تقييم جدوى وجِدِّيَّة التحكيم في حلِّ منازعات الاستثمار الأجنبي

دراسة فقهيَّة قانونيَّة

د٠ محمد علي سعود الهدية (*)

المقدمة :

الحمد لله الواحد القهَّار، مكوِّرِ النهار على الليل ومكوِّرِ الليل على النهار، وأصلِّي وأسلِّم على خير المصطفَينَ الأخيار محمدٍ ﷺ، وعلى آله وصَحبِه الأخيار، صلاةً وسلامًا دائمَينِ متلازمَينِ ما تعاقب الليل والنهار؛ **أما بعدُ:**

فإن واقع العالم اليوم في اتساع كبيرٍ في التجارة الدولية، وظهر مع هذا الاتساع حاجةُ الدول النامية إلى تنمية خِدماتها في مختلف المجالات: الطرق، الاتصالات، والتكنولوجيا، وقد تملك هذه الدول رؤوسَ الأموال الكافية لتنفيذ هذه المشاريع؛ لكنها لا تجد من يملك الخبرة والقدرة الكافية بين الشركات الوطنية والمستثمرينَ المحليِّينَ لتنفيذ هذه المشاريع؛ ما تضطر معه إلى الاستعانة بشركات أجنبية لا تحمل جنسيتها، فتقوم بتنفيذ هذه المشاريع، وقد اتسع إطارُ الاستثمارات الأجنبية في العالم في القرن العشرين اتساعًا كبيرًا، وظهرت معها شركاتٌ عابرةٌ للقارات، استثمرت خِدْماتها في أغلب دول العالم.

وهذه الاستثمارات الأجنبية تكون مدتها طويلةً غالبًا، ومع هذه المدة الطويلة والمشاريع الضخمة تحصل – ولا بدَّ – الخصومات والنزاعات بين المستثمر الأجنبيِّ والحكومات في الدولة محل الاستثمار، والعادةُ أن النزاع يتم نقله إلى قضاء الدولة نفسِها للفصل فيه، وإن المبالغ الضخمة لهذه الاتفاقيات وضخامة

(*) أستاذ مشارك بقسم الفقه وأصوله في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية – جامعة الكويت.

العمل المطلوب فيها استدعى وجود طريقةٍ نافعةٍ لحل النزاعات بشكل يقبل به جميع الأطراف.

أهمية البحث:

المستثمر الأجنبيُّ يرفض غالبًا إحالة النزاع إلى قضاء الدولة محل الاستثمار(١)، فلا يطمئنُّ لقضاء هذه الدولة، فيحس عدم الإنصاف في مثل هذه الخصومات، أو ربما لا يقنع بالحق والتعويض الذي يُقِرُّه قانون الدولة، فظهرت الحاجة إلى وسيلةٍ بديلةٍ عن القضاء؛ لفصل النزاع في الاستثمار الأجنبي، وتمَّ توقيع اتفاقيَّات عديدة للتحكيم، وتنفيذ أحكام التحكيم، منها: اتفاقيَّة نيويورك ١٩٥٨م، واتفاقيَّة واشنطن ١٩٦٨م، وفي الدول العربية صدرت اتفاقيَّة الرياض للتعاون القضائي سنة ١٩٨٣م، ونصَّت المادة ٣٧ على إلزام الدول الموقِّعة على الاتفاقية بتنفيذ أحكام المحكَّمين.

فأضحى التحكيم اليومَ من أشهر طُرقِ حَسمِ نزاعات الاستثمارات الأجنبية، ووُجِدت مراكزُ تحكيمٍ كثيرةٌ حول العالم للتحكيم في هذه المنازعات، والمستثمر الأجنبيُّ يهمه معرفة قوانين التحكيم في الدولة محل الاستثمار، كما يهمه سمعتها في الرضى بالتحكيم واحترام الأحكام الصادرة منه، فهي أمورٌ تؤثر بشكل بالغٍ على قرار الاستثمار في هذه الدولة، والباحثُ سيسلط الضوءَ على النقاط التي تبيِّنُ جدوى التحكيم في حسم النزاع.

مشكلة البحث:

من المتوقع أن تجيب الدراسة عن الأسئلة ذات البعدين التاليين:

١- ما جدوى التحكيم في حسم نزاعات الاستثمار الأجنبي؟

---

(١) محمد، أشرف وفا، القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية في مجال التحكيم ص: ٢٨٩، بحث منشور في مجلة كلية القانون العالمية، الكويت، العدد ٤، ج١، سنة ٢٠١٩م.

٢- هل التحكيم وسيلة بديلة أم وسيلة طبيعية لحل منازعات الاستثمار الأجنبي؟

أهداف البحث:

١- إبراز جدوى التحكيم في حسم نزاعات الاستثمار الأجنبي.

٢- إظهار أنَّ التحكيمَ يحسِمُ النزاع؛ لكنه يقبل الطعن بصورٍ محدودةٍ، وهذا من شأنه التأثير على قرار المستثمر الأجنبي في الاستثمار.

الدراسات السابقة:

وجدت عدة دراسات عن التحكيم في منازعات الاستثمار أهمها ما يلي:

١- مهدي، نور ليث، بحث بعنوان (استخدام عقود التحكيم لفض منازعات الاستثمار الإدارية)، منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق: السنة الثالثة، عدد:٢، م٣، ج١، أيلول ٢٠١٨م.

تناولت الباحثة في دراستها أهمية التطور البالغ في عملية التحكيم وأثر ذلك على أهمية استخدامه في نزاعات الاستثمار، فإنه بعد تطور التجارة العالمية وتنوع العلاقات الاقتصادية بين الدول، وعقد الصفقات بين الدول والأجانب بمبالغ كبيرة جدا، والدول اليوم تسعى ببذل أصولها للاستثمار من قبل شركات متخصصة تشترط اللجوء عند النزاع إلى التحكيم، وصاحبة الدراسة قصرتها على الاستثمارات الإدارية التي تكون الدولة طرفا فيها، بحيث يجوز أن تستثمر مع مواطنيها ومع الأجانب، وفي كلتا الحالتين يفضل الخصوم اللجوء للتحكيم، والباحث استفاد من هذه الدراسة ببيان التحكيم والمزايا التي اشتمل عليها وتحرير مفهوم الاستثمار في نظر القانون، إلا أنها لم تقم بتحليل هذه المزايا لبيان جدوى التحكيم وأثره على قرارات الاستثمار، والباحث يناقش هذه المزايا من الناحية الفقهية والقانونية.

٢- المختار، طيبة جواد، الاستثمارات الأجنبية المباشرة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون -جامعة بابل-: العدد ٣، السنة العاشرة ٢٠١٨م.

ناقشت د. طيبة المختار مسألة المزايا التي منحت للاستثمار الأجنبي المباشر في الدول النامية، وذلك لتشجيع الاستثمار فيها، ومما تناولته الباحثة مسألة حق الخصوم في عدم اللجوء إلى القضاء والذهاب للتحكيم، وتناولت ما فيها هذا من تقليص لسيادة الدولة على أراضيها، واستفاد الباحث من دراسة د. طيبة في هذه المسألة تحديدا، وأن الدولة ضحت بهذه السيادة ترغيبا للمستثمر الأجنبي، ويرى الباحث أن هذا الأمر فيه تقليص لجدوى التحكيم للدولة محل الاستثمار ما يدفعها إلى التملص من شرط التحكيم ومحاولة اللجوء للقضاء الوطني، وبالتالي سيؤثر على قرار المستثمر الأجنبي وسمعة الدولة في تشجيع الاستثمار.

٣- محمد، أ.د أشرف وفا، بحث بعنوان (القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية في مجال التحكيم) منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية: عدد ٤، ملحق خاص، ج١، مايو ٢٠١٩م.

تناول أ.د محمد وفا مزايا التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، وأن الدول العربية قبلت اللجوء إليه بسبب إصرار الطرف الأجنبي باللجوء إلى التحكيم وعدم قبول اللجوء إلى قضاء الدولة محل الاستثمار، وناقش محمد وفا مسألة القانون الواجب التطبيق وأنه يخضع لإرادة أطراف النزاع في التحكيم، إلا أنه بين أن هذه الإرادة ليست مطلقة وعلاقة ذلك بقواعد (تنازع القوانين)، كما ناقش دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق في نزاعات الاستثمار الأجنبي خصوصا عند عدم اتفاق طرفي النزاع على قانون معين، وخطورة ذلك بأن يسيء المحكم استخدام سلطته في اختيار قانون يضر بأحد الطرفين.

واستفادة الباحث من دراسة محمد وفا بأن التحكيم قد لا يكون مجديا عند عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، لأنه ليس من شرط صحة اتفاق التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق، وأيضا قد يضطر المحكم تغيير القانون لكونه يخالف الشريعة الإسلامية في حال التزام مركز التحكيم أو أحد طرفي النزاع لأحكامها فيما لو صدر الحكم بناء على هذا القانون، أو كون القانون بعيدا عن

محل النزاع فبعض قوانين التحكيم تجعل الحق لهيئة التحكيم بتغيير القانون، وأبرز الباحث كون هذه المسائل تضر بمزايا وجدوى التحكيم.

خطة البحث:

قسم الباحث دراسته إلى مبحثين: تناول في المبحث الأول: محدِّدات الدراسة؛ من تعريف التحكيم، وعقود الاستثمار، وفي المبحث الثاني تناول: التحكيمَ بصفته وسيلةً من وسائل فض النزاع، ونهائية حكم المحكَّم وجدوى التحكيم في نزاعات الاستثمار الأجنبي، وفيما يلي تفصيل الخطَّة:

***المبحث الأول: محدِّدات الدراسة**

- المطلب الأول: مفهوم التحكيم، وشروطه.
- المطلب الثاني: مفهوم عقود الاستثمار.

***المبحث الثاني: جدوى التحكيم في حل منازعات الاستثمار الأجنبي**

- المطلب الأول: القانون واجب التطبيق في التحكيم.
- المطلب الثاني: حكم الطعن على حكم المحكَّم.
- **الخاتمة.**

منهج البحث:

اعتمد الباحث في بحثه على عدة مناهج وَفْق التالي:

١- **المنهج الجمعي الاستقرائي:** القائم على جمع المعلومات المتعلقة بالموضوع محلِّ البحث من حيث مصادرها، وترتيبها ترتيبًا يتناسب مع البحث ومواضيعه.

٢- **المنهج المقارَن:** بحيث يقارن الباحثُ بين أقوال العلماء، ويختار منها القولَ الراجح، متبِعًا في ذلك قواعد الترجيح المعتمَدة عند العلماء.

٣- **المنهج التحليلي:** القائم على مناقشةِ الأدلةِ والتعليلات، والجواب عليها، وتحليل جدوى الوسائل البديلة في حسمِ النزاعات.

المبحث الأول

محدِّدات الدراسة

يتناول الباحث في هذا المبحث مصطلحات الدراسة، وتمييزها عن بعضها، وذكر مفهوم الاستثمار، وبيان حقيقته.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم، وشروطه

الفرع الأول: مفهوم التحكيم لغةً واصطلاحًا:

- **التحكيم لغةً:**

التحكيم مشتق لغةً من (حكَمَ)، والحاء والكاف والميم بمعنى المنع، فالحِكْمة تمنع صاحبها من الجهل، والحُكْم: المنع من الظلم[1]، فتكون مهمةُ القائم بالتحكيم منعَ الظلم الواقع على الطرف المظلوم (المجني عليه)، وذلك بالنظر بوقائع المنازعات والخصومات.

- **التحكيم اصطلاحًا:**

يُعرِّف الفقهاءُ المسلمون التحكيم بأنه: عبارة عن اتخاذ الخصمينِ آخَرَ حاكمًا برضاهما؛ لفصل خصومتهما ودعواهما[2]. أو: هو اتفاقُ طرفينِ أو أكثر على تولية مَن يفصل في منازعةٍ بينهما بحكمٍ ملزِمٍ[3].

فالتحكيم يكون بين متخاصمين ومتنازعين في حقٍّ من الحقوق، وليس نزاعًا في رأيٍ أو مسألةٍ علمية، ويقوم المتخاصمون باختيار مَن يفصل النزاعَ بينهما،

---

(١) ابن فارس، مقاييس اللغة: كتاب الحاء، مادة (حكم) (٩١/٢)، وابن منظور، لسان العرب: كتاب الميم، فصل الحاء، مادة: حكم (١٤١/١٢).

(٢) علي حيدر، درر الحكام بشرح مجلة الأحكام (٥٧٨/٤).

(٣) هيئة المحاسبة والمراجعات للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي) المعايير الشرعية: معيار التحكيم ص:٨٠٣، فقرة ١/٢.

ولا يُختار من جهةٍ أخرى[١]، والتعريف الفقهي فيه إطلاقٌ بصفة شخص المحكم، فقد يكون قاضيًا، وقد يكون غير ذلك.

ويُعرِّف القانونيُّون التحكيم بأنه: نوعٌ من العدالة الخاصَّة ينظِّمه القانون، ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العام في حالات معيَّنة، كي تحلَّ تلك المنازعات بواسطة أفراد عاديِّين، يختارهم الخصوم كقاعدة، وتسند إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعات[٢].

فالتحكيم وسيلةٌ بديلةٌ عن القضاء لفضِّ النزاع كما يظهر من التعريف الفقهي والقانوني، يختاره الخصوم بإرادتهم، ولا يُجبَرون عليه، وأن ولاية اختيار المحكمين تكون للمتخاصمين أصالة.

والتحكيم يكون في بعض المنازعات، فليس كلُّ منازعة يجوز فيها التحكيم[٣]، ولكن المنازعات في العقود والتصرفات وحقوق الناس يجوز التحكيم فيها في الفقه الإسلامي[٤] والقانون[٥].

---

(١) هذا هو الأصل في عملية التحكيم، ولكن يجوزُ في بعض الأحوال اختيار المحكَّمين من محكمة الموضوع، كحالة عدم الاتفاق على شخص المحكَّم، أو وقوع نزاع حولَ أحد المحكَّمين في المواد ١٧٥ و١٧٧ الخاصة بالتحكيم من قانون المرافعات المدنيَّة والتجاريَّة الكويتي، رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٨م.

(٢) عطية، عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي ص: ١٤.

(٣) فلا يجوزُ التحكيمُ في الأمور التي لا يجوز الصلح فيها في أغلب القوانين، كما في المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي، والمادة رقم ١١ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م. والأمور التي لا يجوزُ الصلح فيها بيَّنتها مادة ٥٥٤ من القانون المدني: (لا يجوز الصلحُ في المسائل المتعلِّقة بالنظام العام، ولكنه يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها).

(٤) راجع: مجلة الأحكام العدلية مادة ١٨٤١.

(٥) راجع: قانون المرافعات الكويتي، مادة: ١٧٣.

ويظهر أنَّ التحكيمَ يُنهِي النزاع بعد صدور حُكْم الحَكَم، وهو بذلك يختلف عن رأي الخبير الذي يأخذ الخصوم رأيه في موضوع النزاع، فرأي الخبير استشاريٌّ، ورأي الحكم يُعَد حكمًا ينهي النزاع، وإن كان الاثنان يشتركان في أنهما من خارج الهيئة القضائيَّة(١).

- **مشارطة التحكيم، وشرط التحكيم:**

هذان المصطلحان يُعبِّران عن الطريقة التي يتمُّ فيها إحالةُ الخصومة إلى التحكيم للفصل فيها، والفرق بينهما:

- **مشارطة التحكيم:** هو الاتفاق على فض النزاع الواقع عن طريق التحكيم، فيتمُّ الاتفاق على ذلك عقِبَ حصول النزاع(٢).

- **شرط التحكيم:** هو الاتفاق على فضِّ النزاع عن طريق التحكيم قبل حصوله، ويكون من الشروط المنصوص عليها في عقد الاستثمار، ويمكن أن يرد في عقدٍ مستقلٍّ ملحَقٍ بالعقد الأصلي(٣).

الفرع الثاني: شروط التحكيم

حتى يكون التحكيم وسيلةً بديلةً عن القضاء في فصل الخصومات، يجب توافرُ بعض الشروط التي تضبط عملية التحكيم، **وهي:**

١- أن يكون الحقُّ محل الخصومة حقًّا ماليًّا يجوز الصلح عنه.

٢- التراضي بين أطراف التحكيم، فلا يُجبَر أحدٌ عليه، والتحكيم لا يأخذ شكلًا معينًا، فيجوز التحكيم على أي شكلٍ يتفق عليه الطرفان(٤).

---

(١) عزمي عطية، قانون التحكيم الكويتي ص: ٢٣.

(٢) المرجع السابق ص: ١٠٧.

(٣) المرجع السابق: ١٢٩.

(٤) الدوري، قحطان عبد الرحمن، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ص: ١٢٥، واشترطت غالبية القوانينِ العربيَّةِ كتابةَ عقد التحكيم لتثبت صحته، انظر مثلًا: قانون المرافعات الكويتي مادة ١٧٣، وقانون التحكيم المصري مادة:١٢.

٣- التراضي على شخص المحكَّم (الحكم)؛ لأن رضاهما هو المثبِتُ لولايةِ الحكم[١].

المطلب الثاني: مفهوم عقود الاستثمار

الفرع الأول: الاستثمار لغةً اصطلاحًا

الاستثمار طلبُ الثمرة، والثاء والميم والراء أصلٌ واحدٌ، وهو شيء يتولَّد عن شيء متجمع، فهذا هو الاستثمار، يكون بتجميع رأس المال، وأخذ ما يتولَّد منه[٢]، وكما يقول الشخص لغيره: ثمَّر اللهُ مالكَ؛ أي: كثَّرَه[٣].

عرَّفت قوانينُ الاستثمار العربية مصطلح الاستثمار بشكلٍ لا يختلف عن المعنى اللغوي كثيرًا، **فعرَّفه قانون الاستثمار المصري** بأنَّه: (استخدام المال لإنشاء مشروع استثماري، أو تطويره، أو توسيعه، أو تمويله، أو تملكه، أو إدارته بما يُسهِم في تحقيق التنمية المستدامة للبلاد)[٤]، **وعرَّفه قانونُ الاستثمار العراقي** بأنَّه: (توظيف المال في أي نشاطٍ أو مشروعٍ اقتصاديٍّ يعود بالمنفعة المشروعة على البلد)[٥]، فهذه التعاريف تبين أن الاستثمار تحريكٌ للمالِ بما يعود على البلد بالنفع، وليس للشخص المستثمر وحده، كما أنَّ القانون المصريَّ بيَّن أوجه الاستثمار، ووسَّعها من التَّملّك لنشاط قائم، أو تمويله، أو إدارته بأجرةٍ، أو حصَّةٍ من الربح.

ويتنوع الاستثمار بين استثمار محليٍّ واستثمار أجنبيٍّ، والاستثمار الأجنبي أُفرِدت له قوانينُ خاصة، وهو مثل مفهوم الاستثمار، من توظيف المال بما يعود بالنفع على البلاد، شريطةَ أن يكون المستثمر لا يتمتع بجنسية البلد الذي يرغب

(١) الدوري، عقد التحكيم ص:.١٣٧،

(٢) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة: ثمر (٣٨٩/١).

(٣) ابن منظور، لسان العرب، مادة: ثمر (١٠٧/٤).

(٤) قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م.

(٥) قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦م.

بالاستثمار فيه[١]، وهو الذي تخضع فيه المنازعات غالبًا للتحكيم، ووُقِّعت الاتفاقياتُ الدولية لحمايته، ومنها اتفاقية المركز الدولي لفضِّ منازعات الاستثمار (ICSID) لسنة ١٩٦٨م.

الفرع الثاني: أنواع الاستثمار

ينقسم الاستثمار المحليُّ والأجنبيُّ إلى نوعين:

أ- **استثمار مباشر:** عبارة عن توظيفات لأموال أجنبية في موجودات رأسمالية ثابتة في دولة معينة، تنطوي على علاقة طويلة الأجل، تعكس منفعةً لمستثمرٍ من دولة أخرى، يكون له الحق في إدارة موجوداتها، والرقابة عليها من بلده الأجنبي، أو من بلد الإقامة، أيًّا كان هذا المستثمر، فردًا أم شركة، أم مؤسسة[٢]؛ أي: هو الذي يملك فيه المستثمر المحلي أو الأجنبي المشروعَ ملكيةً كاملةً، أو غالبة، وتكون الإدارة من حقه، وتكون فترةُ الاستثمار طويلة الأجل[٣]، **وجاء في قانون تشجيع الاستثمار المباشر الكويتي** بيان هذا النوع: (الاستثمار الذي يتم من خلال توظيف المستثمر بمفرده أو بمشاركة مستثمرٍ آخَرَ لرأسِ ماله بشكل مباشر في كيانٍ استثماريٍّ داخل الكويت)[٤].

ب- استثمار غير مباشر: هو الذي لا يُمنَح فيه المستثمرُ حقَّ الإدارة والرقابة، ويكون عن طريق شراء أسهُمٍ وسَنَداتٍ لجمع رأس مال المشروع

---

(١) جاء في نظام الاستثمار الأجنبي السعودي مادة ١: (المستثمر الأجنبي هو الشخص الطبيعي الذي لا يتمتع بالجنسية العربية السعودية، أو الشخص الاعتباري الذي لا يتمتع جميع الشركاء فيه بالجنسية العربية السعودية).

(٢) المختار، طيبة جواد، الاستثمارات الأجنبية المباشرة ص: ١٢٨، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد ٣، السنة العاشرة ٢٠١٨م.

(٣) راجع: إبراهيم إسماعيل، عدم المساس بحق الملكية أداة لجذب الاستثمارات الأجنبية ص: ٩٢، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، مجلد ١، عدد ١٣، سنة ٢٠١٢م.

(٤) قانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣م بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت.

الاستثماري، وهذا النوع قَلَّتْ أهميته لعدم ثقة المستثمرين بالدولة محلِّ الاستثمار؛ لأنَّ هذا النوع يكون عبر الأسهم والسندات (اقتراض)، والاستثمارات غالبًا ما تكون في الدول النامية، فالثقة بسندات الدول النامية ليس كالثقة في سندات الدول المتقدمة[1]، **ولذلك غالبُ القوانين العربية** تناولت الاستثمار المباشر فقط.

هذان أهم أنواع الاستثمار التي تبيِّن طبيعة الشخص المستثمر، كما تبين العلاقةَ بين المستثمر والدولة المستثمَرِ فيها، وبقيَّة تقسيمات الاستثمار تكونُ حسَبَ طبيعة النشاط الاستثماري، الأمرُ الذي قد لا يؤثِّر كثيرًا في الدراسة الفقهية والقانونية، **كما سيقصر الباحثُ دراستَه على الاستثمار الأجنبي**؛ لأنَّه محطُّ اهتمام الاتفاقيَّات الدوليَّة، وهو أحوَجُ إلى تسوية النزاعات فيها عن طريق الوسائل البديلة عن القضاء، ومن أهمها: التحكيم.

**

(١) إبراهيم، عدم المساس بحق الملكية ص: ٩٣.

المبحث الثاني

جدوى التحكيم في حلِّ نزاعات الاستثمارات الأجنبية

قد حدَّد الباحث دراسته حول الاستثمار الأجنبي المباشر، وهو الذي لا يحمل فيه المُستثمِر جنسيةَ البلد محلِّ الاستثمار، وتكونُ له صلاحية إدارة الاستثمار، وكل إنسانٍ غريبٍ عن البلد تعتريه مخاوفُ من النزاع، وعدم معرفته بالقوانين، أو يعتقد أنها لا تُنصِف حقوقه مقابلَ الدولة التي يستثمرُ فيها، كما أن بعضَ الدول لا يوجد فيها استقرارٌ في القوانين؛ لكثرة التغيير، أو التعارض، ومثل هذا التغيير قد يؤدي إلى تغييرٍ في المراكز القانونية للمستثمر، فقد تكون له مزايا فتُنزَعُ عنه، ومن جهةٍ أخرى فإن من حقِّ كلِّ دولةٍ مراجعة قوانينها بما يحفظ حقوقها(١).

ومن هنا وُجِدت أهمية التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر؛ حيث يكون التحكيم وسيلةً لفضِّ النزاع، فبعد أن كان وسيلةً استثنائيَّةً لفض النزاع، أصبح الوسيلةَ الطبيعية لفض النزاعات في عقود الاستثمار الأجنبية(٢).

وإن ضغوط التجارة الدولية وحاجة الدول النامية لخبرات الشركات الأجنبية والاستثمار فيها جعلت التحكيمَ أمرًا لازمًا في فض النزاعات(٣)، وليس الأمرُ راجعًا لمزايا التحكيم، من سرعة الفصل، وقلةِ التكاليف، وإنَّما الأصلُ هو حماية مصالح الشركات الكبرى، التي لا ترضى الرضوخَ لقوانين بعض الدول، فيُتَّخَذ وسيلةً لمواجهةِ قضاءِ الدولة(٤).

---

(١) بكتاش عبد الحفيظ، تعويض المستثمر الأجنبي ضمانة أساسية لتفعيل العملية الاستثمارية في الجزائر ص: ١٦، رسالة ماجستير في القانون، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، سنة: ٢٠١٥م.

(٢) محمد، أشرف وفا، القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية في مجال التحكيم ص: ٢٨٩.

(٣) المرجع السابق ص: ٢٩٢.

(٤) الشرمان، محمد ناصر، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ص: ٢٩.

ولكن حصل الخلاف فيما يكون مرجعًا للحُكمِ في عملية التحكيم، هل قانون البلد، أو القانون الذي يتفق عليه أطراف النزاع، أم ما يراه المحكَّم راجحًا في نظره؟!

المطلب الأول: القانون واجب التطبيق في عملية التحكيم

القانون واجب التطبيق من المسائل المهمَّة في أحكام التحكيم، والأصل فيه إرادة أطراف النزاع، لكن يثبت للمحكَّم في بعض الأحوال حق الخروج عن اختيارهم، **ويقدم الباحث لذلك بمسألة شرط الاجتهاد في المحكم عند الفقهاء والقانونيين**، وبيان أثر المسألة في قدرة المحكَّم على مخالفة اختيار أطراف النزاع.

- **الفرع الأول: شرط الاجتهاد (القدرة العلمية) في المحكَّم**

يشترطُ الفقهاء في المحكَّم شروط القاضي، واختلفوا في شرط الاجتهاد في المحكّم[1]، **على ثلاثة أقوال:**

- **القول الأول:** أنَّ الاجتهاد في المحكَّم شرط أولوية، وليس شرط صحة، فيصح تحكيمُ المقلِّد، وهو قول الحنفية[2]، **واستدلوا بما يلي:**

١- ما رواه ابن بُرَيدةَ، عن أبيه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (القضاةُ ثلاثةٌ: واحدٌ في الجنَّةِ، واثنانِ في النارِ، فأمَّا الذي في الجنَّةِ فرجلٌ عرَفَ الحقَّ فقضَى به، ورجلٌ عرَفَ الحقَّ فجارَ في الحكمِ؛ فهو في النارِ، ورجلٌ

---

(١) بيان شروط الاجتهاد ومنازل المجتهدين من مسائل علم أصول الفقه، ويعرِّف الأصوليون الاجتهاد بأنَّه: بذل الوُسعِ في نيل حكمٍ شرعيٍّ عمليٍّ، بطريق الاستنباط، ويقابل هذا المصطلح التقليد أو المقلِّد، ويُعرَّف بأنَّه: هو العملُ بقول الغير من غير حجة. راجع: الشوكاني، محمد علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول (٢٠٥/٢) و(٢٣٩/٢).

(٢) العيني، البناية شرح الهداية (٨/٩)، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (٤٢٨/٥).

قضَى للناسِ على جهلٍ فهو في النارِ)[1]، والحديث ظاهرٌ في أنَّ معيار الفصل في الخصومة هو معرفةُ الحق بأي طريق.

٢- أن مقصود القضاء والتحكيم إيصالُ الحق إلى مستحِقِّه، وهذا يحصله إن حكم باجتهاده، أو باجتهاد غيره.

ونُوقِش هذا الاستدلال: بأن مقصود القضاء والتحكيم الفصلُ بين الخصوم بإيضاح الحق على وجه الكمال، وبصورةٍ لا تقبَلُ الطعنَ، وليس المقصود مجرد إظهار الحق[2].

- **القول الثاني:** يُشترَطُ في المحكَّم أهليةُ القاضي، فيجب أن يكون مجتهدًا، فلا يجوز توليةُ الجاهلِ ولا المقلِّد للفصل في الخصومة، وهذا رأي الشافعيَّة[3] والحنابلة[4]، **واستدلوا بما يأتي:**

١- أن مقصد الخصوم من التحكيم إنهاؤها بشكلٍ لا يقبل الفسخَ، فإذا كان المحكَّم غيرَ مجتهدٍ جاز للقاضي المجتهد فسخ حكمه؛ لأنه أعلى مرتبةً منه.

يُناقَش هذا الاستدلال: بأن القائلين بعدم الاجتهاد في المحكم لا يجعلون حكمه نافذًا أبدًا؛ بل هو مقيَّدٌ بعدم الخطأ في نظر القاضي المجتهد[5]، فالقول بأن القاضيَ المجتهدَ له فسح حكم غير المجتهد مطلقًا يجانبُ الصوابَ.

٢- أن المقلِّد لا يصلح للفتوى التي لا إلزام فيها بالحكم، فمن باب أولى ألَّا يصلُحَ للحكم بين المتنازعين بما يلزمهم، ويفصل الخصومة بينهم[6].

---

(١) سنن أبي داود: باب في القاضي يخطئ (٢٩٩/٣) (ح٣٥٧٣)، وسنن الترمذي: باب ما جاء عنه ﷺ في القاضي (٦٠٥/٣) (ح١٣٢٢).

(٢) رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي ص: ١٩٤.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج (٢٦٧/٦).

(٤) ابن قدامة، المغني (٩٤/١٠).

(٥) العيني، البناية (٦٠/٩).

(٦) الشربيني، مغني المحتاج (٢٦٣/٦)، البُهوتي، كشاف القناع (٢٩٥/٦).

يناقش هذا الاستدلال بأن صلاحية المقلد للإفتاء مسألة خلافية بين العلماء، وكثير من العلماء يجزون إفتاء المقلد؛ لأن حصر الإفتاء في المجتهد يفضي إلى حرج عظيم(١).

٣- أن من يفصل بالخصومة بين الناس يحكم بينهم بما يراه هو حقًّا، لا بما يراه غيرُه(٢)، فقد يحكم بينهم بما يعتقد ظلمًا على الخصوم.

يناقش هذا الاستدلال بأن فيه ادعاء بعدم قناعة المحكم بالمذهب أو القانون الذي يحكم به، والأولى لاستقرار الأحكام القضائية وغيرها تقييد القاضي والمحكّم بقانون معين حتى لا يدخل الهوى في الحكم بين الخصوم.

- **القول الثالث:** لا يُشترَط في المحكَّم أن يكون مجتهدًا، وإنما يكفي فيه العلمُ بالحكم، وهذا قول المالكيَّة(٣)، فهم خالفوا الحنفيَّةَ بجواز تحكيم العالم، ولم يجعلوا المجتهد أَوْلى منه؛ بل هم سواء، **واستدلوا بما يلي:**

أن من عرَفَ الحقَّ قضى به، سواء عرَفَه باجتهادٍ، أو بالاسترشاد من أقوال العلماء، ويُعَد عالمًا بالحق، وليس هذا بمنزلة الجاهل؛ لأن حكم الجاهل تخاطر بالذهن، وفي تحكيمه خطر وغرَرٌ على الخصوم، وليس ذلك في المقلِّد(٤).

- **الرأي المختار:**

من خلال عرض الأقوال في المسألة يظهر تفاوت العلماء في مبدأ حريَّة الأفراد في اختيار مَن يفصل بينهم، ولكن جميع هذه المذاهب أضيق من تطبيق القانون لهذا المبدأ، فالقانونُ لا يشترط القدرة العلمية، أما الفقهاء جميعهم

---

(١) الشوكاني، إرشاد الفحول: ٢٤٨/٢.

(٢) البهوتي، كشاف القناع (٢٩٥/٦).

(٣) الصاوي، بلغة السالك (١٩٨/٤)، وعليش، منح الجليل (٢٨٤/٨)، والمالكيَّة فرَّقوا بين القضاء والتحكيم، فجعلوا الأولى تولية المجتهد فالأمثل فالأمثل، وفي التحكيم يُشترَطُ العلم، وليس الاجتهاد، ولعلَّ مرد ذلك أن القضاء من الولايات العامة، والتحكيم ولاية خاصة.

(٤) عليش، منح الجليل (٢٨٤/٨).

يشترطون العلم في المحكَّم، وحصل الخلافُ بينهم في كون المحكَّم مجتهدًا برأيه الخاص، أم مقلِّدًا لآراء غيره.

والرأي المختار لدى الباحث: هو القول الأول، الذي يجعل الاجتهاد شرطًا ذا أولويَّةٍ في اختيار المحكم، وأن لأطراف النزاع أن يتجاوزوا ذلك إلى من يرضَوْنَه؛ **وذلك لما يلي:**

- أن مفهوم الاجتهاد الذي ذكره أصحابُ القول الثاني لا يُتصوَّرُ وجوده غالبًا في زمنهم، فضلًا عن زمننا؛ ممَّا يعطل عملية فصل الخصومات بين الناس.

- أن القول الثالث فيه تسوية بين المجتهد وغيره، والفرق بينهما في قدرة فض الخصومات ظاهرة بيّنة.

- رأي أهل القانون في شرط الاجتهاد في المحكَّم:

تشترطُ القوانينُ في المحكم أن يكون صاحبَ أهليَّةٍ كاملةٍ(١)، ولا تشترط أن يكون مواطنًا لمحل النزاع، كما لا تشترط العلم بالقانون، ولا تشترط وجودَ خبرةٍ فنيةٍ له في محل النزاع، ويفضل بعضُ القانونيِّينَ الخبرةَ الفنية والقانونية في شخص المحكم؛ حتى لا يتعرض حكمه للبطلان بإخلاله ببعض الإجراءات والقواعد القانونية(٢).

والقانون كما يظهر يُعمل مبدأ سلطان الإرادة، وأن لطرفي النزاع الحقَّ المطلقَ في اختيار من يفصل بينهم، ولكن ذلك لا يجعل حكمه معصومًا من

---

(١) الأصل في الشخص أنه صاحب أهليَّة كاملة، وقد بيَّن القانون حالات الأشخاص ناقصي الأهلية، وهم: الصغير، والمجنون، والمحكوم عليه لسفهٍ، ومن سواهم يكون كامل الأهلية. راجع القانون المدني الكويتي المواد: ٨٤، و٨٥.

(٢) عزمي عطية، قانون التحكيم الكويتي ص:٢٠٤.

الطعن، فيجوزُ الطعنُ عليه عند الخطأ البيِّن، وهذا الأمرُ من شأنه أن يسدد الخصوم في أثناء اختيار شخص المحكّم.

- **الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق:**

الأصلُ أن يقوم المحكَّمُ بتطبيقِ القانون الذي اتفق عليه أطرافُ النزاع، فلهم كاملُ الحرية في اختيار القانون الذي يحقِّق لهم المصالح والمنافع، وأن اختيارهم للقانون يُعَد حلًّا وسطًا بين المصالح المتعارضة، ويسهل على المحكَّم فض النزاع(١)، لكن هذا الحق ليس على إطلاقه، بل يجوز للمحكَّم الخروجُ عن تطبيق القانون إن رأى الخطأ في القانون واجب التطبيق، **ومن القواعد في ذلك:**

١- عدم قدرة التنفيذ في الدولة محل الاستثمار:

مع قدرة المحكم العلمية ومعرفته بالقانون، لكن قد يصدر حكمه في محل النزاع على وجهٍ لا يمكن تطبيقُه في الدولة محل الاستثمار، **والسبب في ذلك:** أن المحكم - خصوصًا الأجنبي - ليس حريصًا على قواعد القانون في الدولة محلِّ الاستثمار، وليس كالقاضي الذي يعُدُّ نفسَه حارسًا للقانون في بلده، وذلك راجعٌ إلى أن المحكَّمَ يستمد سلطته من أطراف النزاع الذي يحرص على وصول الحق فيه لصاحبه بشكل يرضي جميعَ الأطراف، أما القاضي فيستمدُّ سلطته من دولته، فيكون واجبُه حمايةَ القانون في بلده وتطبيقَه؛ ولو لم يرضَ به الخصوم(٢)، ويقر كثيرٌ من القانونيين بصعوبة تطبيق قواعد القانون الدولي في أحيان كثيرة.

---

(١) فرحان، سمير عبود، القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي ص: ٧٨، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة ٢٠١٧م.

(٢) أشرف وفا، القانون واجب التطبيق في عقود الاستثمار ص: ٢٩٧.

وكثيرٌ من دول العالم تُعَد طرفًا في اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم، فالدول الموقعة على الاتفاقية ملزَمةٌ بتنفيذ حكم المحكَّم، ولو كان مستندًا لقانون أجنبي، **إلا أنَّ الاتفاقية تجيزُ للدول رفضَ تنفيذ الحكم في حالتين**[١]:

أ- أن يمنَعَ القانون المحلي تسويةَ محل النزاع عن طريق التحكيم.

ب-إذا كان تنفيذ حكم التحكيم يعارضُ السياسةَ العامة في البلد.

وزادت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي: أنه يجوزُ رفض الحكم إذا كان مخالفًا للشريعة الإسلامية؛ حيث اعتبرت ذلك من قَبيلِ النظام العام[٢]، ومخالفته تؤدِّي إلى عدم تنفيذ الحكم.

وهذا الأمرُ من مسؤولية المحكم، فعليه ألَّا يصدر حكمَه بشكلٍ يخالف النظام العام في البلد محل التنفيذ[٣]، وهذا يرجعُ إلى ضرورة توفر القدرة العلمية في المحكَّم؛ حتى يتقيَ هذا الأمر، ولكيلا تضيع جهود أطراف التحكيم ومصالحهم سُدًى.

وربما كان من السهل على الطرف المتضرِّر من الحكم الدفعُ ببطلان الحكم بحجة مخالفته للنظام العام، إلا أنَّ هذا الأمر يُعَد وسيلة دفاعٍ عن الحقوق، وليس وسيلة هجومٍ للتملص من أداء الالتزامات[٤].

---

(١) راجع المادة ٥، فقرة ٢، من اتفاقية نيويورك (١٩٥٨م) الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

(٢) المادة ٣٠ فقرة: أ، اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي.

(٣) تنص قوانين التحكيم على أنَّه: لا يمكن تنفيذ الحكم إذا كان مخالفًا للنظام العام للبلد. انظر مثلًا: فقرة ٢ من المادة ٥٨ لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧، الفقرة ب من المادة ٤٩ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١.

(٤) الخزاعبلة، محمد عايد، موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ص: ١٠٨، رسالة ماجستير في القانون سنة ٢٠١٧م، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

ومن أمثلة مخالفة المحكَّم للنظام العام[١]: لو حكم بغرامة تأخير لأحد الخصوم، وأراد المستفيدُ من الحكم التنفيذَ في أحد البلدان التي تمنع وجود مثل هذه الغرامات، ففي هذه الحالة لن يتمَّ تنفيذُ الحكم، ولو كان القانون واجب التطبيق يسمح بذلك.

٢- الاتفاق على التحكيم، وعدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق:

في بعض اتفاقيات التحكيم يتمُّ الاتفاقُ على فض النزاع عن طريق التحكيم، لكن يغفُلُ أطرافُ الاتفاقية عن ذكرِ القانون الذي يرجع إليه المحكَّم، وهذا حاصلٌ في كثير من الحالات[٢]، أو يُرجِئون الاتفاقَ عليه عند حصول النزاع، وهنا ستكون للمحكَّم صلاحية واسعةٌ جدًّا، وسلطة تقديرية كبيرة في اختيار القانون واجب التطبيق[٣]، وناقشت قوانينُ التحكيم هذه المسألة، وطرحت فكرةً عامَّةً، وهي: **تطبيق القانون الأقرب للعقد ومحله.**

فالأصل قيام أطراف التحكيم باختيار القانون الذي يطبقه المحكم، وهنا يعمل بالقانون، ولو لم تكن هناك صلةٌ وثيقةٌ بالعقد، والأصل احترامُ إرادة الأطراف، **إلَّا أن بعضَ القوانين تشترط وجود صلة وثيقة** بين القانون المختار والعقد محل الخصومة، فلو اختار الخصوم قانونًا غير ذا صلةٍ، لم يلزم المحكَّم به، ويختار ما يناسب العقد[٤]، فيعاملان معاملة من لم يختر القانون.

والقانون الأقرب لمحل النزاع محلُّ اجتهادٍ ورأي، ولذلك عرض الباحثُ مسألة الاجتهاد في شخص المحكم، واجتهاده هو الذي يوصله للقانون الألصق بمحل النزاع، وحددت بعض اللوائح والقوانين الخاصة بالتحكيم ما يعين المحكَّم على معرفة القانون الأقرب، ومن هذه الأمور: جنسيةُ المتعاقدين، ومحلُّ العقد، ومكانُ

---

(١) ومثله سيأتي عند مخالفة النظام الأساسي لمركز التحكيم.

(٢) فرحان، القانون الواجب التطبيق ص: ٩٩.

(٣) أشرف وفا، القانون واجب التطبيق في عقود الاستثمار ص: ٣٠٤.

(٤) المرجع السابق، ص: ٣١٩.

تنفيذِ الحكم، **وجاء في نص المادة ٢٨ من لائحة التحكيم للمركز الإسلامي للتحكيم (IICRA):** (وفي حالة عدم تحديد القانون واجب التطبيق في مشارطة أو شرط التحكيم؛ فإنَّه يتعيَّنُ على هيئة التحكيم اختيار القانون واجب التطبيق الأكثر التصاقًا بالعقد محلِّ النزاع؛ مسترشدةً بمكان انعقاد العقد، **ومكان تنفيذه، وجنسية المتعاقدين، وموطنهما،** والقانون واجب التطبيق).

كما يراعي المحكَّمُ الأعرافَ الجارية في نوع المعاملة محل النزاع، والقانون الأكثر ملاءمةً للعقد محل النزاع، **جاء في المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصري:** (٢- وإذا لم يتَّفقِ الطرفانِ على القواعد القانونيَّة واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبَّقت هيئةُ التحكيم القواعدَ الموضوعية في القانون الذي ترى أنَّه الأكثر اتصالًا بالنزاع. ٣- يجب أن تراعي هيئةُ التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروطَ العقد محلِّ النزاع، والأعرافَ الجاريةَ في نوع المعاملة)، ومثله ورد في قانون التحكيم الأردني مادة ٣٦.

ويقوم المحكَّمُ باختيار القانون الواجب التطبيق بالطرق التالية[1]:

أ- **التحديد المباشر:** فيحدد القانونَ الألصقَ بمحلِّ النزاع من خلال النظر في القواعد الموضوعية للعقد، فيجعل محطَّ اهتمامه العقد، دون قواعد تنازع القوانين.

ب- **التطبيق الجامع لأنظمة القوانين المرتبطة بالنزاع في العقد:** وهنا يراعي قواعدَ تنازع القوانين.

ج- **اللجوء إلى مبادئ القانون الدولي الخاص:** فهنا لا يقومُ بإعمال تنازع القوانين في بلدٍ معينٍ، وإنما يختار القواعدَ المتعارف عليه دوليًّا، وتكون أكثر قبولًا وانتشارًا.

---

(١) فرحان، القانون واجب التطبيق، ص: ١٠١ و١٠٢، وانظر المادة ٤٢ من لائحة المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (ICSID).

وبعضُ مراكز التحكيم تبيِّنُ بوضوحٍ القانون الواجب التطبيق عند عدم الاتفاق، وهذا يُسمَّى **(بالإسناد الجامد)**، ولا سلطة واسعة للمحكم حينها[١]، ومن أمثلة ذلك ما جاء في المادة ١٩ من النظام الأساسي لمركز اتحادِ المحامينَ العرب للتحكيم: (إذا لم يوجد اتفاقٌ بينَ الأطراف على القواعد القانونيَّة طُبِّقت قواعدُ قانون اليونسترال[٢] للتحكيم، معدلةً بما هو واردٌ في هذا النظام، وما لا يخالف أحكامه).

٣- تعارض القانون واجب التطبيق مع النظام الأساسي لمركز التحكيم:

يتفق الطرفانِ في مشارطة التحكيم، أو في شرط التحكيم، على إسنادِ الأمرِ إلى مركزٍ دوليٍّ خاصٍّ بالتحكيم، ويُعَد هذا المركزُ شخصيةً اعتبارية، والشخص الاعتباري لا يصحُّ أن يتولَّى عملية التحكيم بصفته، وإنما يسند الأمر إلى أحد المنتمين والمعتمدين لديه[٣]، وكل مركز تحكيم له نظامٌ ولوائح خاصَّة به، ولا يجوز أن يحكم المحكَّم بحكمٍ يخالف لوائحَ مركز التحكيم الذي أُوكِلَ النزاعُ إليه.

ومثال ذلك: المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم (IICRA)، فمن نظامه الأساسيِّ التزامُ أحكام الشريعة الإسلامية، وعدم مخالفتها، فإذا كان القانونُ الواجب التطبيق يجيزُ الحكم بفائدةٍ على دَينٍ لصالح أحد الخصوم؛ لم يجز للمحكَّم الحكم بها، وجاز مخالفة القانون الذي اختاره الخصوم، **وجاء في المادة ٢٨ من لوائح المركز الخاصة بالتحكيم ما نصُّه:** (يجب على المحكَّمينَ الالتزامُ بالقانون الذي اختاره أطرافُ النزاعِ... **وفي جميع الأحوال يتوجَّب على هيئة التحكيم استبعادُ الأحكام التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية في القانون واجب التطبيق**، ولهيئة التحكيم أن تختار من بين المذاهب الإسلامية وآراء

(١) أشرف وفا، القانون واجب التطبيق في العقود الدولية ص: ٣٢٢.

(٢) اليونسترال: هي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تأسَّست عام ١٩٦٦م، ومقرها في فيينا، جمهورية النمسا.

(٣) انظر: عزمي عطية، قانون التحكيم الكويتي ص:٢٠٢.

المجامع الفقهية واجتهادات هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية ما تراه مناسبًا لموضوعِ النزاع)، **ومثله ما جاء في معيار التحكيم من المعايير الشرعية:** (يجب على المحكَّمِ عدمُ مخالفة الشريعة الإسلامية، وإذا قُيِّد بقانونٍ معيَّنٍ فيجب عليه عدمُ مخالفة أحكام الشريعة)[1]، فهنا أجازت المادة لهيئة التحكيم مخالفة القانون واجب التطبيق إلى ما تسترشد به من قرارات واجتهادات العلماء، ومن هنا تظهر أهميةُ اشتراطِ الاجتهاد والقدرة العلمية في المحكَّم، وأقل ما يمكن أن يكون للمحكَّم قدرة علمية في موضوع النزاع، ومن الممكن إرجاعُ الأمر إلى شخصٍ قانونيٍّ أو شرعيٍّ؛ للتأكد من سلامة الحكم قبل صدوره، كما نصَّت المادة ٣٧ من لائحة (IICRA): (يجوزُ لهيئة التحكيم أن ترفع مشروعَ حكم التحكيم قبلَ توقيعه إلى الهيئة الشرعية التي يعتمدها المركزُ، وللهيئة الشرعية أن تُدخِلَ تعديلاتٍ شكليَّةً على الحكم، ولها أيضًا أن تلفت انتباهَ هيئةِ التحكيم إلى مسائل موضوعية لها علاقة بالشريعة الإسلامية، دون المساس بما لهيئة التحكيم من حرية في صياغة الحكم)، وسبب ذلك: ليتأكد المحكَّمُ من سلامة حكمِه من الناحية الشرعيَّة؛ حتى لا تقَعَ المخالفةُ مع النظام الأساسي للمركز.

المطلب الثاني : الطعن على حكم المحكَّم

إذا أصدر المحكَّم حكمه، وكان حاسمًا مُنهِيًا للنزاع، فالأصل وجوب تنفيذ هذا الحكم، وعدم جواز الطعن عليه بأي شكل من الأشكال، وهذا ما نصت عليه أغلب قوانين التحكيم العربية؛ لأن من مزايا التحكيم التي تجعل الخصوم تجنح إليه بدل القضاء أنَّ الحكم فيه نهائي، فلو كان قابلًا للطعن لم تكن له فائدة، وكان مضيعةً للوقت، وكان القضاء أيسَرَ منه في فض النزاع.

(١) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار ٣٢ الخاص بالتحكيم فقرة: ٤/٩.

وكذلك الفقهاء المسلمون؛ حيث نص الجمهور على لزوم الحكم للخصوم[١]، واختلفوا في مسألة إبطال القاضي لحكم المحكَّم وعدم تنفيذه، واختلفوا في ذلك على أقوال، وهي كما يلي:

- **القول الأول:** يجوز للقاضي إبطال حكم المحكَّم إذا لم يكن اجتهاد المحكَّم موافقًا لاجتهاد القاضي، وهو قول الحنفية[٢]، واستدلوا بما يلي:

أ- أن المحكَّم لم يُقلَّد من جهة القاضي، وإنما من جهة الخصوم، فلذلك لزم الخصوم، ولم يلزم القاضي، فله إبطاله إن كان مخالفًا لاجتهاده في محل النزاع.

ب-أن القاضي ولايته عامَّة على الجميع؛ حتى على القاضي الآخر، أما المحكم فولايته خاصَّة من الخصوم، فجاز للقاضي نقضه.

ويُجاب عن هذا: أن الولاية الخاصة مقدَّمة على الولاية العامة[٣]، فكانت ولاية المحكم على محل النزاع أولى وأقوى من ولاية القاضي، وكما جاء في القاعدة الفقهية: (ما كان أقلَّ اشتراكًا كان أقوى تأثيرًا وامتلاكًا)[٤].

- **القول الثاني:** لا يجوز للقاضي إبطال حكم المحكم، فيلزمه إمضاؤه إن رُفِع إليه؛ إلا أن يكون جورًا بَيِّنًا، وأنه لا ينقض الحكم إلا من حيث ينقض حكم القاضي؛ وهو قول المالكية[٥]، والشافعية[٦]، والحنابلة[٧]، واستدلوا بما يلي:

---

(١) راجع: العيني، البناية (٩٠/٦)، الدسوقي، محمد ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٣٦/٤)، الرَّمْلي، نهاية المحتاج (٢٤٣/٨).

(٢) العيني، البناية (٦٠/٩).

(٣) راجع: السيوطي، الأشباه والنظائر ص:١٥٤، وابن نُجَيم، الأشباه والنظائر ص: ١٣٣.

(٤) الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية ص: ٣١١.

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٣٦/٤).

(٦) الرَّمْلي، نهاية المحتاج (٢٤٣/٨).

(٧) ابن قُدامة، المغني (٩٤/١٠).

أ- قال النبي ﷺ: **(مَن حكَمَ بين اثنينِ تراضَيَا به فلم يعدِلْ بينهما فهو ملعونٌ)**.

وجه الدلالة: أنه لو لم يكن حكمه ملزمًا بينهما لم يلحقه اللعنُ والملامة، فلو كان غير لازمٍ ولم يعدل لم يستحق اللعن لإمكان الخصوم قبول حكمه أو رفضه، فلما استحق اللعن دلّ على أنه لازم عليهما.

ويُجاب عن هذا الدليل: أنه حديث موضوعٌ، لم يُروَ في كتب الحديث[1]، فلا يصح الاستدلال به؛ لضعفه الشديد.

ب-أن حكم المحكم يرفع الخلاف، فيكون بمنزلة حكم القاضي الذي يلزم الخصومَ، ويلزم غيرَه من القضاة.

- **القول الثالث:** لا يكون حكم المحكَّم ملزمًا للخصوم، ولا حتى من جهة القاضي، ولا يكون ملزمًا للخصوم إلا إن تراضَوْا عليه بعد صدوره؛ وهو قول بعض الشافعية[2]، **واستدلوا بما يلي:**

أن سبب وجود ولاية للمحكم هو تراضي الخصوم عليه، فكما اعتُبِر رضاهما في إنشاء هذه الولاية، اعتُبِر رضاهما كذلك في قَبول الحكم، ولزومه.

ويُجاب عن هذا الاستدلال: أن المعتبَرَ رضاهما في إنشاء ولاية المحكَّم فقط، أما القولُ برضاهما على الحكم بعد صدوره ففيه مخالفةٌ لفكرة التحكيم في إنهاء الخصومة، ويصبح التحكيم وسيلة لا فائدة منها، فلا يعسر على الطرف الذي وقع عليه الحكم رفض تنفيذه.

- **الرأي المختار:**

من خلال عرض الأقوال في المسألة يظهر أن أصحاب القول الأول يجعلون العبرة في النهاية لاجتهاد القاضي ورأيه، ويُفهَم من هذا أن رأي المحكَّم ملزمٌ

(١) انظر: ابن حجر، أحمد بن علي، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير (٣٤١/٤).

(٢) الشربيني، مغني المحتاج (٢٦٨/٦)، والرَّملي، نهاية المحتاج (٢٤٣/٨).

لأطرافه، ما لم يُرفَع للقضاء، كما يُفهَم من هذا القول عدم اعتبار القضاء لمبدأ اختيار الخصوم للقانون واجب التطبيق، فالقانون المطبق عند القاضي هو المحلي دون المختار من قِبَل الخصوم.

والقول الثالث في المسألة يجعل التحكيم وسيلة لا فائدة منها، وفيه تفريغ للتحكيم من محتواه، كما يجعله أمرًا مضيعًا للوقت والجهد.

أمَّا القول الثاني القائل بأن التحكيم ملزمٌ للقاضي ولو خالف اجتهاده **فهو الراجح في نظر الباحث، وذلك لما يأتي:**

- أن عامة الفقهاء يشترطون في المحكَّم شروطَ القاضي، فالمفترض أنهما بمنزلة واحدة؛ من حيث العلم والفهم.

- أن هذا القول هو الذي يجعل قيمةً للتحكيم؛ من حيث كونه وسيلةً منهيةً للنزاع بدل القضاء.

- أن هذا القولَ لا يجعلُ حكم المحكَّم معصومًا، بل يجوز الطعنُ فيه أمام القضاء إن تبين فيه الظلم الواضح.

- **لزوم حكم المحكَّم في القانون:**

قوانين التحكيم تأخُذُ بتحصينِ حكم المحكَّم، وتجعل الأصلَ أنَّ حكمه نافذٌ في حق الخصوم، ولا يجوز الطعن مطلقًا، والقوانين تتفاوت في ذلك، فمثلًا قانون الإجراءات المدنية الإماراتي يجعل حكم المحكَّم غير قابل للطعن، **فنصت المادة ٢١٧ فقرة١** (أحكام المحكَّمين لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن)[١]، ولكن أجاز القانون الطعن بالمصادقة على الحكم، وبعض القوانين

(١) جاء بعده قانون اتحادي رقم ٦ لسنة ٢٠١٨م في دولة الإمارات الخاص بالتحكيم، ونصَّ على جواز الطعن والاعتراض على حكم المحكَّمِ أمام المحكمة، كما في المادة ٥٥ إلى ٥٧ من نفس القانون، والباحث هنا ذكر ما ذهب إليه قانونُ الإجراءات المدنية لبيان التطور التاريخي للاعتراض على حكم المحكَّم، فكان في البداية محصَّنًا بصورة تفوقُ تحصينَ الأحكام القضائيَّة.

تخفَّفت ووضَعتْ طرقًا يجوز منها الطعن على حكم المحكَّم، وهذه الطرق ضبَطتْ عمليةَ التحكيم، ولم تجعل من السهولة الطعن على ذلك.

- **الطعن على مصادقة القاضي لحكم المحكَّم:**

كما اختلف نظَرُ قوانين التحكيم في الطعن على حكم القاضي بالمصادقة على حكم المحكَّم، فالقانون الأردني لا يُجوِّزُ الاعتراضَ على ذلك، نصَّت المادة ٥٤ فقرة ب: (لا يجوزُ الطعن في قرار المحكمة الصادر بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الحكمُ الصادرُ برفض التنفيذ فيجوزُ الطعن فيه أمام محكمة التمييز خلال ثلاثين يومًا من اليوم التالي للتبليغ).

- **تقييم جدوى التحكيم:**

بعد عرضِ الباحثِ المسائلَ المهمَّة في التحكيم وعرض الأمور التي من شأنها إبطالُ حكم المحكَّم، أو عدم تحقيق المصلحة المرجوَّة من التحكيم، قد يكونُ القضاء وسيلةً أفضل من التحكيم في هذه الحال، لكن يبقى للتحكيم مزاياه الخاصَّة والاتفاقيات الدولية المخصَّصة لحماية التحكيم في الاستثمار الأجنبي.

فإذا تجنَّب الخصومُ والمحكَّم الإشكالات التي قد تعتري عمليةَ التحكيم، من خلال اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة، ويكون لصيقًا بالعقد، وأن يتم اختيار المحكَّم بناءً على القدرة العلمية في مجال التحكيم، وفي محل النزاع، فإذا ما رُوعِيت هذه الجوانبُ المهمَّة كان للتحكيم جدواه التي تجعله وسيلةً مجدية أكثر من القضاء في فصل نزاعات الاستثمار الأجنبي.

وفيما يتعلَّق بمخالفة النظام الأساسي، وخصوصًا عدم جواز مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، فيجبُ في هذه الحال إعلامُ المستثمر الأجنبي بهذه النقطة التي ربما تُعَد من بديهيَّات عقوده وتعاملاته، فهنا يجب إعلامُ الأطرافِ عند اختيارهم مركز تحكيم معيَّنٍ أن المركز لن يقوم بالحكم في مثل هذه الفوائد، وإلا ربَّما يلجأ الخصمُ إلى القضاء إذا كان قانونُ الدولة يجيز ذلك.

الخاتمـة

- **أولًا: النتائج**

- يعتبر التحكيم الوسيلة الطبيعية والأساسية لحسم نزاعات الاستثمار الأجنبي.
- يُشترَط القدرةُ العلميَّة في شخص المحكَّم؛ ليكون حَسمُه للنزاع سليمًا لا يقبل الطعنَ.
- عند توافر القدرة العلمية في المحكَّم فإن حكمه ملزم للقاضي ولو خالف اجتهاده، ولا يجوز نقضه من القاضي لتساوي اجتهاده مع اجتهاد المحكم.
- يجوز لهيئة التحكيم صدور حكمها مخالفا للقانون الواجب التطبيق، إذا كان القانون مخالفا للنظام الأساسي لمركز التحكيم.
- في حال إحالة النزاع إلى التحكيم المؤسَّسي يجب إطلاع المستثمر الأجنبيِّ على نظامه الأساسي، لتأثير ذلك على موافقته باختيار مركز التحكيم.
- توسع بعض القوانين في طرق الطعن على أحكام المحكَّمين يؤثر سلبًا على قرار المستثمر الأجنبي.

- **ثانيًا: التوصيات**

- يوصي الباحثُ بضرورة اشتراط القدرة العلميَّة في قوانين التحكيم، وعدم الاكتفاء بالأهليَّة، كما لا يُكتفَى بالواقع العلمي في التحكيم.
- يوصي الباحثُ بضرورة تفعيل الصلح، والتوعية به بصفته وسيلةً بديلةً لحَسْمِ النزاعات في الاستثمار الأجنبيِّ.

المصادر والمراجع

- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢ هـ)، رد المحتار على الدر المختار، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ – ١٩٩٢م.
- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٩٩ هـ –١٩٧٩م، تحقيق: عبد السلام هارون.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد (ت: ٦٢٠هـ)، المغني شرح مختصر الخرقي، الناشر: مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ–١٩٦٨م.
- ابن مفلح، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد (ت: ٨٨٤هـ)، المبدع في شرح المقنع، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م.
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م
- أبو حبيب، سعدي، القاموس الفقهي لغةً واصطلاحًا، الناشر: دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م.
- البابَرْتي، أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود (ت: ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، الناشر: دار الفكر.
- بكتاش عبد الحفيظ، تعويض المستثمر الأجنبي ضمانة أساسية لتفعيل العملية الاستثمارية في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، سنة: ٢٠١٥م.
- البُهُوتي، منصور يونس (ت: ١٠٥١هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت.

- الخزاعبلة، محمد عايد، موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، رسالة ماجستير في القانون، سنة ٢٠١٧م، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.
- الدوري، قحطان عبد الرحمن، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.
- رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
- رزق، طارق عبد الرؤوف صالح، التنظيم القانوني للإفلاس في ضوء قانون التجارة الكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- الزرقا، أحمد محمد (ت: ١٣٥٧هـ)، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- السَّرَخْسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد (ت: ٤٨٣هـ)، المبسوط، الناشر: دار المعرفة، سنة: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن (ت: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
- الشربيني، الخطيب محمد (ت: ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:١، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
- الشرمان، محمد ناصر، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، سنة: ٢٠١٥م.
- الشوكاني، محمد علي (ت: ١٢٥٠هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أحمد عناية، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

- الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت: ١٢٤١هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك، الناشر: دار المعارف.
- عطية، عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢م.
- علي حيدر، خواجه أمين أفندي (ت: ١٣٥٣هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسني، الناشر: دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- عليش، محمد بن أحمد (ت: ١٢٩٩هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
- العيني، بدر الدين محمود بن أحمد الغيتابي الحنفي (ت: ٨٥٥ هـ)، البناية شرح الهداية، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
- فرحان، سمير عبود، القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة ٢٠١٧م.
- الكاساني، ملك العلماء أبو بكر مسعود بن أحمد (ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)، الناشر: دار الميمان، الرياض، سنة ١٤٣٧هـ - ٢٠١٥م.
- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

- **الأبحاث المنشورة:**

- إبراهيم إسماعيل، عدم المساس بحق الملكية أداة لجذب الاستثمارات الأجنبية، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، مجلد ١، عدد ١٣، سنة ٢٠١٢م.
- محمد، أشرف وفا، القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية في مجال التحكيم، بحث منشور في مجلة كلية القانون العالمية، الكويت، العدد ٤، ج١، سنة ٢٠١٩م.
- المختار، طيبة جواد، الاستثمارات الأجنبية المباشرة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد ٣، السنة العاشرة ٢٠١٨م.
- المسافري، حمد سالم، وسائل حماية المشاريع التجارية في قانون الإفلاس الإماراتي الجديد، منشور في مجلة كلية القانون العالمية، الكويت، العدد٢، سنة ٢٠١٨م.

* * *