بعض المؤسسات الخاصة مع التزامها في هذه الحالة بتعويض كل من تضرر جراء هذا التعديل (مشار إلى بيان هذه التعويضات أدناه) ([١]).

إضافة إلى ذلك، قد يكون من السهل على الدول المضيفة تفسير هذه النصوص التشريعية في اتجاه خدمة مصالحها الوطنية على نحو قد يتعارض مع الغرض الذي وجدت من أجله نصوص الثبات التشريعية.

أخيرا من ناحية شرط الثبات الدولي ، يثبت هذا الشرط بموجب اتفاقية دولية (ثنائية أو متعددة) ، تتعهد فيها الدول الأطراف بحماية استثمارات الدولة / أو الدول الأخرى من خلال حظر إجراء تعديلات تشريعية أو اتخاذ إجراءات تصر بمصالح مستثمري باقي الدول الأعضاء العاملون في أراضيها ، على هذا الأساس ستكون أحكام القانون الدولي العام هي الناظمة والحامية لاستقرار الاستثمارات الأجنبية العالمة في أراضي الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية ، إضافة إلى تقييد حرية الدولة المستضيفة للمشروع الاستثمار في التحكم بالعلاقة التي تربطها مع المستثمر الأجنبي على أساس قواعد السيادة الوطنية إضافة إلى ضمان اختصاص القضاء الدولي في تسوية أية منازعات قد تنشأ نتيجة هذا الاستثمار ([٢]).

لا يعني هذا انطباق نصوص شروط الثبات المتفق عليها في الاتفاقية الدولية تلقائيا على العقد الموقع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، بل يجب لتطبيق هذه الشروط تمسك المستثمر الأجنبي بهذه النصوص وتضمينها في العقد تأسيا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وفي هذه الحالة ستنشأ مظلة من الحماية القانونية الدولية للعقد الموقع بين الطرفين إضافة إلى قواعد الحماية الوطنية لهذا العقد ([٣]). لهذا في هذا المجال يثور التساؤل التالي: إلى أي مدى

([١]) **د / محمود فياض** ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، بين فرضيات النظرية وإشكالات التطبيق ، بحث مقدم الى المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد ، كلية القانون جامعة الامارات ، ٢٠١٣ ، ص ٦٢١.

([٢]) **د / أحمد عبدالكريم سلامة** ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار و التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص ١٢٦.

([٣]) **د / محمود فياض** ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات النظرية وإشكالات التطبيق ، مرجع سابق ، ص ٦٢٣.

كفلت قواعد القانون التجاري الدولي حماية كافية للمستثمر الأجنبي ضد تعسف المركز القانوني للدولة المستضيفة لنشاطه الاستثماري؟

لم تتطرق اتفاقية الأمم المتحدة للحقوق المدنية والسياسية إلى مثل هذه الممارسات ، وإن كان العديد من خبراء القانون التجاري الدولي أدرجوها ضمن حماية حقوق الملكية الخاصة ، وعدم جواز التعدي عليها كقاعدة عامة ، في المقابل أجازت المادة الأولى من البروتوكول الأول من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان للدول الأعضاء تأميم المشروعات الخاصة إضافة إلى حق الدول في تعديل تشريعاتها الوطنية بما يخدم مصالحها الوطنية على أني تم هذا التأميم أو التعديل بنص قانوني ووفقا للقانون ، إضافة إلى مراعاة عدم التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي أو بين المستثمرين الأجانب تبعا لجنسياتهم .

حديثا، استقرت قواعد القانون التجاري الدولي على العديد من المبادئ والضوابط، التي ذهبت بعيدا في مجال حماية مصالح المستثمر التجارية ضد أعمال التأميم الحكومية والتعديلات التشريعية الوطنية التي قد تؤثر على مصالح المستثمر الاقتصادية المتوقعة عند تعاقده مع هذه الدول. أقرت هذه المبادئ بالمعايير الأساسية التالية ([1]):

- صيانة وحماية حقوق الملكية الخاصة، وعدم جواز التعدي عليها بواسطة الحكومات المركزية، وفي حال ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، يجب أن يدفع تعويض مناسب للمستثمر الأجنبي.
- عدم التمييز في المعاملة ما بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي، والمشروعات التي تعود ملكيتها لأجانب والمشروعات التجارية التي يملكها المواطنون.

٢- تصنيف شرط الثبات التشريعي وفقا لطبيعته:

يميز الفقه بين ثلاثة أنواع من شروط الثبات التشريعي اعتمادا على هدف هذا الشرط هي: شرط التجميد التشريعي ، شرط التوازن الاقتصادي ، وشرط الحماية المختلط .

فمن ناحية شرط التجميد التشريعي، تهدف هذه الشروط إلى ضمان عدم سريان التشريعات الوطنية الحديثة على عقود استثمار الشركات الأجنبية التي تعاقدت مع هذه الدولة قبل صدور هذه التشريعات، سميت بذلك لأنها تعمل من خلال تجميد تطبيق النظام القانوني للدولة على المشروع

([1]) **د / محمود فياض** ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات النظرية وإشكالات التطبيق ، مرجع سابق ، ص ٦٢٥.

الاستثماري وتحصينه من أي تعديل مستقبلي ، قد يكون هذا التجميد كلي ، كما قد يكون هذا التجميد جزئي ، وكلاهما يختلف عن الآخر من حيث الطبيعة والأثر ([١]).

أما شرط التوازن الاقتصادي، فيختلف هذا الشكل من الشروط عن الشكل السابق في كونه لا يعفي المستثمر الأجنبي من الالتزام بأية تشريعات أو إجراءات وطنية لاحقة للاتفاق ، بل على العكس من ذلك سيؤكد على ضرورة خضوع هذا المستثمر لمثل هذه التعديلات أو الإجراءات لضمان احترام سيادة الدولة المضيفة([٢]) .

في المقابل، ينص هذا الشرط على التزام الدولة المضيفة بتعويض هذا المستثمر عن الخسائر المالية التي أصابته جراء هذه التعديلات. قد يكون التعويض كليا ونكون هنا أمام نوع من هذا الشروط يسمى شرط التوازن الاقتصادي الكلي.

وقد يكون هذا التعويض جزئي وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد ونكون هنا بصدد شرط التوازن الاقتصادي الجزئي.

أخيرا شرط الحماية المختلط، هو شرط ذو طبيعة متوسطة بين شرطي الثبات المشار إليها أعلاه فهو يقترب من شرط التوازن الاقتصادي من خلال عدم إعفاء المستثمر الأجنبي من تطبيق أية تعديلات تشريعية قد تضر بمركزه المالي بعد التعاقد . في المقابل، هي تقترب من شرط التجميد التشريعي من خلال النص على إعفاء المستثمر الأجنبي من تطبيق بعض التعديلات التشريعية متى كانت هذه الوسيلة هي الطريقة الوحيدة الكفيلة بعد تأثر هذا المستثمر سلبا بهذا التعديل التشريعي ([٣]).

([١]) **د / محمود فياض** ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، بين فرضيات النظرية وإشكالات التطبيق ، مرجع سابق ، ص ٦٣٠.

([٢]) **د / سامية كسال** ، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي ، ، بحث مقدم الى الملتقى الدولي السادس عشر حول: "الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربية" كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة محمد خيضر – بسكرة ، منشور بمجلة الحقوق والحريات ، ديسمبر ٢٠١٦ ، ص ١٨١.

([٣]) **د / محمود فياض** ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات النظرية وإشكالات التطبيق ، مرجع سابق ، ص ٦٨٣ وما بعدها.

المطلب الثانى

الجوانب القانونية لشرط الثبات التشريعى

تكمن معرفة الجوانب القانونية لشرط الثبات التشريعى بالوقوف على التكييف القانوني، ومن جانب أخر بيان الاثر القانونى لشرط الثبات التشريعي.

أولا: التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي :

اختلف الفقه حول التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي وعلاقته بقواعد القانون العام للدولة ([١])، لم يجيز البعض إمكانية حرمان الدول من تحديث تشريعاتها الوطنية وتعديلها بما يناسب مصالحها القومية ، بالتالي يمكن التعامل مع هذا المبدأ على أساس أنه مبدأ استرشادي للدول وليس إلزامي عليها " يجوز لها إعماله دون أن تكون ملزمة بذلك " ، هذا يعني إمكانية تنازل الدول عن جانب من سيادتها في مجال التشريع وتقرير عدم تطبيقه على المستثمر الأجنبي بموجب الاتفاق الموقع بين الطرفين .

أجاز البعض الآخر للدول التنازل عن جزء من سيادتها في مقابل تحقيق مصالح اقتصادية عامة، بالتالي تلتزم الدول بإعمال هذا المبدأ على أساس موافقتها على التنازل عن شكل من أشكال سيادتها التشريعية مقابل تحقيق مصالح اقتصادية أهم، هذا يعني أن إعمال هذا الشرط هو جزء من مصلحة الدول الوطنية كونها جزء من سياسة استقطاب رؤوس الأموال وحافز من حوافز الاستثمار في الدولة ، وبالتالي يدرج ضمن قواعد النظام العام للدولة .

علاوة على ذلك، لن يطبق هذا التنازل إلا على المستثمر الذي ما كان ليقرر الاستثمار في هذه الدولة لو كان يعلم بهذا التعديل التشريعي ([٢]) ، لذا ولضمان تدفق رؤوس الأموال إلى الدولة المضيفة ، يجوز للدول التنازل عن جزء من سيادتها التشريعية لصالح استقطاب هذه الأموال

([١]) **د / حفيظة الحداد** ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، مرجع سابق ، ص ٣٤٧.

([٢]) **د / رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر** ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها ، المركز القومي للإصداارت القانونية ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص ١٧.

، أخذت غالبية غرف التحكيم الدولية بهذا الأمر ، واعتبرت أن هذا المبدأ بمثابة استثناء على عمومية تطبيق القاعدة القانونية ، على أساس تعهد الدولة المسبق بهذا [١] .

بالتالي ووفقا لقواعد القانون التجاري الدولي، لا يجوز للدول تعطيل إعمال هذا المبدأ في حال اتفقت عليه في معاهدة دولية، ثنائية كانت أم جماعية، وفي مثل هذه الحالة يمكن مقاضاة تلك الدولة أمام هيئات التحكيم الدولية ومطالبتها بدفع تعويضات للمستثمر المتضرر من هذا الإجراء.

ثانيا: الأثر القانوني لشرط الثبات التشريعي:

يعمل هذا الشرط من خلال ضمان حرية المستثمر الأجنبي من تعسف المركز القانوني للدولة المستضيفة لمشروعه الاستثماري، عن طريق الاتفاق على إعمال ما اتفق عليه طرفي العقد حتى إن خالف نصوص قانونية وطنية يتم إقرارها لاحقا، هذا ما أقرته غرفة تجارة باريس في العام ٢٠٠١ في قضية (Link – Trading Joint Stock Company v Modova) ([٢]).

تشير القواعد العامة الناظمة لنظرية العقد إلى تطبيق أحد خيارين متى توافرت عناصر المسئولية العقدية على العلاقة محل البحث هما التنفيذ العيني مع التعويض إن كان مستحقا أو التعويض متى تعذر الخيار الأول، لا يأخذ الفقه القانوني التجاري الدولي بالحل الأول لتعارضه الواضح مع مبدأ سيادة الدول خاصة على مواردها الوطنية، بالتالي عادة ما تأخذ غرف التحكيم الدولية بمبدأ التعويض.

لا توجد معايير محددة يتم أخذها في عين الاعتبار عند تقدير مبلغ التعويض الذي يستحقه المستثمر الأجنبي في هذه الحالة ، حيث عادة ما يتم الأخذ في عين الاعتبار العديد من الاعتبارات المرنة الغير محددة مثل الطريقة التي تم فيها الإجراء الحكومي أو التعديل التشريعي ، الأسباب التي دعت الحكومة المضيفة إلى ذلك ، الثقافة والخلفية القانونية للجهة التي تنظر في النزاع ، ما تمليه قواعد العدالة من اعتبارات ، هنا يبرز دور شرط الثبات التشريعي في تقدير هذا التعويض بشكل واضح ليضمن توافر عاملين هامين هما العامل الإجرائي والموضوعي ([٣]) .

([١]) **د / أمال بن عشي**، الثبات التشريعي كضمان لحماية المستثمر الأجنبي، حوليات جامعة الجزائر ١، عدد ٣ ،٢٠٢٠، ص ٢٨٢ وما بعدها.

([٢]) مشار اليه لدى **د / محمود فياض**، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، بين فرضيات النظرية وإشكالات التطبيق، مرجع سابق، ص ٦٣٩ وما بعدها.

([٣]) **د / هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق...، مصدر سابق، ص٣٣٠.

يتمثل العامل الإجرائي في عدم الحاجة لإثبات الخطأ التعاقدي كون التعديل التشريعي أو الإجراء الذي تبنته الدولة المضيفة للنشاط الاستثمار يتعارض بشكل واضح مع مضمون التزاماتها التعاقدية وهل هو قانوني مبرر أن تعسفي غير مبرر. بمعنى آخر متى وجد شرط الثبات التشريعي، سيكون الإجراء الحكومي محل البحث في جميع الأحوال غير قانوني وموجب للتعويض، يتمثل العامل الموضوعي في تقدير مقدار التعويض حيث غالبا ما يزيد هذا المقدار بوجود شرط الثبات التشريعي من خلال وضع الطرف المستثمر في موقف مالي مماثل للحالة التي توقعها وقت التعاقد ([١]).

المبحث الثاني
السماح للمستثمر الأجنبى اللجوء الى التحكيم

تمهيد وتقسيم:

لما كان مناخ الاستثمار هو أداة التقييم للمستثمر في الانجذاب أو العزوف عن توجيه استثماراته في بلد ما ومن ثم فإن هناك مكونات ومحددات لها المناخ الاستثماري، ويدخل في إطار تهيئة مناخ الاستثمار أن يطمئن المستثمر الأجنبي إلى وجود وسائل عادلة لتسوية ما قد يثور بين الأطراف من منازعات عند تنفيذ عقد الاستثمار كأحد مكونات ([٢]).

والواقع أن التحيكم أصبح الوسيلة الفعالة التي تضمن فض المنازعات الاستثمارية بحيدة تامة وتجرد في فترة زمنية محددة وذلك بعيدا عن قضاء الدولة المضيفة وما يعقبه من تعقيدات في الإجراءات وازدحام القضايا مما يؤدي إلى تأخير الفصل فيها، بالإضافة إلى خشية المستثمرين من انحياز القضاء الوطني للطرف الآخر، الأمر الذي يعرض استثماراتهم لمخاطر في غنى عنها ([٣]).

([١]) **د / محمود فياض** ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات النظرية وإشكالات التطبيق ، مرجع سابق ، ص ٦٤١.

([٢]) **د / مجدي محمود شهاب**، الاستثمار الأجنبي المباشر–دراسة تحليلية لمحدداته في البيئة الاقتصادية لدول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص ٣٦. ويقسم سيادته محددات ومكونات المناخ الاستثمرى إلى المكونات الاقتصادية وتشمل السياسة الاقتصادية ودرجة الانفتاح الاقتصادي، وقوة الاقتصاد المحلي ونموه والقدرة على إدارته، والحوافز الضريبية، وإلى المكونات غير الاقتصادية وتشمل النظام السياسي والاستقرار الأمني والمحددات القانونية والتشريعية، ويمثل التحكيم أحد أهم المكونات غير الاقتصادية.

([٣]) **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم** ، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٠ ، ص ٤٥ وما بعدها .

فى غضون ذلك، عارضت بعض الدول النامية التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار خشية تجدد الاستعمار في ثوب جديد، ثم قبلته فيما بعد لحاجتها الملحة للحصول على رؤوس الأموال اللازمة للتنمية وليس لقناعتها بملاءمته لفض منازعات الاستثمار ([١]).

هدياً على تقدم، برز التحكيم كأسلوب أمثل لحل المنازعات التي قد تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها، لما يتصف به التحكيم من مميزات، الأمر الذي يدعونا للتسليم بأن التحكيم بات وسيلة مقنعة من وجهة نظر المستثمر الأجنبي لتسوية رفض منازعاته مع هذه الدول ([٢]).

ولاستجلاء فكرة التحكيم كوسيلة لحماية الأستثمار الأجنبى فى دولة الكويت، ينبغى علينا أولا بيان ماهية التحيكم فى منازعات الأستثمار الأجنبى، ثم مزايا التحكيم كوسيلة لحماية الأستثمار الأجنبى وتطبيقتها فى دولة الكويت.

المطلب الأول

ماهية التحيكم فى منازعات الأستثمار الأجنبى

([١]) **د / عصام الدين القصبي**، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٢ وما بعدها. وتعبر الدول عن قبولها التحيكم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار الاجنبى بطرقين لا ثالث لهما الاول انضمامها إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الاستثمار ، والثانى تكريس التشريعات الوطنية نصوصا محددة تجعل التحكيم من بين الوسائل المتاحة لفض منازعات الاستثمارات الأجنبية ، واتبعت مصر والكويت النهج الثانى حيث أكد المشرع الكويتى على ذلك بموجب المادة ٢٦ من القانون الكويتي رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت ، والحال ذكلك بالنسبة للمشرع المصرى صرح بذلك المادة ٩٠ من قانون الاستثمار رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ .

([٢]) **د/ محمد أبو العينين**، التحكيم الدولي ودوره في فض منازعات التجارة والاستثمار من واقع تجربة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، المنعقد في الفترة من (٢٧ – ٢٩ أبريل ١٩٩٧)، ص ١١٦.

تكمن معرفة ماهية التحيكم كوسيلة لفض منازعات الأستثمار الأجنبى بالوقوف على المعنى اللغوي والاصطلاحي له إذ من الضروري تحديد تلك المعاني، ومن جانب أخر معرفة أوجه الالتقاء والتباين بين التحكيم والأفكار القانونية التى تختلط به.

أولا: تعريف التحكيم:

التحكيم باعتباره طريقا للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات ، قديم النشأة عبر مراحل تاريخية متعاقبة ، فقد ظهر عند الإغريق ، كما ظهرت ملامحه عند الرومان منذ أقدم العهود ، كما كان عرفا في مصر القديمة وبابل وآشور ، كما اعتبر نظام التحكيم مرحلة راقية وصلت إليها الجماعات البشرية بعد أن كان الالتجاء إلى الانتقام الفردي ، والاحتكام إلى القوة سائدا في تلك الفترة ، فقد عرف العرب قبل الإسلام نظام التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم عن طريق الالتجاء طواعية إلى من يعرف برجاحة العقل وسعة الإدراك وأصالة الرأي ليفضن عليه منازعاتهم ، وفي صد الإسلام أصبح للتحكيم مشروعيته وصار الصورة النموذجية لحل المنازعات التي تثور بين المسلمين (١).

وبعد هذه النبذة التاريخية عن التحكيم، يكون مطلباً مشروعاً أن نتناول تعريف التحكيم فى اللغة، حيث يعرف فى اللغة العربية بأنه هو الفصل في الخصومة، فتشير المعاجم العربية إلى أن المحكم، أو الحكيم بمعنى الحاكم وهو القاضي، أو هو الذي يحكم بين الأشياء، والحكم هو العلم والفقه والقضاء بالعدل، ومصدر حكيم يحكم، والعرب تقول حكمت وأحكمت بمعنى منعت، ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم، لأنه يمنع الظلم ومنه سميت حكمه اللجام لأنها ترد الدابة (٢).

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول النشأه التاريخية التحكيم باعتباره طريقا للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات. راجع: د / **إبراهيم محمد العناني**، اللجوء إلى التحكيم، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٣، ص ١٧٦؛ **د / محمود سلامة الزناتي**، التحكيم عند العرب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط ١٩٩٩، ص ١٦؛ **د / محمود السيد عمر التحيوى**، التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٣.

(٢) محمد بن أحمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عامر أحمد حيدر، مراجعة عبد المنعم خليل، بيروت، المكتبة العلمية، ٢٠٠٣، مادة (حكم)، ص ٩٥١؛ وأيضاً راجع مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٦٤.

ويأتى دور الفقه لبيان موقفه من تحديد مفهوم التحكيم ([١])، فيرى جانب من الفقه بأن التحكيم هو " رغبة الأطراف في إبعاد علاقاتهم عن نطاق الحلول القانونية والقضائية الوطنية العادية واللجوء إلى إجراءات وحلول موضوعية أخرى تتفق أكثر من مصالحهم المتبادلة " ([٢]).

بينما يذهب جانب أخر من الفقه الى تعريف التحكيم بانه " اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية " على اختيار " شخص " محكم " أو أكثر يفصل فيما يثور مستقبلا أو يثور فعلا بينهم من منازعات " ([٣]).

ويتبنى جانب أخر من الفقه تعريفاً مفاده أن التحكيم هو " وسيلة معتادة ومفضلة تلجأ إليها الأطراف لحل المنازعات، لاسيما الناشئة في إطار العلاقات الدولية الخاصة " ([٤]).

بعد بيان موقف الفقه من تحديد مفهوم التحكيم، يكوم مطلباً مشروعاً أن نتناول موقف القضاء من تحديد مفهوم التحكيم سواء فى الكويت أو مصر.

وفى هذا الأطار تبنت محكمة التمييز الكويتية تعريفاً مفاده بأن التحيكم هو "عقد يتفق طرفاه بموجبه على عرض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما على فرد أو أفراد متعددين ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة " ([٥]).

كما عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه " طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتما على

([١]) وجدير بالذكر أن قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ قد خلا من تعريف التحكيم، كما لم يرد تعريف للتحكيم في نصوص قانون المرافعات الكويتي بالمواد المتعلقة بالتحكيم (المواد من ١٧٣ – ١٨٨)، أو في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية.

([٢]) **د/ أحمد ضاعن السمدان**، التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي في القانون الدولي الخاص الكويتي، الكويت، ١٩٩٥، ص ٩.

([٣]) **د/ أحمد السيد صاوي**، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، القاهرة، لم يذكر دار النشر، ٢٠٠٢، ص ١٠؛ د/ **مختار أحمد بريري**، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة، القانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٥.

([٤]) **د/ حفيظة السيد الحداد**، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، لم يذكر تاريخ النشر، ص ٧.

([٥]) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم ٢١٤، لسنة ٢٠٠٧، جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ٢٠٠٢/١/١ – ٢٠٠٧/١٢/٣١، القسم الخامس، المجلد الثامن ويشمل حروف (ت – ع) ، أبريل ٢٠٠٩ ، ص ١٤٣ .

ما تنصرف إرادة المتحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ، ولئن كان في الأصل وليد إرادة الخصوم إلا أن أحكام المحكمين شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية طالما بقى الحكم قائما ولم يقض ببطلانه وهو ما أكدته المادة ٥٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية الذي ألغي من ٥٠١ حتى ٥١٣ من قانون المرافعات المدنية " (١).

تعليقاً على ما ذكر من تعريفات نذكر أن فكرة التحكيم تقوم على محوريين رئيسين ، المحور الاول هو الرضائية ، بمعنى رضاء إرادة أطراف النزاع وتلاقيها في عرض النزاع في صورة اتفاق ، ويكون للمستثمر الأجنبي ، وللدولة المضيفة للاستثمار السلطة والإرادة في إعطاء المحكم سلطات واسعة في حسم النزاع ، و المحور الثانى إلزامية الحكم الصادر من المحكم أو هيئة التحكيم ، ما مفاده أن حكم التحكيم عمل قضائي ذو طبيعة خاصة أساسها أن المحكم لا يستمد ولايته من القانون كما هو الحال بالنسبة لقضاء المحاكم ، وإنما يستمدها من اتفاق الخصوم على تحكيمه ، وهذا ما يستفاد من نصوص المواد (١٧٣ ، ١٨٢ ، ١٨٣ ، ١٨٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، والمادة ٥٥ من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ، التي تسبغ على حكم المحكمين حجية الشيء المحكوم فيه شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي ، ومن ثم يتمتع الحكم الصادر من المحكمين بخصائص العمل القضائي .

هذا ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نبين أن مفهوم اتفاق التحكيم يشمل الصورتين التقليديتين المعروفتين وهما:

مشارطة التحكيم (Compromise): وهو الاتفاق الذي يبرمه الأطراف منفصلا ومستقلا عن العقد الأصلي بينهما والذي يقضي الأول باللجوء إلى التحكيم بصدد نزاع قائم بينهما.

شرط التحكيم (Clause Compromissoire): وهو الاتفاق الذي يرد ضمن أحد العقود والقاضي بإحالة نزاع مستقبلي أو أي نزاع قد ينشأ عن هذا العقد إلى هيئة تحكيم أو محكم، والواقع أن شرط التحكيم هو الأكثر شيوعا من الناحية العملية، لأنه يتم إبرامه في وقت يسوده الوئام والود

---

(١) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ قضائية، جلسة ٢٧ / ١٢ / ١٩٩٧ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، المكتب الفني ، السنة ٤٨ ، المجلد الثاني ، ص ١ .

فيما بين أطراف الخصومة، وذلك عكس المشارطة التي يتم إبرامها بعد حدوث النزاع مما يؤدي إلى صعوبة إبرام اتفاق التحكيم ([١]).

ثانيا: تمييز التحكيم عن غيره من الأفكار التى تختلط به:

إن التحكيم كوسيلة لتسوية وفض منازعات الأستثمار الإجنبى قد يتشابه مع غيره من النظم البديلة للفصل فى منازعات الاستثمار مثل الخبرة والوساطة والصلح والقضاء.

١- تمييز التحكيم عن الخبرة:

التحكيم وفق التعريفات سالفة الذكر قد يتشابه مع بعض المصطلحات القانونية الأخرى كوسيلة اتفاقية للتسوية مثل الخبرة، ويقصد بها أى الخبرة الاستشارة الفنية التي يستعين بها القاضي أو المحقق في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو دارية علمية لا تتوافر لدى عضو السلطة القضائية المختص بحكم عمله وثقافته ([٢]).

وبهذا التعريف تختلف الخبرة عن التحكيم فى عدة جوانب أهمها، أن مهمة الخبراء في إعطاء مجرد رأي فني في مسألة معينة قد تكون طبية أو هندسية أو حسابية أو في أي من الفنون والعلوم الأخرى، وليس لهذا الرأي قوة إلزامية فرأي الخبير غير ملزم، في حين أن حكم المحكم إذا ما صدر صحيحا يكون ملزما للخصوم ولو كان معارضا لرغباتهم ومصالحهم وآرائهم ([٣]).

ومن جوانب الأختلاف بين التحيكم والخبرة إرادة الخصوم ، حيث تعد إرادة الخصوم أساس التحكيم بما تضمنه من تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء أن يقضوا فيما شجر بينهم من نزاع ، كما تعد معيارا للتفرقة بين التحكيم والخبرة تبعا للصلاحيات التي تذهب إليها إرادة أطراف الخصومة الصريحة أو الضمنية ، للمحكم أو للخبير ، فإذا كان اتفاق الخصوم هو اتفاق على الخبرة أو على التحكيم ، فإن المرجع في ذلك هو مدى الصلاحيات الممنوحة بمقتضى هذا الاتفاق

([١]) **د/ مهند عزمي مسعود أبو مغلي**، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٥، ص ١٦٠.

([٢]) **د/ أمال عبد الرحيم عثمان**، الخبرة في المسائل الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٤، ص ٣.

([٣]) **د/ نبيل إسماعيل عمر**، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ٩.

، فإن كانت قاصرة على إعطاء رأي فني نكون أمام خبرة ، وإن كان الاتفاق ينطوي على إصدار حكم ملزم نكون أمام تحكيم ([١]).

٢- تمييز التحكيم عن الوساطة:

تواترت اجتهادات الفقه المؤيدة بأحكام القضاء على تعريف التحكيم بأنه طريق استثنائي لفض المنازعات بديلا عن قضاء الدولة، هو بهذا المعنى يختلف عن الوساطة التى لا تتعدى أن تكون مجرد محاولة لتضييق الخلاف بين طرفين متنازعين باقتراح حل وسط يقبلونه، فهو طريق ودي لفض المنازعات جرت عليه الأعراف السائدة لدى القبائل العربية القديمة ([٢]).

وتنحصر أوجه الاختلاف بين التحكيم والوساطة في عدة نقاط جوهرية لعل أولها ([٣])، أن التحكيم لا يتم البحث عن حل وسط أو توفيقي ، بل يقوم المحكم بنظر موضوع النزاع والفصل في النزاع بما يحقق العدالة ، وقد يصدر حكما يلبي فيه كل طلبات أحد الأطراف ، ويرفض كل طلبات الطرف الآخر ، ولا يحق للأطراف أن ترفض قرار التحكيم عندما لا يكون مرضيا لهم لأنه ملزم لجميع الأطراف ، بينما الوساطة قد تتضمن على سبيل الحكم تنازلا من الطرفين لكي يمكن التوصل إلى حل وسط ، ويحق للأطراف رفض عرض أو مقترحات الموفق ، لأنه لا يصدر قرارات ملزمة .

٣- تمييز التحكيم عن الصلح:

سبق الذكر، أن التحكيم وسيلة معتادة ومفضلة تلجأ إليها الأطراف لحل المنازعات، لاسيما الناشئة في إطار العلاقات الدولية الخاصة، وهو بهذا المعنى يختلف عن الصلح الذى يعرف بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، معنى ذلك أن الصلح يحسم المنازعات التي يتناولها ويترتب عليه انقضاء الإدعاءات التي نزل عنها كل من المتصالحين نزولا

([١]) **د/ هدى مجدي عبد الرحمن**، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٢٨٨.

([٢]) **د/ نبيل إسماعيل عمر**، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، مرجع سابق، ص ٨؛ **د/ عمرو عيسى القيسي**، الجديد في التحكيم في الدول العربية، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٣، ص ٢٦.

([٣]) وجدير بالذكر أنه وعلى الرغم من الاختلاف بين التحكيم والوساطة، الا أنهما يتشابها أن كلا منها يعتبر وسيلة لفض المنازعات بواسطة طرف ثالث يتم اختياره بمعرفة أطراف النزاع.

نهائيا ولا يجوز لأيهما بعد أن انحسم النزاع صلحا أن يجدده ولا أن يمضي في الدعوى التي كانت مرفوعة بما حسمه الطرفان صلحا ([١]).

وتنحصر أوجه الاختلاف بين التحكيم والصلح في عدة نقاط جوهرية لعل أولها ([٢])، أن التحكيم نظام قضائي رسمه القانون وتنطبق قواعده بمجرد عقد شرط التحكيم، ويلزم الأطراف بنتائجه وآثاره القانونية، أما الصلح فهو نظام توفيقي قد لا يصل الأطراف فيه إلى نتيجة، ولا يلزم الأطراف إلا بعد الوصول إلى الحل وقبوله ([٣]).

يضاف الى ذلك، إن التحكيم يتفق فيه الطرفان على المحكمين، أما الصلح فيمكن أن يتم بين المتخاصمين مباشرة دون اللجوء إلى طرف ثالث يتولى إبرام الصلح، فإرادة الأطراف في التحكيم تنصرف إلى تخويل المحكم دور القاضي في حسم النزاع، على خلاف الصلح الذي يحل باتفاق إرادي محض، وأيضاً في التحكيم ينتهي الأمر بممارسة المحكم لمهمته وإصداره حكما فيه، أما في الصلح فينتهي النزاع بمجرد " نزول الطرفين عن إدعاءات متقابلة " ([٤]).

٤- تمييز التحكيم عن القضاء:

يختلف التحكيم عن القضاء وبيان ذلك فيما يلي، أن المحكم يشغل مركز القاضي وإن كان لا يعد قاضيا بالمعنى الدقيق للكلمة، إذ توجد اختلافات جوهرية بين المحكم والقاضي. إلا أن هذه الاختلافات لا تقدح في القول بأن المحكم يعد بمثابة قاض ويتمتع بسلطة قضائية تخوله حسم النزاع في إطار من المشروعية، والدليل على ذلك:

([١]) وجدير بالذكر أن المشرع المصرى ونظيره الكويتى قد كرس عقد الصلح فى القانون المدنى راجع المادة ٥٤٩ مدني مصري، والمادة ٥٢٢ مدني كويتي. راجع تعليق الفقه على الصلح كوسيلة لحسم المنازعات لدى **د/ محمود محمد هاشم**، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول (اتفاق التحكيم)، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٩٠، ص ٢٧.

([٢]) وجدير بالذكر أنه وعلى الرغم من الاختلاف بين التحكيم والصلح، الا أنهما يتشابها أن كلا منهما ينشئان عن عقد، ويشبه الصلح شرط التحكيم إذا كان سابقا لنشأة النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، كما يقترب من مشارطة التحكيم إذا كان لاحقا على نشأة النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

([٣]) **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم**، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، ورقة عمل مقدمة للدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمها مركز حقوق عين شمس للتحكيم، سنة ٢٠٠٠، ص ١٦.

([٤]) **د/ عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس (العقود التي تقع على الملكية) المجلد الثاني، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨٩، ص ٥١٤.

- أن المشرع يحيط اختيار المحكم بضمانات معينة، ولم يترك للأطراف الحرية المطلقة في اختياره، وإنما فرض العديد من القيود رعاية لهم ولحسن أداء العدالة.
- " يجمع الفقه الإسلامي على أن التحكيم قضاء ولذا يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي " ([١]).
- أن المشرع استخدم في قانون التحكيم المصري الحالي مصطلح " حكم التحكيم " في الباب الخامس من هذا القانون لنعت القرار الصادر من المحكم. ووصف الحكم لا يكون إلا بالعمل القضائي.
- أن طبيعة مهمة المحكم قضائية وتتشابه مع طبيعة عمل القاضي، إلا أن الاختلاف بينهما يكمن في زوايا أخرى مرجعها إلى أصل السلطة المخولة لكل منهما.
- إن الحكم الصادر من المحكم يخضع في تحريره وإصداره وتنفيذه لقواعد وإجراءات معينة، نص عليها القانون لضمان احترام هذا الحكم والارتقاء به إلى مصاف الحكم القضائي.
- أن المحكم يعد في حكم الموظف العمومي في صدد جريمة الرشوة ([٢]).

ومن الجدير بالذكر ونحن بصدد التفرقة بين المحكم والقاضي ، أن نذكر طريقة اختيار المحكم حتى تتبين أوجه الخلاف بين المحكم والقاضي ، حيث يختار المحكم عادة من الخصوم ، أي من ذوي الشأن ، وهذا الاختيار ينبع من اتفاق التحكيم ، أو من خلال ورقة عرفية عن هذا الاتفاق ، الذي يتضمن بالضرورة طريقة اختياره على الأقل ، أما القاضي فلا يختار من الخصوم ، بل يعين من السلطة العامة في الدولة ممثلا عنها في الفصل في المنازعات التي تطرح عليه ، وبالتالي فلا يتقاضى أتعابا من الخصوم بعكس التحكيم ، وإنما يتقاضى مرتبا من الدولة لأنه موظف عام ، كما أن ولاية القاضي تكون عامة حيث إنه رجل قانون ويشترط فيه مؤهل قانوني ، ولا يمكن عزله إلا تأديبا ، على عكس ولاية المحكم فهي قاصرة فقط على النزاع المختار من أجله ([٣]) .

([١]) **د/ محمد نور عبد الهادي شحاتة**، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين " دار النهضة العربية "، ١٩٩٣، ص ١٠ وما بعدها.

([٢]) تنص المادة ٣/١١١ من قانون العقوبات المصري على أنه: " يعد في حكم الموظفين في تطبيق نصوص هذا الفصل (الخاص بالرشوة) ٣-المحكمون والخبراء ووكلاء الديانة والمصفون والحراس القضائيون ".

([٣]) **د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون ناشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ٣١.

كما أن المحكم غير ملزم بتطبيق قواعد قانون المرافعات على إجراءات الخصومة، ما لم يتفق على غير ذلك، أو ما لم تتعلق القاعدة الإجرائية بالنظام العام كضمانات التقاضي الأساسية من حقوق الدفاع وغيرها، بعكس القاضي الذي يكون ملزما بتطبيق قواعد المرافعات على الخصومة " فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الموضوعي والإجرائي على حد سواء ".

كما أن سلطة المحكم تكون مقيدة بما هو وارد في اتفاق التحكيم، وبالتالي فلا يملك إدخال شخص من الغير لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة، إذا لم يسمح اتفاق التحكيم بذلك، وهذا على عكس القاضي الذي يملك من تلقاء نفسه حق إدخال الغير في القضية لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة، كما يلزم المحكم بالمدة المحددة اتفاقا أو قانونا لإصدار الحكم، بعكس القاضي الذي لم يحدد له القانون مدة معينة لإصدار الحكم.

إن الإجراءات التي تتبع في القضية المطروحة على التحكيم العادي تتسم بأنها لإجراءات بسيطة وسهلة وسريعة وقليلة التكاليف، بعكس الإجراءات التي تتخذ أمام المحاكم حيث تتسم بالتعقيد والبطء، وكثرة التكاليف، فعلى سبيل المثال: جلسات المحاكم تتسم كقاعدة بالعلانية بعكس جلسات التحكيم فهي كقاعدة سرية ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك [١].

المطلب الثانى

مزايا التحكيم كوسيلة لحماية الأستثمار الأجنبى وتطبيقتها فى دولة الكويت

أصبح التحكيم الطريق المفضل للتسوية الدولية للمنازعات الناشئة عن الاستثمار الأجنبي، نظرا لما يتميز به التحكيم من بساطة إجراءاته، وسرية جلساته والتي لا يحضرها إلا أطراف الخصومة، وخبرة المحكمين في الفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية، إضافة إلى قلة تكاليفه، وتشكك ثقة المستثمر الأجنبي في القضاء الوطني، لذلك يكون مطلباً مشروعاً أن نتناول هذه المزيا بشيء من التفصيل ومدى تطبيقها فى دولة الكويت.

أولا: مزايا التحكيم كوسيلة لحماية الأستثمار الأجنبى:

---

(١) نقابة مستشاري التحكيم الدولي وخبراء الملكية الفكرية بدمياط، السيد المستشار / أحمد عيد شحاتة رئيس اللجنة التشريعية بالنقابة. http://WWW.facebook.com/ana.bokra

١- المرونة:

يتميز التحكيم بمرونته فهو يسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم ويمكن الأطراف من اختيار المحكمين الذين يتولوا عملية التحكيم بأنفسهم، كما أن المحكم لديه قدر كبير من المرونة ومساحة معقولة من الحرية في الوصول للحكم العادل دون التقيد بنظام رسمي شكلي أو نظام قانوني يكبله ([١]).

٢- السرعة:

يتسم بالسرعة عند الفصل في النزاع فهو عدالة ناجزه تشجع المستثمر على استثمار أمواله وتعطيه الحماية بأنه سوف يصل إلى حقه إذا ما تعرض للاعتداء عليه في أقصر وقت ممكن، ويعتبر التحكيم عادة أسرع وأقل تكلفة من التقاضي أمام المحاكم، وذلك على الرغم من أن بعض النزاعات في مجال الاستثمار الأجنبي تكون معقدة فتتطلب الكثير من الوقت والمال لحلها ([٢]).

ولعل ما يؤكد على السرعة التي يتميز بها التحكيم مقارنة بقضاء الدولة، حرص أغلب أنظمة التحكيم المؤسسي على أن تكون جلسات التحكيم قصيرة ومركزة، وبذلك يستغل المحكمون الفترة القصيرة التي يقضونها معا إلى أقصى حد وبذلك يسيرون في الإجراءات بسرعة وعدالة ودون نفقات لا داع لها، فضلا عن أن نظام التحكيم يتميز بالبساطة والسهولة والتخلص من الشكليات القضائية حيث يتفادى الطرفان من خلاله تعدد درجات التقاضي ([٣]).

٣- سرية جلسات التحكيم:

يعد أحد مميزات التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبى سرية جلسات التحكيم وعدم نشر أحكامه، ويظهر ذلك فى بعض الضمانات مثل استقلال المحكم وعدم خضوعه لرأي من

([١]) **د/ وليد على محمد على**، التحكيم فى تسوية منازعات عقود الاستثمار ودورة فى حماية الاستثمار الاجنبى المباشر، مجلة قطاع الشريعة والقانون، تصدر عن كلية الشريعة والقانون جامعة الازهر فرع القاهرة، عدد٩، ٢٠١٧، ص ٢١٨.

([٢]) **د/ سون وولي**، (رئيس الجمعية الكورية للتحكيم التجاري) التحكيم الدولي ودوره في تسوية المنازعات التجارية الاستثمارية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الكويت للتحكيم الدولي، ص ١٣١.

([٣]) **د/ منى محمود مصطفى**، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ٣٢ وما بعدها.

اختاروه، وعلى ذلك ينبغي أن يذكر المحكمون في صدر حكمهم عبارة أنه صدر بعد المداولة، فالسرية هنا تعني حظر أن تصدر الآراء علنا أثناء المداولة ([1]).

بمعنى أكثر حسما يعد اختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات مبعثه ما يتميز به من سرية، فجلسات التحكيم غير العلنية، وعدم نشر الأحكام تعتبر من المميزات الكبرى للتحكيم، حيث تظل الأسرار المرتبطة بعقد الاستثمار سرية، فالأطراف في عقود الاستثمار يرغبون في معرفة المنازعات الناشئة بينهم، والوقوف على أسبابها ودوافعها نظرا لما قد تؤدي إليه هذه المنازعات من المساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية ([2]).

وفى هذا الأطار تكرس أغلب أنظمة التحكيم المؤسسي قاعدة سرية جلسات التحكيم وعدم نشر أحكامه، كالمادة ٢٣ من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية، والمادتين ٣١، ٣٢ من قواعد اليونسترال، والمادة (٦) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس التي تنص على أنه: " يتميز عمل الهيئة بطابع السرية ويتعين على كل من يشارك في عملها، بأي صورة كانت، مراعاة ذلك. وتحدد الهيئة قواعد حضور أشخاص من الخارج اجتماعات الهيئة واجتماعات لجانها وحق هؤلاء في الاطلاع على المواد المقدمة للهيئة ولأمانتها العامة " ([3]).

الحال كذلك بالنسبة بالنسبة قوانين التحكيم الوطنية ، حيث أكدت سرية جلسات التحكيم ، الا أن قوانين التحكيم الوطنية قد تتباين اتجاهاتها من النص الصريح على سرية المداولة فالقانون الكويتي لم ينص على ذلك صراحة ، ومع ذلك لا يخل بالسرية النص على بيان صدور الحكم بالأغلبية طبقا لنص المادة (١/١٨٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي التى قضت بأنه " يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء وتجب كتابته ويجب أن يشتمل بوجه خاص على موجز الاتفاق على التحكيم ، وملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه وتاريخ صدوره والمكان الذي صدر فيع وتوقيعات المحكمين ... " .

كما خلا من النص على سرية المداولة قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته، إلا أن المادة (٤٠) منه قررت لهيئة التحكيم تحديد كيفية التداول ما لم يتفق طرفا

([1]) **د / نبيل إسماعيل عمر**، التحكيم في المواد المدنية ...، المرجع السابق، ص ١٨٤؛ **د / أحمد محمد مليجي**، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الكويت، مؤسسة دار الكتب، ٢٠٠٥، ص ١٩٣.

([2]) **د/ بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٣٥١.

([3]) Reglements des Services de reglement des differends de la CCI available at : http://www.iccwbo.org/court/arbitration/

التحكيم على غير ذلك، الأمر الذي يفهم منه أنه يمكن أن تكون المداولة سرية أو علنية، فقد يتم ذلك باجتماع يحضره الجميع أو عن طريق المراسلة أو الاتصالات بأي وسيلة من وسائل الاتصال المكتوبة، وذلك ما لم يتفق الأطراف على استلزام شكل محدد تتم به المداولة.

على الرغم مما سبق بيانه، تخضع سرية التحكيم لبعض القيود كحالات الرقابة القضائية على التحكيم، وهذا ما يحدث عندما يسعى أحد الطرفين إلى إلغاء حكم أو رفض الاعتراف به أو تنفيذه.

بمعنى أكثر حسما يمثل القيد الأول على سرية جلسات التحكيم الطعن على حكم المحكمين، ومثالا على هذه القيود حالة الطعن بالاستئناف في حكم المحكمين على الرغم من اختلاف موقف التشريعات الوطنية في هذا الصدد، فالمشرع الفرنسي ميز في الطعن في حكم المحكمين بالاستئناف بين حالتي التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح. وأجاز الطعن بالاستئناف في حكم المحكمين بالقضاء كقاعدة، إلا إذا اتفق الأطراف على عدم جواز ذلك في اتفاق التحكيم. أما في حالة التحكيم بالصلح فإن حكم المحكمين لا يقبل الطعن بالاستئناف كقاعدة إلا إذا اتفق الخصوم صراحة على جواز الاستئناف ([1]).

أما القيد الثانى على سرية جلسات التحكيم هو نشر تقارير مؤسسات التحكيم، حيث تجيز لوائح بعض مؤسسات التحكيم نشر تقارير دورية بالقضايا التي تقضي فيها وفقا لاتفاق المتنازعين، وهذا ما نلاحظه في حالة التحكيم في الاستثمارات الدولية بموجب لوائح ICSID، إذ لا توجد سرية في ذلك، حيث أن هذا المركز ينشر تقريرا سنويا يدرج فيه القضايا الحالية ووضعها في إجراءات التحكيم ([2]).

٤- استقلال شرط التحكيم في مجال الاستثمار الأجنبي:

يعد استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أحد مبررات لجوء أطراف عقد الاستثمار الأجنبي إلى التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن العقد، فاستقلال الشرط التحكيمي يعني أن ننظر

([1]) المادة ١٤٨٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (Tire III: La sentence arbitrale: NOUVEAU CODE DE PROCESURE CIVILE)

([2]) انظر على سبيل المثال: التفاصيل الإجرائية التي تم تجميعها من البيانات التي يتم نشرها في تسوية منازعات الاستثمار والتقارير السنوية وأخبار من تسوية منازعات الاستثمار التي ينشرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) .

إلى شرط التحكيم الوارد في عقد الاستثمار الأجنبي على أنه قائما بذاته، رغم أنه ليس إلا جزءا من هذا العقد أو أحد بنوده ([1]).

ولنا أن نستشهد على انتفاء الطابع التعاقدي للتحكيم في مجال الاستثمار الأجنبي، باستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي ثار بشأنه النزاع، إذ لا يتأثر هذا الشرط ببطلان أو فسخ العقد الذي كان ذلك الشرط أحد بنوده، بمعنى أن يظل الشرط صحيحا على الرغم من بطلان العقد أو فسخه.

ولقد ظل القضاء الفرنسي مترددا فترة طويلة، عندما كان الاتجاه الغالب هو الطابع التعاقدي للتحكيم، حيث كانت هذه الفكرة تسيطر على العقد بما فيه شرط التحكيم وكان يرتبط مصيره بمصير العقد رابطة حتمية ولزوم يبقى ببقائه ويزول بزواله. إلى أن تطور التحكيم التجاري الدولي بحيث أصبح له ذاتيته واستقلاله باعتباره قضاء لحل المنازعات المتعلقة بالمنازعات التجارية وترتب على ذلك أيضا استقلالية شرط التحكيم وأصالته.

وبدأ يبرز الاتجاه إلى دعم شرط التحكيم على الصعيد الدولي في القضاء الفرنسي فأصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمين سنة ١٩٣٠ وسنة ١٩٣١ ميزت فيهما في شأن شرط التحكيم بين المجالين الداخلي والدولي ومقررة عدم ضرورة توافر الشروط التي يتطلبها القانون الفرنسي (م ١٠٠٦ مرافعات) لصحة شرط التحكيم متى ورد في عقد متعلق بالتجارة الدولية ([2]).

والجدير بالذكر أن المادة ١٤٢٦ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي تنص على أنه: " إذا كان شرط التحكيم باطلا، فإنه يعد غير مكتوب "وبذلك يضمن المستثمر الأجنبي أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على العقد الأصلي الذي تضمن شرط التحكيم.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية أصالة شرط التحكيم وطابعه المستقل في عديد من أحكامها فقررت أنه في التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم سواء أكان منفصلا أم متضمنا العقد مثار النزاع يتمتع باستقلال قانوني عام ويكون بمنأى عن أية آثار محتملة لعدم صحة التصرف القانوني

([1]) **د/ حفيظة الحداد** ، الموجز فى النظرية العامة للتحكيم ، دار الفكر الجامعى ، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ١١٩ ؛ وأيضا راجع **د/ علاء التميمي عبده** ، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار ، المؤتمر العلمي الدولي: الثورة والقانون جامعة الإسكندرية – كلية الحقوق ، ٢٠١١ ، ص ٤١٠ وما بعدها .

([2]) Cass , 1 re cuv., 7 mai 1963 , Gosset, JDI 1964 , p. 82 .

(العقد) ولقد سارت المحكمة على هذا النهج في أحكامها اللاحقة وكذلك محاكم الاستئناف الفرنسية ومحاكم التحكيم التجاري الدولي ([١]).

معنى ذلك أن القضاء الفرنسي أقر بتمتع شرط التحكيم بالنسبة إلى الاتفاقية الأساسية المندرج فيها باستقلالية قانونية بجعله في منأى عن أي سبب يفقد هذا الاتفاق فاعليته إلا في حال الاتفاق على العكس.

كما طبق القضاء الكويتي استقلال شرط التحكيم في العديد من أحكامه ففي عقد مقاولة من الباطن اتفق من خلاله المستثمر السويسري لتنفيذ أعمال مدنية لصالح إحدى الشركات الكويتية كما اتفق الطرفان في حال أي نزاع أو خلاف في الرأي ينشأ عن هذا العقد أو فيما يعد إخلالا به ويتعذر تسويته بالطرق الودية ، سوف يتم إحالته وتسويته عن طريق التحكيم وفقا لقوانين (كانتون – زيورخ سويسرا) علما بأن الحكم الناتج عن مثل ذلك التحكيم سيكون نهائيا وملزما لكل من الطرفين المعنيين ، ولما وقع الخلاف في تقدير قيمة الأعمال ، رفعت الشركة الكويتية دعوى مدنية على المستثمر السويسري ، دفعت فيه باستحالة تطبيق شرط التحكيم لعدم وجود قوانين مدنية وتجارية خاصة بمقاطع زيورخ بسويسرا وقف على السلطة الاتحادية دون المقاطعات ومنها مقاطعة زيورخ المحال على قانونها في شرط التحكيم ، مما مفاده أن مقاطعة زيورخ تنحسر عنها ولاية التشريع في المسائل المدنية والتجارية وهي القواعد الموضوعية الوحيدة التي يحتك إليها في حسم النزاع بين المستثمر السويسري والشركة الكويتية ، إلا أن محكمة أول درجة قضت بعدم اختصاصها بنظر الدعوى لوجود شرط التحكيم ، وأيدتها في ذلك محكمة الاستئناف ، ولما طعنت الشركة الكويتية في هذا القضاء بالتمييز نعت على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال ، ومع ذلك أيدت محكمة التمييز حكم الاستئناف لأنه رأى أن شرط التحكيم صحيحا لا مخالفة فيه للنظام العام ، كما رأى أنه شرط يمكن تنفيذه وأنه ليس للشركة الكويتية أن تتمسك بعدم وجوده في عقد المقاولة باعتبار أن كلا من العقدين (عقد المقاولة واتفاق التحكيم) في هذا النطاق له استقلاله ومغايرته عن العقد الآخر ([٢]) .

خلاصة الامر، فيما يتعلق بمزايا اللجوء الى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبى ، يتميز التحكيم في مجال الاستثمار الأجنبي بالسرية فلا تعلن الدعوى التحكيمية للجمهور

([١]) وقد أكد القضاء الفرنسي على مبدأ استقلال شرط التحكيم في عدة أحكام على سبيل الأمثلة:
- Cass. Com, 9 avril 2002, bull. Civ. IV, no 69, p 72.

([٢]) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم ١٥٧ لسنة ١٩٩٣ تجاري، جلسة ١٩٩٣/١٢/١٩.

أو تنشر في الصحافة كما يحدث في الدعاوى القضائية ، وهي ميزة يحرص عليها التجار لما توفر لهم من سمعة في السوق التجاري ، كما أن للتحكيم أثرا مهما في حماية الاستثمار حيث يتسم حكم التحكيم بأنه نهائي غير قابل للطعن عليه بالاستئناف أو النقض ولكون الحكم نهائي فإن فيه ميزة الاقتصاد في النفقات بخلاف المحاكم التي غالبا ما تحتاج إلى رسوم قضائية ونفقات كبيرة (١).

وحتى يكتسب الحكم التحكيمى الصفة النهائية ينبغى على المحكم أن يتولى الفصل في جميع المسائل موضوع النزاع بنفسه، فلا يترك الفصل فى بعض المسائل لطرف ثالث، لأنه إن فعل ذلك فإن الحكم لا يكون نهائيا (٢).

وتنص لوائح هيئات ومراكز التحكيم وقوانين التحكيم الوطنية أن قرار التحكيم نهائياً وملزماً لأطرافه، حيث تنص المادة (٥٢) فقرة ١ من قانون التحكيم المصري على أنه "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية".

وفي الكويت يمنع قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، –كقاعدة عامة – استئناف أحكام المحكمين، فالأصل العام في القانون الكويتي، هو نهائية أحكام المحكمين ولكن يجوز للخصوم الاتفاق منذ البداية على جواز استئناف أحكام المحكمين، ومثل هذا الاتفاق جائز فى الكويت شريطة ألا يكون المحكم مفوضاً بالصلح إن كان محكماً في الاستئناف أو قلت قيمة الدعوى عن مبلغ خمسمائة دينار كويتي، أو بعبارة أخرى "إن معنى كلمة نهائي.... بشكل عام هي (بدون استئناف) بالمعنى الحرفى والأصل أن الحكم التحكيمي لا يجوز استئنافه إلا أذا اتفق الخصوم قبل صدوره على خلاف ذلك.

فالمشرع الكويتي لا يجيز استئناف حكم المحكم كأصل عام (٣)، بل أجازه على استحياء، فمنعه بنص تشريعي في حالات كثيرة (٤)، ولكنه يجيز اتفاق الخصوم على الاستئناف (١)، تحقيقا

---

(١) إذا كانت القاعدة العامة المعمول بها فى قانون المرافعات تقضى بمبدأ التقاضي على درجتين وقابلية الحكم للطعن عليه، فإن الحكم التحكيمى وخروجاً على القاعدة العامة، يجب أن يكون نهائياً the award Must be final وآية ذلك، أن كلمة نهائي final بشكل عام هي بدون استئناف without appeal بالمعنى الحرفي، وبرغم اتفاق الخصوم على نهائية الحكم التحكيمي إلا أنه بالطبع يخضع للاستئناف في المسائل القانونية.

(٢) د/ يعقوب يوسف صرخوه: أحكام المحكمين وتنفيذها، دراسة مقارنة بالنظام الكويتي، جامعة الكويت، ١٩٩٩، ص ٢٣٥.

(٣) د/ نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي: التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، الإسكندرية، المكتب الجامعي، ٢٠٠٦، ص ٤٨٤.

(٤) د/ عزمي عبد الفتاح عطية: قانون التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٥٤.

للغاية من التحكيم وإتساقاً مع طبيعته ولأن الثقة في التحكيم هي مبعث الاتفاق عليه [٢]، فإذا لم يتضمن اتفاقهم شرطاً يسمح لهم بالاستئناف لا يعفي المحكم من التقيد بالقانون، إلا إذا اتفقوا صراحة على إعفاء المحكمين بأسمائهم [٣].

ويثار التساؤل عما إذا كان من الممكن خضوع حكم التحكيم لرقابة محكمة التمييز الكويتية؟

الواقع أنه لا يجوز الطعن بالتمييز مباشرة في حكم صادر من هيئة تحكيم وذلك على اعتبار أن القاعدة هي عدم جواز الطعن بالتمييز إلا بالنسبة للأحكام الصادر من محكمة الاستئناف العليا أو في الأحكام الانتهائية – أيا كانت المحكمة التي أصدرتها – وذلك في حال فصلت هذه الأحكام في نزاع خلافا لحكم سبق صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي[٤]، ولذلك قضى بأن (النص في الفقرة الأخيرة من المادة ١٥٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه "وللخصوم أن يطعنوا بالتمييز أيضا في أي حكم انتهائي – أيا كانت المحكمة التي أصدرته – فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق وأن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي "يدل على أنه يتعين أن يكون الحكم الثاني فاصلا في النزاع على خلاف الحكم الأول أو مقتضاه أو على نحو يهدر به آثاره والعبرة في ذلك بوحدة النزاع الذى فصل فيه الحكم الثاني على نحو مخالف، وإذا كان الحكم الصادر في القضية رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٤ استئناف مستعجل بتاريخ ١٩٩٤/٦/١٢ بوقف تنفيذ حكم التحكيم المستشكل فيه حتى يقضي في دعوى البطلان قد أقام قضاءه على أن البادي من ظاهر الأوراق أن المحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم وكان هذا الحكم هو حكم وقتي لا يفصل في أصل الحق وإنما يقضى في إجراء مؤقت استناداً إلى ما ينبئ به ظاهر الأوراق ودون تعمق في بحث الموضوع فإنه لا تكون له حجية أمام المحكمة التى فصلت في الدعوى الطعن).

ويخضع حكم التحكيم في الكويت عندئذ لما يخضع له أحكام القضاء العادي من إجراءات مقررة لاستئناف الأحكام، وحكمة منع استئناف الحكم هي عدم وجود الاتفاق بين الخصوم على استئنافه قبل صدور الحكم، ومرد ذلك أن الخصوم ما التجئوا إلى التحكيم – فى الأعم الأغلب – إلا رغبة في تبسيط الإجراءات على أنفسهم باختيار طريق معفي – كأصل عام من إجراءات

---

(١) المادة ٣/١٨٦ مرافعات كويتي.
(٢) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم ٩٨ لسنة ١٩٩٥، تجاري، جلسة ١٩٩٥/١١/٢٨، مجلة القضاء والقانون، السنة ٢٣، العدد ٢، ص ١٥٩.
(٣) تنص المادة (١٧٦) مرافعات كويتي على أنه: "لا يجوز التفويض للمحكمين بالصلح، ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين، إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم".
(٤) المادة ١/١٥٢ مرافعات مدينة وتجارية كويتي.

المرافعات مما يجعل فتح باب الطعن مفوتاً عليهم أحد دوافعهم الأساسية لاختيار طريق التحكيم ومنطوياً على العودة بهم إلى ساحة القضاء من باب خلفي.

علاوة على ما سبق، فإن التحكيم يضفي الثقة في نفس المستثمر ويمنحه الأمان نظرا لتحرره من القواعد الإجرائية الشكلية ذلك أنه يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم الذي يصدر حكمه غير مقيد بإجراءات معينة، بالإضافة إلى توفر عنصر الخبرة في المحكم أكثر من توافرها في القاضي الذي يكون عادة غير متخصص في الأمور محل النزاع، وهذا بدوره كافي لإضفاء الأمان في نفس المستثمر فيجعله يهرول نحو استثمار أمواله لشعوره بالحماية إذا ما لجأ إلى عنصر التحكيم في حالة النزاع بينه وبين الدولة المضيفة.

والتحكيم المقصود هنا هو التحكيم التجارى الدولي، فعلى العكس من التحكيم الداخلي الذي يكون عادة تنفيذا لأحد بنود العقد، أو تنفيذا لمشارطه مستقلة يبرمها أطراف الخصومة، فإن التحكيم التجاري الدولي تقتضيه طبيعة الاستثمار الأجنبي التي تقتضي اللجوء إلى وسيلة لها من السرعة والفاعلية ما يضمن سير الاستثمار باطراد، وعليه يجد المستثمر في التحكيم غايته المنشودة، وأصبح بذلك التحكيم الدولي إجباريا على أطراف الاستثمار الأجنبي كما هو الحال بالنسبة لأطراف التجارة الدولية [١].

ثانيا: تطبيق التحكيم كوسيلة لحماية الأستثمار الأجنبى فى دولة الكويت:

إذا كان التحكيم قد برز وتألق ، ولقي الرواج على المستوى الدولي ، بدءا من النصف الثاني من القرن العشرين حيث بدأت تبرز أهميته بعد الحرب العالمية الثانية ، حينما أدركت الدول أن مصالحها تتطلب ذلك ، " نظرا لتحرر نظام التحكيم من الصفة الرسمية للدولة ، والتي يعكسها القضاء إلى حد كبير " [٢] ، فإن أول إشارة رسمية وردت عن التحكيم في التشريعات الكويتية كانت في نظام التجارة الداخلي المكون من ٢٢ مادة والذي صدر في ٢٦ محرم سنة ١٣٥٩ هـ أي في عان ١٩٣٨ ميلادية ، حيث نصت المادة الأولى فيه على أن تتألف لجنة تسمى (لجنة التجارة) عدد أعضائها خمسة وواجباتها ما يأتي :

---

(١) د/ هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي – مزاياه – أمراضه، الإسكندرية، منشأة المعرف، ٢٠٠٦، ص ٥٢ وما بعدها.

(٢) **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم**، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، هامش ص ٢٠.

أ-تنظر في الخلافات التي تحدث بين التجار.

ب- تكشف على الأموال والبضائع المختلف عليها.

ج- تقدر الضرر عند الاختلاف.

د- تنور المحكمة النظامية برأيها.

هـ- تعطي شهادات رسمية عند الاختلاف.

ومن ذلك يتضح أن لجنة التجارة التي تعتبر لجنة مهنية أو حرفية تنظر في الخلافات التي تحدث بين التجار أي أنها لجنة تحكيم أو مصالحة وقد تأكد هذا الاتجاه في المادة الملحقة بهذا النظام والتي جاء نصها كما يلي: " إذا تنازع تاجران أو أكثر على مال ولم يتصالحا وقدمت الدعوى إلى المحكمة النظامية فإنها تجتهد في حلها إما بتطبيقها على القانون أو بتحكيم لجنة خاصة على أن تتقاضى المحكمة رسما قدره ١ % ".

وعليه فإن نظام التجارة الداخلي الكويتي قد اعترف بالتحكيم بشكل صريح كوسيلة لفض المنازعات، وعين عدد المحكمين بأكثر من محكم واحد حيث إن اللجنة تشكل عادة من أكثر من واحد، وأعطى اللجنة حق الفصل في النزاع بإتباع الإجراءات المناسبة مع ضمان تنفيذ قرارها التحكيمي.

وهكذا تعد أول إشارة رسمية وردت عن التحكيم في التشريعات الكويتية كانت في نظام التجارة الداخلي المكون من ٢٢ مادة والذي صدر في ٢٦ محرم سنة ١٣٥٩ هـ في عام ١٩٣٨ م. كما عرف النظام القضائي شرط التحكيم في امتيازات النفط التي منحت لشركات النفط التي عملت في صناعة النفط بدولة الكويت [١].

موجز القول، أن التحكيم منظم في الكويت وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية في باب مستقل، وهو ما يطلق عليه التحكيم العادي الذي يلجأ إليه أطراف النزاع باختيارهم في شرط التحكيم قبل النزاع أو من خلال مشارطة التحكيم بعد قيام النزاع، وينظم قانون المرافعات إجراءاته وإصدار الحكم التحكيمي وكيفية تنفيذه، وإلى جانب ذلك أصدر المشرع الكويتي قانون التحكيم القضائي وهو نوع من التحكيم الإجباري.

---

(١) **د/ يعقوب يوسف صرخوه**، أحكام المحكمين وتنفيذها وفقا لاتفاقية نيويورك -دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٦، ص ٢٢ وما بعدها.

والذى يهمنا فى هذا الشأن هو التحكيم التجاري الدولي المعنى بالفصل في المنازعات التجارية الدولية فقد ظهرت هيئات ومراكز التحكيم الدولي في أرجاء المعمورة ، لفض هذه المنازعات ، وتكون وظيفتها قضائية دائمة ولها إجراءاتها الخاصة بها ويلتزم بها أطراف الخصومة متى وقع اختيارهم على أحد هذه الهيئات والمراكز الدائمة للتحكيم ، بل إن هذه الهيئات والمراكز هي التي تقوم باختيار المحكمين من بين الأسماء المقيدة أمامها وتراقب الإجراءات ، ولم يعد لأطراف النزاع في مجال التجارة الدولية الحق في اختيار المحكمين أو الإجراءات التي يخضعون لها ، ولكن يقتصر حقهم فقط على اختيار مكان التحكيم . وبهذا تكون هيئات التحكيم الدائمة محاكم مستقلة للتحكيم ولها لوائحها وإجراءاتها المستقلة للتحكيم، وهذا هو الشأن بالنسبة لمحكمة التحكيم التي أنشأتها المادة ١٤ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات ورعايا الدول العربية الأخرى، وكذلك الإجراءات الواجب إتباعها أمام هذه المحكمة.

ويرجع هذا إلى مراعاة هذه المراكز والهيئات الدائمة للتحكيم لطبيعة التجارة الدولية، والتي لا يكون فيها للاعتبارات الشخصية أو الإدارية أي دور، فضلا عن أن هذه الهيئات بما لها من صفة الدوام قد حازت ثقة المتعاملين في التجارة الدولية.

ولما كان هناك العديد من المراكز الدائمة والمتخصصة في التحكيم، منها ما هو وطني أو محلي، مثل هيئة التحكيم بمحكمة استئناف الكويت المنصوص عليها في المادة الأولى من قانون التحكيم القضائي الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ ومركز الكويت للتحكيم التجاري التابع لغرفة تجارة وصناعة الكويت، ومنها ما هو إقليمي كمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي في البحرين، ومنها ما هو دولي كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) ومحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية (ICC). وبسبب أن القواعد والإجراءات التي تتبعها مثل هذه المراكز ليست موضوع اهتمامنا في هذه الدراسة، لذا فإننا سوف نتعرض فيما يلي وبإيجاز شديد لأهم هذه المراكز.

أما عن التحكيم بمحكمة استئناف الكويت، وهو تحكيم مؤسسي وطني تتولاه هيئة محلية في الدولة وفقا لقواعد وإجراءات محددة مسبقا. فوفقا للمادة الأولى للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ فإن هيئة التحكيم تشكل من ثلاثة من رجال القضاء واثنين من المحكمين يختار كل طرف من أطراف النزاع أحدهما، وقد سمي هذا التحكيم من قبل المشرع بالتحكيم القضائي نسبة إلى أن أغلبية أعضاء هيئة التحكيم من القضاة.

وقد جعل المشرع اختصاصات الهيئة بعضها اختياريا وهو ما يخص المستثمر الأجنبي وبعضها الآخر إجباريا، وفق نص المادة الثانية من قانون التحكيم القضائي.

وتطبيقا لذلك نتناول بعض الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم المتعلقة بطرف كويتي مع طرف مستثمر، لعل أهما الحكم الصادر بين وزارة الأشغال الكويتية ووسيط أمريكي ، ويتعلق بمشكلة ثارت عند تنفيذ عقد إنشاء وتشييد بعض المباني لجامعة الكويت ، في ١٩٧٩/٦/١١ عينت لحلها هيئة ثلاثية في إطار نظام غرفة التجارة الدولية ، وجعلت مقر التحكيم بباريس ، وعند اضطلاع هيئة التحكيم بدورها ، تبين لها عدم اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق على النزاع ، مما يلقي هذا العبء على عاتق هيئة التحكيم وقد حاولت الهيئة البحث عما يمكن أن يشير إلى قصد الطرفين للوصول إلى إرادتهما الضمنية بدراسة ظروف العلاقة لاستخلاص ما يرجح تفضيل قانون على آخر ، وفي النهاية انتهت المحكمة إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون دولة المقر ، ويبرر هذا الحكم ، مدى السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق عملا بنص المادة ٣/١٣ من نظام التحكيم في غرفة التجارة الدولية ([1]) .

وفى تطبيق أخر يتعلق بتطبيق التحكيم في اتفاقيات الاستثمار الثنائية المبرمة مع دولة الكويت لحماية الاستثمارات الأجنبية ، نذكر الحكم في نزاع بين مستثمر لبناني وشركة كويتية ، ففي نزاع بين مستثمر لبناني ، وشركة كويتية اتفق الطرفان على عرض ما ينشأ عن العقد من نزاع على تحكيم (غرفة التجارة الدولية بباريس) ، وكان المستثمر اللبناني الجنسية يرتبط بعقد مع إحدى الشركات الكويتية يتضمن شرطا تحكيميا ، مكان التحكيم فيه هو باريس ، ويقضي العقد بأن تسلم الشركة الكويتية للمستثمر مادة " سلفور " (كبريت ومعدن) ، وتأخرت الشركة الكويتية في التسليم عن الموعد التعاقدي ، مدعية بأن المصفاة التي تنتج هذا المعدن لم تبدأ العمل بعد .

وقد طرح هذا النزاع موضوع القانون المطبق لحل النزاع نظرا لأن الشرط التحكيمي خلا من تحديد هذا القانون، وكان التحكيم قد جرى في باريس.

وقد تمسك المستثمر بتطبيق القانون اللبناني على اعتبار أن توقيع العقد كان في لبنان، وتمسكت الشركة الكويتية بالقانون الكويتي حيث مكان تنفيذ العقد هو دولة الكويت وليس على أرض المستثمر اللبناني.

([1]) راجع في ذلك: القضية رقم ٢٩١٧ لسنة ١٩٨٢ والتي تم التحكيم فيها في إطار نظام غرفة التجارة الدولية والمنشور في مجلة الحقوق الكويتية، سبتمبر ١٩٩٨.

وعندما تمسكت الشركة الكويتية على استبعاد تطبيق القانون اللبناني ، باعتبار أن تنفيذ العقد كان في الكويت ، وأن محل العقد المالي كان في الكويت أيضا ، دفع المستثمر أمام غرفة تحكيم غرفة التجارة الدولية بأن (القانون الأجنبي في دولة الكويت) ، هو قانون حديث الولادة ، وأن أحكام التحكيم الصادر تطبيقا لهذا القانون ، وكذلك اجتهادات الفقه بشأنه غير كافيين كقواعد للإسناد ، وعلى الرغم من أن هيئة التحكيم لم تأخذ بهذا الأساس لرد طلب تطبيق القانون الكويتي ، إلا أنها أخذت بعدم كفاية القانون الكويتي للإجابة على كل الأسئلة القانونية التي طرحها النزاع [١].

الخاتمة

تبين لنا من الصفحات السابقة أن جذب الاستثمارات الأجنبية قد صار هدفاً تسعى إليه الدول الآخذة فى النمو، ليس فقط بسبب نقص التمويل لديها، وإنما لما توفره تلك الاستثمارات من نقل للتكنولوجيا المتطورة والمعرفة الإدارية المتقدمة فى تنفيذ المشروعات الاستثمارية التى تعود بالنفع على الدولة وشعبها لذلك فقد تعين على الدولة أن توفر مناخاً جاذباً لتلك الاستثمارات.

وتوفير مناخ الاستثمار يتم عن طريق إطار قانونى محكم يشجع الاستثمار الإجنبى، ويكفل تحصيل عوائد، ولقد تبلور هذا الإطار فى شكل تشريعات تنظم مسائل الاستثمار وتكفل الضمانات اللازمة له.

ومن ناحية أخرى فإن المستثمر الأجنبى يسعى من استثماراته فى البلد المضيف للاستثمار إلى تحقيق عوائد من وراء هذه الاستثمارات مع الاطمئنان إلى أن تلك الاستثمارات مضمونة ضد المخاطر التجارية وغير التجارية أثناء عملية الاستثمار.

وقد بدأ أن التشريعات الوطنية وما تكفله دساتير الدول المختلفة من نصوص على المحافظة على الملكية العامة والخاصة غير كاف لبث الطمأنينة فى نفوس المستثمرين الأجانب، فعلى الرغم من سعى كثير من الدول النامية إلى إصدار تشريعات تضع فيها قواعد تحوى ضمانات لحماية

---

(١) راجع: **د/ مصطفى بابكر**، برنامج تطوير الاستثمار الأجنبي المباشر في الكويت، بحث منشور في مجلة المعهد العربي للتخطيط بالكويت ٢٠٠٤، ص ٥٦.

الاستثمارات الأجنبية، بهدف بث الثقة والأمن فى نفوس أولئك المستثمرين وضمان الاعتراف بحقوق ملكيتهم، إلا أن ذات المشرع الذى يضع مثل تلك القواعد الضامنة لحقوق المستثمر، قد يقرر ما يتضمن المساس بحقوق المستثمر، مثل: مصادرة الاستثمارات أو تأميمها أو نزع ملكيتها للمنفعة العامة، إذا طرأت ظروف معينة ورأى أن مثل تلك الإجراءات تصب فى مصلحة الدولة.

لذلك كان على الدول التى ترغب فى جذب الاستثمارات الأجنبية أن تستجيب لطلب المستثمرين والدول التى تحميهم فى الانضواء فى إطار اتفاقيات دولية تهتم برعاية حقوق المستثمر وحمايته، لعل من أهمها اتفاقية البنك الدولى بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (واشنطن) ١٩٦٥.

وفى منطق تشجيع الاستثمار الأجنبى فى دولة الكويت ودوره الهام فى مشروعات التنمية الاقتصادية، وسد الفجوة فى الموارد والإمكانيات التى قد لا تتوافر لدى الدولة، وكذلك الحصول على التكنولوجيا المتطورة والخبرات الإدارية والتسويقية التى تملكها الشركات دولية النشاط فقد أصدر المشرع الكويتى القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ فى شأن تشجيع الاستثمار المباشر فى دولة الكويت، كما انضمت الكويت إلى عدد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار.

نوجز فيما يلي أهم النتائج والتوصيات التى أنتهينا اليها:

أولا: النتائج:

١- الاستثمارات الأجنبية هى انتقال حقيقي لرؤوس الأموال من دولة إلى أخرى سواء عن فرد واحد أو عدة أفراد أو مؤسسة واحدة أو عدة مؤسسات، ما يؤدى إلى زيادة الناتج القومي في الدولة المستثمر بها.

٢- أن النظام القانونى المشجع للاستثمار لا يتمثل فى مجرد زيادة الحوافز والمزايا ولكن فى توفير الفرص الاستثمارية الامنه المربحة عن طريق تقليل احتمالات المخاطر وتوفير الاستقرار وذلك تحت مسمى الضمانات.

٣- أن مناخ الاستثمار يتأثر بمكونات اقتصادية في الدولة المضيفة وقدرة الاقتصاد المحلي على جذب الاستثمار الأجنبي المباشر بجميع عناصره وقدرته وطاقته وسياسته، فإن مناخ الاستثمار يتأثر أيضاً سلبيا وإيجابا بمحددات أخرى لا تمس الحالة الاقتصادية بصورة مباشرة وإن كانت تؤثر فيها وتتفاعل معها لتكون بيئة جاذبة للاستثمار الأجنبي أو طاردة له، ومن هذه المحددات النظام السياسي، والاستقرار الأمني، والمحددات القانونية والتشريعية.

٤- الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية لا تتمثل بصورة أساسية بمدى ما توفره قوانين الاستثمار الوطنية من حقوق ومزايا وإعفاءات، بل بمدى فعالية تنفيذ هذه القوانين وما تتضمنه من مزايا عند ظهور المنازعات وفي قدرة المستثمر الأجنبي على اللجوء إلى السلطات القضائية عند نشوء ذلك بينه وبين الطرف الوطني، ومن مثل تلك الضمانات التي يمكن الإشارة إليها شرط الثبات التشريعي، والسماح للمستثمر الأجنبي باللجوء إلى التحكيم.

ثانيا: التوصيات:

١- ضرروة توافر نظام قضائي مستقل عادل ناجز، وسلطة قوية تستطيع تنفيذ أحكامه وقراراته بكل حسم وسرعة، مما يعطي انطباعا جيدا وجاذبا للمستثمر الأجنبي بأن الدول المصيفة قادرة على اتخاذ الإجراءات القانونية، وتنفيذ تشريعاتها بكل حسم وقوة، مما يبعث فيه روح الطمأنينة والاطمئنان على استثماراته.

٢- ضرروة وضع الخطط اللازمة وتهيئة المناخ لجذب الاستثمار الاجنبى وذلك بتطوير البنية التحتية والعنصر البشرى.

٣- نوصى بعقد الاتفاقات الدولية الثنائية والجماعية التى من شأنها جذب المستثمرين الأجانب وتوفير أمان له وأستثمارتهم، بمعنى موجز توفير كافة عناصر الأمان والحوافز للاستثمارات الوافدة والعمل على تقليص الحواجز الجمركية.

٤- ضرروة أقامة التكتلات الاقتصادية بين الكويت ومختلف دول المنطقة العربية وتعزيز التجارة البينية وتحقيق التكامل الاقتصادى.

٥- ضرروة أنشاء قاعدة بيانات ومعلومات عن وضع الاقتصاد الكويتى واماكن الاستثمار ونوعية الاستثمارات وطرحها عبر المنتديات الاقتصادية والمؤتمرات.

٦- ضرروة أنشاء المراكز والهيئات التى تعمل على الاهتمام بالاستثمار الأجنبية، وارسال البعثات العلمية وتكثيفها فى مجال الاستثمار الاجنبى من أجل الاطلاع على الجديد وتوفير الكفاءات المطلوبة فى هذا القطاع.

٧- نص قانون الاستثمار الكويتى على جواز اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات الاستثمار فى المادة (٢٦) على أن "تكون المحاكم الكويتية وحدها هى المختصة بنظر أى نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبى والغير، أياً كان، ويجوز الاتفاق على الالتجاء فى هذا النزاع إلى التحكيم". غير أن هذا

النص لم يأت بتفصيل عن كيفية اللجوء إلى التحكيم ولا السلطة المختصة بالاتفاق عليه نيابة عن الدولة، ولا عن إجراءاته.

قائمة المراجع

أولا: المراجع العامة والمتخصصة:

١. **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم**، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٢. **د/ إبراهيم محمد العناني**، اللجوء إلى التحكيم، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٣.

٣. **د/ أحمد السيد صاوي**، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، القاهرة، لم يذكر دار النشر، ٢٠٠٢.

٤. **د/ أحمد شرف الدين**، طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار (تشخيص الحالة المصرية)، مطبعة أبناء وهبه حسان، القاهرة ، ١٩٩٣.

٥. **د/ أحمد ضاعن السمدان**، التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي في القانون الدولي الخاص الكويتي، منشورات الكويت، ١٩٩٥.

٦. **د/ أحمد محمد مليجي**، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الكويت، مؤسسة دار الكتب، ٢٠٠٥.

٧. **د/ أميرة حسب الله محمد**، محددات الاستثمار الاجنبى المباشر وغير المباشر فى البيئة الاقتصادية العربية، الدار الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

٨. **د/ حفيظة الحداد**، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٩. **د/ حفيظة الحداد**، الموجز فى النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر الجامعى، الاسكندرية، ٢٠١١.

١٠. **د/ حفيظة السيد الحداد**، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، لم يذكر تاريخ النشر.

١١. **د/ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارت القانونية، القاهرة، ٢٠١١.

١٢. **د/ سراج حسين أبو زيد**، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية ،٢٠٠٤.

١٣. **د/ عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس (العقود التي تقع على الملكية) المجلد الثاني، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨٩.

١٤. **د/ عصام الدين القصبي**، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

١٥. **د/ عمرو عيسى القيسي**، الجديد في التحكيم في الدول العربية، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٣.

١٦. **د/ محمد نور عبد الهادي شحاتة**، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين " دار النهضة العربية "، ١٩٩٣.

١٧. **د/ محمود السيد عمر التحيوى**، التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، ٢٠٠٦.

١٨. **د/ محمود محمد هاشم**، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول (اتفاق التحكيم)، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٩٠.

١٩. **د/ مختار أحمد بريري**، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة، القانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

٢٠. **د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون ناشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.

٢١. **د/ منى محمود مصطفى**، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

٢٢. **د/ نبيل إسماعيل عمر**، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.

٢٣. **د/ هدى مجدي عبد الرحمن**، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

٢٤. **د/ هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ط٢، ٢٠٠١.

٢٥. **د/ وليد محمد أحمد إبراهيم**، الانعكاسات الاقتصادية للاستثمار الأجنبي المباشر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥.

٢٦. **د/ يعقوب يوسف صرخوه**، أحكام المحكمين وتنفيذها وفقا لاتفاقية نيويورك –دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٦.

ثانيا: الرسائل العلمية:

١. **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم**، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٠.
٢. **د/ أمال عبد الرحيم عثمان**، الخبرة في المسائل الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٤.
٣. **د/ بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤
٤. **د/ محمود سلامة الزناتي**، التحكيم عند العرب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط ١٩٩٩.
٥. **د/ مهند عزمي مسعود أبو مغلي**، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٥.

ثالثا: الدوريات العلمية والمؤتمرات:

١. **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم**، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، ورقة عمل مقدمة للدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمها مركز حقوق عين شمس للتحكيم، سنة ٢٠٠٠، ص ١٦.
٢. **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة –كلية الحقوق، عدد ٥، ١٩٨٩.
٣. **د/ أمال بن عشي**، الثبات التشريعي كضمان لحماية المستثمر الأجنبي، حوليات جامعة الجزائر ١، عدد ٣ ،٢٠٢٠، ص ٢٨٢ وما بعدها.
٤. **د/ سامية كسال**، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي، بحث مقدم الى الملتقى الدولي السادس عشر حول: "الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربية" كلية الحقوق والعلوم السياسية –جامعة محمد خيضر – بسكرة، منشور بمجلة الحقوق والحريات، ديسمبر ٢٠١٦، ص ١٨١.
٥. **د/ علاء التميمي عبده**، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار، المؤتمر العلمي الدولي: الثورة والقانون جامعة الإسكندرية –كلية الحقوق، ٢٠١١، ص ٤١٠ وما بعدها.
٦. **د/ غسان المعموري**، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق كلية القانون –جامعة كربالاء، العراق، عدد ٢، ٢٠٠٩، ص ١٧٣.
٧. **د/ فايز محمد حسين**، الأسس العامة مع التطبيق على الاتجاهات التشريعية الحديثة في التنظيم القضائي، المؤتمر العلمي الدولي: الاتجاهات التشريعية الحديثة في التنظيم القضائي، جامعة الإسكندرية –كلية الحقوق، ٢٠١٠، ص ٥٨١.
٨. **د/ مجدي محمود شهاب**، الاستثمار الأجنبي المباشر – دراسة تحليلية لمحدداته في البيئة الاقتصادية لدول مجلس التعاون الخليجي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الرابعة، عدد ١٤، يونيو ٢٠١٦، ص ٣٩.
٩. **د/ محمد أبو العينين**، التحكيم الدولي ودوره في فض منازعات التجارة والاستثمار من واقع تجربة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، المنعقد في الفترة من (٢٧ – ٢٩ أبريل ١٩٩٧)، ص ١١٦.
١٠. **د/ محمود فياض**، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، بين فرضيات النظرية وإشكالات التطبيق، بحث مقدم الى المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون جامعة الامارات، ٢٠١٣، ص ٦٢١.
١١. **د/ مصطفى بابكر**، برنامج تطوير الاستثمار الأجنبي المباشر في الكويت، بحث منشور في مجلة المعهد العربي للتخطيط بالكويت ٢٠٠٤، ص ٥٦.
١٢. **د/ وليد على محمد على**، التحكيم فى تسوية منازعات عقود الاستثمار ودورة فى حماية الاستثمار الاجنبى المباشر، مجلة قطاع الشريعة والقانون، تصدر عن كلية الشريعة والقانون جامعة الازهر فرع القاهرة، عدد٩، ٢٠١٧، ص ٢١٨.

رابعا: المواقع الإلكترونية:

معجم معاني الالكترونى على الرابط التالى:
https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D8%B7/.

نقابة مستشاري التحكيم الدولي وخبراء الملكية الفكرية بدمياط، السيد المستشار / أحمد عيد شحاتة رئيس اللجنة التشريعية بالنقابة.
http://WWW.facebook.com/ana.bokra

"Stabilization clause refers to the contractual clauses in private contracts between investors and host states that address the issue of changes in law in the host state during the life the project"
http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilisationClauseandHummanRights/$FILE/Stabilisation+Paper.pdf visited on 16/1/2013.
Reglements des Services de reglement des differends de la CCI available at:
http://www.iccwbo.org/court/arbitration/

قائمة المحتويات:

العنوان	رقم الصفحة
مقدمة	٢
المبحث الأول: شرط الثبات التشريعى كضمانه للمستثمر الإجنبى	٥
المطلب الأول: ماهية شرط الثبات التشريعى	٥
المطلب الثانى: الجوانب القانونية لشرط الثبات التشريعى	١٢
المبحث الثاني: السماح للمستثمر الأجنبى اللجوء الى التحكيم	١٤
المطلب الأول: ماهية التحيكم فى منازعات الأستثمار الأجنبى	١٦
المطلب الثانى: مزايا التحكيم كوسيلة لحماية الأستثمار الأجنبى وتطبيقتها فى دولة الكويت	٢٣
الخاتمة	٣٥
قائمة المراجع	٣٨
قائمة المحتويات	٤٠