https://doi.org/10.34120/jgaps.v50i192.133

القانون الأجنبي على منازعات الاستثمار: تجربة التحكيم في محاكم المركز المالي العالمي بدبي

ظفر محمد الهاجري [1]

عبدالله راشد الشبلي [2]

الملخص

الأهداف: تأتي أهمية الدراسة من طريق تقييم التجربة الإماراتية في مجال إنشاء محاكم مركز دبي المالي العالمي وبيان مدى الحاجة إليها في دولة الكويت، مع توضيح الطريقة المناسبة لتطوير نظام التحكيم إذا كانت التجربة الإماراتية غير مناسبة للتشريعات الكويتية، بالإضافة إلى بيان مدى مخالفتها للنظام العام. **المنهج:** تسعى دولة الكويت جاهدة إلى جذب المستثمر الأجنبي عن طريق تقديم عدد من الضمانات والحوافز، منها إيجاد نظام تحكيمي يضمن حقوق جميع الأطراف، وقد أثار هذا النظام عدداً من التساؤلات منها: هل نجحت تجربة مركز دبي؟ هل تسمح القوانين الكويتية والدستور الكويتي بإنشاء هيئة مشابهة واقتباس التجربة الإماراتية؟ وما الحلول البديلة لجذب الاستثمارات الأجنبية بقدر يتجنب التعارض مع القوانين الوطنية؟ وعليه؛ يكون هدف الدراسة هو الإجابة عن التساؤلات السابقة. **النتائج:** توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج، منها؛ أن التحكيم يمثل أحد الحوافز والحماية القانونية للاستثمار الأجنبي، وأن التشريعات الوطنية الخاصة بالاستثمار الأجنبي تحتاج إلى تحديث مستمر ومراقبة فعالة، وأن تطبيق القانون الأجنبي يعد تنازلاً عن سيادة القانون الوطني. **الخاتمة:** اختتمت الدراسة بعدد من التوصيات، من أهمها: على الرغم من أنه من الصعب تطبيق تجربة محاكم مركز دبي المالي العالمي في الكويت، فإنه يمكن إيجاد حلول أكثر ملاءمة في هذا المجال؛ مثل تسهيل عملية اللجوء إلى القضاء والتحكيم بالنسبة إلى المستثمر الأجنبي، والاستفادة من التقدم التكنولوجي في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية: التحكيم المؤسسي، القانون الواجب التطبيق، الاستثمار الأجنبي المباشر

(1) أستاذ مشارك، قسم القانون الخاص، أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية، الكويت. الإيميل: Alhajri-11@hotmail.com

(2) أستاذ مشارك، قسم القانون الخاص، أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية، الكويت. الإيميل: A2r@dr.com

- تُسلّم البحث في: 2022/10/30 ،عُدّل في: 2023/1/10، أجيز للنشر في: 2023/1/11.

تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت. جميع الحقوق محفوظة للمجلة.

للاستشهاد بهذه المقالة انظر ص.207

International law relating to investment disputes: The experience of international financial center for arbitration in Dubai

Thafar M. Alhajri[1]
Abdullah R. Alshebli[2]

Abstract

Objectives: This article aimed to evaluate the experience of Dubai International Financial Center for Arbitration, besides the need for such courts in Kuwait, as well as the appropriate method for developing the system of arbitration, in case the Emirates' experience wasn't consistent with the Kuwaiti legislations, and how it didn't match the general system. **Method**: At present, Kuwait aims to attract foreign investment by offering several guarantees and incentives to investors, as well as by developing an arbitration system that guarantees the rights of all parties. This raised several questions: Was the DIFCA experience successful? Do Kuwaiti constitution and law permit the establishment of a similar body? What are the alternative solutions to attract foreign investments? **Results:** The research concluded that arbitration represented one of the best incentives for foreign investment, and that national legislation on foreign investment needed continuous updating and effective monitoring. Furthermore, enforcing of foreign law was a waiver of the sovereignty of the national law. **Conclusion:** The research concluded with several recommendations, the most important of which were that it would be difficult to replicate the DIFCA courts in Kuwait. Also, there were more intermediate solutions in Kuwait law such as facilitating the process of resorting to the judiciary and arbitration for foreign investors and benefiting from technological progress in this field.

Keywords: institutional arbitration, applicable law, foreign direct investment

(1) Associate Professor, Department of Private Law, Saad Al-Abdullah Academy for Security Sciences, Kuwait. Email: Alhajri-11@hotmail.com

(2) Associate Professor, Department of Private Law, Saad Al-Abdullah Academy for Security Sciences, Kuwait. Email: A2r@dr.com

-Submitted: 30/10/2022, Revised: 10/1/2023, Accepted: 11/1/2023.

Published by the Academic Publication Council of Kuwait University. All rights reserved.

To cite p.207

المقدمة

نتيجة لعدم معرفة المستثمر الأجنبي وعدم إلمامه بكل الأنظمة القانونية بالبلاد التي سوف يستثمر أمواله بها يفضل اللجوء إلى التحكيم. ويتحدث كثيرون عن قانون دبي الخاص بنظام التحكيم الصادر عام 2004 وعن مدى دعمه للاستثمار الأجنبي، وبالمقابل هناك صعوبة في تطبيق هذه التجربة؛ مما ترتب عليه إلغاء هذه التجربة في عام 2021. وعليه؛ اتضح جلياً وجود فقر كبير ونقص في المعرفة المتعلقة بهذا القانون؛ مما فرض علينا مسؤولية بحث هذا المجال للوقوف لتعرّف حقيقته، والإجابة عن التساؤلات المطروحة حوله، ومدى مناسبته للبيئة القانونية في دولة الكويت.

إشكالية الدراسة

ينادي الكثير من الناس بأهمية دعم الاستثمار الأجنبي في دولة الكويت، ومن طرق الدعم الرئيسية في هذا المجال تهيئة البيئة القانونية لحل النزاعات التي يمكن أن تقع بين طرفين مختلفين في النظام التشريعي وفي القانوني الخاص بهما. ومن خلال النظر إلى التجارب المتقدمة في هذا المجال في المنطقة نجد أن مركز دبي للتحكيم جاء بتجربة فريدة في المنطقة، وهي تطبيق النظام القانوني المختلف لنظام الدولة؛ فهو يجيز لمركز التحكيم أن يطبق القانون الأجنبي في ذلك المركز، كما أن القضاة يكونون فيه من دول مختلفة. وقد أثار هذا النظام عدداً من التساؤلات، منها: هل نجحت تجربة مركز دبي؟ هل تسمح القوانين الكويتية والدستور الكويتي بإنشاء هيئة مشابهة واقتباس التجربة الإماراتية؟ وما الحلول البديلة لجذب الاستثمارات الأجنبية بقدر يتجنب التعارض مع القوانين الوطنية؟

أسئلة الدراسة

هناك العديد من الأسئلة لدى كثير من الناس حول نظام التحكيم في دبي الصادر عام 2004؛ فجاءت هذه الدراسة محاولة للإجابة عن هذه الأسئلة المتعلقة

بهذا القانون وهذه التجربة، ومنها: هل يجوز الاتفاق على تطبيق قانون غير القانون الكويتي في الأراضي الكويتية بناء على التحكيم والتجربة في إمارة دبي؟ وما الضمانات والمحفزات البديلة الخاصة بالتحكيم؟ وأسئلة أخرى.

أهمية الدراسة

تعد هذه الدراسة بمثابة النافذة التي تنطلق منها الأبحاث الأخرى التي يكون موضوعها تجربة دبي في نظام التحكيم بطريقة أكثر تخصصاً وتعمقاً. وركزت الدراسة على الجوانب القانونية المتعلقة بقانون دبي للتحكيم، مع الابتعاد -قدر الإمكان- عن الجوانب السياسية والاقتصادية المتعلقة بالتجربة، ويعد قانون مركز دبي المالي العالمي من أكثر القوانين الدولية جدلاً؛ إذ أخذ القانون حيزاً كبيراً من النقاش حول مضمونه ونطاق تطبيقه، وبما أن الكثيرين يجهلون معنى القانون، فقد جاءت هذه الدراسة لتزيل الغموض عن هذه التساؤلات المطروحة، كما أنها تعد بداية لدراسات أخرى، تتناول هذا القانون بالدراسة والمناقشة من جوانب أخرى. فالدراسة فيها من الموضوعات الحديثة التي لم تتطرق لها الدراسات السابقة. وتحاول إسقاط التجربة الإماراتية الحديثة على دولة الكويت في هذا المجال، والدروس المستفادة منها، وتجنب الأخطاء التي وقع فيها المشرع الإماراتي.

منهج الدراسة

اتبع الباحثان الأسلوب التحليلي التأصيلي بالنسبة للقوانين الكويتية؛ بهدف النظر في التشريعات الكويتية وتحليلها لمعرفة الوضع الحالي، كما أن الباحثين اتبعا الأسلوب المقارن عن طريق مقارنة التشريع الكويتي مع التشريعات المقارنة للبحث عن أفضل الحلول الواقعية، فقد انتهج الباحثان المنهج التحليلي المقارن (Comparative Legal Analysis)، وهو في مجمله أسلوب يساعد الباحثين على الاطلاع على قوانين الدول الأخرى، والمقارنة بينها وتحليلها بهدف الاستفادة من

خبراتها وتجاربها، كما أن هذا المنهج يعد من أرقى صور الدراسات القانونية، ويؤدي إلى فوائد جمة تسهم في تقدم العلوم القانونية (إسماعيل، 2016، ص.106).

صعوبات الدراسة

تجدر الإشارة هنا إلى أنه قد واجهتنا مجموعة من الصعوبات، ونحن بصدد إعداد هذه الدراسة، أولاً: قلة المراجع العربية حول هذا القانون، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أنه موضوع حديث وقد أتى بأفكار جديدة تخالف ما هو معمول به منذ القدم في مجال الاختصاص القضائي. ثانياً: اختلاف النظام القانوني (Common Law) عن النظام القانوني في المنطقة العربية (Civil Law)؛ إذ حاولت التجربة الإماراتية الجمع بينهما وبصورة أكثر وضوحاً، حاولت تطبيق (Common Law) في دبي التي نظامها القانوني هو(Civil Law).

خطة الدراسة

وبهدف تحقيق الغرض الرئيس من هذه الدراسة من جهة، والإجابة عن تساؤلاتها المطروحة من جهة أخرى، قمنا بتقسيمها إلى مبحثين: تناول المبحث الأول منهما موضوع التحكيم والاختصاص القضائي، ولإضفاء مزيد من التفصيل والتوضيح على هذا المبحث، قمنا بتقسيمه إلى مطلبين: ناقش المطلب الأول منهما التحكيم ومدى أهميته في جذب الاستثمار الأجنبي، في حين عرض المطلب الثاني لمدى حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق. أما المبحث الثاني؛ فقد تناول تجربة مركز دبي المالي العالمي، وسلط الضوء على كيفية الاستفادة منها، وكي يؤتي هذا المبحث ثماره المرجوة، قسم إلى مطلبين: المطلب الأول يحاكي تجربة مركز دبي المالي العالمي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق، والمطلب الثاني يناقش الدروس المستفادة من التجربة، وكيف يمكن لدولة الكويت الاستفادة منها، مع طرح بعض الضمانات البديلة.

المبحث الأول: التحكيم والاختصاص القضائي

يقوم التنظيم القضائي في الدول على الاختصاص القضائي الذي تنظمه قوانين الدولة، إلا أن التحكيم قد يمثل استثناء على تلك الاختصاصات للمحاكم؛ بغرض دعم الاستثمار الأجنبي، وهو ما قد يصل إلى المساس بالنظام العام بالدولة وسيادتها. ولبيان ذلك قسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول يتعرض لموضوع التحكيم ودوره في دعم الاستثمار الأجنبي، أما المطلب الثاني؛ فيناقش مدى حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق، وكل ذلك على التفصيل الآتي.

المطلب الأول: التحكيم وأهمية الاستثمار الأجنبي

يلعب الاستثمار الأجنبي دوراً كبيراً في تنمية الدول، ولا يشمل ذلك كونه مصدراً لرأس المال فقط، بل لأنه قد يعد المصدر الوحيد للحصول على التكنولوجيا الحديثة (سليمان، 2016، ص.655). في الكويت هناك عدة أهداف للاستثمار الأجنبي المباشر (Foreign Direct Investment [FDI]) ، من أهمها: جذب التكنولوجيا المتطورة عن طريق دخول الشركات الأجنبية إلى دولة الكويت. والمستثمر الأجنبي هو كل مستثمر سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، ينتمي إلى دولة مختلفة عن الدولة المستثمر بها، فهو الاستثمار الناشئ عبر الحدود (يحياوي، 2019، ص.219).

فللاستثمار الأجنبي آثار إيجابية وأخرى سلبية على الدولة والاقتصاد والمجتمع (سعيدي، 2018، ص ص.125 -128). ومن أهم الآثار السلبية للاستثمار الأجنبي المساس بسيادة الدولة من خلال الضغط على الكيانات الحكومية المختلفة (الدسوقي، 2019، ص.155). أما الآثار الإيجابية؛ فمنها أن الاستثمار الأجنبي فيه استقرار اقتصادي وأمني وإقليمي للدولة، فالشركات الأجنبية سوف تسعى إلى المحافظة على أموالها عن طريق المحافظة على أمن الدولة الحاضنة واستقرارها واقتصادها.

وبالمقابل قد تسعى الشركات الأجنبية إلى تحقيق أهدافها الخاصة، ومنها التنويع الذي يعد أحد السبل لتخفيض المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها الشركات، ومنها انخفاض الدخل؛ إذ إن سهولة انتقالها من دولة إلى أخرى يمكنها من التحرك إلى الدول ذات العائد المرتفع (سليمان، 2016، ص.257).

وجذب الاستثمار الأجنبي ليس بالأمر السهل كما يعتقد البعض؛ ذلك لأن المستثمر الأجنبي ليس على استعداد للمجازفة بأمواله بأن يضعها في بيئة غير صالحة للاستثمار، أو فيها العديد من المخاطر، سواء أكانت مخاطر تجارية؛ مثل أعمال المنافسة أو تغيير قوى العرض والطلب، أم مخاطر غير تجارية؛ مثل التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة للمصلحة العامة وغيرها (حسن، 2017، ص.194).

والتشريعات الوطنية الخاصة بالاستثمار الأجنبي تحتاج إلى تحديث مستمر ومراقبة فعالة؛ وذلك لتهيئة المناخ الاستثماري الجاذب للمستثمر الأجنبي (الزهير، 2019، ص.289). وهناك تعارض بين سياسة التحفيز للاستثمار الأجنبي المباشر، وضبط الاستثمار في النطاق الوطني؛ لذلك صدرت قوانين عدة لتنظيم هذا التعارض بما يسمى قانون الاستثمار الأجنبي (الجدران، 2019، ص.13).

والحوافز هي كل ميزة اقتصادية توفرها الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي، يكون الهدف منها دعم التنمية في الدولة، والاستفادة المحتملة من الاستثمار الأجنبي المباشر، وهناك منافسة دولية من جانب تقديم الحوافز والعروض بغرض جذب المستثمر الأجنبي (بودالي، 2021، ص.62).

وهناك عدد من الحوافز والضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي (Foreign Investment)، من أهمها التحكيم. وللتحكيم دور في تشجيع الاستثمار الأجنبي ودعمه؛ فهو يتيح نوعاً من الحرية في اختيار وسيلة تسوية المنازعات (الروحاني، 2019، ص.153).

ومن العوامل الرئيسية في جذب الاستثمار الأجنبي وتشجيعه أن يوجد نظام تحكيمي يقوم على تسوية النزاعات المتعلقة بالمستثمر الأجنبي (الروحاني، 2019، ص.169). والموضوع يتعلق بأمرين: الأول خاص باختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع، والثاني يتناول اختيار الوسيلة المناسبة لحل النزاعات.

والحماية القانونية للمستثمر الأجنبي تعني حماية حقوقه ومركزه في الدولة المضيفة عن طريق تقديم الوسائل الكفيلة والمشجعة له، ومن تلك الوسائل إجراءات التحكيم وتسوية المنازعات (أحمد، وأحمد، 2021، ص.397).

والحاجة لنظام التحكيم في تطور مستمر؛ ففي الماضي كان نظام التحكيم أمراً استثنائياً نادراً؛ لأنه يتدخل في اختصاص القضاء الوطني ويتعلق بسيادة الدولة، وفي الوقت الحاضر أصبح نظام التحكيم من العوامل المهمة في حل النزاعات بأنواعها كافة (محمد، 2019، ص.291).

ومن المشكلات العملية لنظام التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث خلاف بين المستثمر الكويتي والمستثمر الأجنبي، وهل يجوز اختيار قانون أجنبي أو نظام قانوني معين غير القانون الوطني ليطبق على النزاع محل التحكيم؟ هذا التساؤل خصص المطلب القادم للإجابة عنه.

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي حق أصيل للدولة

قواعد الاختصاص للمحاكم تدخل في اختصاص كل محكمة، وهي سلطة المحاكم الخاضعة لقانون الدولة بنظر الدعوى المرفوعة إليها، سواء تعلق ذلك بنوع الدعوى أم بقيمتها، أم بمكان رفعها وغيرها؛ أي أن المحكمة مختصة بنظر الدعوى- وهو توضيح إذا ما كان القضاء الوطني مختصاً من عدمه- ويطلق عليه قواعد تنازع الاختصاص القضائي. وفكرة الاختصاص القضائي أن محكمة واحدة في الدولة لا تستطيع نظر جميع القضايا والمنازعات الواقعة بين جميع

الأفراد في مختلف أنحاء الدولة، وعليه يستلزم تجزئة تلك الولاية (الاختصاص) إلى أجزاء، بحيث يكون لكل محكمة نصيب من هذه الولاية، فهذا الجزء الممنوح للمحكمة من ولاية القضاء هو اختصاصها.

وللاختصاص القضائي أنواع عدة، منها، الاختصاص الدولي للمحاكم الكويتية؛ إذ لا يجوز الاتفاق على استبعاد القضاء الكويتي لصالح قضاء أجنبي. ويُعد العقار الموجود خارج دولة الكويت مثالاً على الاختصاص الدولي؛ إذ إن المحاكم الكويتية غير مختصة بالنظر في الدعاوى العقارية المتعلقة به، وقد نصت محكمة التمييز على أن: "المحاكم الكويتية الأصل اختصاصها بالدعاوى المرفوعة على الكويتي والأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة غير معتاد بالكويت، وكان له فيها موطن مختار. الاستثناء. عدم اختصاصها بالدعاوى العقارية المتعلقة بعقار خارج الكويت" (الطعن 1989/311 تجاري جلسة 1990/3/11).

ولا يعني ذلك أن الأجنبي لا يستطيع رفع الدعاوى أو أن ترفع عليه الدعاوى في الكويت؛ إذ نصت محكمة التمييز على أن: "المحاكم الكويتية. اختصاصها بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي متى كان له في الكويت موطن مختار، ولو لم يكن له بها موطن أو محل إقامة" (الطعن 238/ 2007 تجاري جلسة 2008/6/12).

إذا تجاوز القاضي حدود ولايته القضائية الدولية، فإن حكمه يكون منعدماً، ولا يحوز أي حجية، مثل الحكم الصادر ضد أجنبي لا يخضع لولاية القضاء الوطني؛ فهي كالأحكام الصادرة عن غير قاضٍ، فتكون هي والعدم سواء. ونصت محكمة التمييز على أن: "العدالة مصلحة عامة تباشرها الدولة في الحدود التي تحقق هذه المصلحة بواسطة قضائها دون غيره من قضاء أجنبي، الاختصاص الدولي المعقود للمحاكم الكويتية من النظام العام، الاتفاق على تنحية القضاء الكويتي لصالح قضاء أجنبي. غير جائز" (الطعن 38/ 1974 تجاري جلسة 1975/5/21).

وعليه؛ لا يجوز الاتفاق بين الخصوم على تنحية القضاء الكويتي لمصلحة قضاء أجنبي؛ فهو أمر من النظام العام، إلا أن الأمر يختلف عند تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي؛ إذ قد يسمح القانون الوطني بتطبيق القانون الأجنبي على نزاع معين، وهو ما يسمى بالقانون الدولي الخاص.

فالقانون الدولي الخاص هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي (خويرة، 2020، ص.339)، فتحدد القانون الواجب التطبيق، فسيكون قانون الدولة التي يوجد بها الأجنبي، أم قانون دولته هو؟

فمثلاً، إذا طلق زوج زوجته في دولة غير دولته، فإن القانون الذي يطبق عليه هو قانون دولته وليس قانون الدولة التي وقع فيها الطلاق، وهو ما نصت عليه محكمة التمييز الكويتية بالقول إنه: "القانون الواجب التطبيق على الطلاق إذا كان طرفا الدعوى مصريين، هو قانون الأحوال الشخصية المصري". (الطعن 1985/2 أحوال جلسة 4/15/ 1985)، وهذا استثناء على مبدأ الإقليمية؛ لأن ثقافات الشعوب وعاداتهم تختلف من مجتمع إلى آخر، فإذا أراد الأجنبي التمسك بقانون دولته، وجب عليه أن يطلب من القاضي أن يطبق عليه قانون دولته، ولكن لا يجوز لهذا الأجنبي أن يتمسك بقانون دولته إذا كان يخالف النظام العام في الدولة التي يتحاكم فيها.

ويشترط أن تطرح مسألة تنازع القوانين (Conflict of Laws) من الخصوم في القضية، وضرورة تمسك الخصم المستفيد من تطبيق القانون الأجنبي؛ فقواعد الإسناد غير ملزمة، فلا تبحث مسألة تطبيق القانون إلا إذا أثارها الخصوم، وإلا تجاهلت المحكمة الموضوع وطبقت القانون الوطني الكويتي (السمدان، 1986، ص.23).

وفي الواقع العملي نجد أن هناك اتجاهاً لدى بعض قضاة الموضوع في الكويت إلى تجاهل بعض شروط تطبيق قواعد الاختصاص القضائي الواردة في

القانون، وعدم الالتزام بقواعد الإسناد الواردة بالتشريع الكويتي، والذي قد يرجع إلى صعوبة الوصول إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق، خصوصاً في مسائل الأحوال الشخصية؛ مما جعل البعض ينتقد هذا الأمر ويصفه بأنه انحراف عن مقاصد الشارع (السمدان، 2006، ص ص.296-297).

كذلك الأمر بالنسبة إلى الشركات؛ إذ يطبق قانون مركزها الرئيسي، وهو ما أكدته محكمة التمييز بالنص على أن: "النظام القانوني للشركات الأجنبية يسري عليه قانون دولة مركز إدارتها الرئيسي الفعلي" (الطعن 104 /92 تجاري جلسة 1992/12/21).

وفي الواقع العملي هناك أحكام تم الحكم فيها وفقاً للقانون الأجنبي، وهو ما أكدته المحكمة حين نصت على أنه:

مؤدى نص المادة (34) من القانون رقم (5) لسنة (1961) بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي أن النظام القانوني للشركات الأجنبية يسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الشركات مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، وكان الثابت من الشهادة الصادرة من محكمة مدينة صوفيا ببلغاريا والمترجمة إلى اللغة العربية - بلا خلاف بين طرفي الطعن- أن الشركة المطعون ضدها مقرها الرئيسي تلك المدينة؛ بما يغدو معه القانون البلغاري هو القانون الواجب التطبيق لتحديد نظامها القانوني، وأنه وإن كان النص في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون البلغاري رقم 56 لسنة 1989 بشأن الأنشطة الاقتصادية بدولة بلغاريا والمنشور بجريدتها الرسمية رقم (4) في 13-1-1989والمقدم من الشركة المطعون ضدها صورة منه غير مجحودة من البنك الطاعن، ومعتمدة ترجمتها إلى اللغة العربية من وزارة العدل الكويتية... (الطعن 2006/449 تجاري جلسة 2009/1/20).

كما تخضع الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي للقانون الذي يختاره المتعاقدان، وهذا ما نص عليه الطعن رقم 88/198 تجاري جلسة 1989/1/30 من أن: "الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، خضوعها للقانون الذي يختاره المتعاقدان".

ويستثنى من هذا الأصل العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميهم؛ إذ يطبق القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال، وقد نصت محكمة التمييز على أنه:

العقد ذو العنصر الأجنبي، الأصل خضوعه من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده والآثار التي تترتب عليه لقانون إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية. خلو العقد منها. خضوعه لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً. وسريان قانون الدولة التي تم فيها العقد إن اختلفا موطناً. الاستثناء من حالاته: العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميهم. سريان القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال. مثال بشأن سريان القانون الكويتي على مؤسسة تجارية يقع مركز إدارتها بالكويت. م 62 من القانون رقم (5) لسنة (1961) الخاص بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي (الطعن 1973/19 تجاري جلسة 1974/5/1).

تطبيق القانون الأجنبي يعد تنازلاً عن سيادة القانون الوطني للدولة، إلا أنه يشترط ألا يخالف القانون الأجنبي النظام العام، وتقدير تحقق انتهاك النظام العام هو من سلطات القاضي التقديرية (Judicial Discretion)؛ ففكرة النظام العام هي صمام الأمان إذا تعارض القانون الأجنبي مع مفاهيم الدولة، ويترتب على تطبيقه مساس بالمبادئ الأساسية المتعلقة بالكيان الاجتماعي والسياسي والاقتصادي في الدولة (الجار الله، 2020، ص.73).

القانون الواجب التطبيق في مجال التحكيم يشمل كلاً من (1) القانون الواجب التطبيق على حيثيات النزاع؛ (2) القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم؛ (3) القانون الذي يحكم أهلية الأطراف للتحكيم (4) القانون لنفاذ قرار التحكيم.

ويشترط ألا يخالف التحكيم قانون المرافعات والنظام العام من جهة وقانون تنظيم القضاء من جهة أخرى. أي شريطة أن يكون القانون الكويتي هو القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وألا تخالف تلك الإجراءات القانون الكويتي والنظام العام، وهو ما أكدته المادة 182 فقرة 4 من قانون المرافعات الكويتي، ونصها: ".. ويجب أن يصدر حكم المحكم في الكويت، وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي".

ويرتبط التحكيم بحق التقاضي، وهو حق دستوري لا يستطيع المشرع العادي إلغاءه أو التنقيص منه، وهو ما أكدته المادة 166 من الدستور الكويتي بالنص على أن: "حق التقاضي مكفول للناس، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق". ولا يجوز حرمان الشخص من اللجوء إلى القضاء الوطني وتطبيق القانون الوطني إلا في حدود ضيقة ومنظمة للتحكيم.

ومراحل التحكيم كثيرة، منها مراحل داخلية، وتشمل اتفاق التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم، وعند سير إجراءات خصومة التحكيم وإجراءات القيام بمهمة إصدار حكم التحكيم. ومراحل خارجية تشمل تنفيذ حكم التحكيم.

وللتحكيم أشكال عدة، منها الشكل الأول: ارتباطه بدولة معينة كتحكيم داخلي وتحكيم دولي (يتعلق بالتجارة الدولية)، والشكل الثاني: الجهة التي تتولى تسييره؛ كالتحكيم المؤسسي والتحكيم الخاص والشكل الثالث: مدى الالتزام باللجوء إليه؛ كالتحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، والشكل الرابع: مدى التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون؛ كالتحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.

وكل هذه الأشكال من التحكيم يجب فيها مراعاة القانون الواجب التطبيق على النزاع، وعدم النص صراحة على استبعاد القانون الوطني؛ لأنه أمر من النظام العام، وفي دبي جاء نظام تحكيمي بشكل مختلف وبه استبعاد لتطبيق النظام القانوني بشكل صريح، وهو ما نناقشه في المبحث القادم.

المبحث الثاني: تجربة التخلي عن الاختصاص القضائي للدولة

تعرفنا من المبحث السابق أن للتحكيم دوراً مهماً في دعم الاستثمار الأجنبي، وأن الدول ترغب في تسهيل عملية التحكيم للمستثمر الأجنبي بالقدر الذي لا يخل بالمبادئ القانونية الثابتة. ومن تلك المبادئ أن الاختصاص القضائي واختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع حق أصيل للدول ومن الصعب التنازل عنه.

وهناك محاولات للتخلص من مبدأ الاختصاص القضائي للدولة، وأن يطبق نظام السوابق القضائية الذي يناسب المستثمر الأجنبي، ولتقييم تلك التجربة ومدى ملاءمتها لدولة الكويت، قسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول يناقش الاختصاص القضائي في مركز محاكم دبي المالي العالمي، والمطلب الثاني يتعرض للاختصاص القضائي للتحكيم في الكويت، وكل ذلك على التفصيل الآتي.

المطلب الأول: الاختصاص القضائي في مركز محاكم دبي المالي العالمي

في عام 2004 أنشئ مركز محاكم دبي المالي العالمي، وهو يعدّ سلطة قضائية مستقلة بموجب دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، وتمت كتابة قوانينه ولوائحه العالمي باللغة الإنجليزية، وتتفق مع القانون الإنجليزي في حالة الغموض. ولدى محاكم مركز دبي المالي العالمي قضاة لديهم خبرات في نظام السوابق القضائية المشهور في الأنظمة القانونية غير المدونة، وهم في الأصل قضاة في دول تعتمد على نظام القانون العام (الإنجلوساكسوني)، بما في ذلك إنجلترا وسنغافورة وهونغ كونغ.

ويمتد الاختصاص المستقل لمركز دبي المالي العالمي إلى مجموعة من المجالات، بما في ذلك مسائل الشركات، والقوانين التجارية والمدنية والتوظيف والصناديق الائتمانية وقانون الأوراق المالية. كما يستمر تطبيق قوانين أخرى لدولة الإمارات العربية المتحدة أو إمارة دبي؛ مثل القانون الجنائي وأنظمة الهجرة، داخل مركز دبي المالي العالمي.

ومما سبق يمكن القول - إنه من الجانب النظري يعتبر المركز إضافة لدولة الإمارات بل للمنطقة كلها، وهو يقوم بتطبيق نظام السوابق القضائية في منطقة الشرق الأوسط التي تتبنى أغلب تشريعاتها نظاماً قانونياً يقوم على تدوين القوانين وعدم الاعتماد على السوابق القضائية بشكل كبير. إلا أن هذا التحول نتج عنه عدد من القضايا المتعلقة بالدستورية والنطاق القضائي للمركز.

على سبيل المثال، نص المادة 6 من القانون رقم (12) لسنة 2004 -بشأن السلطة القضائية في مركز دبي المالي العالمي التي تتعرض للقانون الواجب التطبيق في المركز- على أنه: " تطبق المحاكم قوانين المركز وأنظمته، ما لم يتفق أطراف النزاع بشكل صريح على تطبيق قانون آخر، شريطة ألا يتعارض هذا القانون مع النظام العام والآداب العامة". والجدل هنا حول الاختصاص القضائي للمركز، وقوانين المركز الواجبة التطبيق، ومدى تعرض استبعاد القانون الإماراتي للنظام والعام.

وتثار مشكلة أخرى حول التنفيذ؛ فمن حيث المبدأ، إن إنفاذ أحكام محاكم مركز دبي المالي العالمي وقراراتها وأوامرها خارج دولة الإمارات العربية المتحدة سيكون مشابهاً تماماً لإنفاذ الأحكام الصادرة عن محاكم دبي. دستورياً، تعتبر محاكم مركز دبي المالي العالمي جزءاً من النظام القضائي في إمارة دبي، وعليه؛ فإن أحكامها تعامل معاملة الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم دبي. وإن كانت الأحكام الصادرة لا تشكل جزءاً من محاكم دبي القضائية، فهي تعتمد على محاكم دبي لتنفيذ أحكامها. وبالمقابل هي هيئة قضائية فريدة من نوعها؛ مما أثار عدداً من الخلافات الدستورية والقانونية حول التنفيذ. فكيف تكون جهة مستقلة وفي الوقت نفسه تحتاج إلى محاكم دبي في التنفيذ؟

وكان هناك عدد من المحاولات للتغلب على تلك المخالفات الدستورية والقانونية؛ ففي عام 2008 أنشئ مركز التحكيم ([Dubai International [DIFC-LCIA

Financial Centre-London Court of International Arbitration.)، وفي عام 2014 أجريت تعديلات جذرية على قوانين المركز؛ بهدف التغلب على القضايا المتعلقة بالدستورية والنطاق القضائي للمركز.

وفي 2021 ألغي المركز؛ إذ صدر المرسوم رقم 34 لسنة 2021 بشأن إصلاح مكانة مركز دبي للتحكيم الدولي (مدينة دبي الأكاديمية العالمية)، وبموجبه ألغي المركز، وألغي مركز DIFC-LCIA للتحكيم، ونقل أصولهما إلى مركز دبي للتحكيم الدولي.

ويختلف مركز التحكيم في محاكم دبي عن مراكز التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار؛ مثل مركز واشنطن؛ إذ تشمل الاتفاقية العلاقة بين الدولة والمستثمر الأجنبي، ولكن لا تشمل علاقة المستثمر الأجنبي مع الغير.

ومن أشهر مراكز التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار مركز واشنطن المنشأ بناء على اتفاقية واشنطن 1965، ويهدف إلى تهيئة جو من الثقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، ويشترط أن تكون الدولة أو المؤسسات التابعة لها طرفاً في منازعات الاستثمار؛ كي يعرض على المركز لتحكيمه، وأن يكون الطرف الآخر هو المستثمر الأجنبي، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً (بوشلاغم، 2018، ص.156) وهو ما يخرج النزاعات بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين في الدولة من نطاق اختصاص المركز حين تحدث بينهم وبين المستثمر الأجنبي. وتعد الأحكام الصادرة عن مركز واشنطن للتحكيم ملزمة ونهائية (بوقرط والعرمان، 2020، ص.158). وحالياً لا تكاد تخلو أي اتفاقية للاستثمار الأجنبي من إدراج شرط التحكيم لتسوية المنازعات الخاصة بهم (بوقرط والعرمان، 2020، ص.124).

وللطرفين، وفقاً لاتفاقية واشنطن، الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع، وذلك في حدود العلاقة التعاقدية؛ أي تنحصر في العقد بين الطرفين فقط، أما القانون الإداري والمالي والعمل؛ فيطبق قانون الدولة المضيفة (دواس، 2020، ص.160).

ويتضح أن مركز واشنطن يكون بين الدولة والمستثمر الأجنبي وليس بين الأشخاص، كما أنه يكون في حدود العلاقة التعاقدية دون غيرها.

وهناك جدال واختلاف مستمر حول اختصاص محاكم مركز دبي المالي العالمي؛ مما دفع الكثير للجوء إلى المحاكم؛ لبيان ذلك وتفسير نصوص قانون محاكم مركز دبي المالي العالمي، ومن تلك الأحكام ما نصت عليه المحكمة النص في المادة الثامنة من القانون رقم 9 لسنة 2004 بشأن مركز دبي المالي العالمي - الذي صدر الحكم المطعون فيه في ظلها - وقبل تعديلها بالقانون رقم 7 لسنة 2011 على أن :

1- تشكل محاكم لمركز دبي المالي العالمي تقوم بمهامها بشكل مستقل وفقاً لأحكام هذا القانون وقوانين وأنظمة المراكز الأخرى. 2- ما لم ينص أي قانون من قوانين المركز على خلاف ذلك تختص محاكم المركز دون غيرها بالنظر والفصل في أية دعاوى يكون المركز أو مؤسساته أو أي من هيئاته طرفاً فيها، وكذلك النظر والفصل في أي نزاع ينشأ عن أية معاملة تتم في المركز أو واقعة تحدث فيها... 3- ".....". 4- ".....". 5- ".....". 6- ".....".

والنص في المادة (20) من القانون ذاته على أنه: "يلغى أي نص في أي قانون آخر إلى المدى الذي يتعارض فيه وأحكام هذا القانون"، والنص في المادة الخامسة من القانون رقم 12 لسنة 2004 بشأن محاكم مركز دبي المالي العالمي على أن:

الاختصاص القضائي: أ- المحكمة الابتدائية: 1- مع مراعاة الفقرة (2) من هذه المادة تختص المحكمة الابتدائية دون غيرها بالنظر في: أ- الدعاوى والمنازعات المدنية أو التجارية التي يكون المركز أو أي من هيئات المركز أو مؤسساته طرفاً فيها. ب- الدعاوى والمنازعات المدنية أو التجارية الناشئة عن أو المتعلقة بعقد تم تنفيذه أو معاملة تم إجراؤها كلياً أو جزئياً في المركز أو بواقعة حدثت بالمركز. ج- الطعون التي تقدم ضد القرارات الصادرة عن هيئات المركز والتي تكون قابلة للطعن بموجب قوانين المركز وأنظمته. د- أي طلب تكون للمحاكم صلاحية النظر فيه بموجب قوانين المركز وأنظمته.

2- يجوز للأطراف الاتفاق على اختصاص أية محكمة أخرى في المسائل الواردة في الفقرات (أ) و(ب) و(د) من هذه المادة. ب- محكمة الاستئناف: 1- تختص محكمة الاستئناف دون غيرها بالنظر في: أ- الطعون التي تقدم ضد الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الابتدائية. ب- ".....". 2- ".....". ج- قاضي التنفيذ في المركز:...".

والنص في المادة العاشرة من القانون ذاته على أنه: "يلغى أي نص في أي قانون آخر إلى المدى الذي يتعارض فيه وأحكام هذا القانون"، يدل على أن محكمة مركز دبي المالي العالمي الابتدائية تختص دون غيرها بالنظر في جميع الدعاوى والمنازعات المدنية والتجارية -ومنها المتعلقة بالعقارات- التي يكون المركز أو هيئاته أو مؤسساته طرفاً فيها أو الناشئة أو المتعلقة بعقد تم تنفيذه أو معاملة تم إجراؤها كلياً أو جزئياً في المركز أو بواقعة حدثت به، ما لم يتفق الأطراف على اختصاص أية محكمة أخرى، ومن المقرر أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمناً (طعن 133 /2010 عقاري جلسة 2011/6/5).

ويظهر جلياً من الحكم السابق أن هناك جدلاً حول الاختصاص القضائي لمحاكم مركز دبي المالي العالمي؛ إذ نصت المادة 20 من القانون رقم 9 لسنة 2004 بشأن مركز دبي المالي العالمي على إلغاء أي قانون آخر إلى المدى الذي يتعارض فيه وأحكام هذا القانون، ولم يشر إلى احترام النظام العام وسيادة الدولة، بل أعطى محاكم دبي الاختصاص دون غيرها بالنظر في جميع الدعاوى والمنازعات المدنية والتجارية التي يكون المركز أو هيئاته أو مؤسساته طرفاً فيها أو الناشئة أو المتعلقة بعقد تم تنفيذه أو معاملة تم إجراؤها كلياً أو جزئياً في المركز أو بواقعة حدثت به.

وبذلك يمكن القول: على الرغم من كون المركز جاء بأفكار حديثة تمثل أداة جاذبة للاستثمار، فإنه خرج عن الأعراف السائدة في مجال الاختصاص

القضائي، وجاء بنصوص قانونية تعارض ما هو معمول به في مجال القانون الواجب التطبيق على النزاع؛ فقد جاء بنظام قانوني يختلف عن النظام المعمول به في التشريعات المقارنة وتشريع الدولة نفسها.

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي للتحكيم في الكويت

تعرفنا أن علاقة المستثمر الأجنبي مع الدولة تختلف عن علاقته بالغير؛ إذ إن علاقته مع الدولة يمكن أن تخضع لمراكز تسوية المنازعات الدولية؛ مثل مركز واشنطن للتحكيم، أما علاقة المستثمر الأجنبي مع الغير؛ فالأمر مختلف.

وتعرفنا مما سبق أنه من أجل تجنب القضاء العادي يتم اللجوء إلى قضاء من نوع خاص وهو نظام التحكيم الذي يتميز بسرعة فض النزاع، وبه نوع من الدعم والضمان للمستثمر الأجنبي، إلا أن هناك أموراً مشروعة وأموراً غير مشروعة في هذا الخيار. ولا تعد مراكز التحكيم في الكويت نظام محاكم مستقلاً، بل هي مراكز تخضع لقيود وشروط معينة، وتطبق في نطاق ضيق نوعاً ما.

وعادةً ما يطبق مكان التحكيم قانون الدولة، ولكن إذا طبق التحكيم قانوناً غير قانون الدولة يدخل التحكيم في خلاف، ويختلف الأمر إذا أجاز القانون تطبيق قانون أجنبي على العلاقات ذات العنصر الأجنبي. مثلاً في الكويت تخضع الالتزامات العقدية لقانون جنسية كل من الطرفين في حال اتحاد الجنسية، وإذا لم تتحد يكون قانون مكان إبرام العقد، وذلك ما لم يتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة أخرى، المادة 59 من قانون رقم 5 لسنة 1961.

وتنص المادة رقم 26 من قانون رقم 116 لسنة 2013 في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت على أنه: "تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار والغير أياً كان، ويجوز الاتفاق على الالتجاء في هذا النزاع إلى التحكيم". ومن ثم؛ لا يجوز لغير المحاكم الكويتية أن تحل النزاع بين المستثمر الأجنبي والغير، ويجوز التحكيم ولكن بالقدر الذي لا يخالف النظام العام في الدولة.

ومن أنواع التحكيم ما يطلق عليه التحكيم المؤسسي، وهو التحكيم المنظم، ومعناه أن تحل إرادة المركز محل إرادة الأطراف المتنازعين؛ فهو أن توافق إرادتان في تخويل النظام الأساسي لمركز التحكيم المؤسسي بحسم النزاع محل الخلاف بينهما، فالنظام المؤسسي هو من يحدد إبرام اتفاق التحكيم، وكيفية سير خصومة التحكيم أمامه، وطريقة إصدار قرار أو حكم التحكيم في موضوعها، وطرق التنفيذ، وما يترتب عليه من الآثار القانونية، وطرق الطعن على الحكم؛ فله عدة مميزات عن الوسائل البديلة لفض المنازعات؛ كالمحكم المنفرد أو هيئة التحكيم (العميرة، 2021، ص ص.16–17).

فالتحكيم العادي (الحر) هو ذلك الاتفاق بين الأشخاص على عرض نزاع قائم بينهم على المحكم للفصل فيه دون عرضه على المحكمة. أما التحكيم المؤسسي فهو الذي يجري تحت رعاية إحدى مؤسسات أو مراكز التحكيم الدائمة، وذلك وفقاً للائحة التحكيم الخاصة بها الموضوعة مسبقاً، فيكفي، وفقاً لنظام التحكيم المؤسسي، أن يتفق المتنازعان على اللجوء إلى إحدى هيئات التحكيم المؤسسي.

ومن أهم مراكز التحكيم المؤسسي في الكويت:

- مركز الكويت للتحكيم التجاري بغرفة تجارة وصناعة الكويت الذي أنشئ عام 2000.
- مركز التحكيم التابع لجمعية المحامين الكويتية، الذي أنشئ عام 2000.
- غرفة الكويت للوساطة والتحكيم الدولي التابعة لجمعية المهندسين الكويتية 1999، وتعديله 2012.
- مركز التحكيم التابع لجمعية المحاسبين والمراجعين الكويتية 2012.
- مركز التحكيم الخاص التابع لهيئة أسواق المال الكويتي وفقاً للقانون رقم 7 لسنة 2010.

وفي الكويت تتشكل السلطة القضائية من مجموعة من المحاكم، ويوجد بجانب المحاكم هيئات التحكيم. وتخرج المسائل التي اتفق فيها على التحكيم

لفصل النزاع عن ولاية المحاكم[1]. ومن أشهر الحلول البديلة لحل النزاع (Alternative Dispute Resolution) هو التحكيم، والتحكيم في الكويت ثلاثة أنواع: تحكيم اختياري، وتحكيم مؤسسي، وتحكيم قضائي.

(1) التحكيم الاختياري

التحكيم الاختياري هو عمل قضائي ذو طبيعة خاصة. فالتحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات بشرط أن يكون تنفيذه ممكناً[2]، ويُعد التجاء الخصم إلى القضاء في مسألة اتفق على التحكيم فيها مخالفة لقواعد الاختصاص.

والكتابة شرط لإثبات التحكيم، وقد نصت محكمة التمييز على أن: "التحكيم عقد يتم بالإيجاب والقبول، والكتابة شرط لإثباته، وانعقاد الاتفاق على التحكيم، شرطه وجوب تطابق القبول للإيجاب في كل المسائل التي اتجهت إرادة الطرفين إلى الاتفاق عليها. واختلاف القبول عن الإيجاب، أثره عدم انعقاده" (الطعن 6 لسنة 1974 مدني جلسة 1974/6/17).

(2) التحكيم المؤسسي

التحكيم المؤسسي هو تحكيم يتبع مؤسسة معينة وله قواعده الخاصة المنظمة له؛ مثل التحكيم في أسواق المال؛ إذ تنص المادة (148) من قانون رقم

(1) نصت محكمة التمييز على أن:
ولاية الفصل في جميع المنازعات للمحاكم. الاستثناء. الاتفاق بين الخصوم على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع على تنفيذ عقد معين على محكم أو محكمين يختارونهم للفصل فيه بقضاء له طبيعة أحكام المحاكم. - المحكم يستمد ولايته من اتفاق الخصوم. ما لم يشمله الاتفاق. خروجه عن نطاق التحكيم. وجوب اللجوء إلى المحاكم للفصل فيه. أثره. ما يصدر عن هيئة التحكيم خارجاً عن نطاق التحكيم. لا يعد حكماً ولأي من الخصوم دفع الاحتجاج به عليه والتمسك بعدم وجوده دون حاجة لرفع دعوى مبتدأة لإهداره. تحديد نطاق الاتفاق على التحكيم بما يثور من نزاع بين أطراف الاتفاقية بشأن تفسيرها أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها. أثره. منازعة أحدهما قبل الآخر بشأن مسألة عدم صحتها أو عدم نفاذها في حقه لتجاوز من يمثل الأصيل في التعاقد حدود نيابته دون إذنه. خروجها عن نطاق التحكيم. عدم اختصاص المحكم الاتفاقي بنظر النزاع بشأنها. قضاء حكم التحكيم في هذا الطلب. لا يحوز حجية تمنع محكمة الموضوع صاحبة الولاية من الفصل فيها (الطعن 2003/278 مدني جلسة 2002/6/16).

(2) أنظر نص الحكم في الهامش السابق.

(7) لسنة 2010 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية على أنه: "يجوز تسوية المنازعات الناشئة عن الالتزامات المقررة في هذا القانون أو أي قانون آخر إذا تعلقت بمعاملات سوق المال عن طريق نظام التحكيم، وذلك وفقاً للنظام الخاص بالتحكيم الذي تضعه الهيئة".

(3) التحكيم القضائي

التحكيم القضائي هو تحكيم تحت تنظيم القضاء، وقانون رقم (11) لسنة (1995) بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية هو من ينظم التحكيم القضائي؛ إذ تنص المادة الأولى منه على أنه: "تشكل بمقر محكمة الاستئناف هيئة تحكيم أو أكثر من ثلاثة من رجال القضاء، واثنين من المحكمين...".

وهناك ثلاث مراحل مهمة في التحكيم، وكل منها يحتاج إلى قانون واجب التطبيق، وألا يخالف التحكيم النظام العام والآداب، ومراحل التحكيم هي:

- المرحلة الأولى: إبرام اتفاق التحكيم (شرط التحكيم).
- المرحلة الثانية: وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ وذلك عند حدوث نزاع.
- المرحلة الثالثة: ما بعد صدور قرار التحكيم وتشمل (1) طلب تنفيذ الحكم؛ (2) طلب إلغاء الحكم؛ (3) طلب إبطال الحكم.

وكل مرحلة تحتاج إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، ولاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هناك عدة خيارات، منها: الإرادة المختارة، إلا أنه يجب ألا يضر بالمصلحة العامة، وألا يخالف الدستور، أو تطبيق قانون وطني ذي صلة وثيقة بالنزاع، أو الاستعانة بعادات التجارة الدولية وأعرافها واعتبارات العدالة والقانون الطبيعي. أما اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم؛ فهو أمر خارج نطاق البحث.

وظهر حديثاً مبدأ تدويل العقد، مثل تطبيق مبادئ التجارة الدولية (السوابق)، ولكنه لا يشكل نظاماً قانونياً متكاملاً؛ مثل الأنظمة الوطنية، كما إنه مقيد بالالتزام بالمصلحة العامة والنظام العام للدولة.

وعليه؛ من يحدد القانون الواجب التطبيق هو مبدأ سلطان الإرادة، مع مراعاة قواعد القانون المدني والتجاري المتعلقة بالنظام العام؛ فإذا لم تراعَ تلك القواعد المتعلقة بالنظام العام يصبح الحكم الصادر عن التحكيم غير قابل للتنفيذ في دولة الكويت؛ أي لا بد أن يكون خالياً من موانع التنفيذ المتعلقة بالنظام العام.

وللتحكيم عدد من القيود، منها:

1 - ألا يقع التحكيم على مسائل لا يجوز التحكيم والصلح فيها: أي عدم قابلية موضوع النزاع أو محل النزاع للتحكيم. مثال مسائل الجنسية، المسائل الجزائية، مسائل الأحوال الشخصية؛ كالميراث والزواج والطلاق، ومسائل إجراءات التنفيذ المدني. فالقيد هنا أنه لا بد أن يكون قانون البلد يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم. والمحكم قد يكون محكماً بقانون؛ أي مقيداً بقانون، أو يكون المحكم بالصلح، وهو ما يسمى التحكيم بالصلح.

2 - غير مخالف للنظام العام: النظام العام هو مجموعة المبادئ التي يقوم عليها المجتمع في المجالات السياسية والاجتماعية والأخلاقية والدينية كافة، فالنظام العام ليس أفكاراً أو مبادئ ثابتة، وإنما هو مجرد توجهات عامة، وتقديرها متروك للقضاء، ويقع على القاضي عبء استخلاص ما يعد من النظام العام وتحديده، وهو في ذلك ليس مطلق التقدير، إنما عليه اللجوء إلى معيار موضوعي لا شخصي، ويخضع أيضاً لرقابة محكمة التمييز؛ لأنه يفصل في مسألة قانون؛ لذلك يقال: إن القاضي غير مطلق الحرية في تحديد النظام العام بل هو مقيد بقيدين: الأول أن يلجأ إلى معيار موضوعي (وهو ما يؤمن به غالبية أفراد المجتمع) لا شخصي، والثاني أن يخضع لرقابة محكمة التمييز.

ومن الضرورة احترام القواعد الآمرة في القانون الكويتي؛ مثل الاختصاص الولائي وإلا اعتبر التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً. ومما يزيد الصعوبة في التطبيق أنه لا يوجد نص صريح على مخالفة قواعد النظام العام الإجرائي أو الموضوعي من قبل المحكم، كما لا يوجد تعريف للنظام العام؛ فهو فكرة مرنة واسعة النطاق، ومن تلك القواعد عدم مخالفة قواعد الدستور مثل حق التقاضي، وما يتعلق بالمصلحة العامة والنظام العام لا يخضع للتحكيم حتى ولو كان النزاع مدنياً أو تجارياً.

وتؤكد أكثر التشريعات أهمية النظام العام عند اللجوء إلى التحكيم، ومنها التشريع الإماراتي، الذي ناقش في المادة 37 من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 2018 بشأن قانون التحكيم، تطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع، ونص فيها على أنه:

1- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف، وإذا اتفق على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك، بشرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب في الدولة. 2- إذا اتفق الأطراف على إخضاع العلاقة القانونية بينهم لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى، وجب العمل بتلك الأحكام وما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم بشرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب في الدولة.

وعليه؛ لا يعتد بالاتفاقيات الخاصة بالتحكيم إذا تعارضت مع المصلحة العامة الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية التي تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الأفراد، ولا بد من تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. مثل قانون العمل في القطاع الأهلي يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التحكيم فيه، ومثل المادة 305 مدني التي تحرم الفوائد عن الدين المدني[3].

(3) المادة 305 من القانون المدني الكويتي تنص على أنه: "يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به. ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أياً كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً".

العبرة في تحديد النظام العام وتقديره تكون للقانون الكويتي؛ استناداً إلى أنه هو قانون البلد المراد تنفيذ حكم التحكيم فيه، وحتى لا يقع التنفيذ متعارضاً مع المبادئ الأساسية في المجتمع. وعليه؛ يجب التزام التحكيم المؤسسي بالقواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام في الدولة المطلوب التنفيذ فيها (القانون الموضوعي الكويتي).

ومراعاة النظام العام هي الضابط الذي يجب على حكم التحكيم الوطني الصادر عن أحد مراكز التحكيم المؤسسي مراعاته حتى يمكن تنفيذه، الحكم قائم وحائز حجية الأمر المقضي به ولكن لا يمكن تنفيذه في الكويت.

وفي دولة الكويت حددت المادة 173 مرافعات اتفاق التحكيم بصورته وشروطه ونطاقه وأثره، وبينت الفقرة 4 من المادة السابقة نطاق التحكيم بأن أوله اتفاق وأوسطه إجراء وآخره حكم. والحرية المنصوص عليها في المادة 59 فقرة 1 من قانون رقم 5 لسنة 1961 هي في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية، وتنحصر في العقد بين الطرفين فقط، أما القانون الإداري والمالي والعمل؛ فيطبق قانون الدولة المضيفة.

وبعد الاطلاع على نظام التحكيم في الكويت والاختصاص القضائي الخاص به، وبيان القيود على التحكيم، المتمثلة في أنه لا يجوز التحكيم إلا في المسائل والأمور التي يجوز بها الصلح، كما يتقيد التحكيم بعدم مخالفة النظام العام في الكويت، فقد وصلنا إلى أمر مسلم به، وهو أنه من الصعب تطبيق تجربة محاكم مركز دبي المالي العالمي في الكويت.

وعلى الرغم صعوبة التطبيق لتعارضه مع القوانين الكويتية يمكن إيجاد حلول تسهم في جذب الاستثمار الأجنبي؛ كتقديم تسهيلات والاستفادة من التقدم التكنولوجي الخاص باللجوء إلى القضاء والتحكيم.

الخاتمة

حرصنا على استهلال الدراسة بمبحث تناولنا فيه التحكيم والاختصاص القضائي، قسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول عرضنا فيه التحكيم وأهميته للاستثمار الأجنبي، وتعرفنا خلال المطلب الثاني أن الاختصاص القضائي حق أصيل للدولة، وعرضنا خلال المبحث الثاني تجربة التخلي عن الاختصاص القضائي للدولة، وقسم المبحث الثاني إلى مطلبين: المطلب الأول تناول الاختصاص القضائي في مركز محاكم دبي المالي العالمي، وعرضنا في المطلب الثاني الاختصاص القضائي للتحكيم في الكويت. وعلى ضوء الدراسة توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات، وهي على النحو الآتي:

النتائج

1 - يمثل التحكيم أحد الحوافز والحماية القانونية للاستثمار الأجنبي.

2 - التشريعات الوطنية الخاصة بالاستثمار الأجنبي تحتاج إلى تحديث مستمر ومراقبة فعالة؛ وذلك لتهيئة المناخ الاستثماري الجاذب للمستثمر الأجنبي.

3 - للتحكيم دور في دعم الاستثمار الأجنبي؛ فهو يقدم ضماناً للمستثمر الأجنبي، وهناك حاجة لتطوير نظام التحكيم بشكل مستمر بالقدر الذي يوازن بين مصلحة المستثمر الأجنبي والنظام العام بالدولة واحترام قوانينها وسيادتها.

4 - فكرة الاختصاص القضائي قائمة على أن محكمة واحدة في الدولة لا تستطيع نظر جميع القضايا وجميع المنازعات الواقعة بين جميع الأفراد في جميع أنحاء الدولة، وعليه يستلزم تجزئة تلك الولاية (الاختصاص) إلى أجزاء؛ بحيث يكون لكل محكمة نصيب من هذه الولاية، وهذا الجزء الممنوح للمحكمة من ولاية القضاء هو اختصاصها.

5 - وللاختصاص القضائي عدة أنواع منها، الاختصاص الدولي للمحاكم الكويتية؛ إذ لا يجوز الاتفاق على تنحية القضاء الكويتي لصالح قضاء أجنبي.

6 - العدالة مصلحة عامة تباشرها الدولة في الحدود التي تحقق هذه المصلحة بوساطة قضائها دون غيره من قضاء أجنبي. فالاختصاص الدولي المعقود للمحاكم الكويتية من النظام العام، والاتفاق على تنحية القضاء الكويتي لصالح قضاء أجنبي أمر غير جائز.

7- تطبيق القانون الأجنبي يعد تنازلاً عن سيادة القانون الوطني، إلا أنه يشترط ألا يخالف القانون الأجنبي النظام العام، وتقدير تحقق انتهاك النظام العام هو من سلطات القاضي التقديرية.

8 - يختلف مركز التحكيم في محاكم دبي عن مراكز التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار؛ مثل مركز واشنطن؛ حيث تشمل الاتفاقية العلاقة بين الدولة والمستثمر الأجنبي ولكن لا تشمل علاقة المستثمر الأجنبي مع الغير. كما أن اختصاص مركز واشنطن يكون بين الدولة والمستثمر الأجنبي وليس بين الأشخاص، ويكون في حدود العلاقة التعاقدية دون غيرها من الأمور المالية والإدارية في الدولة.

9 - هناك جدل حول الاختصاص القضائي لمحاكم مركز دبي المالي العالمي؛ إذ نصت المادة 20 من القانون رقم 9 لسنة 2004 بشأن مركز دبي المالي العالمي على إلغاء أي قانون آخر إلى المدى الذي يتعارض فيه وأحكام هذا القانون، ولم يشر إلى احترام النظام العام وسيادة الدولة، بل أعطى محاكم دبي الاختصاص دون غيرها بالنظر في جميع الدعاوى والمنازعات المدنية والتجارية التي يكون المركز أو هيئاته أو مؤسساته طرفاً فيها أو الناشئة أو المتعلقة بعقد تم تنفيذه أو معاملة تم إجراؤها كلياً أو جزئياً في المركز أو بواقعة حدثت به.

التوصيات

1 - إنشاء مركز تحكيم يقوم بحل النزاعات التي يكون أحد أطرافها مستثمراً أجنبياً على أن تراعى الظروف الخاصة بالمستثمر الأجنبي، وفي الوقت نفسه أن تراعى المصلحة العامة في الدولة، وألا تمس القواعد الدستورية والقانونية المستقرة.

2 - تعديل القانون الخاص بالمستثمر الأجنبي بالنص على أنه إذا كان أحد أطراف العلاقة أجنبياً يجوز اللجوء إلى مركز التحكيم الخاص بالمستثمر الأجنبي ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك؛ بحيث يكون الأصل العام هو حل النزاعات الخاصة بالمستثمر الأجنبي عن طريق مركز التحكيم السابق ذكره، ما لم يتفق الطرفان على اللجوء إلى جهة قضائية أخرى.

3 - رغم أن تجربة التحكيم في دبي تبدو من الجانب النظري فعالة وذات جاذبية للمستثمر الأجنبي، فإنها قد تتعارض مع قواعد قانونية دستورية مستقرة.

4 - مرحلة التنفيذ بعد صدور حكم التحكيم قد لا تنسجم مع إجراءات التنفيذ المتبعة في دولة الكويت.

5 - على الرغم من كون مركز محاكم دبي جاء بأفكار حديثة تمثل أداة جاذبة للاستثمار، فإنه خرج عن الأعراف السائدة في مجال الاختصاص القضائي، وجاء بنصوص قانونية تعارض ما هو معمول به في مجال القانون الواجب التطبيق على النزاع؛ فقد جاء بنظام قانوني يختلف عن النظام المعمول به في التشريعات المقارنة وتشريع الدولة نفسها. ومن ثم؛ من الأولى إيجاد حلول بديلة له تمثل جهة داعمة للاستثمار من جهة، ومحافظة على النظام العام في الدولة من جهة أخرى.

6 - نظام التحكيم في الكويت والاختصاص القضائي الخاص به، والقيود على التحكيم التي تتمثل في أنه لا يجوز التحكيم إلا في المسائل والأمور التي يجوز فيها الصلح، كما يتقيد التحكيم بعدم مخالفة النظام العام في الكويت- يجعل من الصعب تطبيق تجربة محاكم مركز دبي المالي العالمي في الكويت، إلا أنه يمكن إيجاد حلول أكثر وسطية في هذا المجال؛ مثل تسهيل عملية الالتجاء إلى القضاء والتحكيم بالنسبة للمستثمر الأجنبي، والاستفادة من التقدم التكنولوجي في هذا المجال.

المراجع

أحمد، زكريا. أحمد، صفوان. (2021). الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي الخاص. *مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، 10*(36)، 385 - 400.

إسماعيل، ميادة. (2016). *كيفية إعداد البحث العلمي: دراسة في إعداد البحث القانوني*. *دار الجامعة الجديدة*.

بودالي، خديجة. (2021). آليات تحفيز الاستثمارات الأجنبية: دراسة نماذج دولية. *مجلة القانون والأعمال، 68*، 56-85.

بوشلاغم، زكريا. (2018). خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي. *مجلة القانون والأعمال، 28*، 152-213.

بوقرط، ربيعة، والعرمان، عبدالرحمن. (2020). دور التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي. *مجلة العلوم القانونية والسياسية، 10*(2)، 121-168.

الجار الله، محمد. (2020). فكرة النظام العام الدولي الخاص كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي: دراسة تحليلية لنصوص قانون رقم (5) لسنة 1961 بشأن العلاقات ذات العنصر الأجنبي. *مجلة الحقوق، 44*(4)، 15-51.

الجدران، يحيى. (2019). نظام الاستثمار السعودي في ظل رؤية المملكة 2030 - إشكالية التعارض بين جذب الاستثمار الأجنبي المباشر FDI وانضباطه: دراسة تحليلية نقدية مقارنة مع قواعد البنك الدولي. *مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، 36*، 11-44.

حسن، حازم. (2017). الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية في الوطن العربي. *مجلة الحقوق، 41*(3)، 193-241.

خويرة، بهاء الدين. (2020). تطبيق منهج تنازع القوانين على مجالات القانون العام: العقد الإداري أنموذجاً. *مجلة الحقوق، 44*(2)، 331-361.

الدسوقي، محمود. (2019). الاستثمار الأجنبي المباشر: المفهوم – الأنواع – النظريات. *المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، 4*، 143-156.

دواس، أمين. (2020). القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي: دراسة مقارنة. *مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، 8*، 78-107.

الروحاني، سالم. (2019). دور التحكيم في تشجيع ودعم الاستثمار الأجنبي. *منشورات مجلة المهن القانونية والقضائية*، (5،6)، 153-176.

الزهير، جمال. (2019). آليات جذب الاستثمار الأجنبي بالأندية الرياضية بدولة الكويت. *مجلة أسيوط لعلوم وفنون التربية الرياضية، 50*(1)، 289-316.

سعيدي، يحيى. (2018). عرض كتاب الاستثمار الأجنبي المباشر. *أكاديمية السودان للعلوم المصرفية والمالية، 32*، 119-132.

سليمان، عمرو. (2016). محددات الاستثمار الأجنبي المباشر: دراسة مقارنة على الدول النامية. *المجلة العلمية للدراسات التجارية والبيئية، 7*(3)، 653-688.

السمدان، أحمد. (2006). تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية (دائرة الأحوال الشخصية) رقم 168/ 2004 (اختصاص القضاء الكويتي) بتاريخ 13 / 12 / 2004. *مجلة الحقوق، 30*(1)، 277-297.

السمدان، أحمد. (1986). نظرة حول موقف القضاء الكويتي من القانون الأجنبي. *مجلة الحقوق، 10*(1)، 11-52.

العميرة، خالد. (2021). *نحو وحدة قواعد نظام التحكيم المؤسسي في دولة الكويت*.

محمد، أشرف. (2019). القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي في مجال التحكيم. *مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، 4*، 289-360.

يحياوي، سمية. (2019). عقود الاستثمار الأجنبي. *مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، 12*(4)، 212-222.

د. ظفر محمد الهاجري، أستاذ مشارك، قسم القانون الخاص، أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية، الكويت . دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة ليدز، المملكة المتحدة، 2011.

الإيميل: Alhajri-11@hotmail.com

د. عبدالله راشد الشبلي، أستاذ مشارك، قسم القانون الخاص، أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية، الكويت. حاصل على درجة الدكتوراه في القوانين الاقتصادية وحوكمة الشركات، جامعة Leeds في المملكة المتحدة 2015. الاهتمامات البحثية: القوانين الاقتصادية والمالية.

الإيميل: A2r@dr.com

للاستشهاد:

الهاجري، ظفر محمد، والشبلي، عبدالله راشد. (2024). القانون الأجنبي على منازعات الاستثمار: تجربة التحكيم في محاكم المركز المالي العالمي بدبي. *مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية*، *50*(192)، 177-207.

https://doi.org/10.34120/jgaps.v50i192.133

To cite:

Alhajri, Th. M., & Alshebli, A. R. (2024). International law relating to investment disputes: The experience international financial center for arbitration in Dubai. *Journal of the Gulf and Arabian Peninsula Studies, 50*(192), 177- 207.
https://doi.org/10.34120/jgaps.v50i192.133