

دور المحكم في تفسير القانون

الأستاذ الدكتور

عباس مبروك الغزيري

أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون

عميد كلية الحقوق – جامعة المنوفية سابقاً

المحامى بالنقض والإدارية العليا

Abaas.elazizi@law.menofia.edu.eg

مقدمة:

فى المراحل البدائية الأولى للتجمعات البشرية كانت القوة هى التى تحكم وكان يجب على الإنسان أن يكون قوياً لينتزع حقه ولم يكن هناك قانون مكتوب ولا جهة قضائية يحتكمون إليها وهذا ما يعرف بعهد القوة .

وحيث أن الإنسان كائن إجتماعى بطبعه ويعيش فى جماعات فقد كره اللجوء إلى القوة واتجه إلى البحث عن وسيلة أخرى لتجنب إراقة الدماء فهداه تفكيره إلى اللجوء للتحكيم وهو أعلى مراحل التطور التى وصلت إليها الجماعات البدائية فى فض النزاعات حيث يعتبر التحكيم مرحلة انتقال من عهد القوة إلى سيادة القانون.

وقد استقرت فكرة التحكيم فى أذهان الناس فى الحضارات القديمة والتجئوا إليه حتى أصبح عادة فى نفوسهم فى بادئ الأمر ثم استقرت باعتبار أن التحكيم أصبح وسيلة أساسية لفض ما ينشأ بينهم من منازعات.

وقد عرف العرب التحكيم قبل الإسلام، وكان شيخ القبيلة أو من كان يشتهر بالحكمة من كبار السن هم المحكمون.

وقد أقرت الشريعة الإسلامية التحكيم ونظمته، فقد قال تعالى فى كتابه الكريم "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَرْبِعُوا حُكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهِمَا إِنْ يَرِدَا إِصْلَاحًا يَفْقَ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا" وهناك العديد من الآيات الأخرى التى وردت فى القرآن الكريم تشير إلى التحكيم من حيث مفهومه ومشروعيته.

وبقيام الدولة الحديثة أصبح القضاء هو صاحب الولاية العامة فى القيام بالوظيفة القضائية باعتبار أن الفصل فى المنازعات جزء من سيادة الدولة الوطنية، فلا يجوز لأى نظام آخر للفصل فى المنازعات أن يتعدى على هذه السيادة.

ولكن أمام ازدهار التجارة والصناعة وإنشاء الشركات الكبرى العابرة للقارات، أجازت الدولة للأفراد الخروج على مبدأ السيادة الوطنية بإعتباره الأصل العام بالالتجاء إلى التحكيم ليعمل بجانب القضاء وأصبح التحكيم من المفاهيم القريبة ليس إلى ذهن رجل القانون فحسب بل حتى للشخص العادى فهو مفهوم بسيط متيسر فكرة الصلح فمنذ الأزل كان الخطأ وكان الصواب ومن هنا نشأ الخلاف بين البشر، ومن ثم وجد الناس أنفسهم بحاجة لمن يقول القول الفصل من الحكماء غير

القضاة. ونظراً التخوف الدولة من توغل التحكيم على القضاء فقد صاغت القوانين لتنظيم التحكيم والتي تكفل له التطبيق السليم وجعلت من القضاء مساعداً ومراقباً له.

وبإمعان النظر فى قانون التحكيم نجد أنه يصلح لامعان الفكر فى فلسفة القانون بدرجة أكبر من غيره من القوانين. فنجد فى صميم مادة التحكيم مفاهيم فلسفية كالإرادة والحرية، وتثار تساؤلات حول شرعية التحكيم نتيجة للحرية الواسعة التى يتمتع بها الأطراف والمحكمون.

فالأطراف أحرار فى اختيار وسيلة خاصة لتسوية النزاعات وتفضيلها على القضاء الوطنى وفى اختيار شخص القاضى وفى ابتكار الإجراءات التى تبدو لهم أكثر ملائمة، كما أنهم أحرار فى اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق ولو كانت تلك القواعد مستقلة عن أى نظام قانونى وطنى وتثار هذه التساؤلات أيضاً نتيجة لحرية المحكمين فى الفصل فى مسألة اختصاصهم بالنظر فى النزاع المعروض عليهم وتسيير إجراءات التحكيم واختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فى حال عدم اتفاق الأطراف.

فضلاً عن ذلك فإن كون المحكمين يصدرون حكماً خاصاً استناداً إلى إرادة الأطراف - وهى إرادة خاصة - يؤدى إلى التساؤل حول مصدر هذه السلطة والطابع القانونى للحكم الناتج عنها ولأن مسألة المصادر أو المصدر الذى يصفه البعض بالقاعدة الأساسية والذى يعتبره البعض الآخر بقاعدة التعريف هى دون شك ضمن المسائل الأكثر صعوبة فى فلسفة القانون لذلك يجب اعتبار التحكيم أرضاً خصبة للتفكير الفلسفى. فإذا صح أن تقييم فعالية أى نظرية قانونية أو عجزها يكون بالاستناد إلى قدرتها على حل مسألة مصادر القانون الوضعى فلا بد أن يثير قانون التحكيم اهتمام فلاسفة القانون.

وبالرغم من ذلك ظل التبادل محدوداً بين مجالى التحكيم وفلسفة القانون باستثناء بعض المحاولات البسيطة من قبل بعض الفلاسفة مثل برونو أوبيتى "Bruno Oppetit" الذى ألف دراسة قيمة فى نظرية التحكيم وبعض الفقهاء الشبان الذين اهتموا بهذا الموضوع واكتفى فقهاء قانون التحكيم بعرض الحلول المنصوص عليها فى القانون الوضعى ونقدها.

ولما كان علم فلسفة القانون يهتم بدراسة موضوعات رئيسية ثلاثة، هى الماهية أو الموضوع، ثم الجوهر والطبيعة،

وأخيراً المنهج القانونى المتمثل فى التفسير فإننا نجد لزماً علنياً أن نعرض لفلسفة التحكيم من خلال الآتى:

الفصل الأول: ماهية التحكيم وطبيعة.

الفصل الثانى: الدور التفسيرى للمحكم مقارنة بالقاضى.

الفصل الثالث: دور المحكم فى التفسير فى المجال الرياضى

الفصل الأول

ماهية التحكيم وطبيعته

التحكيم ليس بديلاً عن القضاء بل هو أسبق من القضاء فى الوجود ويعد التحكيم طريق استثنائى لفض المنازعات ووسيلة خاصة تختلف عن باقى طرق التقاضى العادية فهو كأداة لتسوية المنازعات بين الأشخاص له خصوصية تعتمد على إرادة الأطراف، وإحترام القانون لهذه الإرادة موثقة فى شرط التحكيم، أو مشاركة التحكيم.

فالتحكيم نظام قضائى ذو طبيعة خاصة يختار فيه أطراف النزاع قضاءهم باتفاق مكتوب ليحتكموا فيما شجر بينهم بتطبيق قانون وإجراءات مختارة لإصدار قرار ملزم لهم فى مدة معينة دون اللجوء إلى القضاء المختص.

ولما كان نظام التحكيم نظاماً قديماً عرفته المجتمعات الإنسانية منذ الأزمنة الغابرة باعتباره نظام قديم قدم البشرية، فقد عرف قبل ظهور فكرة الدولة وإنشاء مرفق القضاء فيها ثم استمر يودى دوره جنباً إلى جنب مع قضاء الدولة فى علاقة قوامها التناظر أحياناً والتعاون أحياناً أخرى حتى استقر التحكيم فى العصر الحديث كنظام قانونى معترف به محلياً ودولياً يفوق قضاء الدولة فى حل المنازعات الناشئة عن بعض المجالات بحيث أضحت التحكيم فكرة حضارية أكثر منها دولية. ولذلك فإننى سأعرض لماهيته وطبيعته من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: نشأة التحكيم وتطوره.

المبحث الثانى: طبيعة التحكيم ومشروعيته.

المبحث الأول

نشأة التحكيم وتطوره

يعد التحكيم من أقدم الوسائل التي عرفها الإنسان لفض المنازعات حيث يعتبر هو الوسيلة إلى انتقال المجتمعات من مرحلة القوة إلى مرحلة سيادة القانون ومما يدل على قدم التحكيم كوسيلة لفض المنازعات النزاع الذي حدث بين قابيل وأخيه هابيل بشأن الزوجة الذي سيقترن بها لأن النظام بين أبناء سيدنا آدم عليه السلام هو أن يتزوج الرجل بشقيقته التي هي ليست توأماً له فيتم مع المغايرة في شريك الرحم بنفس الفترة وهذا يعنى أن هابيل سيتزوج بتوأم قابيل وسيتزوج قابيل بتوأم هابيل فأراد قابيل أن يتزوج بتوأمه هو دون أخيه فكان أن احتكما إلى السماء، قال تعالى " إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقُبِّلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُنْقَبَلْ مِنَ الْآخَرِ ". قربا قرب هابيل جدعه سمينة وقرب قابيل حزمة سنبل فوجد فيها سنبله عظيمة ففركها وأكلها فنزلت النار فأكلت قربان هابيل وتركت قربان قابيل ثم اتفقا على أن يحتكما إلى الله وذلك بأن يقدم كل منهما قرباناً إليه سبحانه.

وكان التحكيم سبب في تطور القاعدة القانونية التي كانت عبارة عن حكم وعادات وتقاليد وأقوال مأثورة متداولة بين الناس. وهذا ما سنتناوله في مطلبين:

المطلب الأول: نشأة التحكيم.

المطلب الثاني: تطور التحكيم.

المطلب الثالث: فكرة التحكيم ودوافعه.

المطلب الأول

نشأة التحكيم

قد يظن البعض أن كلمة التحكيم جديدة وحديثة النشأة ظهرت في العصر الحديث، وهذا ظن غير صحيح إذ كان التحكيم أسبق ظهوراً من القضاء حيث عرفة القدماء في جميع الحقب الحضارية المتعاقبة. فقد قال عنه أرسطو "أن الأطراف المتنازعة يستطيعون تفضيل التحكيم على القضاء وذلك لأن الحاكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضى إلا بالتشريع، والتحكيم كوسيلة لحل المنازعات ليس نظاماً مستحدثاً ولا بدعه ولا ردة على نظام القضاء بل يضرب بجذوره في عمق التاريخ القديم - ويجب أن لا يغيب عن أذهاننا أنه يعتبر أصل نشأة نظام القضاء فهو الصورة البدائية للقضاء قبل وصوله إلى صورته المنظمة.

وقد عرفت المجتمعات البشرية فى الحضارات القديمة التحكيم عندما كانت تعيش فى تجمعات على شكل قبائل وعشائر قبل الانتقال إلى النظم السياسية السائدة الآن فى الدول.

وقد كان الناس فى الماضى يحتكمون إلى شيوخ القبائل بما لهم من دور بارز فى حل المنازعات وما زال لهم هذا الدور ويقومون بذلك بأنفسهم أو بتعين شخص أو أشخاص آخرين لذلك كما يلجأ الناس إلى أشخاص عرفوا بالحكمة والأمانة والصدق والنزاهة وسداد الرأى والفكر المستتير.

وكانت بعض الجماعات القديمة تحتكم إلى مهارة الخصمين الفنية وكانت بعض الجماعات الاغريقية وحتى الرومانية تلجأ إلى مجالات غنائية ومن يتابع حتى النهاية يعتبر صاحب الحق.

وعند آخرين يحضر كلاً من المتخاصمين ديكاً ويقتتل الديكان والديك الغالب دليل صاحبه.

ولزيادة الأمر إيضاحاً سنعرض لتاريخ التحكيم عند الأمم والشعوب فى بعض الحضارات القديمة من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: التحكيم فى مصر الفرعونية.

الفرع الثانى: التحكيم فى شريعة بلاد ما بين النهرين.

الفرع الثالث: التحكيم عند الإغريق.

الفرع الرابع: التحكيم عند الرومان.

الفرع الخامس: التحكيم عند العرب قبل الإسلام.

الفرع السادس: التحكيم فى الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول

التحكيم فى مصر الفرعونية

لقد كان التحكيم موجوداً عند القدماء المصريين مثل باقى الحضارات الأخرى حيث كان يحق للأفراد اللجوء إلى التحكيم للفصل فيما شجر بينهم باتفاق تحكيم.

وقد ظهر هذا النظام لديهم فى عهد الأسرة الرابعة حيث كان للأفراد حق اللجوء إلى التحكيم لفض ما ينشأ بينهم من منازعات واتقان التحكيم هو الذى يحدد أعضاء هيئة التحكيم والإجراءات المتبعة أمامها وحكم هيئة التحكيم نهائى وقابل للتنفيذ دون حاجة لعرضه على القضاء. إذ يعتبر

حكم التحكيم نهائياً وله حجية الشيء المقضى به مثل الحكم القضائي وينفذ مباشرة دون اعتماد من القضاء.

أما في الحضارة الفرعونية، فقد اختلفت الدراسات بشأن ممارسة التحكيم في هذه الفترة الزمنية، إذ يرى البعض أن مصر القديمة لم تلجأ إلى التحكيم لتسوية المنازعات، بل أن أول قاضى من الناحية التاريخية هو الحاكم وكانت أحكامه تصدر باسم الملك. بينما يرى الغالبية العظمى بأن التحكيم كان موجوداً في مصر الفرعونية، وعلى وجه الخصوص بالنسبة للمؤسسات التي كان ينشأها الأفراد لصالح جهة معينة كأحد المعابد أو لصالح أسرة معينة. بل جرت العادة على النص في عقد المؤسسة ذاته على خضوع المستفيد من المؤسسة بصدد أى نزاع لما تصدره هيئة المحكمين التي تتكون عادة من عدد من المستفيدين الآخرين في نفس المؤسسة وليسوا أطرافاً في النزاع. كما جرت العادة أيضاً في عدد من عقود الإيجار المتعلقة بالأراضي الزراعية على وجود نص فيها يتضمن الاتفاق بين المالك والمستأجر على عرض أى نزاع ينشب بينهما بسبب عقد الإيجار على هيئة محكمين^(١).

وكان يقوم التحكيم في مصر الفرعونية على مبدأ أساسى هو احترام إرادة الأطراف بالسماح لها بعرض منازعاتها على حكم للفصل فيها بدلاً من اللجوء إلى القضاء العادى، فيختار أطراف النزاع المحكمين ومكان التحكيم والجزاء الذى يوقع على من يفقد دعواه. والحكم الذى يصدر من المحكمين كان يعد نهائياً وواجب التنفيذ دون حاجة لعرضه على أية جهة أخرى من جهات القضاء. وكان نظام التحكيم يعمل جنباً إلى جنب بجوار القضاء العادى. إذ قد عرف المجتمع المصرى القديم نظام القضاء بالمفهوم الحديث، وكان التقاضى يتم على درجتين بالإضافة إلى وجود نظام القضاء غير العادى وعلى قمة هذا النوع الأخير من القضاء كان التحكيم.

(١) د/ عباس مبروك الغزيرى، تاريخ القانون المصرى الفرعونى، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧ ص ١٣١، د/ صوفى أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، ١٩٦٥ ص ٥١٥، د/ محمد عبد الهادى الشقنقى، دروس في تاريخ القانون المصرى، ص ١٧٣، د/ السيد عبد الحميد فوده، فلسفة نظم القانون المصرى، الجزء الأول، العصر الفرعونى، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٠.

الفرع الثانى

التحكيم فى بلاد بين النهرين

كانت الوسيلة السائدة فى حل النزاعات بين الطرفين عند البابليين والأشوريين إذ يعد الأشوريين من الشعوب التى دأبت على ممارسة التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، بل أنها خولت المحكم سلطة فرض العقوبات. وهذا يعنى أن المحكم عند الأشوريين صلاحيات كبيرة عند فض النزاع فيحق له فرض العقوبات مما يجعله فى مستوى القضاء. وكان المحكمون من رجال الدين. وقد عثر على حفريات حجرية تدل على وجود معاهدة عند الأشوريين تحتوى على شرط تحكيم فى حالة الاختلاف على بنود هذه المعاهدة. كما عثر على حجر أثري يحمل نصوص معاهدة أبرمت فى القرن الحادى والثلاثين قبل الميلاد بين مدينة (الحبشى) ومدنية (أوما) السومريتين تنص على وجوب احترام خندق الحدود بين المدينتين وعلى شرط التحكيم لفض أى نزاع ينشأ بينهما بشأن الحدود وبالنظر إلى شرط التحكيم الموجود فى المعاهدة الذى يجعل أى نزاع أو أى خلاف بين المدينتين بشأن الخندق الموجود على الحدود من اختصاص التحكيم دون غيره وفق الاتفاقية المبرمة وهذا دليل واضح على أن التحكيم كان معمولاً به عند الأشوريين^(١).

الفرع الثالث

التحكيم عند الإغريق

اعتمد الإغريق على التحكيم كوسيلة سائدة لحل المنازعات والخلافات فقد كان فى أثينا ما يسمى بالمحاكم الشعبية التى تلزم المواطنين بالتسجيل فى قوائم المحكمين لإحالة القضايا إليها. وكانت هذه المحاكم تحيل القضايا إلى هيئة المحكمين للإصلاح بين المتنازعين فإن أخفقت الهيئة فى ذلك يصدر المحكم قراره مشفوعاً بقسم. وإذا لم يقبل أى طرف من الأطراف المتنازعة هذا القرار فإنه يستطيع الطعن على قرار المحكم أمام المحاكم الشعبية. فهى تعد بمثابة هيئة إستئنافية لأحكام المحكمين^(٢).

كما كان يوجد فى اليونان مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل فى المنازعات بين المدن اليونانية فى المعاملات المدنية والتجارية، وكان المحكمون فى اسبرطة يحلفون المتنازعين اليمين على احترام الحكم الذى يصدره المحكمين وينفذونه. وقد قنن صولون قواعد التحكيم داخل التشريع

(١) د. على شعبان مصباح المقرحى، التدخل القضائى فى التحكيم، رسالة دكتوراه، سنة ٢٠١٢، ص ٦ وما بعدها.

(٢) د. على شعبان المقرحى، المرجع السابق، ص ٨.

اليوناني وذلك فى غضون القرن الخامس قبل الميلاد. وفى مجال العلاقات الخارجية كان هناك مجلس دائم للتحكيم كان يطلق عليه "الامفيكتبوتى" يتولى الفصل فى المنازعات.

الفرع الرابع

التحكيم عند الرومان

كان يختار الأطراف هذا المحكم من بين قائمة القضاة والمحكمين، والتي كانت تحتوى على عدة آلاف من الأشخاص وكان هذا الواجب تكليفاً عاماً لا يستطيع الفرد التحلل منه إلا بعذر قانونى.

وهذه الصورة من التحكيم تقترب من فكرة التحكيم الاجبارى بحسبان أن اللجوء إليه يكون أمراً مفروضاً جبراً على الخصوم فى نطاق الإجراءات القضائية الرسمية إذ يلتزم المحكم بما جاء فى برنامج الدعوى المحالة إليه من البريتور. وبالتالي فليس له سلطة مطلقة فى التحلل من القواعد القانونية سواء كانت إجرائية أو موضوعية كما أن المحكم كان لا ينتظر منه قبولاً لمهمته التحكيمية فهو مكلف بها باعتبارها تكليفاً عاماً. وأن الحكم الصادر منه يعد حكماً قضائياً وقابلاً للتنفيذ الجبرى.

وفى مرحلة تالية أدرك المجتمع الرومانى أن الصورة المتقدمة للتحكيم الإجبارى لا تساير ظروف المجتمع الرومانى ولا تؤدى إلى تحقيق العدالة بالمفهوم الشامل نظراً لتقييد المحكم بقواعد قانونية رسمية تحد من سلطته التقديرية. فاتهموا إلى نظام التحكيم الاتفاقى كأداة خاصة لتطبيق قواعد خاصة، ولتحقيق نوع من العدالة الخاصة. تلعب إرادة الخصوم الدور الأكبر فى تحقيق العدالة عن طريق التحكيم وتحديد زمانه ومكانه وسلطات المحكم.

وفى مثل هذا النوع من التحكيم لا يتقيد المحكم بقواعد قانونية معينة عند الفصل فى النزاع، بل كان يراعى الأعراف والتقاليد السائدة فى المجتمع الرومانى. وأصبح التحكيم الاتفاقى يعمل بجانب التحكيم الاجبارى إلى أن أندثر النوع الأول من التحكيم فى ظل الامبراطورية السفلى على إثر توحيد السلطة القضائية فى يد قاضى موظف تعرض عليه الدعوى ويفصل فيها دون الإحالة إلى قاضى أو حكم. وبالتالي أصبح التحكيم الاتفاقى هو الصورة المثلى للعدالة التحكيمية بجانب قضاء الدولة حتى أواخر عصور القانون الرومانى.

وفى المجتمع الرومانى نجد أن التحكيم قد مر بمراحل مختلفة واختلفت صورته من فترة زمنية إلى أخرى. فقد بدأ فى المجتمع الرومانى فى صورة اختيارية تتوقف على إرادة الخصوم ليحل محل القضاء الخاص وظاهرة اقتضاء الشخص حقه بيده.

وفى مرحلة تالية تدخلت السلطة العامة فجعلته تحكيمياً إجبارياً يفرض على الخصوم فى نطاق الخصومة القضائية وقد ساعد نظام الإجراءات الرومانى على انتشار هذا النوع من التحكم. وفى ظل هذا النظام كانت تقسم الدعوى إلى مرحلتين: مرحلة أولى تتم أمام الحاكم ويطلق عليها **in iure**، ومرحلة ثانية تتم أمام القاضى أو المحكم ويطلق عليها **in iudicio**^(١).

وفى المرحلة الأولى: يتم تحديد موضوع الدعوى والتأكد من قيام الأطراف بالصيغ التى حددها القانون (فى ظل دعاوى القانون)، وفى ظل نظام دعاوى البرنامج يتم تحديد موضوع النزاع وطلبات المدعى ومهمة القاضى أو المحكم والقواعد القانونية واجبة التطبيق.

وفى المرحلة الثانية: يتم إحالة النزاع إلى محكم لكى يقوم بفحص الوقائع ثم ينطق بالحكم. وهذا المحكم ليس موظفاً عاماً يمثل السلطة العامة ويختص بصفة دائمة بالفصل فى المنازعات، بل هو مجرد شخص عادى يتم اختياره من قبل أطراف المنازعة للفصل فيها وفقاً للقواعد القانونية التى تم تحديدها من خلال المرحلة الأولى.

وقد اتجه المجتمع الرومانى إلى الأخذ بهذا النوع من الازدواجية فى ممارسة الوظيفة القضائية للحد من السلطة المطلقة التى كان يتمتع بها الحكام، بالإضافة إلى عدم الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات. فالحكام كانوا يجمعون بين أيديهم كثيراً من مظاهر السلطة، وللحد من هذه السلطة التى يمتلكها الحكام روى أنه من الأفضل أن يحجب عنه سلطة إصدار الحكم فى الدعوى وأن يعهد بها إلى شخص آخر لا ينتسب للسلطة العامة ولا يفصل بإسمها يتم اختياره من بين أفراد الشعب بواسطة أطراف النزاع.

(١) أ.د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ١٣.

Havelin "cours elementaire de droit remain" T.I. paris. 1929. p.128 ets.

الفرع الخامس

التحكيم عند العرب قبل الإسلام

كانت تتركز الحياة في الصحراء على مبدأ الانتقام الشخصي، نظراً لأن حالة البداوة كانت هي السمة الغالبة على العرب قبل الإسلام، لذلك كان المجتمع العربي قبل الإسلام مجتمعاً يغلب عليه الطابع القبلي بما فيه من عادات وتقاليد فكانت أغلب مجتمعاتهم قبلية ليس بها سلطة مركزية قوية ولا أنظمة حكومية منظمة ولا قوانين مدونة.

لذلك عرف العرب قبل الإسلام نظام التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم فكانوا يفضلون منازعاتهم عن طريق الالتجاء الحر إلى شخص عرف برجاحة عقله وسمة إدراكه وأصالته رأيه أو إلى أحد الكهنة، وهذا الشخص أو ذاك الكاهن لم يكن موظفاً عاماً وإنما فرد عادى لم يكن ملزماً بالفصل في النزاع المعروض عليه ولم يكن الخصم أو الخصوم ملزمين بعرض نزاعهم على هذا الشخص أو ذاك الكاهن بل لهم الحرية في ذلك وكان يطلق على هذا الشخص اسم الحاكم أو الحكم^(١).

ونظام التحكيم كان يشكل الوسيلة السائدة لفض المنازعات في مجتمعات العرب قبلية ومجتمعاتهم الحضرية التي لا توجد بها سلطة مركزية قوية كما هو الحال في مكة ويثرب. أما في مجتمعات العرب المدنية، حيث كانت توجد سلطة مركزية قوية وقوانين مدونة فقد احتل نظام التحكيم محلياً مكان الصدارة والسيادة لنظام قضائي محكم تكلفت الدولة بتنظيمه، بحيث أصبح فيه القاضي موظفاً عاماً من موظفي الدولة يمارس وظيفة عامة ويقوم الدولة بتعيينه وعزله ويكون حكمه واجب النفاذ قهراً باستخدام السلطة العامة. ومن ثم يمكن القول بأن العرب قبل الإسلام عرفوا نظامين للفصل في المنازعات، نظام التحكيم ونظام القضاء، وذلك على غرار ما هو موجود الآن في كل الأنظمة الحديثة.

وقد كان التحكيم عند العرب قبل الإسلام اختيارياً ومتروكاً لحرية الأطراف المتنازعة، كما أن تنفيذ القرار التحكيمي لم تكن له الصفة الإلزامية، بل كان يعتمد تنفيذه بشكل أساسي على مجرد سلطة المحكم المعنوية، ولهذا السبب فإن بعض الحكام كانوا يفرضون على المتنازعين التزامات محددة مستهدفين بذلك التأكد من أن قراراتهم ستقبل من المتنازعين وسيتم تنفيذها.

(١) د. عبد الكريم نهير، التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد، دراسة تاريخية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، سنة ١٩٩٦، ص ٢٤ وما بعدها.

ومن أشهر المحكمين عند العرب قبل الإسلام، أبو طالب بن هاشم، الأحنف بن قيس، الأفعى الجرهمي، أكثم بن حنفى، ثابت بن المنذر بن حرام، الحارث بن عباد الربيعي، صفوان ابن أمية، العلاء بن حارثة، عبد المطلب بن هاشم، عامر بن الضحيان وغيرهم كثيرين. وقد كانت الإجراءات التحكيمية بسيطة وبدائية إلا أن ذلك لم يمنع الحكام في بعض الحالات يتطلبون حضورهم كشرطاً أساسياً لصحة التحكيم كما كانوا يعتبرون أن أى مطلب لأى من المتنازعين يقتضى إثباته لأن القاعدة عندهم كانت تنطلق من أن الموجب غير موجود وإن كان موجب فيقتضى إثباته^(١).

ووفقاً لما ذهب إليه أحد الحكام فإن الإثبات هو على من ادعى واليمين على من أنكر، وذلك يعنى أن على المدعى أن يقيم الدليل على ما يدعيه، إلا أنه بإمكانه فى حالة عدم قدرته على الإثبات أن يطلب من خصمه حلف اليمين وقد كان لذلك أهمية استثنائية فى موضوع إيصال النزاعات إلى نهايتها وقد جرى حلف اليمين مرات عديدة فى مواجهة تمثال "هبل" الذى كان معلقاً فى الكعبة، وقد مارس العديد من الكهنة التحكيم عند العرب قبل الإسلام.

والأمثلة على استخدام التحكيم للفصل فى المنازعات عند العرب قبل الإسلام متعددة ومتنوعة، نعرض لبعض منها على النحو التالى:

١] تحكيم قصى بين خزاعة وبنى بكر بن وائل:

جمع قصى قومه من بنى فهر بن مالك وحازهم إليه فلما حضر الحج حال بين صوفة وبين الاجازة وقامت معه خزاعة وبنو بكر وعلموا أن قصياً سيصنع بهم كما صنع بصوفة وأنه سيحول بينهم وبين أمر مكة وحجاً به البيت وانحازوا عنه وصاروا إليه فلما رأى ذلك أجمع لحربهم وبعث أخيه لامة دراج بن ربيعة فأتاه أخوه بمن قدر عليه من قضاة وخرجت لهم خزاعة وبنو بكر وتهيئوا للحرب والتفوا فاقتتلوا قتالاً شديداً حتى كثرت بينهم القتلى من الطرفين فما كان من ذلك إلا أن تداعوا للصلح والى أن يحكم بينهم رجلاً من العرب فيما اختلفوا فيه ليقضى بينهم فحكموا يعمر بن عوف بن كعب بن ليث بن بكر من كنانة فقضى بينهم بأن قصياً أولى بالكعبة وأمر مكة من خزاعة وأن كل دم أصابه قصى بينهم من خزاعة وبنو بكر موضوع يشدخه "بيطله" تحت قدميه أن ما أصابت خزاعة وبنو بكر من قصى ومن معه "قريش، بنى كنانة، قضاة" ففيه الدية مؤداة وأن يخلى بين

(١) د. عبد الحميد الأحذب، التحكيم، أحكامه ومصادره، الجزء الأول، ص ٥٦.

قصى به كلاب وبين الكعبة ومكة فسمى يعمر بن عوف يؤمئذ بالشداخ لما شدخ من الدماء ووضع منها (١).

٢ [منازعة أبناء نزار بن معد فى قسمة ميراثهم من أبيهم:

كان لنزار بن معد وهو سيد بنى أبيه وعظيمهم ومقامه بمكة أربعة أولاد (مضر وإياد وربيعه وانمار) فلما حضرته الوفا أوصاهم فقال "يا بنى هذه القبة الحمراء وما أشبهها لمضر وهذا الخباء الأسود وما أشبهه لربيعة وهذه الخادمة وما أشبهها لإياد وهذه الندوة والمجلس وما أشبهه لانمار فإن أشكل عليكم واختلفتم فى شئ فعليكم بالأفعى الجرهمى ومنزله بنجران، فاختلفوا فى القسمة فتوجهوا إليه حتى نزلوا عنده ثم سألهم من هم؟ فأخبروه أنهم بنو نزار ابن معد فقال أحتاجون إلى وأنتم كما أرى فدعا لهم بطعام فأكلوا وأكل وأتى بشراب فشربوا وشرب فقال معد: لم أرى اليوم خمرأ أجود لولا أنها نبتت على قبر: وقال إياد: لم أرى كاليوم رجلاً أسرى لولا أنه يدعى لغير أبيه وقال ربيعة: لم أرى كاليوم لحماً أطيب إلا أنه ربى بلبن كلب وقال أنمار لم أر كاليوم كلاماً أنفع فى حاجتنا: وسمع الأفعى الجرهمى الكلام فتعجب لقولهم وأتى أمه فسألها فأخبرته أنها كانت تحت ملك لا ولد له فكرهت أن يذهب الملك فأمكننت رجلاً من نفسها كان نزل به فوطئها فحملت منه به وسأل القهرمان عن الخمر فقال من كرمه غرستها على قبر أبيك وسأل الراعى عن اللحم فقال: شاه أرضعتها بلبن كلبة لأن الشاة حين ولدت ماتت ولم يكن قد ولد فى الغنم شاة غيرها فأخذ الجرهمى يستخبر منهم عن كيفية معرفتهم لذلك فأجابوه ثم قال لهم بعد ذلك صفوا لى قصتكم فقصوا عليه ما أوصاهم به أبوهم نزار فقضى لمضر بالقبة الحمراء والدنانير والابل وهى حمر فسمى معد الحمراء وقضى لربيعة بالخباء الأسود والخيول الدهم فسمى ربيعة الفرس وقضى لإياد بالخادمة الشمطاء والماشية البلق وقضى لانمار بالأرض والدراهم (٢).

(١) انظر فى ذلك:- ابن هشام، ج ١ ص ١٢٣، ١٢٤.

-اليعقوبى، ج ١ ص ١٩٦، ١٩٧.

-الطبرى، ج ٢ ص ٢٥٨.

-ابن الأثير، الكامل فى التاريخ ج ٢ ص ١٢.

-السهيلى، ج ١ ص ١٤٧، ١٤٨.

(٢) انظر فى ذلك إلى:

اليعقوبى، ج ١ ص ١٨٣.

ابن عبد ربه، ج ٣ ص ٢٩١.

٣] التحكيم فى الحرب بين مالك بن العجلان من الخزرج وبنى عمر بن عوف من الأوس (يوم سمير).

اشتعلت الحرب وحمى وطيسها بين الأوس وعلى رأسهم بنى عمر بن عوف والخزرج وعلى رأسهم مالك بن العجلان، وكان سبب ذلك قيام رجل من بنى عوف من الأوس يدعى "سمير" برصد الثعلبى "كعب الثعلبى" حليف مالك بن العجلان من الخزرج ثم قتله. فعلم مالك بذلك فأرسل إلى بنى عوف بن مالك بن الأوس قائلاً له: أنكم قتلتم منا قتيلاً فأرسلوا لنا بقاتله. فلما جائهم رسول مالك الخزرجى تراموا به فقالت بنو زيد إنما قتلته جحى وقالت بنو جحى إنما قتلته بنو زيد ثم أرسلوا إلى مالك الخزرجى وأبلغوه أنه قد كان فى السوق التى قتل فيها صاحبكم أناس كثير ولا يدرى أيهم قتلته فأمر مالك الخزرجى أهل تلك السوق أن يتفرقوا فتفرقوا فلم يبق فيها غير "سمير" وكعب فأرسل مالك الخزرجى إلى بنى عوف الأوسى بالذى بلغه من ذلك وقال إنما قتلته سمير فأرسلوا إلى به أقتله فأرسلوا إليه أنه ليس لك أن تقتل سمير بغير بينة وكثرت الرسل بينهم فى هذا الطلب وخوفاً من نشوب حرب بين الطرفين أرسل بنى عمرو وبنى عوف الأوسى إلى مالك الخزرجى يعرضون عليه الدية فقبلها فأرسلوا إليه أن صاحبكم حليف وليس لكم فيه إلا نصف الدية فغضب مالك وأبى أن يأخذ فيه إلا الدية كاملة أو يقتل سمير فأبى بنو عمر بن عوف ثم دعوه أن يحكم بينهم وبينه عمرو بن امرئ القيس ففعلى فانطلقوا حتى جاءوه فى بنى الحارث بن الخزرج فحكم بينهم وقضى على مالك بن العجلان الخزرجى بأنه ليس له فى حليفه إلا دية الحليف فأبى مالك الخزرجى أن يرضى بذلك وأذن بنى عمرو ابن عوف بالحرب واستتصر قبائل الخزرج فأبى بنو الحارث بن الخزرج أن تنصره ضباً عليه حين رد قضاء عمرو بن امرئ القيس ثم أرسل مالك الخزرجى إلى بنى عمر بن عوف الأوسى يؤذنههم بالحرب ويعددهم يوماً "يلتقون فيه وأمر قومه فتهيئوا للحرب وتحاشد الحيان وجمع بعضهم البعض والنقى الجمعان وتقاتلوا قتالاً شديداً فداموا على ذلك عشرين سنة متحاربين فلما رأت الأوس طول الشر وأن مالك الخزرجى لا ينزع قال لهم سويد بن صامت الأوسى: يا قوم أرشوا هذا الرجل من حليفه ولا تقيموا على حرب أخوتكم فأرسلت الأوس إلى مالك الخزرجى يدعونه إلى أن يحكم بينهم وبينه ثابت بن المنذر بن حرام "أبو حسان بن ثابت" فأجابهم إلى ذلك فخرجوا حتى أتوا ثابت بن المنذر وهو فى بئر يقال له "سميحة" فقالوا له "إنا قد حكمناك بيننا فقال لا حاجة لى فى ذلك ولم؟ قال أخاف أن تردوا حكمى كما رددتم حكم عمرو بن امرئ القيس قالوا: فأنا لا نرد

- الطبرى: ج ٢ ص ٢٦٨، ٢٧٠.

- الأوسى، ج ٣ ص ٢٦٤، ٢٦٦.

حكمك واحكم بيننا قال: لا أحكم بينكم حتى تعطوني موثقاً وعهداً لترضون بحكمي وما قضيت به ولتسلمن له فاعطوه على ذلك عهودهم ومواثيقهم فحَكَّم بأن يؤدي لحليف مالك بن العجلان ديه الصريح "دية كاملة" ثم تكون السنة فيهم من بعده على كما كانت عليه الصريح على ديته والحليف على ديته وأن تعد القتلى الذين أصاب بعضهم من بعض في حربهم ثم يعطوا الدية لمن كان له فضل في القتلى من الفريقين فرضى بذلك الفريقين وسلمت الأوس به وتفرقوا^(١).

٤- نموذج لجريمة عرض:

روى الاخباريون عن العرب في الجاهلية أن هند ابنة عتبة بن ربيعة كانت قد تزوجت الفاكه بن المغيرة المخزومي أحد فتيان قريش وكان له بيت للضيافة يغشاه الناس من غير أذن فخلا البيت يوماً فأضجع الفاكه وهو مهند فيه ثم نهض الفاكه لبعض حاجته وأقبل رجل ممن كان يفشى البيت فولج فيه فلما رأى هند ولى هارباً هنا أبصره الفاكه فأقبل إلى هند فركضها برجله وهى نائمة فانتبهت فقال من ذا الذى خرج من عندك فقالت لم أرى أحداً وأنت الذى انبهتني فقال لها إذهبي إلى بيت أبيكى فأقيمي عنده وتكلم فيها الناس فقال له أبوها أنك قد رميت ابنتي بأمر عظيم فحاكمنى إلى بعض كهان اليمن فأجابه إلى ذلك فخرج كل منهما فى جماعة من قومه إلى كاهن من كهان ومعهما هند وبعض النسوة فلما شارفوا بلاد الكاهن قالت هند لابيها أنكم تأتون بشراً يصيب ويخطئ ولا آمنه فقال أبوها سأختبره لك فصغر لفرسه حتى أدلى فأدخل فى أحليله حبة حنطة وشد عليها بسير فلما دخلوا على الكاهن قال له عتبة إنا قد جنناك فى أمر وقد خبأت لك خبأً اختبرك به فانظر ما هو فقال ثمرة فى كمره فقال أريد ابين من هذا فقال حبة برفى أحليل مهر فقال له انظر أمر هؤلاء النسوة فجعلن يدنوا من أحدهن فيضرب بيده على كتفها ويقول انهضى حتى دنا من هند فقال لها انهضى غير رسخاء ولا زانية ولتلدن ملكاً أسمه معاوية فنهض إليها الفاكه فأخذ بيدها فجذبت يدها من يده وقالت إليك عنى فوالله لا حرصن على أن يكون من غيرك فتزوجها أبو سفيان بن حرب.

(١) انظر فى ذلك إلى: الاصبهاني ج ٣ ص ١٩، ٢٠، ٢٤، ٢٦.

- جاد المولى وآخرين ص ٢٦١.

الفرع السادس

التحكيم في الشريعة الإسلامية

لقد اعترف الإسلام بشرعية التحكيم، من خلال العديد من الآيات القرآنية مثل قوله تعالى "إِنَّ اللَّهَ يُأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا" (١)

وقوله تعالى "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا" (٢).

فهذه الآيات تدل دلالة قاطعة على أن الشريعة الإسلامية أخذت بنظام التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد، بجانب القضاء.

- وقد استدل على جواز التحكيم من السنة، بما روى عن تحكيم النبي ﷺ سعد بن معاذ في بني قريظة وعمله بحكم سعد لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم.

روى عن أبي سعيد الخدري أنه قال "أن أهل قريظة نزلوا على حكم سعد بن معاذ فأرسل رسول الله ﷺ إلى سعد فأتاه على حمار فلما دنا قريباً من المسجد قال رسول الله ﷺ قوموا إلى سيدكم أو خيركم فعقد عند النبي ﷺ فقال أن هؤلاء نزلوا فقال لقد حكمت بما حكم به الملك وفي لفظ قضيت بحكم الله فكان هذا الحديث نصاً في جواز التحكيم والعمل به وإلا لما حكم سعد في قريظة في بني قريظة برضاهم ولما عمل رسول الله ﷺ بحكم سعد فيهم فالتحكيم لم يكن جائزاً ومشروعاً لما صح حكم سعد ولما وجب تنفيذه وأن المجتمع عليه بين الفقهاء أن الرسول قد عمل بحكم سعد فيهم (٣).

كما أجمع صحابة النبي ﷺ على الاعتراف بالتحكيم بعد حصول نزاع حاد بين الخليفة عمر بن الخطاب ورجل من عامة الناس يدعى أبي بن كعب واتفق الفريقان على هذا النزاع بواسطة أحد الحكام، وذهباً لرؤيته لهذه الغاية وقد دهش الحكم المختار لذلك وسأل الخليفة لماذا لم يستدعه إليه بدلاً من أن يكلف نفسه عناء المجئ إلى بيته فأجابه الخليفة عندما نحتكم يقتضى أن تأتى إلى بيت

(١) سورة النساء الآية ٥٨.

(٢) سورة النساء الآية ٥٣.

(٣) د/ عبد الكريم نصير، المرجع السابق، ص ١٢٨ وما بعدها، د/ عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق ص ٥٧

وما بعدها.

الحكم للطلب إليه أن يفصل في النزاع حينئذ دعاهما الحكم للدخول إلى بيته وقدم للخليفة وساده ليرتاح إليها فرفضها الخليفة قائلاً هذا أول تصرف من قبلك يفتقر إلى الإنصاف.

ومن ذلك يتضح أنه كان مفترضاً في الحكم أن يتصرف في تحكيمه كالقاضي وأن يتسم بالحياد التام ما بين المتنازعين وقد كان تقديم الوسادة للخليفة بمقرره دون خصمه يعتبر وقد حصل خلال عملية التحكيم عملاً مفترقاً إلى العدالة والإنصاف.

- وقد كان الإجماع وهو ثالث مصادر الشريعة الإسلامية أكثر وضوحاً فيما يتعلق بتحديد التحكيم وفي تحديد ميدان تطبيقه. إذ جاء في المبسوط للسرخسي "والصحابه رضوان الله عليهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم"^(١).

وفي أسنى المطالب "يجوز التحكيم بين اثنين لرجل غير قاضي لما رواه البيهقي أن عمر بن خطاب وأبي بن كعب تحاكما إلى زيد بن ثابت وأن عثمان وطلحة تحاكما إلى جبير بن مطعم ولم يخالفهم أحد فاعتبر ذلك إجماعاً"^(٢).

- وإذا كان التحكيم في موضوع المنازعات العائلية وفي الأموال قد ورد ذكره صراحة في القرآن الكريم في العديد من الآيات القرآنية بما يؤيد شرعيته، فهل الأمر كذلك فيما يخص النزاعات المتعلقة بمواضع السلطة والحكم؟

نشأ أول نزاع يتعلق بالسلطة والحكم عقب وفاة الخليفة عثمان بن عفان إذ عمد معاوية إلى رفض الاعتراف بحق الخليفة على بن أبي طالب بالخلافة فنشبت نتيجة لذلك حرب أصلية ما بين المسلمين وقد طرحت هذه الحرب جملة من المسائل ومن بينها معرفة ما إذا كان بالإمكان تطبيق التحكيم في مادة النزاعات المتعلقة بخلافة النبي وبتعبير آخر كان المطروح تحديد المدى الذي يمكن انتهاجه في الموضوع التحكيمي وفي وقائع ذلك إن جيش الخليفة على بن أبي طالب وجيش معاوية تلاقياً في صفين وعند تلاقيهما رفع اتباع معاوية القرآن الكريم كل على رمح مما أجبر علياً على وقف المعارك وأرسل إلى معاوية رسلاً يستفسرون عن الهدف من هذا التصرف، فأجاب معاوية لقد أردت أن أختار واحداً من رجالى وأن تختار واحداً من رجالك كيما يفصلا في نزاعنا وأن يصدرا قرارهما استناداً إلى أحكام كتاب الله.

(١) المبسوط، للسرخس (محمد بن أحمد بن أبي سهل)، ج ٢١، ص ٦٢.

(٢) الزيلعي، ج ٤، ص ١٩٣.

وقد عاد المرسلون بهذه الإجابة إلى على فحاز العرض على موافقة الأغلبية من رفاقه ومع وجود معارضة الأقلية لهذا العرض فقد وقف على إلى جانب رأى الأكثرية. وأتبع ذلك بتعيين حكمين النقيا وحددا معاً وكتابياً مجمل النقاط التى اتفق عليها الطرفان وبذلك تحدد اتفاق التحكيم كتابياً.^(١) وفى هذا المضممار نلاحظ الآتى:

(١) يعد هذا النزاع تطبيقاً عملياً للتحكيم وفقاً لما جاء بالقرآن الكريم فى حالات النزاعات العائلية، ومن ثم انتقل إطار تطبيقه إلى الدولة، وإلى المنازعات المتعلقة بالسلطة وذلك بالتطبيق لمبدأ القياس.

(٢) يستنتج من ذلك أن التحكيم أصبح وسيلة معترف بها محل المنازعات المتعلقة بالسلطة وهذا ما يماثل تماماً الاتفاقات التحكيمية الآن.

(٣) قد حدد هذا التحكيم الإجراءات التحكيمية التى ينبغى اتباعها، وحدد القانون الذى ينبغى تطبيقه وهو هنا القرآن الكريم.

(٤) إنه حدد المحكمة التحكيمية والحكم المعين من قبل كل فريق.

(٥) إن اتفاق التحكيم قد نص على أن القرار التحكىمى الصادر له فى حد ذاته صفة تنفيذية ولا يحتاج لأية صيغة لاحقة لتنفيذية.

- وقد أجاز فقهاء المذاهب الأربعة العمل بنظام التحكيم واعتبروه عمل مشروع نظراً لأنه يلبي حاجات اجتماعية هامة إذ ييسر من إجراءات اللجوء إلى المحاكم وهو أقل منها تعقيداً.

- هذا وقد وقعت للصحابة تحكيمات كثيرة أشير إليها فى كتب الفقه نذكر منها:

١] تحكيم عمر بن الخطاب وابى بن كعب رضى الله عنهما زيد بن ثابت ولم يكن زيد قاضياً:

روى البيهقى عن الشعبى قال أنه كانت بين عمر وابى بن كعب رضى الله عنهما خصومة فى شئ فقال عمر: اجعلى بينى وبينك رجلاً قال: فجعلاً بينهما زيد بن ثابت قال فأتوه قال فقال عمر رضى الله عنه: اتيناك لتحكم بيننا، وفى بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته وكانت اليمين على عمر رضى الله عنه فقال زيد لابى بن كعب: لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر يمين لزمتمنى^(٢).

(١) د. عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص ٥٩.

(٢) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٤٤-١٤٥، ابن نجيم، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٥، البهوتى كشف القناع ج ٦ ص ٣٠٩، الماوردى (أبى الحسن على بن محمد بن حبيب ت ٤٥٠ هـ) أدب القاضى بغداد ١٩٧١ م ج ٢ ص ٣٧٩.

٢] تحكيم عمر بن الخطاب والعباس رضى الله عنهما، أبى بن كعب فى دار كانت للعباس بجوار المسجد فقضى للعباس على عمر^(١).

٣] تحكيم عمر ومعاذ رضى الله عنهما، أبى بن كعب فى الدعوى القائمة بينهما^(٢).

٤] تحكيم عثمان بن عفان وطلحة رضى الله عنهما، جبير بن مطعم وجبیر لم يكن قاضياً^(٣).

٥] تحكيم المهاجرين والأنصار عليا رضى الله عنه فيما اختصموا فيه^(٤).

٦] تحكيم على رضى الله عنه واليهودى شريحاً فى درع روى عن شريح أنه قال: لما رجع على رضى الله عنه من قتال معاوية وجد درعاً له افتقده بيد يهودى يبيعهها، فقال على فاخصمنا إلى شريح، فقال شريح لعلى هل لك بينة؟ قال نعم قنير والحسن ابنى، قال شريح لا يجوز وقضى لليهودى بالدرع^(٥).

٧] تحكيم عمر رضى الله عنه ورجل شريحاً فى فرس روى عن الشعبى أن عمر بن الخطاب أخذ فرساً على سوم فحمل عليه رجلاً ليثوره فعطب الفرس فقال الرجل بينى وبينك شريح العراقى فأتيته فقال: يا أمير المؤمنين أخذته صحيحاً سليماً على سوم، فعليك أن ترده سليماً كما أخذته^(٦).

٨] تحكيم عثمان بن عفان رضى الله عنه وأعرابى عبد الله بن مسعود.

روى أن أعرابياً أتى عثمان رضى الله عنه فقال: أن بنى عمك عدوا على أبلى فقطعوا البانها، وأكلوا فصلانها - ولد الناقة - فقال له عثمان رضى الله عنه: إذن نعطيك إبلاً مثل ابلك وفصلاناً مثل فصلانك قال: إذن تنقطع ألبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ وادى وقال بينى وبينك عبد الله بن مسعود فقال عثمان: نعم فقال عبد الله بن مسعود أرى أن يؤتى هذا واديه فيعطى ثمة إبلاً مثل ابله وفصلاناً مثل فصلانه فرضى عثمان بذلك وأعطاه^(٧).

(١) الشيرازى (أبو اسحاق إبراهيم بن على ت ٤٧٦هـ) المذهب الحلبى ١٣٤٣ هـ ج ٢ ص ٢٩.

(٢) سنن الدار قطين ج ٤ ص ٢٤٢ رقم ١١٣٨ الأفضية والأحكام.

(٣) البهوتى كشاف القناع ج ٦ ص ٣٠٩، الانصارى أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٨٨، الرحيبانى (مصطفى السيوطى ت ١٢٤٣هـ) مطالب أولى النهى المكتب الإسلامى ١٩٦١م ج ٦ ص ٤٧١، ابن حجر العسقلانى (شهاب الدين أحمد بن على بن محمد) التلخيص الجبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير ١٩٧٩ ج ٣ ص ٦.

(٤) الصنعانى (أبو بكر عبد الرازق بن همام ت ٣١١هـ) المصنف ١٩٧٠م طبعة أولى ج ١ ص ٢٤٩.

(٥) وكيع (محمد بن خلف بن حيان ت ٣٠٦ هـ) أخبار القضاة بيروت عالم الكتب ج ٢ ص ١٩٤.

(٦) وكيع، أخبار القضاة ج ٢ ص ١٨٩.

(٧) السرخسى المبسوط ج ١١، ص ٥٣.

٩] تحكيم على رضى الله عنه ومعاوية بن أبى سفيان أبا موسى الأشعرى وعمرو بن العاصى فيما كان بينهما من نزاع ^(١).

المطلب الثانى

تطور التحكيم

ظهر الخلاف بين الأفراد منذ نشأة المجتمع البشرى نظراً لاختلاف وتضارب مصالحهم وعندما بدأ كل منهم يعتمد على الآخر فى تبادل وسائل العيش طمعاً فى التملك والاستبداد تضاربت المصالح وقد وصلت إلى درجة الاقتتال وذلك نظراً لعدم وجود سلطة عليا تنظم الحياة البشرية وتفصل فى هذه الخلافات، وكان الاعتماد فى هذا المضمار على مبدأ القوة تنشأ الحق وتحميه.

ولما ضاقت الناس من استعمال القوة فى فض الخلافات التى تنشأ بينهم اتجهوا إلى البحث عن نظام معين مصحوب بنوع من الجبر لضبط سلوك الأفراد على أن تتوافر له القوة التنفيذية، ولو كانت أدبية تكفل الردع الإجتماعى، وكان هذا النظام هو الوساطة والتوفيق والتحكيم وكان للدين أثر كبير فى المجتمعات القديمة وأكثر ما كان يخشاه الإنسان هو غضب الآلهة لذلك كان الإنسان يعمل جاهداً لإرضاء الآلهة، وكان أقدر الناس على القيام بذلك هم رجال الدين.

وانطلاقاً من الحسن الدينى والذى دعمته التقاليد الثقافية التى تؤيد السلام والتوافق الإجتماعى، فقد اتجهت الحضارات القديمة إلى التحكيم والوساطة كوسائل لحل المنازعات، وكانت مهمة المحكمة تتمثل فى البحث عن حل يتوافق مع الدين والتقاليد يرتضيه الأطراف ويتقيدان به أخلاقياً. وعرف التحكيم فى العصور القديمة بقواعد بسيطة وأدعية دينية معتمدة على أقوال مأثورة أحبها الناس ناطقة عن ديانة وثقافة ذلك المجتمع حتى أصبح التحكيم عادة فى نفوس الأفراد ومع ذلك فقد كان الالتجاء إليه وتنفيذ حكمه اختيارياً وغير ملزم.

ولمزيد من التفاصيل حول تطور التحكيم يفرض لذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: بزوغ فكرة التحكيم.

الفرع الثانى: دور التشريعات الوطنية فى تطور التحكيم.

(١) الماوردى أدب القاضى ج ٢ ص ٣٧٩، السمنانى (أبى القاسم على بن محمد بن أحمد ٤٩٩هـ) روضة القضاة بيروت ١٩٨٤م ج ١ ص ٧٨) الدسوقي (شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة ت ١٢٣٠هـ) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير والشرح الكبير للدريدر (أبى البركات أحمد بن محمد) ج ٤ ص ١٣٤.

الفرع الأول

بزوغ فكرة التحكيم

اختلف الفقهاء حول بداية بزوغ فكرة التحكيم، فمن الفقهاء من أرجع ظهور وانتشار فكرة التحكيم إلى القدماء المصريين نظراً لما عرف عنهم من تقدم فى شتى المجالات وخاصة فى الأنظمة القانونية.

ومنهم من أرجع بزوغ فكرة التحكيم كما هى معروفة لدينا الآن إلى العصر الرومانى والإغريق نظراً لأهمية دور الكهنة ورجال الكنيسة فى ترسيخه.

بينما يرى البعض الآخر من الفقهاء أن أول ظهور للتحكيم كان فى اليونان القديمة ما بين القرنين السادس والرابع قبل الميلاد.

وأياً ما كان هذا الاختلاف فإن التحكيم كوسيلة لفض المنازعات قد عرف عند المصريين القدماء والأشوريين والبابليين والعرب قبل الإسلام.

هذا وقد اختلف تطور التحكيم من فترة زمنية إلى أخرى بسبب اختلاف تطور الحياة البشرية والمصالح التى تتطلب تدخل التحكيم لعدم وجود القضاء والمنظم فى تلك الفترة، فقد تطورت فكرة التحكيم بعد ذلك خاصة فى القرون الوسطى عندما نادى فقهاء الكنيسة بمبدأ قدسية العقد حيث جعلت الإرادة مصدر القوة الملزمة فى العقد فأتاحوا للأفراد حرية الاتفاق على التحكيم مع الالتزام باحترام قرار المحكم كما عرفت أوروبا خلال القرن الثالث عشر وحتى السابع عشر نظام التحكيم^(١) وفى ظل العصور الوسطى، ومع ظهور المصالح الفردية المتضاربة مع مصالح الدولة والتى قويت شوكتها وازدادت سلطتها تدخلت هذه الأخيرة فى عملية تحقيق العدالة بحيث أصبحت تهيمن على مرفق القضاء فأصبحت الأحكام تصدر باسم سلطة معينة (الملك أو الشعب) وهذا ما أدى إلى تحول القضاء إلى مرفق عام وأصبح من مظاهر سيادة الدولة بحيث اعتبر قضاء الدولة هو القاضى الطبيعى لحسم المنازعات بين الأفراد.

وكان من نتيجة ذلك هيمنة الدولة تماماً على القضاء وعدم السماح لأنواع أخرى غير رسمية من وسائل حل المنازعات فى التواجد.

(١) أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، الطبعة الرابعة، سنة ٢٠٠٩، ص ٣٥، جمال حسن النجار، التحكيم وفقاً لقانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ المعمول به فى دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحق شريعة وقانون، العدد السابع، ٢٠٠١م.

إذ فى هذه الفترة كانت الدولة تنتظر إلى التحكيم باعتباره أساساً بحقها فى احتكار سلطة القضاء وعلى ذلك فكان اللجوء إلى التحكيم فى ظل هذه الفترة يتم فى إطار مهن معينة بحيث يتم تطبيق الأعراف السائدة فى المجال المهنى على النزاع الدائر بين الأطراف دون محاولة إيجاد أى وجه شبه بين التحكيم وإجراءات التقاضى أمام الدولة. وكان هذا النوع من التحكيم يقابل غالباً برفض واستنكار من الدول.

ومع مجئ القرن الثامن عشر بدأت مختلف الدول فى الاعتراف بالتحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لتسوية المنازعات مع تنظيمه تنظيمياً صارماً يضمن تدخل الدولة فى العديد من مراحله وبعد صدور حكم التحكيم بحيث يجرى التحكيم فى ظل رقابة شديدة من قبل قضاء الدولة أى أن التحكيم فى ظل هذه الفترة أصبح يمثل استثناءً من القضاء ولا يمثل حقاً طبيعياً للأفراد.

وفى النصف الثانى من القرن العشرين، ومع تغير الظروف السياسية والاقتصادية بعد الحرب العالمية الثانية زاد انتشار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، وأصبح يمثل حقاً طبيعياً للأفراد فى اللجوء إليه.

إذ أن نمو التجارة الدولية والعلاقات الدولية وتشابك المصالح الاقتصادية وتشابكها بين الدول والأفراد وثورة الاتصالات وانتقال رؤوس الأموال من دولة إلى أخرى فى شكل استثمارات وعقود إنشاءات وعقود تجارة وعقود نقل جوى وبرى وعقود تأمين كل ذلك أوجد الحاجة الماسة لتطوير آليات التحكيم الداخلى والدولى ليكون الوسيلة الفعالة والمناسبة فقد أدرك القائمون على التجارة والاستثمار عبر الحدود أن قضاء الدولة متخمة بالقضايا وتكبله قيود إجرائية تجعله بطيئاً فى آدائه مكلفاً فى نفقاته غير ملائم فى حله.

الفرع الثانى

دور التشريعات الوطنية

فى تطور التحكيم

لقد كان لتطور العلاقات الدولية والداخلية وخاصة بين الدول وبين الأشخاص من القانون العام والخاص، الرغبة فى جلب الاستثمارات الخارجية والرغبة فى فض النزاعات التى قد تنشأ عن هذه الاستثمارات بعيداً عن المحاكم وتنازع القوانين وبذلك تطورت التشريعات فى نظرتها للتحكيم وفى تشجيعها له وفى عهد الثورة الفرنسية كان المشرع يشجع اللجوء للتحكيم ويعتبره الوسيلة المعقولة والمناسبة لنمو العلاقات التجارية والاقتصادية. كما بدأ المشرع المصرى اهتمامه بالتحكيم منذ صدور

قانون المرافعات الأهلى سنة ١٨٨٣ إذ أفرد له باباً خاصاً تضمن تنظيمأ كاملاً للتحكيم فى المواد من ٧٠٢ وحتى ٧٢٧.

- وفى القرن العشرين وخاصة فى النصف الثانى منه بدء يتميز نظام التحكيم بميزتين هامتين: الأولى جواز الاتفاق على التحكيم قبل نشؤ النزاع، والثانية ظهور تنظيمات مهنية أو هيئات دائمة للتحكيم تقدم خدماتها للجميع.

- جمهورية مصر العربية: فقد اهتم المشرع المصرى منذ أمد بعيد بالتحكيم لما له من مميزات معترفاً بأحكامه وواضعاً القوانين التى تواكب التطورات رغبة منه فى جذب الاستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية. وللوصول إلى هذه الغاية فقد خصص فصلاً فى تحكيم المحكمين بقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ وذلك فى المواد من ٨١٨ حتى ٨٥٠ ثم حلت محلها المواد من ٥٠١ حتى ٥١٣ من قانون المرافعات المدنية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، ثم صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية وهو ما يعتبر أول قانون خاص بالتحكيم الداخلى والخارجى فى مصر.

- الأردن: تعتبر الأردن من أوائل الدول العربية التى اهتمت بالتحكيم من حيث التشريع. فقد وضعت دولة الأردن قانوناً مستقلاً بالتحكيم هو القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ فى الوقت الذى كانت فيه بعض الدول العربية تفرد فصولاً للتحكيم ضمن التشريعات المدنية. ثم أصدر المشرع الأردنى القانون رقم ٧٧ لسنة ٢٠٠٣، ومن بعده أصدر قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية رقم ٧٧ لسنة ٢٠٠٣ وتأكيداً من المشرع الأردنى على فسخ المجال أمام علوية إرادة الأطراف من جهة وحماية التحكيم من تلاعب الأطراف والمحكمين من جهة أخرى فقد أوعز للقاضى بالتدخل تارة مساعداً وتارة مراقباً لسير العملية التحكيمية على اعتبار أن إجراءات التحكيم مسألة إجرائية فلا تجعلى التحكيم بمعزل تماماً عن القضاء^(١).

- وبما أن التحكيم قد أصبح وسيلة هامة وضرورية للفصل فى منازعات الاستثمار وغيرها من المجالات فقد انتفضت الدول العربية من ثباتها واتجهت إلى وضع قوانين للتحكيم مثل السودان وسوريا ولبنان والإمارات وغيرها حتى تواكب التطور العالمى فى وسائل فض المنازعات لاسيما وسيلة التحكيم.

(١) د/ على شعبان المقرحى - المرجع السابق - ٢٠.

المطلب الثالث

فكرة التحكيم وأسباب انتشاره

بعد التحكيم قضاءً أكثر قدرة على التكيف مع منطقته ومع قوانينه من قضاء المحاكم وحرفية النصوص القانونية. وقد قال أحد رجال الأعمال في الغرب "رجال الأعمال يعتبرون بشكل حازم أن الحقوقيين والقضاة أخذوا بكل الحسابات هم أنبياء في حقل المنازعات التجارية، فالحقوقيين والقضاة حين يبحثون على النية المفترضة للأطراف يفكرون وكأن الأطراف ذهبوا إلى تصور إمكانية عدم تنفيذ العقد، فمن الأفضل إيجاد تحويل للفكر القانوني من أن نبقي مخمورين ربما كان هذا التحويل من شأنه أن يعكر مزاج الآخرين ولكنه يردع كثيراً الذين يلجأون إليه^(١).

ويعد التحكيم نوعاً من العدالة غير المنشورة والبعيدة عن الفضوليين لأسباب تعود إلى المنافسة أو المضاربة إذ دائماً ما يرغب التجار في عدم الاطلاع على أسرارهم التجارية، كما ترغب الشركات الصناعية في الهروب من الأضواء والعلانية حفاظاً على أسرارها الصناعية أو النتائج التي ربما تكون سيئة باستعمال رخصة الاتجار بأصناف معينة.

ولمزيد من الإيضاح حول هذا الموضوع فإننا نعرض له من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: فكرة التحكيم والمفاهيم السياسية والاقتصادية للمجتمع.

الفرع الثاني: أسباب انتشار التحكيم.

الفرع الأول

فكرة التحكيم

يختلف مفهوم التحكيم باختلاف المجتمعات وباختلاف المفاهيم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والقانونية التي ترسو عليها قواعد المجتمع.

فالدول التي يسود فيها الليبرالية تضع مفهوماً للتحكيم يختلف عن تلك التي يسود في الدول التي تأخذ بالمفاهيم الاشتراكية، ونعرض لذلك على النحو التالي:

أولاً: التحكيم وفقاً للمفهوم الليبرالي:

يعد التحكيم في المفهوم الليبرالي بمثابة عدالة من نوع خاص، تنشذ عن القاعدة الأصلية في المحاكمة ولكنها لا تخرج عن القاعدة أو تلغيها. فهو في تعبيره عن العدالة يضع حسن النية أساساً لفكرة العدالة ويغلب روح المصالحة على روح المنازعة حيث يبحث عن الحق.

(١) د/ عبد الحميد الأحمد - المرجع السابق - ص ٥ وما بعدها.

ويدخل تحت إطار المفهوم الليبرالى للتحكيم أنواع عديدة من التحكيم، فهناك التحكيم الذى يطبق قانون الدولة ولكنه لا يتقيد بالأصول والإجراءات القانونية التى تفرضها المحاكم. وهناك التحكيم الذى لا يطبق قانون الدولة أو الإجراءات التى تتبع أمام المحاكم والذى يطرح قضية العلاقة بين قانون الدولة أو النصوص القانونية وبين العدالة. وهناك نوع آخر من التحكيم فرضه تطور العصر الحديث، وهو التحكيم الذى لا يبت فى نزاع، بل يكون هدفه الأساسى تكملة عقداً طرأت عليه ظروف جديدة بحكم التطور الحاصل عالمياً، وهو أمر لم يكن بالإمكان توقعه من أطراف العقد حين وقعوا العقد. وبأتى التحكيم إما ليكمل العقد أو ليعيد النظر فيه على ضوء الظروف الجديدة سواء كانت اقتصادية أو تكنولوجية طارئة على العلاقة العقدية وذلك بروح العدل والإنصاف من أجل أن تبقى هذه العلاقات التعاقدية على قيد الحياة.

وهذا النوع من التحكيم له مفهوم يتعدى حل النزاع بحيث أنه وإن كان يخلق حلاً للنزاع إلا أن الجديد فى أن هذا التحكيم ليس قضاء فحسب بل هو عقد أيضاً نظراً لأن المحكمين لا يقتصر دورهم على تفسير العقد بل يمتد ليشمل إنشاء العقد برضا من قبل الطرفين. فهذا النوع من التحكيم يعد وليداً للتطور الصناعى والتكنولوجى الذى تتصارع وتيرته.

وهنا نعرض لتساؤل على جانب كبير من الأهمية وهو: هل يمكن - وفقاً للمفهوم الليبرالى - للتحكيم أن يستبعد الأفراد محاكم الدولة من خلافاتهم، وهل يملكون اختيار محاكم أخرى غير محاكم الدولة؟

نتوقف الإجابة على هذا السؤال على مفهوم حقوق الأفراد ومفهوم دور السلطات العامة. فإذا كان للأفراد حرية فى اختيار المحكمين بعيداً عن أى رقابة من قبل الدولة، فإن التحكيم فى نهاية المطاف يخضع لرقابة المحاكم العليا التى لا يمكنها حل المنازعات المتعددة التى تنشأ فى البلاد، لذلك فإن هذه النزاعات تحل خارج المحاكم العليا بواسطة هيئات مختلفة أنشأت لهذا الغرض من قبل السلطات العامة أو تسمح لها هذه السلطات بممارسة نشاطها كالتحكيم الذى يبقى خاضعاً لرقابة المحاكم العليا وذلك فى البلاد التى تطبق الشريعة الانجلوسكونية، أما فى الدول التى تأخذ بالنظام اللاتينى يظل التحكيم طريقاً استثنائياً للفصل فى المنازعات نظراً لأنهم كانوا ينظرون إليه بحذر شديد.

وآية ذلك أن التحكيم يحظى بدور كبير فى البلدان التى تطبق الشريعة العرفية بينما يحظى بدور أقل فى البلدان التى تطبق القانون المكتوب.

ثانياً: التحكيم وفقاً للمفهوم الاشتراكي الماركسي:

يختلف مفهوم التحكيم وفقاً للنظام الاشتراكي عن مفهومه في سائر بلدان العالم الأخرى التي لا تتبنى النظام الماركسي. لأن الفلسفة الماركسية لها مفهوم للحقوق مختلف عن مفهوم الحقوق في العالم الذي يتبنى فلسفات أخرى.

فالفلسفة الماركسية تقوم على المادية من جهة وعلى التطور من جهة أخرى، وينظر الماركسية فإن الأشياء المادية الموجودة في الطبيعة تشكل المعطيات الأولى والأساسية أما الفكر والوعي فليس سوى ظلال لهذه الأشياء المادية، ولكن هذه الأشياء المادية ليست جامدة فكل شيء يتغير في تطور دائم.

وفي المجتمع الماركسي نجد أن هناك البنية التحتية للمجتمع والبنية الفوقية السطحية ولكن المحرك الحقيقي في البنية التحتية، وداخل هذا الهيكل الماركسي تأتي الحقوق مصنفة في البنية الفوقية، وهذه الحقوق هي وسيلة في يد الطبقة الحاكمة التي تمارس الديكتاتورية في المجتمع لأن بيدها وسائل الإنتاج، وتعرف الحقوق على أنها مجموعة القواعد الاجتماعية التي تنظم علاقات هيمنة الطبقة الحاكمة على الطبقة المحكومة. ومن ثم فإن تاريخ الإنسانية في الفلسفة الماركسية هو تاريخ صراع بين الطبقات على وسائل الانتاج وأداة هذا الصراع هو الديكتاتورية وسعادة الإنسانية لا تتحقق إلا بوضع حد لهذا الصراع بالقضاء على الطبقات وانتزاع وسائل الانتاج من نطاق الملكية الفردية إلى الملكية الجماعية بحيث تستخدم وسائل الإنتاج هذه لصالح المجتمع بأكمله.

وفيما يتعلق بمفهوم التحكيم في الدول الاشتراكية فإنه يعتبر بمثابة قضاء تابع للدولة أنشأته الدولة على غرار المحاكم الخاصة وعينت محكميه وجعلته قوانين الدولة مختصاً بالنظر في نوع معين من المنازعات وهو تحكيم إلزامي والسبب في ذلك أن الخطة في النظام الاشتراكي تعتبر أساس تنظيم النشاط الاقتصادي والاجتماعي، ولها قوة القانون الأسمى فهي ملزمة لجميع الوحدات الاقتصادية التي تلتزم باحترامها والخضوع لها. وتفرض الخطة على المشروعات العامة أن تبرم عقوداً تنفيذاً لها. وهذه العقود يرتبط كل منها بالآخر بحيث أنه قد يترتب على الإخلال بواحد منها تأخير تنفيذ العقود الأخرى وبالتالي إعاقة تنفيذ الخطة أو تأخيرها. كما أنه قد يحدث أن المشروعات العامة لا تصل إلى اتفاق فيما بينها حول شروط التعاقد الذي يستلزمه تنفيذ بعض العمليات التي تفرضها الخطة.

ولما كانت المشروعات العامة تلعب دوراً كبيراً الأهمية فى الدول الاشتراكية كما وأن تنفيذ الخطة يقع على عاتقها فإن دور النشاط الخاص ثانوى أو يكاد أن يكون منعماً فى بعض الدول. فالدول الاشتراكية قد أنشأت نظاماً قضائياً له طابع تحكىمى منفصل عن القضاء المدنى ليتلاءم مع طبيعة منازعات المشروعات العامة ولتتولى الفصل فى هذه المنازعات سواء تعلق بالعقود الاقتصادية أو بالملكية الاشتراكية، وينزل على هذه المنازعات حكم قانون الخطة أو القانون المدنى أو القانون الاقتصادى حسب طبيعة المنازعة وذلك لتجنب المشروعات العامة العثرات، ولإزالة الصعوبات من طريق تنفيذ الخطة الاقتصادية والقرار الذى تصدره هيئات التحكيم يعتبر سنداً تنفيذياً فور صدوره وله حجية الشيء المقضى به^(١). ويباشر هذا النظام بجانب وظيفته الأساسية بعض التصرفات تضمن وحدة الفكر القانونى وتحمى المشروعات المشرفين على تنفيذ لخطة بالعيوب التى تتكشف أثناء نظر المنازعات أو القصور فى النشاط الاقتصادى أو فى القوانين المطبقة.

فهيئات التحكيم هى الحليف الطبيعى للمشروعات تسمع لها وتشير عليها وهى ترسم بقضائها الحدود فيما تعمل وفى ما تترك فتتير لها السبل وتبعد أمامها الطريق وتستطيع المشروعات والإدارة أن تنتفع بهيئات التحكيم إلى أبعد مدى فى كل هذه الشؤون.

الفرع الثانى

أسباب انتشار التحكيم

هناك العديد من الأسباب التى أدت إلى انتشار التحكيم، من أهمها:^(٢)

(١) بطء التقاضى وعدم فعالية الأحكام: إن بطء التقاضى وعدم فعالية الأحكام تجردان حق التقاضى الذى يكفله الدستور من كل قيمة له. فلم يعد الالتجاء إلى القضاء وسيلة فعالة لاقتضاء الحقوق، بل أصبح ميداناً للمماطلة والمراوغة وتعطيل الوصول إلى اقتضاء الحقوق مما يدفع الأفراد الى البحث عن وسيلة أخرى تسهل لهم الحصول على حقوقهم، فوجودا ضالتهم فى اللجوء إلى التحكيم.

(١) Téon Kurowski "Les Finance dans les Etats socialistes - 1962 - P.38. Paris.

(٢) B. oppetit "Théorie de l'arbitrage "Presses universitaires de France. 1998.

P.120 ets -ch.Jarroson« La nation d'arbitrage » Thèse. Paris. 1987. P.3 ets.

داليا عبد المعطى حسين على - التراضى كأساس لاتفاق التحكيم "رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ٢٠٠٧، ص ٧ وما بعدها.

(٢) نمو العلاقات الاقتصادية الدولية بين الأفراد وبين الدول نمواً بدت معه ملامح مجتمع عالمي جديد له كيانه الخاص والتميز عن كيانات الدول وله قوانين حركته وتطوره الخاص به والتي تختلف في مضمونها عن تلك التي تحكم العلاقات الداخلية فكان اللجوء بصدها إلى التحكيم ضرورة تملئها طبيعة هذه العلاقات.

(٣) التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل والمتتابع في كافة المجالات، وما تركه هذا التقدم من آثار على كافة مظاهر نشاط الإنسان أهمها الحاجة إلى علم خاص لفهم حقيقة كل نوع من أنواع النشاط الإنساني ودراية عملية مواكبة لمباشرته وتحقيق الإفادة منه. وأمام عدم قدرة القاضى على الفصل في الكثير مما يعرض عليه من منازعات دون الاستعانة بأهل الخبرة في موضوع النزاع وما يتصل به من فنون، وعدم قدرة المشرع على مسايرة هذه التطورات الهائلة، فاختار أن يترك مهمة خلق القواعد القانونية للممارسات المعنيين بها قاصراً مهمته على تسجيلها وضبطها من بعد نزوحها ويقصد بالمعنيين في هذا الخصوص المحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع^(١).

(٤) إن تعدد الأطراف الداخلة في علاقة تجارية واحدة أدى إلى تزايد الرغبة في إلزام جميع هؤلاء الأطراف باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العلاقة والتي قد تنظمها عقود مختلفة مبرمة بين أطراف متعددة ومختلفة الأمر الذي يتعين معه في كثير من الأحيان التساهل في التأكد من رضا كافة الأطراف المعنية بتسوية منازعاتهم بطريق التحكيم أو الاكتفاء برضاء ضمنى أو مفترض باللجوء إلى التحكيم^(٢).

(٥) أدى تدخل الدولة في معاملات التجارة الدولية وخاصة من خلال العقود التي تبرمها الدول مع المستثمرين المنتمين إلى دول أخرى (عقود الدولة) إلى شيوع الاتفاق على التحكيم في هذه العقود نتيجة لتفضيل المستثمرين اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة وهو التحكيم^(٣).

(١) د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال - المرجع السابق، ص ٦.

(٢) د/ عاطف محمد الفقى - التحكيم التجارى متعدد الأطراف - دار النهضة العربية - ٢٠٠٥.

(٣) داليا عبد المعطى حسن على - المرجع السابق - ص ١٠.

(٦) إن التحكيم له مزايا عديدة تدفع بالأفراد والشركات إلى اللجوء إليه ومن أهمها أنه يحفظ أسرار الأطراف بشكل لا توفره لهم المحاكم القضائية سواء بالنسبة لسرية الإجراءات أو سرية الحكم الصادر عنها. حيث يرغب الأطراف في أن تتم إجراءات التحكيم في سرية تامة فلا يحضر جلساتهم ولا يطلع على أسرارها ألا هم ومستشاريهم المدافعين عن مصالحهم والملتزمين قانوناً بالمحافظة على أسرار المهنة. وذلك بهدف المحافظة على سرية معاملاتهم ورؤوس أموالهم وحرصاً على استمرار روح الود والتعاون فيما بينهم فالأطراف يدخلون إلى القضاء العادى وهم ينظرون إلى الوراء بينما يدخلون إلى التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام.

المبحث الثانى

طبيعة التحكيم ومشروعيته

اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة التحكيم ومشروعيته وقد أثار هذا الخلاف جدلاً كبيراً، ومرجع هذا الاختلاف هو أنه يفيد فى معرفة المعاملة التى سيلقاها حكم التحكيم سواء فى الدولة التى نطق الحكم فيها أو التى سينفذ فيها الحكم، ويفيد أيضاً إلى حد كبير فى تحديد الوصف القانونى لحكم التحكيم عند تنفيذه^(١).

ولقد ساد الاعتقاد فى البداية على أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية لأن مركز الثقل فيه يكمن فى اتفاق الأطراف على اختيار التحكيم كأسلوب لحل نزاعهم القائم، أو الذى على وشك الوقوع، ويركز هذا الاتجاه على مبدأ سلطان الإرادة، ثم بعد ذلك ظهر اتجاه ينادى بالطبيعة القضائية للتحكيم على اعتبار أن حكم التحكيم لا ينفذ إلا بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه، وهناك اتجاه ثالث نادى بالطبيعة المختلطة للتحكيم ثم أخيراً ظهر اتجاه ينادى باستقلال التحكيم ولمزيد من الإيضاح نعرض لذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: طبيعة التحكيم وما يميزه عن غيره من طرق التسوية البديلة.

المطلب الثانى: الأشكال المختلفة للتحكيم.

المطلب الأول

طبيعة التحكيم

وما يميزه عن غيره من طرق التسوية البديلة

أولاً: طبيعة التحكيم:

لقد احتدم الخلاف بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للتحكيم، فأضفى البعض عليه الطبيعة القضائية انطلاقاً من فكرة التماثل بين عمل المحكم وعمل القاضى، بينما تبنى البعض الآخر الطبيعة العقدية للتحكيم استناداً إلى أن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف. وتبنى البعض الآخر رأياً مختلفاً إذ أضفى على التحكيم طبيعة مزدوجة عقدية وقضائية ونعرض لهذه الآراء تبعاً.

(١) د/ محمود سمير الشرقاوى - المرجع السابق - ص ٦. حارسون - المرجع السابق - ص ١٤.

(١) الطبيعة القضائية للتحكيم:

لقد أضفى أنصار هذا الاتجاه الطبيعية القضائية على عمل المحكم على أساس المهمة الموكلة له. فهذه المهمة وهى تسوية النزاع بين الأطراف بقرار ملزم مهمة قضائية معترف بها للمحكم، فإذا كان أنصار هذا الاتجاه قد اعترفوا بأن التحكيم يبدأ بعمل إرادى هو اتفاق الأطراف فإن هذا العمل لا يعدو أن يكون مجرد فتيل لوضع هذا النظام موضع الحركة التى تهيمن عليها طبيعته القضائية ويتحرك بذاتيته الخاصة^(١).

(٢) الطبيعة العقدية للتحكيم:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم من طبيعة عقدية. فهو نتاج لتبادل إرادة الأطراف التى تمثل العنصر الرئيسى فى عملية التحكيم. والقرار الذى يصدر عن المحكم ما هو إلا مجرد انعكاس لإرادة الأطراف. وتكون حجيته وعدم القابلية للطعن فيه نابعة من رضا الأطراف بذلك^(٢).

(٣) الطبيعة المختلطة للتحكيم:

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم من طبيعة عقدية. فهو نتاج لتبادل إرادة الأطراف التى تمثل العنصر الرئيسى فى عملية التحكيم. والقرار الذى يصدر عن المحكم ما هو إلا مجرد انعكاس لإرادة الأطراف وتطبيقاً لنص القانون، ويرتب آثاره القضائية بحكم القانون^(٣). وقد أيد جانب من الفقه المصرى هذا الاتجاه فقد ذكر "د/محسن شفيق"^(٤) أن التحكيم يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهى بقضاء هو قرار التحكيم "فالتحكيم تتعاقب عليه الصفة التعاقدية الناتجة عن اختيار الأطراف له كوسيلة لفض منازعاتهم بدلاً من اللجوء للقضاء الوطنى والصفة القضائية التى يصير إليها بعد صدور قرار المحكمين وتدخل قضاء الدولة لإعطائه الأمر بالتنفيذ. وهذه النظرية قد لاقت رواجاً وتأيداً واسعاً من قبل فقهاء العصر الحديث حتى لم تعد مثاراً للبحث والنقاش. فالتحكيم له طبيعة خاصة يصعب ردها إلى اتفاق الأطراف فقط لأن اتفاقهم وإن تحركت به عملية التحكيم، فإنها تنفذ بضرورة مراعاة قواعد القانون التى تحكم سلامة عملية التحكيم

(١) د/ أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص ١٨. د/ أبو زيد رضوان - الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى - دار الفكر العربى - ١٩٨١ - ص ٢٠.

(٢) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة - ص ٢٨، د/ أبو زيد رضوان - المرجع السابق - ص ٢٣.

(٣) Sauser - Hall "L'arbitrage endroit"^(٣)

(٤) د/ محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - دار النهضة العربية - بدون تاريخ - ص ٢٠.

وسلامة الحكم ومراعاة النظام العام أو الآداب العامة، كما يصعب إضفاء الصفة القضائية عليه لأن الأطراف هم الذين يختارون قاضيه وإجراءات التحكيم ولغته ومكانه والقانون الذى يحكمه وإمكانية تسبب الحكم من عدمه ونشره أو عدم نشره، وهم الذين يدفعون رواتب قضاتهم وكل ذلك يتعارض مع إضفاء الطبيعة القضائية عليه.^(١)

ثانياً: التميز بين التحكيم وغيره من طرق التسوية البديلة:

(١) التحكيم والصلح:

إن الصلح والتحكيم يتفقان فى وجود العقد بين التعاقدین، وفى كون كل منهما يوصل إلى إنهاء النزاع بينهما لكن يظل الخلاف بينهما واضحاً فى التحكيم يكون محل العقد هو الالتزام بعدم طرح النزاع على القضاء واختيار محكم خاص للفصل فيه، أما فى الصلح فيكون محل العقد تسوية مباشرة للنزاع تعتمد على تنازل كل من المتنازعين عن بعض ما يدعيه بحيث تتم التسوية بينهما. كما أن التحكيم لا ينتهى بمجرد الاتفاق بين الطرفين وإنما ينتهى بممارسة المحكم لمهمته وإصداره حكماً فيها، وهذا الحكم لا يكون قابلاً للتنفيذ الجبرى إلا وفقاً للقواعد العامة بمجرد الحصول على أمر تنفيذه، أما الصلح فينهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل المرضى لكل المتنازعين. وهذا الاتفاق لا يكون قابلاً للتنفيذ بذاته ما لم يتم فى صورة عقد رسمى أو يتم أمام المحكمة التى يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل إلى الصلح.^(٢)

ورغم وضوح الفارق بين التحكيم والصلح، فإن التمييز بينهما ليس بالأمر الهين. فهناك بعض الفرضيات التى يدق فيها التمييز بينهما، من بينها:

- انتداب أحد الخبراء لتقدير قيمة التعويض.
- الاتفاق على تحكيم شخص ثالث لتقدير التعويض بمقتضى عقد.
- وضع شروط العقد يخول المحكم سلطة إجراء الصلح بينهما (التحكيم بالصلح).

(١) أحمد السيد الصاوى "التحكيم الدولى طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية - المؤسسة الفنية للطباعة والنشر - الطبعة الثانية - ٢٠٠٤ ص ١٣.

(٢) مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها، جارسون، المرجع السابق ص ١٩٨ وما بعدها، د/ أحمد السيد الصاوى، المرجع السابق ص ١٤ وما بعدها.

المطلب الثانى

الأشكال المختلفة للتحكيم

تتعدد أشكال وصور التحكيم حسب ما إذا كان يستند إلى اتفاق خاص بين المتنازعين بحيث يتم اللجوء إليه بإرادتهم، أو مفروضاً عليهم بنص القانون فى بعض المنازعات وبالتالي يتقسم التحكيم عدة أنواع بحسب الزاوية التى ينظر منها إليه:

فبالنظر إلى السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، ينقسم إلى ما يسمى بالتحكيم بالقانون (أو التحكيم العادى) والذى تلتزم فيه هيئة التحكيم بتطبيق قواعد القانون الوضعى الموضوعى، والتحكيم مع التفويض بالصلح، وفى هذا النوع من التحكيم لا تكون هيئة التحكيم ملتزمة بتطبيق القانون الموضوعى.

وبالنظر إلى أسلوب نظام التحكيم الذى يصاغ فيه، وبحسب ما إذا كان يتم فى إطار مراكز أو مؤسسات دائمة لنظام التحكيم تم الإحالة إليها وعلى قواعدها فى الاتفاق على التحكيم (التحكيم المؤسس)، أو أن يتخذ التحكيم صورة اتفاق أطراف الخصومة على إجراءات التحكيم وفق ما يحقق مصالحهم الخاصة (التحكيم الحر). وبالنظر إلى الأوصاف التى تلحق بالتحكيم ينقسم إلى تحكيم وطنى، وتحكيم أجنبى.

ونعرض لذلك على النحو التالى:

أولاً: التحكيم الاختيارى والتحكيم الإجبارى:

- يكون التحكيم اختيارياً إذا كان الالتجاء إليه بإرادة الأطراف ذوى الشأن ويستند إلى اتفاق خاص، ويستمد وجوده من هذا الاتفاق ويخضع للقواعد العامة فى النظرية العامة للعقد بصفة عامة، فضلاً عن القواعد الخاصة المنصوص عليها فى قانون المرافعات أو المنصوص عليها فى القوانين الخاصة المنظمة للتحكيم.

- مع ذلك فإن التحكيم يكون اختيارياً رغم اضطرار أحد الطرفين إلى قبوله، وقد يكون ذلك بسبب القوة الاقتصادية للأطراف الأخرى وما يقدمه له من تمويل، وقد يقبل هذا الطرف ليس فقط التحكيم بل أيضاً شروط غير ملائمة له كإجراء التحكيم فى بلد أجنبى أو أمام مركز تحكيم باهظ التكاليف أو الاتفاق على محكم لا يرغب فيه ولكن يفرضه الطرف الآخر أو يفرضه مركز التحكيم.

- ويكون التحكيم إجبارياً إذا كانت الأنظمة القانونية تفرضه كطريف لفض المنازعات المتعلقة ببعض المجالات القانونية إذ فى هذه الحالة يكون الالتجاء إليه مفروضاً على الخصوم بحيث لا

يملكون معه رفع منازعاتهم أمام القضاء العام فى الدولة والذى لا تكون له سلطة الفصل فيها ابتداءً.

- وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر على عدم دستورية النصوص التشريعية التى تفرض التحكيم إجباراً على الخصوم (المحكمة الدستورية العليا جلسة ٢٠٠٣/٥/١١ فى القضية رقم ٣٨٠٠ لسنة ٢٣ ق وجلسة ١٩٩٩/٧/٣ فى القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ ق.د) وغيرها من الأحكام.

- ورغم ذلك فإن المحكمة الدستورية العليا قد أجازت التحكيم الإجبارى الذى ينظمه القانون ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن هيئات القطاع العام وشركاته باعتبار أنه لا يقوم على خصومات تتعارض فيها المصالح بل تنتهى جميعها فى نتیجتها إلى جهة واحدة هى الدولة فضلاً عن ترأس أحد أعضاء الهيئات القضائية لهيئة التحكيم.

ثانياً: التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح:

- فى التحكيم بالقانون يلتزم المحكم بالتطبيق الحرفى للقواعد القانونية الواجبة التطبيق.

- وفى التحكيم مع التفويض بالصلح يلتزم المحكم بالبحث عن حل عادل ومنصف يلائم النزاع، ولو استلزم ذلك عدم الالتزام الحرفى بالقواعد القانونية الواجبة التطبيق طالما كان ذلك فى إطار احترام النظام العام.

- ولقد قضى قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على جواز منح المحكم سلطة التفويض بالصلح بشرط الاتفاق الصريح بين الأطراف على ذلك الأمر. كما أجازت معظم القوانين الداخلية والمعاهدات الدولية ولوائح التحكيم أن يتفق الأطراف على تحويل هيئة التحكيم سلطة عدم الالتزام بحرفية القواعد القانونية والتمتع بسلطة البحث عن حل عادل ومنصف يلائم النزاع.

ثالثاً: التحكيم الحر والتحكيم المؤسس:

يقصد بالتحكيم الحر التحكيم الذى يقوم فيه الأطراف أنفسهم - وفقاً لما يخوله لهم القانون - باختيار المحكمين واختيار قواعد التحكيم وإجراءاته بعيداً عن أى مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم وهذا النظام يسود بصدد العلاقات الاقتصادية التى تتطلب السرية كما هو الشأن فى علاقات نقل التكنولوجيا، ويغلب اللجوء إليه بصدد النزاعات التى يكون أحد أطرافها الدولة كما هو الحال فى المنازعات البحرية الدولية ومنازعات إعادة التأمين.

ويقصد بالتحكيم المؤسس أو التحكيم المقيد، ففيه يتفق الأطراف على أن يتم التحكيم بواسطة مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة تحكيم دائمة سواء كانت وطنية أو دولية فيتم التحكيم وفقاً لنظام هذا المركز وإجراءاته.

وقد اعترف القانون المصري بتلك النوعين من خلال الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون التحكيم إذ تنص على الآتي: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرف النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك".

رابعاً: التحكيم الوطنى والتحكيم غير الوطنى: ذهب جانب من الفقه إلى القول بأننا نكون بصدد تحكيم داخلى وطنى إذا تعلق الأمر بعلاقة وطنية بحتة من حيث الأطراف موضوع العلاقة ومكان التحكيم.

ويكون التحكيم دولياً إذا اتفق عليه بشأن علاقة تنتمى لطائفة علاقات التجارة الدولية.

الفصل الثانى

الدور التفسيرى للمحكم مقارنة بالقاضى

مقدمة

أولاً أهمية الموضوع:

لكى تتضح مهمة المحكم فى التفسير، فإن ذلك يبدو جلياً من خلال دوره فى تفسير العقد، وكذلك تفسيره للقانون واجب التطبيق على المنازعة المعروضة عليه. وفى هذا المضمار يثار تساؤلاً على جانب كبير من الأهمية يتعلق بالفرق بين التفسير الذى يجريه المحكم والتفسير القضائى؟ والإجابة على هذا التساؤل سيتم تناولها من خلال هذا الفصل، وذلك بصفة أساسية فى مجال التحكيم التجارى الدولى، والتحكيم فى منازعات الاستثمار والمنازعات الرياضية. وفى موضوع التحكيم التجارى الدولى يعتمد المحكم فى التفسير على الإرادة الحقيقية لأطراف العلاقة (المنهج الذاتى فى التفسير) سواء بالنسبة لتفسير العقود أو القانون القابل للتطبيق على المنازعة. فهو أثناء مهمته فى التفسير يبحث عن الحلول العادلة من خلال العلاقة التعاقدية وذلك بالأفضلية على القانون القابل للتطبيق على المنازعة. وفى حالة وجود ثغرات فى العقد فإنه يجرى تحليلاً واقعياً بدلاً من التحليل القانونى للقانون القابل للتطبيق وذلك بتفسيره فى إطار إرادة المتعاقدين.

وفى الواقع فإن المحكم حينما يفصل فى المنازعة المعروضة عليه بعد التفسير الذى يجريه فإنه لا يكون مرتبط بالسوابق التحكيمية مثل القاضى الذى دائماً ما يرتبط بالسوابق القضائية. فالمحكم يكون مهموماً فى تفسيره للعقد بتنفيذه أكثر من اهتمامه بفكرة الأمن القانونى.

وفى موضوع التحكيم فى منازعات الاستثمار: فإن المحكم لا يتبع المنهج الذاتى فى التفسير رغم أنه يكون مهموماً أيضاً بالبحث على إرادة الدول المتعاقدة.

وفى الواقع فإنه لا توجد علاقات عقدية بين الدولة المضيفة والمستثمر وذلك فى الغالبية العظمى من منازعات الاستثمار، لوجود قاعدة معيارية وهى المعاهدة التى توضع بعيداً عن إرادة المستثمر وإرادة المستثمر لا تقوم بأى دور فى تفسير المعاهدة وفى المقابل فإن المحكمين يملكون تفسير التوقعات أو الرغبات المشروعة للمستثمر.

هذا وقد وردت المبادئ المتعلقة بتفسير المعاهدات فى المواد من ٣١ إلى ٣٣ من اتفاقية فيينا الموقعة فى ٢٣ مايو سنة ١٩٦٩ المتعلقة بالمعاهدات.

وفى البداية قد أكد مركز التحكيم الخاص بالفصل فى منازعات الاستثمار **cirdi** بطريقة غير مباشرة فكرة الارتباط بالأحكام السابقة الصادرة من محاكم أخرى. وفى بعض الموضوعات الحديثة فإن بعض محاكم التحكيم قد أكدت على أن الأحكام السابقة تمتلك قيمة مماثلة للسوابق الحديثة من أجل الوصول إلى تقدم أو تطور متناسق مع تطور قانون الاستثمار.

وفى موضوع التحكيم الرياضى: فإن التفسير التحكىمي بصدد المنازعات الرياضية يسير على نفس منوال التفسير الخاص بالتحكيم التجارى وبصفة خاصة فى إجراء التحكيم العادى أمام محكمة التحكيم الرياضى (TAS) إذا ففى إجراء التحكيم الاستثنائى فإن قواعد الاتحاد العالمى للرياضة تخضع للقانون السويسرى حينما يكون اجتماع الاتحاد الرياضى فى هذه الدولة - (تخضع للتفسير الذاتى). وفى هذا المضمار فإن المقصود هنا ليس البحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف ولكن المقصود هو تفسير القاعدة الرياضية وفقاً للمفهوم الذى يضعه شخص عاقل فى كل الظروف وفى نطاق الهدف الذى يرمى إليه معيار المشاركة المتعلق بالمنازعة (تفسير موضوعى) بالإضافة إلى ذلك فإن تفسير هذه القواعد الرياضية يجب أن يكون بالتوافق مع القواعد المتعلقة بحماية شخصية الرياضيين^(١).

فالأشكال والصياغات فى عقود الرياضيين تقترب إلى حد كبير من التحكيم التجارى إذ يأخذ المحكم فى اعتباره لأحكام التحكيم السابقة لهيئة (TAS) وهذا ما أدى إلى إنشاء قضاء تحكىمي رياضى.

ثانياً: ماهية التفسير التحكىمي:

يتضمن مصطلح التفسير عدة معانى منها الشرح أو التوضيح، أو ترجمة مصطلح من لغة إلى أخرى أو استنتاج معنى غير موجود من قبل.

والبعض من الفقهاء قد حاول أن يقيم نوعاً من المساواة بين التفسير القانونى والتفسير فى المجالات الأخرى للعلاقات الإنسانية وبصفة خاصة فى علم الكلام وعلم اللاهوت أو علم النفس^(٢).

(١) انظر المادة ٢٧ وما بعدها من القانون المدنى السويسرى لأن التعدى على هذه القواعد فى بعض الظروف يمكن أن يؤدى إلى التعدى على النظام العام بالمفهوم السويسرى.

(٢) FRYDMAN (B) "Les sens des lois Histoire de l'interpratition et de la raison juridique" Brylant, 3ed 20.

إلا أن هذه الدراسة ستقتصر على التفسير التحكيمى فى مجال التحكيم التجارى الدولى، ومنازعات الاستثمار والمنازعات الرياضية.

ورغم أن التفسير يتعلق بذات الموضوعات السابقة، فإن التفسير التحكيمى يختلف عن التفسير القضائى سواء فيما يتعلق بالعقد أو القانون القابل للتطبيق على المنازعة من عدة جوانب. بالإضافة إلى ذلك فإن التفسير التحكيمى يغطى نماذج من المنازعات شديدة الاختلاف فى المجال التجارى وتحظى بجزاءات مختلفة.

فالمنهج التفسيرى يمكن أن يختلف أو يتوافق مع المنازعات المعروضة، ويمكن أن يختلف وفقاً للنص محل التفسير رغم استخدام نفس المنهج التفسيرى، فعلى سبيل المثال يختلف المنهج التفسيرى فى التحكيم الرياضى حسب ما إذا كان التفسير يتعلق بعقد تجارى أم بقاعدة رياضية. ومن حيث المبدأ فإن دراسة التفسير بالنسبة للنماذج الثلاثة للتحكيم يميل إلى البرهان على أنه يجب التمييز بين عدة مناهج للتفسير وفقاً للموضوع محل التفسير (تفسير ذاتى أو تفسير موضوعى) مرتبط بالنص أو يأخذ فى اعتباره للعناصر الخارجية أو يعتمد على مبدأ حسن النية أو الثقة أو الائتمان.

ومن حيث المبدأ فإن هذه الدراسة توضح بداية لخصوصية التفسير القضائى والتفسير التحكيمى ثم بعد ذلك تثبت أن المهتمين من الفقهاء بهذا الموضوع يحددون نطاق التفسير فى التحكيم التجارى الدولى قبل عرض الواقع العملى للتفسير التحكيمى فى هذا المجال. وفى موضوع التحكيم فى منازعات الاستثمار فإنهم يحددون نطاق التفسير أولاً وبصفة عامة المعاهدة، ثم يعرفون خصوصية أو فردية التفسير فى هذا النموذج من التحكيم. لذلك نعرض لهذه الموضوعات من خلال الآتى:

المبحث الأول: التفرقة بين التفسير القضائى والتفسير التحكيمى.

المبحث الثانى: الدور التفسيرى للمحكم فى مجال التحكيم التجارى الدولى.

المبحث الثالث: الدور التفسيرى للمحكم فى مجال التحكيم فى منازعات الاستثمار.

المبحث الأول

التفرقة بين التفسير القضائي والتفسير التحكيمي

أولاً: التفسير القضائي:

يمكن تعريف التفسير بأنه العملية التي تعتمد على التمييز بين المفاهيم الحقيقية لنص غامض بغية الوصول إلى المفهوم الصحيح للنص.

ويوجد العديد من المناهج في القانون المقارن:

- فهناك بعض النظم القانونية التي تعتمد في التفسير على الإرادة الذاتية للمتعاقد والبعض الآخر من الأنظمة القانونية يعتمد في التفسير على المفهوم الذي تعبر عنه إرادة الطرفين المتعاقدين (الإرادة الموضوعية).
 - وهناك من الأنظمة القانونية ما تعتمد على المفهوم التشريعي للنص كما حددته الإرادة التشريعية بحيث لا يخرج عنه المفسر. وهناك من الأنظمة القانونية الأخرى ما يميل إلى الاعتماد على عناصر خارجية في التفسير.
 - وهناك بعض النظم القانونية الأخرى التي تفسر النصوص بالاعتماد على مبادئ قانونية مستقرة مثل مبدأ حسن النية أو مبدأ الثقة. وهناك بعض النظم القانونية الأخرى التي تترك للقاضي الحرية في التفسير.
 - وهناك الكثير من المراجع التي تناولت التفسير القضائي للقانون والعقد وحصرته في هذا النطاق، ومع ذلك سيتم الإشارة إلى اثنين من الفقهاء الذين تناولوا هذا الموضوع كثيراً هما:
- ١- الأستاذ/ فريد مان **Frydman**: فقد أَلَّفَ كتاباً عن مفهوم النصوص، ومن خلال دراسته التاريخية والمقارنة استنتج منها أن مفهوم النص يمكن أن يحدد إما وفقاً لإرادة واضحة أو وفقاً للقانون أو وفقاً لإرادة المشرع أو وفقاً لمضمونه أو ظروف وضعه، أو يتم تفسير النص بالاعتماد على الموازنة بين مصالح الطرفين أو القيم المتقابلة التي تتضح للمفسر أثناء الدعوى.

ويجب على القاضى أن يسبب أحكامه ويأخذ فى اعتباره هذه الأهداف الثلاثة التى تستمد من النظام القانونى والذى يستمد منه شرعيته^(١).

٢- الأستاذ/ باكلوت **Paclot**: فقد كتب رسالة بعنوان "البحث فى التفسير القانونى"، وبصفة خاصة تفسير القانون والعقد. ومن خلال هذه الدراسة أكد أن القاضى يقوم بتفسير النص من أجل الكشف عن المعنى الغامض أو المبهم بالنسبة للموضوع المعروض عليه بالإضافة إلى أنه يمتلك سلطة البحث عما هو عادل ومعقول فالقاضى يبحث وراء كلمات النص من أجل توضيح مفهومه أو خلق وإنشاء مفهوم جديد له^(٢).

- ومن أجل حماية الأمن القانونى فإن القاضى يرتبط إلى حد ما بالتطور القضائى للأحكام. وعلى هدى الفقه الذى يضع نماذج للأحكام فإن الأنظمة القانونية فى النظام الأنجلوسكسونى أكثر مرونة عن الأنظمة اللاتينية فيما يتعلق بقيمة السوابق القضائية السابقة، إذ الفواصل أو الحدود التقليدية بين الأنظمة الأنجلوسكسونية والأنظمة اللاتينية تضيق وبسرعة شديدة. إذ القضاء أصبح يشغل مكاناً مهماً الآن فى دول القانون المكتوب، وعلى العكس فى النظام الأنجلوسكسونى وبصفة خاصة فى الولايات المتحدة الأمريكية أصبح هناك جزء كبير من العلاقات منظم بقانون مكتوب، ومن أمثلة ذلك التقنين التجارى الموحد، قانون البنوك الموحد فى الولايات المتحدة الأمريكية.

ثانياً: التفسير التحكيمة:

إذا كانت الأبحاث المتعلقة بالتفسير التحكيمة تبدو نادرة، فإن سلطات المحكم فى تفسير العقد والقانون القابل للتطبيق على المنازعة يثير العديد من الصعوبات منها:

هل المحكم يخضع لنظام قانونى معين؟ وهل يلتزم باحترام أحكام المحاكم الوطنية؟

إن قرارات المحكمين لا تمتلك أية قيمة بالنسبة للحاضر ومن ثم يمكن التأكيد على أن المحكم يتمتع بسلطة أكبر من القاضى فيما يتعلق بالتفسير. وبمعنى آخر إذا كان المحكم لا ينشأ سابقة تحكيمية فإنه يكون لديه ميزة استبعاد المعنى اللغوى للنص حينما يقوم بتفسيره، فحيث أن المحكم يتم اختياره من قبل الأطراف ويحصل على سلطاته بموافقتهم، فإنه يكون لديه فعالية أكثر

(١)B (Frydman). Op.cit.

(٢)Y. Paclot «Recherche sur l'interprétation juridique». Thèse. Paris ». dir

F. Terré. 1983. p. 147 et ets, 26 ets.

من القاضى، ومن ثم يمكن أن يؤسس قراره على تفسيره للعقد المتنازع فيه أكثر من اعتماده على القانون الذى يحكم النزاع.

وفى هذه النقطة يختلف وضع المحكم عن القاضى. إذ القاضى يعتبر جزء من السلطة القضائية، وهذه الأخيرة تعتبر جزء من النظام. ومن ثم فإن القاضى يعتبر حارس للنظام القانونى من خلال دوره فى إصدار الأحكام. أما المحكم فإنه يعمل باستقلال عن إرادة الأطراف المتنازعة⁽¹⁾. ووفقاً لرأى قديم فإن المحكم يقتصر على تفسير العقد، ويحلل القانون القابل للتطبيق على المنازعة بقصد الوصول إلى تطبيقه على المنازعة. وحيث أن هذا المنهج يوجد حقيقة فإن المقصود هو فحص وتحليل مدى خضوع المحكم للرقابة أم أنه ينطلق من أداء مهمته التحكيمية ومن ثم يلقى قبولاً أو موافقة. وهذا ما سنعرض له من خلال المباحث التالية.

(1) J. D. H. Karton "Les arbitres du commerce international et l'interprétation des contrat". RDAI. 2012. p.383

المبحث الثانى

الدور التفسيرى للمحكم فى مجال

التحكيم التجارى الدولى

مع حفظ الحق فى الصفة التحكيمية والإشكاليات المتعلقة بها فإن الغالبية العظمى من الدول تتجه إلى التحكيم التجارى الدولى كوسيلة لحل المنازعات. ولبحث هذا الموضوع فإننا نتطرق إليه من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تحديد إطار التفسير التحكىمى.

المطلب الثانى: الواقع العملى للتفسير التحكىمى.

المطلب الأول

تحديد إطار التفسير التحكىمى

- فى المقام الأول فإن الأطراف يؤكدون أن المحكم يعطى لإرادة الأطراف أثراً مثلاً يعبر عنها العقد.

- وفى المقام الثانى فإن المشرع لا يملك مصلحة خاصة فى حل المنازعة المنظورة، وليس له رأى مرجح فى نطاق التفسير الممنوح لقانون ما. وتظهر الاستثناءات حينما يكون الأمر متعلق بالنظام العام فى مجال الطعن على القرار أو تنفيذه. ونعرض لذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: دور المحكم فى تحديد رغبات الأطراف.

الفرع الثانى: دور المحكم فى احترام القواعد الوطنية.

الفرع الأول

دور المحكم فى تحديد رغبات الأطراف

يجب على المحكم أن يبحث عما يرغب الأطراف تحقيقه من وراء العقد. ومن أجل ذلك فإنه يقوم بعرض المسائل المتنازع عليها بين الأطراف واضحاً فى اعتباره الصفة الدولية للمنازعة، وطبيعتها التجارية، باعتبار أن بحث هذه العناصر يبين حدود التفسير. ولإيضاح ذلك نعرض للآتى:

أولاً: دولية العلاقة:

نظراً لخصوصية العقود الدولية، فإن تفسيرها يخضع لمجموعة من المبادئ الخاصة بها:

الخاصية الأولى: يجب أن يمنح المحكم أفضلية لإرادة الحقيقة للأطراف (خصوصية العقود الدولية).

الخاصية الثانية: يجب عليه أن يفسر العقد وفقاً لإرادة الأطراف (تفسير العقد).

الخاصية الثالثة: يجب على المحكم أن يفضل التفسير الذى يؤدي إلى تنفيذ العقد على التفسير الذى يكون الغرض منه المحافظة على الاستقرار القانونى (تفسير القانون القابل للتطبيق).
ونعرض لهذه الخصائص تباعاً:

الأولى: خصوصية العقود الدولية:

يجب أن يكون هناك تنظيم عقدي واضح وشامل للالتزامات المفروضة على أطراف العلاقة التعاقدية، وبصفة خاصة فى حالة استخدام عقود مطبوعة، إذ أن استخدام هذا النوع من العقود لا يعبر تعبيراً دقيقاً عن الالتزامات المفروضة عليهم.

وفى مثل هذه الحالة يحاول المحكم من خلال مهمته فى التفسير أن يعالج النقاط محل النزاع من خلال الإجابات التى يقدمها الأطراف حول نقاط المنازعة.

بالإضافة إلى ذلك فإنه فى الغالبية العظمى من الحالات دائماً ما يختار الأطراف قانوناً معيناً بصفة مكملة أو متممة للعقد من أجل تجنب الصعوبات الخاصة بالتعاقد وتكملة الثغرات الموجودة به ^(١). وهذا الاختيار يميز العقود الدولية بصفة عامة وليس فقط العقود التى تتضمن شرط تحكيم.

والنقيرير الخاص بغرفة التجارة الدولية والصادر سنة ٢٠١١ يشير إلى أن ٨٤% من الحالات الواردة به تتضمن اختيار قانونى للشروط الواردة فى العقود. وحوالى ٩٨% منها كان الغرض من هذه الشروط هو اختيار قوانين معينة بصفة مكملة مثل القانون السويسرى أو الإنجليزى أو الأمريكى أو الفرنسى أو الألمانى.

فحينما يتضح من العقد أنه يتمتع بالصفة الدولية فإن الأطراف يتمتعون بحرية فى اختيار القانون القابل للتطبيق مع مراعاة قوانين البوليس الذى يمكن أن تكون قابلة للتطبيق بالنسبة لعلاقة تعاقدية محلية مع العمليات المادية الخاصة بتحرير العقد وتنفيذه. ففى التحكيم الدولى يكون للأطراف حرية أكثر اتساعاً من تلك التى يتمتعون بها أمام القاضى الوطنى المرتبط بالمنازعة

(١) PH. Fouchard, Ecaillard et B. goldman: «Traité de l'arbitrage commercial international. Litec. 1996.n^o 1440. 1441.

الناجمة عن عقد ذو صفة دولية. إذ تكون إرادة الأطراف فى العقود الدولية مقيدة فقط بقواعد النظام العام الدولى وهذا ما أدى إلى ديناميكية وفعالية النظام القانونى للتحكيم^(١).

وفى بعض الأحيان قد يختار الأطراف قانون مجهول أو غير معروف لأحد طرفى العلاقة أو كليهما. وقد يكون اختيار هذا القانون قد تم استناداً إلى اعتبارات سياسية مرتبطة بوطنية أو جنسية الأطراف، وليس اختياراً من أجل محتواه فعلى سبيل المثال كثيراً ما يتم اختيار القانون السويسرى بالنسبة للعقود ذات الطبيعة الدولية ليس لوجود علاقة بين الأطراف أو طبيعة العقد والقانون السويسرى وإنما بسبب حياديته وبساطته. وقد يختار الأطراف قانون معين نتيجة لأنه يتوافق مع طبيعة علاقاتهم التعاقدية مثل اختيار القانون الإنجليزى فى العقود المتعلقة بالمجال البحرى.

الثانية: تفسير العقد:

يجب على المحكم أن يحدد مجال تطبيق القانون إذا كان هناك شرط فى العقد يتضمن اختيار قانون ما، وبصفة خاصة إذا كان هذا القانون يغطى كل المسائل الموضوعية، وبصفة خاصة القواعد المتعلقة بتفسير العقد. ولمزيد من التوضيح نضرب المثال التالى: إذا اختار الأطراف خضوع العقد للقانون الفرنسى، فإنه يجب التساؤل عما إذا كان يجب على المحكم أن يفسر الشروط التعاقدية بالتوافق مع القيود أو التعليمات أو الشروط الواردة فى المواد من ١١٥٦ إلى ١١٦٤ من القانون المدنى من عدمه؟^(٢)

بالرجوع إلى الواقع العملى للتحكيم نجد أنه يؤكد على أن التفسير يخضع لمبادئه الأساسية، وذلك من خلال تفضيل الإرادة الحقيقة للأطراف. وعلى سبيل المثال القرار النهائى فى التحكيم رقم ١٢٧٤٥ الصادر من غرفة التجارة الدولية، والذى منح الأولوية للإرادة الحقيقية للأطراف، ووفقاً لمحكمة التحكيم، فإن القانون الفرنسى - القابل للتطبيق على الموضوع - قد نظم تفسير العقد. فقد أكد هذا الحكم أن قواعد القانون الفرنسى الخاصة بالتفسير العقدى تتوافق مع الواقع العملى للتحكيم الدولى، ويقصد بذلك البحث عن القصد المشترك للمتعاقدين.

^(١) E. Gaillard «aspects philosophiques du droit de l'arbitrage. International».

RCADI. T. 329. 2007. P.49 - 216.

^(٢) انظر حكم التحكيم رقم ١٢٧٤٥ الصادر من غرفة التجارة الدولية سنة ٢٠١٠ إذ أن المحكم قد رجع إلى المادة ١١٥٦ وما بعدها من القانون المدنى حيث وجد أنها تتوافق مع الواقع العملى للتحكيم الدولى.

ومن ثم فإن ذلك يعد بمثابة إشارة إلى أن اهتمام المحكمة ينصب في المقام الأول على نتيجة التفسير أكثر من الاهتمام بميكانيزم التفسير، فبدلاً من صياغة منهج للتفسير بمفهوم عام فإن المحكمين يفسرون تفسيراً عملياً بغية حل المنازعة المعروضة عليهم^(١).

بالإضافة إلى ذلك فإن المحكمة تطبق نفس القواعد على عقد آخر كان يرتبط بالعقد الرئيسي، ولكنه منظم بواسطة القانون الإيطالي، فإنه قد حدد قواعد التفسير العقدى المرغوب من الأطراف وطبقها على المنازعة بدون اعتبار للقانون القابل للتطبيق على موضوع المنازعة.

وعلى نفس الوتيرة هناك العديد من القرارات التحكيمية قد استندت إلى مبادئ التفسير الخاصة بالتجارة والتحكيم الدولي، فعلى سبيل المثال حكم التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية رقم ١٠٤٢٢ الصادر سنة ٢٠٠١ قد طبق مبادئ التفسير الخاصة بالتجارة والتحكيم الدولي وذلك من خلال البحث عن الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة بعيداً عن التفسير الحرفي للقانون، وبالمراعاة للأعراف والتقاليد السائدة في التجارة الدولية.

وبمفهوم آخر فإنه في حالة غياب اختيار القانون القابل للتطبيق على الموضوع، من قبل المتعاقدين فإن المحكم يفضل الرجوع إلى مبادئ التفسير العقدية الواردة في المادة الرابعة من مبادئ **Unidroit** لسنة ٢٠١٠. فمحكمة التحكيم تبذل جهداً كبيراً من أجل تحديد الإرادة المشتركة للأطراف وذلك بتطبيق مبدأ الأثر المقيد والذي يعنى "بأن الشروط الواردة بالعقد تفسر بالمعنى الذى يرتب أثراً يرغب فى تحقيقه كل الأطراف بدلاً من تفسيرها بالمعنى الذى لا يرتب أثراً لأى منهم.

الثالثة: تفسير القانون القابل للتطبيق على العقد:

إذا كان المحكم ملتزم بتفسير الشروط العقدية فإنه ملتزم أيضاً بتفسير القانون القابل للتطبيق على موضوع المنازعة بغية تكملة الثغرات الموجودة بالعقد وهنا يثار التساؤل الآتى هل يفسر المحكم هذا القانون بنفس الطريقة التى يلتزم بها القاضى فى التفسير؟^(٢)

(١) طريقة المحكمين فى التفسير تتشابه إلى حد كبير مع طريقة فقهاء القانون الرومانى فى تفسير النصوص القانونية - انظر فى هذا المقام:

B. Frydman "Le sens des lois , Histoire de l'interpretation et de la raison juridique". P.51.

(٢) هناك بعض القوانين الوطنية التى تسمح للقاضى صراحة بتفسير القانون مثل القانون السويسرى، فالمحكمة يجب أن تأخذ فى اعتبارها كلمات النص وروحه.

فى الواقع فإن النصوص الخاصة بتفسير القانون تختلف عن تلك الخاصة بتفسير العقد^(١). وبتطبيق مبدأ عدم إنكار العدالة لعدم وجود نص فإن وجود غموض أو نقص فى القانون يجبر القاضى أحياناً على خلق معيار عام ومجرد من أجل أن يطبقه يعد ذلك على الحالة المعروضة. وفى المقابل فإنه إذا ما أكمل ثغرة فى العقد فإنه ينشأ معياراً محدداً يتفق مع الحالة المعروضة. وهذا لا يعد بمثابة إنشاء لقاعدة قانونية عامة ومجردة^(٢).

فى مجال التحكيم الدولى تحل محكمة التحكيم المنازعة بالتوافق مع قواعد القانون الذى اختاره الأطراف أو بالتوافق مع القوانين التى تنسجم مع العقد وذلك فى حالة تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، وأنه يجب فى كل الحالات مراعاة الأعراف والتقاليد التجارية^(٣).

ومن ثم فإنه فى حالة عدم تحديد القانون المقابل للتطبيق على العقد من قبل الأطراف فإن المحكم يتمتع بحرية مطلقة فى اختيار هذه القواعد. فالمحكم يجب أن يعلم أنه غير مرتبط بقانون أو بقواعد تنازع عادية أو خاصة أو بنطاق معين للتحكيم^(٤).

وإذا كان المحكم حراً فإنه لا يعمل بدون قواعد قانونية. وهذه القواعد لا تخالف النظام العام الدولى. فالمحكم ملتزم بتطبيق القانون الذى تم اختياره من قبل الأطراف على المنازعة المعروضة سواء كان القانون آمراً أو مكملاً أو استثناءً من قاعدة التنازع^(٥).

وفى المقابل فإنه من النادر أن يتضمن القانون الوطنى قواعد لتفسير القانون مثل القانون الفرنسى لأن وضع قواعد قانونية للتفسير تشكل تعدياً من المشرع على اختصاص القاضى. انظر فى ذلك:

Paclot. Op.cit. p.158 – 170.

(^١) وفقاً للمادة ١/١٨ من قانون الالتزامات السويسرى "الذى يتم تقدير صياغة وشروط العقد فإنه يوجد مكان للبحث عن الواقع الحقيقى والقصد المشترك للأطراف المتعاقدة بدون الوقوف عند المصطلحات والمعانى غير المنضبطة والتى لا تخدم البحث سواء بطريق الخطأ أو من أجل إخفاء أو ستراً للطبيعة الحقيقية للاتفاق.

(^٢)G. Conivet "activrome judicairo et prudence interpretative". In. Arch. Phil.

Droit. 2006. p.9.

(^٣) انظر المادة ١٥١١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسى.

(^٤)PH. Fouchard, Ecaillard et Goldman. Op.cit.p.881 ets.

(^٥) إن اختيار القانون القابل للتطبيق على موضوع المنازعة يشير من حيث المبدأ إلى القانون الموضوعى لإحدى الدول - مع استبعاد قواعد تنازع القوانين - ماعدا الإحالة الصريحة للأطراف على هذه القواعد - انظر المادة ١/٢٨ من القانون النموذجى [CNAdCI] والتعديلات التى حدثت سنة ٢٠٠٠ حيث تقضى بالآتى "تفصل محكمة التحكيم فى المنازعة بالتوافق مع قواعد القانون التى تم اختيارها من قبل الأطراف باعتبارها قابلة للتطبيق على

وفى المقابل لا يمكنه قبول تطبيق القانون الذى تم اختياره من قبل الأطراف بطريقة عمياء لاسيما إذا كان أساسه الوطنى أكثر من الدولى أو إذا كان أقل توافقاً مع العلاقات التجارية^(١). وفى كل الحالات يجب أن يتأكد المحكم من أن محتوى قواعد القانون الذى تم اختياره من قبل الأطراف يتفق مع إرادتهم. فأسلوب يتضمن القيام بدور إضافى بالنظر إلى أسلوب القاضى - يتمثل فى أنه يحدد مفهوم القانون ويحاول التأكد من أنه يستجيب لرغبات الأطراف. واستناداً إلى هذه النتائج يجب أن نتذكر أن الأطراف المتعاقدة لم يدرسوا محتوى القانون القابل للتطبيق بعمق لحظة إبرامهم بعقد، أو لا يعلمون بكل التفاصيل الخاصة به. وبالتالي فإنه فى التصرفات القانونية الدولية لا يمكن للأطراف انتظار تطبيق المبدأ القائل بالجهل بالقانون لا ينهض عذراً لأحد.

وبالتطبيق لهذه المبادئ فإنه حينما يختار الأطراف القانون السويسرى - سواء كانوا أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية أجنبية ويعملون فى الخارج - فإن المحكمة الفيدرالية السويسرية تقضى بأنه لا يمكن التمسك بالتفسير الحرفى على إطلاقه بحجة أن هذا القانون تم اختياره من قبل الأطراف. فمن بين الأجانب الذين يمارسون نشاطهم فى الخارج يستخدمون المصطلحات القانونية السويسرية وفقاً لمعناها الخاص لديهم ومن ثم يقعون فى خطأ يتعلق بتحديد المعنى الذى ربما يكون مستبعداً وبصفة خاصة إذا عبر أحد الأطراف عن إرادته بلغة أخرى مختلفة عن لغته الأصلية. وعلى العكس من ذلك إذا كان الأطراف قد استشاروا أحد المحامين السويسريين وعملوا بهذه الاستشارات أثناء تحريرهم للعقد فإنهم يجب أن يفهموا المصطلحات القانونية الخاصة بالقانون السويسرى وفقاً لمعناها فى اللغة السويسرية ولا يمكن لهم التذرع بالجهل بالقانون. واستثناءً من ذلك إذا فضل أطراف العلاقة التعاقدية الرجوع إلى معايير دولية مثل مبادئ **Unidroit**، فإنه يفترض علمهم الحقيقى بمحتواها لأن المقصود بذلك اختيارهم لقواعد شبيهة بتلك العابرة للدول، ومن ثم تكون مألوفة للمتعاقدين. وفى مثل هذه الحالة. فإنه يجب على المحكم أن يتأكد من أن الأطراف أدركوا معناها ويتحملون نتائجها القانونية.

موضوع المنازعة. فأى تحديد للقانون أو النظام القانونى للدولة المختارة يجب أن يكون محل اعتبار ماعدا الإشارة العكسية الصريحة مثلما يتم التحديد المباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة وليس قواعد الخاصة بالتنازع.

(١) انظر المادة ٢/١٥١١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسى.

إذ في الواقع يفسر المحكم بطريقة مطابقة للعقد والقانون. ولتوضيح ذلك فإننا نشير إلى هذا التحكيم الذي قضت فيه غرفة التجارة الدولية تحت رقم ٧٧٢٢، فقد ميز المحكمين بوضوح طرق التفسير الخاصة بالقانون القابل للتطبيق على الموضوع من ناحية^(١) وطرق التفسير الخاصة بالعقد من ناحية أخرى^(٢). فهم يطبقون أحياناً منهج التفسير العقدي بطريقة مختلفة وذلك من حالة إلى أخرى سواء تعلق الأمر بتفسير بنود العقد أو غموضه أو تفسير القصد المشترك للمتعاقدين. وفي كلتا الحالتين فإن المقصود من عملية التفسير ترتيب أثراً لإرادة المتعاقدين سواء تم التوصل إلى ذلك بالرجوع إلى القواعد القانونية أو إلى القواعد التي تم اختيارها من قبل المتعاقدين.

وفي المقابل فإنه إذا كان هناك قانون تخضع له المنازعة فإن المحكم يطبقه مباشرة. ومن ثم فإنه يحدد مفهوم العقد باستقلال عن مفهوم القانون.

وفي هذه الفرضية فإنه سيقوم بتحديد القانون القابل للتطبيق وفقاً لضابط الإسناد الموضوعي، ثم يبحث ما إذا كانت القواعد الذي يتضمنها هذا القانون من قبيل القواعد الآمرة بمفهوم القانون الداخلي من عدمه.

والمحكم في قيامه بهذه المهمة يعمل بذات الطريقة التي يتبعها القاضي.

الخلاصة:

من كل ما سبق يمكن التأكيد على أن المحكم لا يمارس عمله بدون قانون أو عقد، ومن ثم يجب أن يتأكد من أن تفسير القانون القابل للتطبيق على الموضوع يتوافق مع رغبات الأطراف.

(١) بالنسبة لتفسير القانون فإن المحكم يتذكر دائماً أن القاضي مرتبط بقاعدة واضحة وغير مبهمة. وحينما تكون القاعدة غير واضحة أو تحتل تفسيرات مختلفة فإن القاضي يحدد المعنى الحقيقي للقاعدة ويضفي عليها قيمة السابقة القضائية. ومن أجل أداء هذه المهمة فإن القاضي - في الشريعة الأنجلوسكسونية - يسترشد بقواعد القانون الأجنبي أو القضاء الصادر من محاكم الشريعة الأنجلوسكسونية فقط في حالة عدم وجود أحكام محاكم واضحة ومحددة صادرة من المحاكم الوطنية. انظر في ذلك:

Laurent. Levy "L'interpretation arbitrale". Rev.de l'obitiage. 2013. no.4. p.877.

(٢) بالنسبة لتفسير العقد فإن المحكمين يطبقون المنهج الشخصي في التفسير، أما القاضي فإنه يستخدم المنهج الحر في التفسير. وفي هذه الطريقة في التفسير بدائية. إذ أنه يأخذ في اعتباره أقوال الشهود من أجل أن يصل إلى إرادة الأطراف، وكذلك المفاوضات التي حدثت من أجل التوفيق بينهم. أما المحكم فإنه دائماً ما يستعين بالخبرة من أجل الوصول إلى إرادة المتعاقدين ولا يعتمد فقط على الاستشارات المقدمة منهم. انظر في ذلك:

Laurent. Leery. Op.cit.p.877.

وبمعنى آخر فإن المحكم يمنح أولوية للتحليل العقدي أكثر من التحليل القانوني ثم يحكم بعد ذلك في الحالة المعروضة عليه.

كما يتضح أيضاً أن المحكم لا يرتبط بالسوابق القضائية أو بقوانين البوليس الوطنية أو الأوربية لأن مهمته تستند في المقام الأول إلى التوفيق بين الأطراف. وهذه الطريقة مماثلة ولكن بدرجة أقل لطريقة عمل القاضى حيث أن هذا الأخير يهتم بالمحافظة على الاستقرار القانوني ويرتبط بنظام قانوني خاص.

ثانياً: الطبيعة التجارية للعلاقة:

يجب أن يدرك المحكم - وهو من عائلة تجارية - المحتوى التجارى للعلاقة وبصفة خاصة الأعراف التجارية سواء كانت محلية أو دولية، والذي يجب أن يضعها في اعتباره ويدرك الواقع العملى المتكرر بين أطراف العلاقة العقدية. ويجب عليه أن يكون عالماً بقواعد التحكيم وليس بالأحكام التحكيمية فقط^(١).

ثالثاً: حدود التفسير:

إن تشييد الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة هو الهدف الأول للمحكم. وهذا الهدف يواجه بنوعين من المخاطر:

١- إنه لا يوجد مجال للتفسير إلا إذا كان العمل مشروعاً، فالمحكم لا يمكن أن يجهل حدود استقلال إرادة الطرفين، وبصفة خاصة المحافظة على النظام العام بالمفهوم الدولى أو القوانين القابلة للتطبيق مباشرة على المنازعة فإذا تأكد على سبيل المثال من عدم مشروعية الاتفاق، فإنه يتوقف عن التفسير لأن إرادة الطرفين لا تنتج أية آثار قانونية^(٢). فالوعد بتقديم رشاوى هو عمل غير أخلاقى ومخالف للنظام العام. فالمحكمة التحكيمية فى مثل هذه الحالة ترفض النظر فى القضية بدونه أى اعتبار لإرادة الأطراف^(٣). ومن الأمثلة على ذلك أنه قد صدر حكم

(١) انظر فى ذلك المادة ٢/٢١ من القواعد الخاصة بالتحكيم والموضوعة من قبل غرفة التجارة الدولية بباريس (٢٢١) لسنة ٢٠١٢، والمادة ٣/٣٥ من قواعد التحكيم الخاصة Nudci لسنة ٢٠١٠، والمادة ٢/١٥١١ من قانون المرافعات المدنية الفرنسية.

(٢) انظر المادة ١١٣١، ١١٣٣ من القانون المدنى الفرنسى.

(٣) انظر حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٩/٣٠ حيث قد أقرت بأن اللجوء إلى التحكيم بقصد تخفيف الرقابة القضائية لحددها الأدنى لا يمنع من رقابة القضاء عليها والحكم برفضها إذا ثبت الإدعاء بالرشوة.

تحكيمى قديم اعتبر الموضوع غير قابل للتحكيم سنة ١٩٦٣ بموجب تعهد وسيط أرجنتيني لشركة بريطانية بأنه يتحصل لها على عقد أشغال عامة فى الأرجنتين لقاء التزامها بدفع عمولة له قدرها ١٠% من قيمة العقد ورفضت الشركة الدفع واعتبر المحكم نفسه غير مختص بالنظر بهذا النوع من المنازعات وذهب إلى اعتبار أطراف هذا العقد فاقدى حق مراجعة المحاكم التحكيمية كما المحاكم القضائية^(١).

إلا أن التفسير التحكيمى قد تغير جذرياً بعد ذلك واعتبر أحد الأحكام التحكيمية أن العقد غير باطل لأن الشركة المدعية لم تتجح فى إثبات ادعاءاتها بينما اعتبر حكم آخر أن العقد باطل عملاً بالقانون الوطنى المطبق عليه ولمخالفته النظام العام الدولى ولكن المحكم يظل مختصاً بالنظر فيه^(٢).

واعتبر حكم تحكيمى آخر صادر فى ١٩/٤/١٩٨٨ أن العقد الخاضع للقانون السويسرى والذى بموجبه تلتزم شركة بدفع عمولة قدرها ٤% من قيمة المشروع لقاء الخدمات الاستشارية الهادفة للحصول على عقد أشغال عامة بالجزائر لبطلان العقد الذى يخالف النظام العام فى القانون المطبق^(٣).

ولكن هذا الحكم قد تم إبطاله من قبل المحكمة الفيدرالية السويسرية لأن موضوع النزاع مخالف للنظام العام السويسرى.

٢- لا يمكن أن يرد التفسير من فراغ، فإذا كان المتعاقدين قد خلقوا غموضاً بإرادتهم فإنه يجب على المحكم أن يقف عنده ويبحث عن أسبابه. فعلى سبيل المثال قد لا يتوصل الأطراف إلى توافق حول نقطة معينة فيتركوها مفتوحة ويحررون العقد، تاركين للمحكم مهمة تكملة العقد فى حالة حدوث منازعة. وهنا يجب عليه أن يتبصر بأن الأطراف هم الذين فضلوا تركها حتى لا

وانظر أيضاً فى القانون السويسرى - أحكام المحكمة الفيدرالية الصادرة فى ١٧ يناير سنة ٢٠١٣ إذ قررت "إن الوعد بتقديم رشوة وفقاً لمفهوم القانون السويسرى عمل يخالف الأخلاق والنظام العام، ويبطل حكم التحكيم".

(^١)EL-Kosseri et Leboulanger "L'arbitrage fac à la corruption et aux traffics d'inflance". Rev. Arb. 1983.3.

HEUZE "La morale, l'arbitre et le juge. Rev. Arb. 1993, 179".

(^٢) انظر د/ عبد الحميد الأحديب - المرجع السابق - ص ١١٣.

B. Goldman "L'action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international". Boppetit, art. Préc. P.7.

(^٣) القضية رقم ٥٦٢٢ - غرفة التجارة الدولية - القضية رقم ٦٦٩٧ - غرفة التجارة الدولية.

تكون عقبة في تحرير العقد وفي مثل هذه الحالة يجب على المحكم أن يكملها ويطبقها بالنظر إلى إرادة الأطراف المتعاقدة والقانون القابل للتطبيق على العقد. ومن أجل القيام بهذا العمل فإن المحكم يجب عليه أن يفضل الإرادة المفترضة للأطراف وذلك بإعادة تشييدها بما يتفق مع المنطق وظروف العقد.

وفي هذه الفرضية فإن نتائج التفسير يمكن أن تكون على خلاف الإرادة الحقيقية لأحد أطراف العلاقة التعاقدية، مما يحتم على المحكم أن يتأكد من الأطراف عما إذا كانوا يرغبون في سريان العقد رغم ذلك. وفي هذه الحالة وبالتوافق بين إرادة المتعاقدين فإن المحكم يطبق العقد رغم الفراغ الذين تركوه حول هذه النقطة.

الفرع الثاني

دور المحكم في إحترام القواعد الوطنية

للدولة مقتضيات تجاه المحكمين مثل القضاة، فأحكام التحكيم لا تخلق سوابق، بالإضافة إلى خضوعها لقدر كاف من الرقابة ونوضح ذلك من خلال النقاط الآتية:

الأولى: غياب الأحكام التحكيمية:

يفضل المحكمون الرجوع إلى أحكام المحاكم الوطنية من أجل تفسير القانون القابل للتطبيق على المنازعة ومنطقهم ينطلق من فرضية أن الأطراف قد اختاروا هذا القانون باعتباره قابلاً للتطبيق بدرجة كبيرة وطريقة النظر هذه تكون شرعية إذا ظلت متوافقة مع العناصر الواردة في العقد: فالمحكم لا يرتبط بالأحكام الوطنية حينما يدرك الأطراف أنها قد أبطلت سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فعلى سبيل المثال لا يجوز الرجوع إلى حكم قد تبني عرف محلي بدلاً من تبني عرف دولي فالمحكم يستعين بالحكم باعتباره وسيلة تساعد على تفسير القانون بالتوافق مع إرادة الطرفين بدلاً من تطبيقه بطريقة آلية.

وفي المقابل لا يوجد قضاء تحكيمي حقيقي وإنما واقع تحكيمي عملي وذلك حتى مع رجوع المحكمين إلى الأحكام من أجل تحليل القانون أو الشروط العقدية النموذجية فالأحكام تكون توافقية ولا تأخذ قيمة السابقة القضائية فالقرارات التحكيمية تأخذ هذه الأحكام في الاعتبار باعتبارها من قبيل الفقه بدون أن يرتبط بها المحكم.

بالإضافة إلى ذلك فإنه يفصل في حالة خاصة بدون أن يهتم بالتوافق مع أحكام القضاء أو تطورها. فالمحكم عكس القضاء لا يهتم بالأثر الاجتماعي أثناء تفسيره للقانون أو العقد.

فالمحكم قد يستند في بعض الأحيان إلى الرغبات المشروعة للمتعاقدین والتي لا تتعارض مع مصالح الدول، إذ الاستجابة إلى رغبات المتعاقدین وفقاً للحلول الذى يصل إليها المحكم تؤدي إلى السكينة والهدوء وفي الحقيقة فإن المحكم إذا ما استبعد قضاء أو ارتكب خطأ في تفسير القانون أو العقد فإنه نادراً ما يتعرض لعقوبة لأنه لا يوجد وسيلة للاعتراض على القرار التحكيمي في مثل هذه الحالة.

الثانية: عدم خضوع المحكم للرقابة:

يفسر المحكم القانون أو العقد بدون أن يخضع في ذلك للرقابة، وبالتطبيق لهذا المبدأ فإن نصوص القانون الفرنسي (المادة ١٥٢٠ مرافعات) والقانون السويسري (المادة ٢/١٩٠) يستبعدون الطعن على تفسير العقد أو القانون القابل للتطبيق بواسطة المحكم. ومن ثم فإنه لن يكون من المفيد بالنسبة للقاضي أن يبطل الأسباب التي تم تأسيس القرار التحكيمي عليها سواء كانت واقعية أو قانونية^(١).

وبالنظر إلى خريطة التحكيم التجاري الدولي سنجد أن القاعدة هي عدم تسبیب الأحكام التحكيمية حيث لم يرد اشتراط تسبیب الأحكام التحكيمية سوى في لائحة اليونسترال سنة ١٩٧٦ وقانون التحكيم المصري سنة ١٩٩٤.

فقد نصت لائحة اليونسترال سنة ١٩٧٦ في مادتها الثانية والثلاثين في فقرتها الثالثة على أنه "على محكمة التحكيم أن تبين الأسباب التي أسست عليها حكمها مالم يكن الطرفان قد اتفق على عدم تسبیب الحكم". كما نص قانون التحكيم المصري في المادة الثالثة والأربعين منه في فقرتها الثانية على "أنه يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفاً التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذلك....".

وبالتالي فإذا اتفق أطراف التحكيم على عدم تسبیب الحكم أو كان القانون المطبق على الإجراءات هو قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي الصادر سنة ١٩٢٥ مثلاً وهو قانون لا يشترط التسبیب فإن الحكم الصادر سيكون صحيحاً في مصر وسيتم تنفيذه فيها رغم كونه غير مسبب. وهناك العديد من الوثائق التي لا تشترط تسبیب الأحكام التحكيمية حيث أنها تشمل معظم لوائح التحكيم وكذا تشمل جميع قوانين التحكيم الأخرى مثل قانون التحكيم الانجليزي سنة ١٩٥٠ وقانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي سنة ١٩٢٥ والمرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي سنة ١٩٨١.

(^١)Paris, 30 Mai 2002, MCP technologies/ international metals. Gay. Pal. 21

Déc. 2002, No. 355, p.10.

وقد جاء هذا الاتجاه من عدم تسبيب الأحكام التحكيمية. متأثراً بالفلسفة الإنجليزية في هذا الشأن حيث أن قانون التحكيم الإنجليزي سنة ١٩٥٠ لم يشترط تسبيب الأحكام التحكيمية هذا وقد أقر القضاء الانجليزي المحكمين على موقفهم منذ أمد بعيد حيث ينصح اللورد **MANSFIELD** (١٧٠٥ - ١٧٩٣) المحكمين الإنجليز بقوله أنظروا إلى ما تعتقدون أن العدالة تطلبه وأحكموا على أساسه ولكن لا تسببوا أبداً أحكامكم لأن أحكامكم من المحتمل أن تكون صحيحة ولكن أسبابها قد لا تكون كذلك^(١).

وهكذا فإن حرص المحكمين الانجليز على الابتعاد بالحكم عن مجال الرقابة القضائية الشاملة سواء من حيث الواقع أو القانون جعلى المحكمين الإنجليز يصدرن أحكامهم خالية من أسبابها ثم سرت هذه الفلسفة الانجليزية إلى الأنظمة القانونية الأخرى نظراً لغلبة العقود النموذجية على مجال العقود التجارية الدولية.

وإذا كانت معظم قوانين التحكيم الوطنية لم تشترط تسبيب الأحكام التحكيمية فضلاً عن معظم لوائح التحكيم، إلا أن هناك اتجاهًا آخر بدء ينمو باطراد نحو تسبيب أحكام التحكيم التجارى الدولي.

فقد رأينا فيما سبق أن لائحة تحكيم اليونسترال الصادرة سنة ١٩٧٦ قد اشترطت تسبيب الأحكام التحكيمية إلا إذا اتفق الأطراف على عدم التسبيب، وكذلك قانون التحكيم المصرى. كما أن قانون التحكيم الإنجليزي الصادر سنة ١٩٧٩ قد أجاز استئناف الأحكام التحكيمية من حيث المسائل القانونية وانحراف المحكم أو انحراف الإجراءات مما يؤكد على وجود رقابة قضائية على منطوق الحكم تمارس بشروط مشددة وهذه الرقابة تحت وتشجع على تسبيب الأحكام التحكيمية حيث أنها لن تتم إلا على الأحكام التحكيمية المسببة والأحكام التحكيمية الإنجليزية لن تسبب إلا إذا طلبت المحكمة القضائية الإنجليزية التى تنظر الطعن من الهيئة التحكيمية أن تسبب الحكم إن كان خالياً من أسبابه أو أن تسبب الحكم بصورة وافية إن كان التسبيب المذكور فيه غير كاف، والمحكمة القضائية الانجليزية لن تأمر هيئة التحكيم بذلك إلا إذا اقتنعت إن أحد الأطراف كان قد أعلن هيئة التحكيم قبل صدور الحكم بأنه يريد تسبيب الحكم أو أن يكون هناك سبب خاص حال بينه وبين إعلان هيئة التحكيم بهذا الطلب وذلك وفقاً للمادة ٥/١، ٦ من قانون التحكيم الانجليزي ١٩٧٩.

(١) د/ عاطف الفقى، التحكيم التجارى الدولي، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٣، ص ١٨٧ وما بعدها.

وأمام ذلك فقد استحدثت بعض لوائح التحكيم الانجليزية تقليداً جديداً متعلقاً بالتسبيب يرضى الأطراف، وفي نفس الوقت يبعد حكم التحكيم عن الرقابة القضائية وهذا التقليد هو ما يعرف بوثيقة الأسباب المنفصلة وذلك بأن يصدر الحكم التحكيمي مختصراً وشاملاً منطوقه كالعادة ثم يصدر المحكمين أسباب الحكم في وثيقة أخرى منفصلة ترفق بالحكم أو ترسل للأطراف بعد صدور الحكم. وإذا كان الأطراف قد اتفقوا على ذلك، فإن هذه الوثيقة لا يمكن الاعتماد عليها في أى إجراء يتعلق بالحكم سواء من حيث الاعتراض عليه أو تنفيذه.

ومن ثم فإنه لا يمكن للقضاء أن يعتمد على نص الوثيقة إلا في حالات خاصة جداً حيث يتطلب النظام العام ذلك حيث يوجد خداع أو غش أو عمل إجرامى أو سوء تصرف واضح يمس الصالح العام.

وفي الحقيقة فإن القاضى لا يهتم كثيراً بالتفسير التحكيمي للعقد أو القانون سواء من حيث أسباب حكم التحكيم أو من ناحية النظام العام ولا يهتم بالتطبيق لمبدأ التقدير الواقعى للنظام العام، وأيضاً ربما الخطأ فى النتيجة التى يسعى إليها حكم التحكيم بالمخالفة للمفاهيم الأساسية للقاضى الوطنى. فعلى سبيل المثال اعترف حكم تحكيم بفعالية قرض ربوى وذلك بالمخالفة للمفهوم الفرنسى للنظام العام الدولى إذ كانت الفائدة مغالى فيها بالنظر الى المعايير الدولية المتبناه فى العقد فوفقاً للمفهوم الفرنسى هذا العيب لا يسمح فقط إلا بالبطلان النسبى، بمعنى أن القرض لا يبطل، وإنما يتم تخفيض سعر الفائدة الى الحد الشرعى^(١).

وفي إحدى منازعات التحكيم أبطلت المحكمة الفيدرالية حكم تحكيم محكمة التحكيم الرياضية استناداً الى أن محكمة التحكيم الرياضى تعدت على القانون الواجب التطبيق وذلك بتأسيس حكمها على تسبيب قانونى لم يناقش فى محكمة التحكيم والذى لم يكن الأطراف يتوقعوه وبطريقة أكثر تحديداً، فإنه ليس فقط أن المحكمين فسروا إرادة الأطراف تفسيراً غير مرضى وذلك بتطبيق معيار لم يثار أثناء المفاوضات، ولكن رجوع المحكمين. فى موضوع دولى - بقاعدة تطبيق وتنظيم أنشطة الأفراد المقيمين فى سويسرا فقط وهو القانون الفيدرالى لخدمة التوظيف وإيجار الخدمات. فالمنازعة لا تدخل فى نطاق هذا القانون، ومن ثم كان لا يجب تطبيق هذا القانون ولذلك فإن هذا الحكم قد أبطل من قبل المحكمة الفيدرالية السويسرية نظراً لتعديده على القانون الواجب التطبيق على المنازعة^(٢).

(١) PH. Fouchard, E. Caillard et B. Coldman. Op.cit. p.976.

(٢) انظر حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر فى ٩ فبراير سنة ٢٠٠٩.

فهذا الحكم قد جعلى النقد يوجه الى المحكمين للعديد من الأسباب: إذ أنهم قد أهملوا فى التحقق من أن القانون الواجب التطبيق ينظم مسائل ذات طابع دولى وليس طابع وطنى أو محلى بالإضافة الى ذلك فإنهم قد طبقوا هذا القانون على غير رغبة الأطراف إذ أن هذا القانون لم تثار المفاوضات بشأنه لحظة تحرير العقد أو أثناء التحكيم ولم يرغبوا فى تطبيق قانون وطنى على علاقاتهم التجارية الدولية.

المطلب الثانى

الواقع العملى للتفسير التحكيمى

من أجل دراسة الواقع العملى للتفسير التحكيمى فى مجال التجارة الدولية، فإنه يجب دراسة وتحليل القواعد الحالية للتفسير، سواء من حيث مصادرها أو من حيث تطبيقها وذلك على النحو التالى.

الفرع الأول: مصادر قواعد التفسير التحكيمى.

الفرع الثانى: تطبيق قواعد التفسير التحكيمى.

الفرع الأول

مصادر قواعد التفسير التحكيمى

يبدو من الطبيعى وبحكم المنطق أن يعتمد المحكم على قواعد ذات أصل اتفاقى، وأيضاً يعتمد على قواعد قانونية متعلقة بالتفسير ونعرض لذلك على النحو التالى:

أولاً: القواعد الاتفاقية للتفسير:

هناك بعض العقود التى تتضمن بين ثنائياها للشروط الخاصة بتفسيرها مثل العقود التى تأخذ هذه الصياغة.

“Whole Agreement, integration or Merger clause”

فهذه العقود يمكن أن تتضمن شرطاً يجيز لأحد الأطراف أن يحرر العقد بدون أن يكون لديه وكالة عن الطرف الآخر، أو ضماناً أو كفالة أياً كان نوعها حتى ولو لم يشير إليها صراحة فى العقد.

ويمكن لهذه العقود أن تتضمن شرطاً يقضى بأن العقد لا يدخل ضمن عقود الشركة البسيطة “Partnership” ولا يمنح أى سلطة تمثيل لأى طرف ليحل محل الآخر ويمكن أن يتضمن العقد شرطاً ينكر أى قيمة تفسيرية تحت ستار اختلاف مواد العقد وهذه الشروط – وفقاً للظروف – لها

دور سواء من ناحية الموضوع أو الإثبات أو التفسير. وقد يتضمن العقد شرطاً أيضاً يقتضى الكتابة عند إجراء أى تعديل للعقد أو التنازل عن أى حقوق ويمكن أن يتضمن العقد شرطاً يضع قرينة أو فرضية بأن بطلان العقد لا يكون إلا جزئياً أى متعلقاً ببند من بنود العقد أو جزءاً منه^(١).

وبطبيعة الحال فإن المحكمين يأخذون هذه القواعد فى اعتبارهم ويؤكدون أنها تعكس لإرادة الطرفين سواء من حيث صياغة العقد أو الآثار التى ينتجها، وأنه ليس سهلاً أن نجد حكماً تحكيمياً منشوراً تم تجنب تطبيقه بسبب مخالفته لقواعد التفسير الشرعية أو من أجل عدم ترابطه أو تماسكه. إذاً فإن الإطلاع على أحكام التحكيم تبرهن على أن المحكم يكون بطريقة إرادية إرادة ضمنية ظهرت عندما يتطلب أو يقتضى القانون الواجب التطبيق أو العقد إعلان صريح أو ظاهر لهذه الإرادة. على سبيل المثال فى فرنسا وجود شرط فاسخ مثل المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى، أو شرط استبدال أو تجديد مثل المادة ١٢٧٣ مدنى فرنسى أو شرط تنازل أو عدول. وأيضاً فإن الواقع العملى لم يتمخض عنه حالة كبيرة لشرط عقدى يتطلب الكتابة لأى تعديل لاحق لإبرام العقد (المادة ١٦/١-٢٥).

وفى الغالب من الأحوال فإن المحكمين لا يوضحون بأنهم يعلنون من خلال التفسير عن إرادة مشتركة لتعديل العقد فى هذه النقطة، وإنما يتم ذلك ضمناً من خلال اقتضاء الكتابة من أجل أى تعديل لاحق لإبرام العقد. وفى هذا المقام لابد من التساؤل عما إذا كان التعديل الذى يتم بطريقة ضمنية فى أغلب الأحوال لشرط التعديل الكتابى اللاحق للعقد يتصف بالشرعية حتى إذا ما كان الأطراف لا يعلمون بوجود هذا الشرط ومن ثم لا يملكون تعديل ذلك الشرط؟

هناك العديد من الأحكام المنشورة التى تتضمن لمبادئ عامة متعلقة بموضوع التفسير: ويمكن الإشارة إلى بعض هذه القواعد مثل قاعدة الوضوح **Inclaris**، ومبدأ تفسير الوثيقة قبل منشئها بأقل التفسيرات الملائمة لها **Contra proferentem**^(٢)، وقاعدة أن التفسير لابد أن يكون

(^١)F. de ly "Les clauses d'interpretation dans les contrast internationaux (Qualification, definition, accord complet intités, langure, modification, renunciation et mullité partielle". GRDAI, 2000, p.719.

(^٢)J. D. H. Karton "Les arbitres du commerce international et l'interpretation des contrats". Parés spec. P.400.

وانظر أيضاً حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية سنة ١٩٩٥ تحت رقم ٧٧١٠ حيث قد علق X.Derains بقوله "إن هذا المبدأ قد تم العمل به فى العديد من الأنظمة القانونية الوطنية، ومن خلال الواقع

متوافقاً مع مبدأ أحسن النية في العقود^(١)، وقاعدة أو مبدأ الأثر المفيد أو النافع للعقد^(٢)، وأيضاً قاعدة الخاص يقيد العام ونعرض لهذه القواعد بإيجاز على النحو التالي:

١- مبدأ التفسير بحسن نية:

يجب أن يذهب مبدأ حسن النية إلى إنارة الإرادة الحقيقية وليس الإرادة الظاهرة فهذا المبدأ ليس طريقاً لخلق التزام وإنما يعد بمثابة ضوء يسلط على سوء النية ليهدر آثاره فالفريق الذي يتمسك بحجة ظاهرها حق وباطنها باطل، حجة تترك سير ومنطق العقد وتوازنه سببها ربما تعبير ساذج عن الإرادة أفضى إلى حدوث التباس في مضمونها، وهو تعبير مخالف لحقيقة العقد. في هذه الحالة يمكن اعتماد مبدأ حسن النية لمعالجة مثل هذا الموقف بدون العودة إلى تطبيق قانون معين واعتماداً على النية الحقيقية للطرفين وليس النية الظاهرة التي تتضمن ارتباكاً في التعبير يحاول طرف الاستفادة منه بسوء نية كذلك حسن النية يمكن أن يعتمد مسلك الطرفين اللاحق لتوقيع العقد التحكيمي أو السابق لنشوب النزاع والذي يمكن أن ينير النية الحقيقية إذا ارتبك التعبير عنها بنية ظاهرة متناقضة والقاعدة الإسلامية تقول: الأمور بمقاصدها. إن الحكم الذي يترتب على أمر يكون بمقتضى المقصود من ذلك وكذلك القاعدة التي تقول "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ

العملى لمحاكم التحكيم الدولية تبينه غرفة التجارة الدولية وذكرته أنه في حالة الغلط أو الغموض فإن النصوص والمصطلحات والاتفاقات العقدية يجب أن تفسر ضد إرادة الطرف الذي قام بتحرير العقد.

(١) بالنسبة لتطبيق مبدأ أحسن النية في العقود - انظر حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية سنة ١٩٧٥ تحت رقم ١٤٣٤، إذ علق عليه Y. Derains بقوله "أنه يجب تفسير النصوص والشروط الواردة في العقود [شرط تحديد المسؤولية] وفقاً للمبادئ العامة لتفسير العقود، وبصفة خاصة المبادئ الواردة في المادة ١١٥٦ من القانون المدني الفرنسي، وذلك بأن يبدأ المفسر بالتفسير اللفظي واللفظي للمصطلحات المستخدمة بدون أن يهمل في ربطها بظروفها لحظة التفسير وأن ينظر إليه في مجموعة من أجل أن يستنتج القصد الحقيقي للأطراف المتعاقدة وبصفة خاصة إذا كانت المصطلحات تتناقض مع مبدأ حسن النية (المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى) وبالرجوع إلى العناصر الخارجية للتفسير والمستمدة من العلاقات التاريخية والتجارية بين المتعاقدين. - ومع ذلك فهناك بعض القوانين التي تستبعد مبدأ حسن النية باعتباره مبدأ من مبادئ التفسير وبصفة خاصة القانون الإنجليزى، حيث أنه يفضل مبدأ "Implied Terms"، انظر في ذلك:

J.Rosengren "Contract Interpretation in international arbitration" Paris P9-10

(٢) بالنسبة لتطبيق الأثر المفيد للعقد انظر حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية سنة ١٩٧٥ تحت رقم ١٤٣٤ حيث جاء به "أنه في مواجهة تفسيرين متناقضين للمصطلحات الواردة في العقد أو في مواجهة مفهومين متقاربين لهذه المصطلحات فإنه يجب تفضيل التفسير الذي يربط أثراً مفيداً لهذه المصطلحات بدلاً من الأخذ بالتفسير الذي يربط أثراً غير مفيد أو لا يربط أثراً". وهذا المبدأ قد تم تكريسه بالمادة ١١٥٧ مدنى فرنسى.

والمباني". فعلى سبيل المثال إذا تذرع طرف من أطراف النزاع بالعقد التحكيمى يخرج نفسه من المحاكمة القضائية، فإذا جئ به إلى التحكيم تذرع بعدم صحة العقد التحكيمى أمام المحكمين أليس فى ذلك سوء نية ونقيض لمبدأ حسن النية.

٢- مبدأ الأثر المفيد:

هذا المبدأ مستمد من قاعدة أعمال الكلام خير من إهماله بحيث إذا تساوى معنيين للعقد اعتمد على المعنى الذى يترتب أثراً وترك المعنى الذى لا يترتب أثر. وقد تم الاعتماد على هذه القاعدة بشكل مستقر فى التفسير التحكيمى الذى يعتبرها قاعدة عامة معترف بها. وفى هذا المضمار نجد تطابقاً واضحاً بين قاعدة الأثر المقيد المطبقة فى الفكر الغربى وبين القاعدة الإسلامية التى تقضى بأن درء المفسد أولى من جلب المنافع.

٣- مبدأ تفسير العقد ضد الطرف الذى وضع الشرط الغامض:

قد يعتمد أحد أطراف العلاقة التعاقدية وضع شرط غامض فى العقد أثناء تحريره بغية تحقيق مصلحة خاصة به. وفى مثل هذه الحالة يكون من المنطقى أن يتحمل هذا الطرف نتيجة عمله سواء كان حسن النية أو سيئ النية، وذلك بتفسير الالتباس أو الغموض ضده بحيث لا يفسر الشرط التحكيمى الغامض على أنه باطل الأمر الذى يضر الطرف الذى له مصلحة فيه والذى ربما يكون وقعه ولم يكتبه.

٤- رد مبدأ التفسير الضيق:

هناك بعض القرارات التحكيمية التى تعتبر أن العقد التحكيمى يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً وأن لا يتوسع فيه. ولكن إذا كان هذا الأمر مقبولاً فى تفسير عقد التحكيم الداخلى، فإن الأمر ليس كذلك فى مجال التحكيم التجارى الدولى لأن التفسير الضيق لا يتفق مع متطلبات التجارة الدولية حيث أصبح التحكيم هو القاعدة والقضاء هو الاستثناء.

وقد اتجه التفسير التحكيمى الدولى فى الكثير من الأحكام إلى تأكيد هذا الاتجاه بقوة، وعلى سبيل المثال فإن الحكم التحكيمى الصادر فى ١٩٨٣/٩/٢٥ عن مركز تحكيم واشنطن الخاص باتفاقية الاستثمار بين الدول ومواطنى الدول الأخرى فى قضية أمكو **AMCO** قد عرف هذا المبدأ بقوله "كما فى كل عقد فإن عقد التحكيم لا يجب أن يفسر تفسيراً حصرياً بل يجب التوسع فى التفسير، وهذه الطريقة فى التفسير ليست سوى تطبيق لمبدأ أساسى هو أن العقد شريعة المتعاقدين المنطبق على كل الأنظمة القانونية الداخلية والخارجية.

كذلك فإن التفسير الفرنسى لم يذهب مره إلى تفسير العقد التحكيمى تفسيراً ضيقاً واعتبرت محكمة النقض أن عقد تحكيمياً يحيل إلى غرفة التجارة الدولية كل المنازعات التى تحدث خلال تنفيذ العقد هو صحيح ورفضت طلب فسخه.

٥- رد مبدأ التوسع فى تفسير العقود:

إذا كان صحيحاً أن التحكيم الدولى قد أصبح وسيلة عادية لحسن خلافات التجارة الدولية وبالتالي يجب أن لا يفسر العقد التحكيمى الدولى تفسيراً ضيقاً إلا أن العكس صحيح بحيث لا يجب أيضاً التوسع كثيراً بتفسير هذا العقد بل يجب العودة إلى الإرادة الحقيقية للطرفين. كما أن هذه الأحكام تخضع أيضاً لبعض القواعد الدولية الخاصة بالتفسير والمستمدة من مبادئ **Unidriot 2010** أو القواعد المستمدة من إتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بعقود البيع الدولى للبضائع.

بالإضافة إلى ذلك فإن الأستاذ **Bergex** قد وضع مجموعة من القواعد التفسيرية من خلال أحد مؤلفاته تحت عنوان **Trans Lex Prinailes**^(١).

ومن هذه القواعد أن يهتم المحكم بالبحث أولاً عن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة إذ أن ذلك هو ما يتوافق مع هدفهم. وبمعنى آخر يجب على الأطراف استخدام الحكمة والتعقل حين اختيار المحكم، فإنه يتم اختياره من أجل اختصاصه وعلمه بالموضوع محل التفسير وقدرته على البحث عن إرادة المتعاقدين.

فى بعض الأحيان نجد أن هذه القاعدة غير معترف بها فى القانون المقارن، ومن ثم يوجد مكاناً فى هذا المقام لبحث وتحليل كيف يمكن للمحكم أن يتصرف فى مواجهة القواعد الشرعية للتفسير وبمعنى آخر يجب علينا أن نفحص ما إذا كان يوجد واقع عملى خاص بالتحكيم الدولى والذى وفقاً له يبحث المحكم عن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة بدون التوقف عند النتيجة التى يتم التوصل إليها باستخدام هذه القاعدة أو تلك من قواعد التفسير الموجودة مسبقاً وفى هذا السياق هل يمكن الذهاب بعيداً إلى حد تأكيد أن المحكم يكتشف الإرادة الحقيقية للأطراف ثم يستخدم قاعدة من قواعد التفسير من أجل أن يلبسها للنتيجة التى توصل إليها من قبل؟

(١) K. P. Berger "The creeping codification of the lex Mercatoria, kluwer law international" 2^eéd. 2010. p.371.

هذا هو ما يتم الإجابة عليه من خلال النقطة التالية:

ثانياً: القواعد الشرعية للتفسير:

إذا لم تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى وضع قواعد متعلقة بالتفسير، فإن المحكم يلجأ إلى قواعد التفسير الذى يمكن أن يتضمنها القانون الذى يحكم العلاقة بينهما أو تلك التى يتضمنها قانون التحكيم ونعرض لذلك من خلال النقاط الآتية:

تفسير العقد وفقاً للقانون الذى يحكم العلاقة:

يحاول المحاكم قدر الامكان البحث - قبل كل شئ - عن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة والتى ترتب أثراً لتصرفهما وفى هذا المضمار يثار التساؤل حول ما إذا كان المحكم يقصر بحثه عن الإرادة الحقيقية لهما من خلال القواعد المفروضة، ومن ثم يحدد مضمون العلاقة التعاقدية بينهما من خلال هذا القانون **La lex cause** بدون أن يضع العناصر الخارجية للتعاقد والتى يمكن أن يستعين بها المحكم للوصول إلى الإرادة المرغوبة للأطراف مثل الاستعانة بالمفاوضات السابقة على التعاقد أو سلوك الطرفين خلال فترة تنفيذ العقد؟

يجب الإشارة فى المقام الأول إلى وجود أوضاع مختلفة بين القانون المشترك الذى يختاره الطرفان المتعاقدان **La common law**، والقانون الوطنى الواجب التطبيق على النزاع رغم عدم وجود هذا الجدل فى التحكيم الدولى.

وقد حاول الأستاذ كرتون **Karton**⁽¹⁾ الإجابة على هذه التساؤلات من خلال قيامه بدراسة وتحليل مجموعة من أحكام التحكيم خلص من خلالها إلى أن هناك اتجاه يحصر ذلك فى منهج التفسير الذى يتبناه القانون القابل للتطبيق طالما أن هذا القانون يطبق على موضوع العقد فإذا كان القانون الإنجليزى هو القانون القابل للتطبيق على العقد فإن غالبية أحكام التحكيم الذى تم دراستها تشير إلى عدم تطبيق المنهج التفسيرى الخاص بالقانون المشترك للمتعاقدين (التفسير الموضوعى للتعبير عن الإرادة) فالمحكمون يبحثون عن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة (التفسير الذاتى) للأطراف وعند اللزوم يستعينوا بالمظاهر أو الأدلة الخارجية.

(1) J. D. H. Karton: «Les arbitres du commerce international et l'interpretation des contrat». Op.cit. p.1 - 16.

ومن ثم فإنه ليس بمستغرب أن يحظر القانون الإنجليزي الاستعانة بالمظاهر والأدلة الخارجية لعقد أثناء التفسير سواء تلك المتعلقة بالمفاوضات أو تلك التي تظهر أثناء تنفيذ العقد^(١). فاللوائح التي تحظر ذلك بدافع الحفاظ على الأسرار وعدم إفشاء المعلومات لا تجيز للمحكم أن يقوم بعمل التوازنات المنطقية والعادلة بشأن العقد. فعلى الرغم من أنها تبدو فعالة في المحافظة على الأسرار والمعلومات إلا أنها تأتي بنتائج باهظة ومكلفة بالنسبة للمتعاقدين. ولذلك يحاول المحكم أن يستعين بقواعد موحدة ومناسبة وخاصة بالتحكيم وفقاً للقانون القابل للتطبيق، سواء كان قانون مكتوب (وطني) أو غير مكتوب (قانون أنجلو سكوني) ومن ثم فإنه لكي يستطيع أن يرتب لإرادة الطرفين المتعاقدين أثراً فإنه يستعين بالمعايير المهمة والمتعلقة بالموضوع في أداء مهمته.

وفي كل الأحوال يجب على المحكم أن يستبعد الاستعانة بالعناصر الخارجية للعلاقة التعاقدية في تفسير العقد إذا كان الأطراف قد عبروا صراحة عن إرادتهم في استبعاد الاستعانة بها. وفي هذه الحالة يفسر المحكم العقد تفسيراً موضوعياً وحرفياً وفقاً لنصوصه وكلماته فقط^(٢). وفي الأحوال التي لا يجيز التفسير فيها للمحكم أن يشيّد الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة فإنه يلجأ إلى البحث عن معنى الشرط الغامض أو المبهم وفقاً لما يرغبه المتعاقدون ومن أجل القيام بهذه المهمة فإن المحكم يضع في اعتباره الظروف المتعلقة بالعقد من لحظة إبرامه وحتى تنفيذه. وهذه الطريقة قريبة جداً من القانون الفرنسي (نص المادة ١١٣٤/٣ مدني فرنسي) وأيضاً القانون الألماني، والأيرلندي^(٣) والسويسري^(١) والذين يأخذون بمبدأ الإرادة المقترضة للمتعاقدين في مثل هذه الحالة.

(١) في الولايات المتحدة الأمريكية نجد أن نظام "La plain meaning rule" يحظر الرجوع إلى العناصر الخارجية للعقد من أجل تفسير المصطلحات الواردة فيه.

(٢) انظر حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية سنة ١٩٩٨ تحت رقم ٩١١٧ حيث قد أكدت المحكمة في حكمها أنه لا يجب الأخذ في الاعتبار للظروف الخارجية للعقد وذلك بتطبيق مبدأ حسن النية في العقود والمنصوص عليه في المادة ٧/١، ٨/١ من مبادئ توحيد القانون سنة ١٩٩٤ حيث أن العقد قد اشتمل على الشروط الآتية:

Entire Agreement clause et une written modification clause.

(٣) انظر حكم المحكمة العليا في إيرلندا الصادر سنة ١٩٨١ حيث قد أكدت بأن إرادة المتعاقدين تسمح بتحديد المصطلحات التي يرغبون في استخدامها. ومن ثم فإن مظاهر التعبير عن هذه الإرادة يجب أن تفسر وفقاً لمبدأ الثقة الواجب توافره بين المتعاقدين.

وهذه الطريقة تعنى التفسير وفقاً لمبدأ حسن النية والثقة فى التعامل وهو ما يقتضى قيام المحكم بإدراك مغزى هذا المبدأ على ضوء الظروف المحيطة بالعقد.

وفى هذا المقام نجد أن هناك اختلافاً واضحاً بين الموقف التقليدى للقاضى الإنجليزى الذى يفسر العقد مثل القانون اعتماداً على معيار الرجل العاقل بدلاً من تفسيره وفقاً للإرادة المفترضة للمتعاقدين وعلى ضوء ظروف العقد. وبمعنى آخر يميل المحكم الدولى إلى وضع إرادة محررى العلاقة التعاقدية موضع التنفيذ. فهو يبحث عما يرغب الأطراف فى قوله بدلاً من البحث عن كيفية فهم من يقرأ نصوص العقد أو البحث عما هو المعنى الذى يعبر عنه أى نص موجود بالعقد.

وهنا يجب أن نرى وجود تقارب بين المنهجين فى التفسير حيث أنهم يؤدون إلى ذات النتائج.

وسواء فضل المحكمون الاستعانة بالمبادئ الدولية لتفسير العقود أو تغاضوا عن التطبيق المباشر للقواعد المنصوص عليها فى القانون الموضوعى استناداً إلى التسبب الذى يضعه المحكمون وأيضاً إذا كان المقصود بصفة عامة مبادئ منطقية مجردة تخدم المناهج التفسيرية مثل القواعد الآمرة، فإن القاضى الوطنى يخضع أيضاً لمثل هذه القواعد^(٢).

وفى الحقيقة فإن المحكم من خلال خبرته ومنطقه، واقتناعه الشخصى يبحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة، وفى قيامه بهذه المهمة يستعين بالمبادئ الواردة فى قانون التحكيم، وهذا ما نعرض له من خلال النقطة التالية:

(١) انظر المادة ١/١٨ من القانون السويسرى حيث تقضى بالآتى فى القانون السويسرى يجب على القاضى أن يبحث أولاً عن القصد المشترك للمتعاقدين (تفسير ذاتى) فإذا لم يكن هذا القصد قد تشكل فإن التفسير يجب أن يكون موضوعياً ويؤسس على العناصر الخارجية للعقد مثل مبدأ الثقة الواجب توافره بين المتعاقدين.

(٢) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٧٥ - حيث أنها قضت بأن القاعدة الواردة فى المادة ١١٦٢ من القانون المدنى ليست من طبيعة أمره، ومن ثم فإنه فى حالة الشك فإن الاتفاق أو العقد يجب أن يفسر ضد مصلحة الطرف الذى وضع الشرط ولمصلحة الطرف الآخر فى العقد وانظرا أيضاً حكم محكمة استئناف Aix-en-prowence الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ٢٠٠٢.

حيث قد قضى "بأنه لا يجب القول بأن القواعد العادية لتفسير العقد الواردة بالمادة ١١٥٦ مدنى فرنسى والتى تفضل الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فى تحديد معانى التعبيرات التى استخدموها لا تفترض على القاضى الوطنى بل على العكس فإن القضاء سالف الذكر له نطاق محدد لأنه لا يرتبط إلا بنص خاص للتفسير (المادة ١١٦٢ مدنى فرنسى) وهو من طبيعة مكملة وذلك بالنظر إلى النصوص الأخرى الخاصة بموضوع تفسير العقود والاتفاقات.

٢- تفسير شرط التحكيم وفقاً لقانون التحكيم:

يخضع المحكم لرقابة قضائية محدودة حينما يقوم بتفسير الشرط التحكيمي وذلك بالقياس على الرقابة التي يخضع لها حينما يقوم بتفسير محتوى العقد: ففي هذا المجال تتمتع إرادة الأطراف المتعاقدة باستقلال محدود، ويجب أن تكون واضحة لاسيما وأنها تحمل في طياتها تنازلاً عن الضمانات القضائية. وهنا يمكن التساؤل عما إذا كانت هذه الأوامر يكون لها نتائج عند القيام بالتفسير، وبصفة أكثر تحديداً إذا كان يوجد قواعد خاصة بتفسير شروط التحكيم وإذا كان مبدأ الأثر المفيد يلعب دوراً خاصاً في هذا الصدد.

بالنسبة للمحكمة الفيدرالية، إذا كانت الإرادة الحقيقية والمشاركة للمتعاقدين لم تكن قد أنشأت (التفسير الذاتي) وأنه يجب تفسير تعبيرات وسلوك المتعاقدين وفقاً لمبدأ الثقة والائتمان (التفسير الموضوعي) فإنه يوجد مكاناً للتمييز بينهما:

أ- فيما يتعلق بوجود اتفاق تحكيم فإن المحكم يجب أن يفسر بطريقة ضيقة بغية ضمان أن تنازل القاضى الوطنى عن الرقابة يمكن أن يحيا وينضج ويمكن أحياناً التساؤل عما إذا كان هذا المتطلب يظل مبرراً بصدد الموضوعات الدولية وهنا يجب التنويه إلى وجود جانب من الفقه يقر بأن مبدأ التفسير الضيق لإرادة الطرفين بصدد العلاقات التجارية الدولية قد تم هجره، وإفساح المجال لسلطة التقدير الواسعة للمحكم فى تقديره للظروف المحيطة بالعقد^(١).

ب- إذا استخلص من العقد أن هناك اتفاق حول مفهوم شرط التحكيم فإن المحكم يمكن فى المقام الأساسى أن يبرهن بصفة عامة شرعية وجود الشرط، ومن ثم فإنه لى يبرهن على أن إرادة الطرفين قد تم التعرض لها من المحكم فإن عدم إنشاء محكمة تحكيمية من أجل غموض الشرط التحكيمي لن تؤدي إلى بطلانه وبمقتضى مبدأ الأثر المفيد يمنح المحكم الشرعية لشرط التحكيم وذلك من خلال التفسير وعند اللزوم يمكنه معالجة البطلان النسبى (الجزئى) لاتفاق التحكيم من خلال تكمله العقد تأسيساً على الإرادة المفترضة للمتعاقدين.

وفى المقام الثانى فإن هذا التسامح يوضع موضع التنفيذ حينما يكون المقصود من التفسير إدراك المعنى الموضوعى لشرط التحكيم فى العقود التبعية أو الملحقة بالعقد الأصلى وذلك إذا لم تكن تتضمن شرطاً فاسخاً عند حدوث منازعات ذات محتوى مختلف.

(١) F. Knoerfler et PH. Schweizer "Chroniques" Rsdie. 2005. 138. p.145.

وفى المقام الثالث فإن الأعيار الذين لم يوقعون على العقد يرتبطون بالشرط الفاسخ فى حالة انضمامهم إلى العقد من خلال تصرفات تم تحريرها، وبصفة خاصة إذا كان قد تدخل فى إبرام العقد أو تنفيذه وهو يحتوى شرط تحكيم. ومن ثم يمكن أن نستنبط من هذا التدخل إرادة لغير فى الانضمام إلى اتفاق التحكيم.

وفى هذا الصدد هناك حكم للمحكمة الفيدرالية يؤكد ذلك إذ أن المحكمين وسعوا من نطاق الشرط التحكيمى بالتفسير لإرادة المتعاقدين وبالنظر إلى الأعراف التجارية الدولية حيث جعلوه يسرى فى مواجهة الأعيار الذين ساهموا فى المفاوضات أو فى تنفيذ العقد. وهنا يوجد تفسير للشرط الفاسخ وفقاً لقانون التحكيم السويسرى ثم توسيع نطاق هذا الشرط بالتحليل لإرادة الطرفين المتعاقدين والذى يجب إدراكها بالنظر إلى الأعراف التجارية الدولية ^(١).

أيضاً فإنه بالتفسير لإرادة المتعاقدين قامت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية بفحص ما إذا كان الشرط التحكيمى يفسح المجال للتوسع فى التفسير باستخدام الإجراء المسمى **Voie de class action**، وهو عبارة عن دعوى يقيمها فرد باسم أفراد آخرين فى منزله واحدة من موضوع النزاع.

ويمكن فى هذا المقام أن ندرك حدود التفسير الكاشف من أجل العبور من خلاله إلى التفسير الانشائى بل وحتى الوصول إلى التفسير المقدس.

ففى الحقيقة فإنه وفقاً للواقع العملى الفرنسى يجب على المحكم فى المقام الأول أن يتأكد من وجود شرط تحكيم شرعى من حيث المبدأ وبعيداً عن أى قانون وطنى ^(٢).

ثم بعد ذلك يقوم بتفسير سلوك المتعاقدين فقط من أجل أن يكشف عن قبول شرط التحكيم من قبل الأعيار الذين لم يوقعون على العقد. فوفقاً لمحكمة النقض الفرنسية مثل هذا القبول لشرط

(١) انظر أحكام التحكيم الآتية:

Paris, 28 Novembre. 1989, Compagnie tunisienne de navigation/ Société comptaioir. André, Rev. Arb. 1990 – 675, note, P.Mayer: 30 Novembre, 1988, Société Korsnas c/ Société Durand – Auzias Rev. Arb. 1989. 691. p.694.

(٢) Cass. Civ. 5 Mai 1999, Banque Worms c/ R. Bellot et Sntm Hyproc. Rev. arb. 2000. 85, obs. D. cohen.

التحكيم من قبل الأغيار يمكن أن يستنتج من مساهمة الغير فى صياغة العقد أو تنفيذه، بل حتى المنازعات التى يمكن أن تنتج عنه^(١).

إذا فإن المحكم يحل كيفية تنفيذ المتعاقدين للعقد من الناحية الموضوعية بدلاً من البحث عن الشرط الفاسخ.

ونظراً لأن هذا الأمر يعد من قبيل المخاطرة فإن المحكمة الفيدرالية تأخذ كافة الاحتياطات وتفسر بحذر شديد حينما توضح أن تصرف الأغيار يجب أن يبرهن بوضوح لقبولهم الشرط الفاسخ ذاته فإذا قبل المحكم أن الشرط الفاسخ يرتبط بأحد الأغيار لأنه ساهم فى تنفيذ العقد فإنه يمكن التساؤل عما إذا كان يمكن الاستناد إلى رأيه فى تحديد موضوع العقد رغم أنه من الناحية الواقعية لم يعبر عنه فى تنفيذ العقد. وأيضاً يمكن التساؤل عما إذا كان تفسير الشرط الفاسخ يعد قرينة قاطعة للتفسير الموضوعى.

الفرع الثانى

تطبيق قواعد التفسير

قد يفضل المحكم اللجوء إلى التفسير اللفظى فى بعض الأحيان، بدون أن يستبعد اللجوء إلى المناهج الأخرى للتفسير سواء كان التفسير ينصب على العقد أو يتناول القانون ونظراً لأهمية الموضوع فإننا نعرض له من خلال النقاط التالية:

أولاً: من حيث المبدأ: اللجوء إلى التفسير اللفظى:

تختلف التقاليد القانونية حول ماهية ومضمون التفسير اللفظى فى البلدان التى تتبع النظام الأنجلوسكونى عن البلدان التى تتبع النظام اللاتينى فعلى سبيل المثال يفضل النظام الأسبانى قاعدة لا تفسير مع وضوح النص.

“La règle in claris non fit interpretation”

ومن ثم لا يكون التفسير له محل إلا إذا كان هناك غموض أو إبهام فى معنى الألفاظ^(٢).

(١) Cass. Civ. 27 Mars 2007, Alcatel Busines Ystems (ABS) c/ Société Amkor Technology et autres. Rev. Arb. 2007, 785. note. J. El Ahdab.

(٢) انظر المادة ١/٢٨١ من القانون المدنى الأسبانى الصادر فى ٢٥ يوليو سنة ١٨٨٩ حيث تقضى بأنه "إذا كانت مصطلحات العقد واضحة ولم تترك مكاناً للشك حول إرادة المتعاقدين فإنه يجب الأخذ بالمعنى اللفظى لشروط العقد. فإذا كانت هذه المصطلحات تبدو على خلاف الإرادة الواضحة للمتعاقدين فإن هذا القصد يستبعد.

أما في القانون السويسري، فإن الأمر يبدو غير واضح لاسيما وفقاً للمادة ١/١٨ من القانون المدني السويسري^(١) حيث يقضى هذا النص بأن القاضى يجب أن يبحث في المقام الأول عن الإرادة الحقيقية لأطراف المتعاقدة (الباطنية) وهذا يفترض أن القاضى لا يجب أن يتوقف حتماً عند النص الحرفى للعقد.

ووفقاً لقضاء المحكمة الفيدرالية فإن مفهوم النص - حتى لو كان واضحاً - لا يحدد بصفة تلقائية لأن التفسير الحرفى محظور. ومن ثم فإن المحكم لا ينحصر دوره في التفسير الحرفى ولكنه يستعين بوسائل أخرى تساعده على التفسير ففي المقام الأول ينطلق المحكم من التفسير التلقائى والذى يميل إلى أن يأخذ في اعتباره عند التفسير للعقد في مجموعة من أجل أن يفسر أحد الشروط الخاصة الواردة به. وفي حالة غياب الاتفاق الموحد أو الذى يتضمن شرطاً مثل هذا.

“Wole agreement, interement, integration or Mergar clause”

فإن المحكم يمكنه أن يأخذ في اعتباره العناصر الخارجية أو التاريخية أثناء التفسير مثل النظر إلى سلوك المتعاقدين من لحظة تحرير العقد حتى لحظة تنفيذه. وأخيراً فإن هدف وغاية العقد تشكل وسيلة أخرى يمكن أن يستعين بها المحكم في تفسيره.

- كما أنه لا يجب أن يتوقف المحكم عند تطبيق المعانى الواضحة للعقد إذا كان المتعاقدين من النوع السفطائى، الذى يحاول المغالطة أو يجادل في معانى الألفاظ. ففي نطاق العوامل الدولية والتجارية فإنه يفترض أن المتعاقدين قد فهموا وأدركوا محتوى الموافقة (الاتفاق الذى قاموا بتحريره) إذ أن هذا الوضع لا يجب مقارنته بالعقود التى يتم تحريرها بواسطة أجنبي عن العلاقة حيث أن القاضى أو المحكم في هذه الحالة يجب أن يفحص إذا كان الأطراف قد فهموا وأدركوا معنى المصطلحات الواردة في الاتفاق ومن ثم فإن منهج التفسير الحرفى يجب أن يعتمد على مناهج أخرى للتفسير ويستعين بها باعتبارها مناهج مساعدة للتفسير وبصفة خاصة عند التصدى لمصطلحات واضحة وموحدة.

وعلى العكس من ذلك حينما لا يكون العقد قد حرر بواسطة متعاقدين من النوع السفطائى فإن المحكم يعطى أهمية قليلة للنص.

(١) انظر حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر في ٣٠ مايو سنة ٢٠٠٥، حيث قد أشار هذا الحكم إلى أن المادة ١/١٨ من القانون المدني السويسري تفضل تحديد الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة من خلال تحديد معانى في العبارات التى يرغب المتعاقدين في استخدامها.

- ومن خلال مناهج التفسير هذه هناك العديد من الأحكام التى تبحث عن المعنى العادى والمألوف للمصطلحات المستخدمة فى العقد "Ordinary meaning"^(١).

وفى هذا المقام نود الإشارة إلى ملاحظتين على جانب كبير من الأهمية:

١- هناك العديد من الأحكام التى تبرهن على أن المحكمين يستخدمون معاجم لغوية من أجل توضيح معنى الكلمات والعبارات المستخدمة من قبل الأطراف المتعاقدة^(٢).

وعلى مستوى المنهج التفسيرى، فإن المحكم يميل أحياناً إلى المزج بين هذه المناهج أثناء البحث عن المفهوم العادى لشرط ما وارد فى العقد مع إجراء نوع من التحليل اللفظى للشرط والأسوأ هو أن المتعاقدين لم يطلبوا من المحكمين فعلى ذلك فحينما يتفاوض المتعاقدين حول العقد، فإنهم لا يستعينون بالمعاجم اللغوية عند تحرير العقود إلا نادراً بالإضافة إلى ذلك فإنهم حينما يقومون بصياغة العقد فإنهم لا يحددون مضمونه بدقة من الناحية اللغوية. وفى بعض الأحيان قد لا ينتمى المتعاقدين إلى اللغة التى يحرر بها العقد.

وعلى العكس من ذلك حينما يقوم بتحرير العقد أحد المحامين فإن الأمر يبدو منطقياً، حينما لا يكون الغموض متعلق بالقصد ويؤدى بالتالى إلى غياب الموافقة الكاملة على التعاقد.

٢- وعن هذه النقطة يوجد من الناحية الفعلية اختلاف بين تفسير العقد وتفسير القانون: إذ أن هذه الاعتبارات لا يطبقها المشرع الذى يستخدم اللغة الخاصة به ويضع وسائل ضرورية للتفسير بحيث تؤدى التفسيرات اللغوية والنحوية إلى المفهوم الأكثر وضوحاً.

ثانياً: استخدام المناهج الأخرى للتفسير:

يجب أن يمتلك المحكمين الموهبة والخبرة من أجل تفسير العقد أو القانون وفقاً لمضمون النص، وأن يكونوا جاهزين لاستخدام مناهج تفسيرية أخرى عند تفسيرهم للعقد أو القانون. وفضلاً عن ذلك وفى مواجهة مشكلة اللغة سنجد أن المحكم يواجه بصعوبات مختلفة منذ البداية فعلى الرغم من وجود قاعدة **Jura Novit Curia** وتطبيقها فى مجال التحكيم، فإن المحكم يحدد بصفة عامة العناصر التشريعية والقضائية والفقهية الذى يحاول الأطراف المتعاقدة أن يقدموها له.

(١) انظر حكم غرفة التجارة بباريس CCI الصادر سنة ١٩٨٩ تحت رقم ٥٩٦١، والتى قضت فيه بأنه من أجل تفسير مشاركة عقدية فإن المعنى المألوف لكلمات الشرط يجب أن تؤخذ فى الاعتبار عند تحرير العقد.

(٢) من قبيل هذه الأحكام - حكم غرفة التجارة الدولية بباريس الصادرة ١٩٨٥ تحت رقم ٤٥٥٥، وحكمها. الصادر سنة ١٩٩٩ تحت رقم ٧٧٢٢.

- وفوق ذلك يمكن أن تجد محكمة تحكيم غير متجانسة إذ أن المحكمين ينتمون إلى ثقافات مختلفة فإنهم لن يكون لديهم نفس الإدراك أو الحس القانوني عند تفسيرهم للقانون وهنا يمكن أن ينصب التفسير والشرح والتحليل القانوني على أحكام التحكيم المتجانسة سواء كان المحكمين الثلاثة أو إثنين منهم ينتمون إلى الدولة التي ينطبق قانونها الموضوعي على المنازعة. وفي كل الحالات فإن التفسير يميل أحياناً بطريقة أو بأخرى إلى استبعاد بعض الشروط القانونية المكملّة إذا تبين أن المحكمين قد أعلنوا استبعادها نتيجة لاستبعاد الأطراف المتعاقدة بها. وعلى سبيل المثال قد رفض المحكمون أن يضعوا في اعتبارهم بعض نصوص القانون القابل للتطبيق حتى القواعد الآمرة - لأن الأطراف لا يرغبون في تطبيقها وهكذا الحال في القانون السويسري، حيث أن المحكمة الفيدرالية قد فسخت عقد وكالة رغم أن العلاقة بين الأطراف المتعاقدة من العقود المستمرة، وأنهم قد اشترطوا ذلك. والأمر كذلك في القانون الفرنسي حيث أنهم يستبعدون الشرط الفاسخ للاتفاقى^(١).

وفي الواقع فإن هذه الحالة يتم مواجهتها بالطريقة الآتية:

يحدد المحكم القانون القابل للتطبيق باستخدام هذا المنهج أو ذاك وذلك بتحديد محتواه، ثم يتبنى التفسير الذي يتفق مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين من خلال التفسير الحرفي وهي ما يؤدي إلى وجود ثلاثة احتمالات:

١- قد يجد المحكم نفسه في وضع سيئ حينما يجرى تفسير إنشائياً أو غائباً للقانون لأنه قد تجاهل القانون واجب التطبيق وفي هذه الحالة فإنه يميل إلى توسيع التفسير وذلك بالرجوع إلى القانون المقارن أو المبادئ الدولية. ومن ثم يجب النظر إلى روح النص وذلك بالأخذ في الاعتبار لدولية المنازعة وبالتوافق مع المهمة التحكيمية الموكولة إليه.

(١) وفقاً لحكم المحكمة الفيدرالية السويسرية إن سلطة الفسخ تعتبر من قبيل القواعد الآمرة وفقاً للمادة ١/٤٠٤ من القانون السويسري ومن ثم لا يمكن استبعادها أو تحديدها من قبل المتعاقدين عن طريق العقد. انظر حكم المحكمة الفيدرالية الصادر في ٦ يوليو سنة ٢٠١١ تحت رقم ١٤١-٤٠٤. ورغم ذلك فإن الواقع العملي لا يعترف بالصفة الآمرة للمادة ١/٤٠٤ من القانون السويسري في نطاق العلاقات التجارية بين الأطراف الفسطينيين (كثيرة المجادلة). وحول هذه النقطة انظر:

F. Perret "Quelques reflexions au sujet de l'application parl, arbitre internation du draiot materiél chiosie par les parties". 2011. p.49/ ets lilere amicorum s. pedone.

٢- يمكن للمحكم أيضاً أن يستخدم التفسير من أجل تبني القانون الوطني والذي يبدو قابلاً للتطبيق رغم أن محتواه لا يتناسب مع الظروف وبصفة خاصة اقتصادية العقد فيمكن الاعتقاد بأن سعر الفائدة القانونية أو مدة التقادم بالنسبة للعقد أقل انسجاماً مع الأعمال الدولية وعلى وجه الخصوص أقل انسجاماً مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وبطريقة ظاهرة أو مستترة يحاول المحكم استبعاد النص القانوني ويتجه إلى إرادة الأطراف سواء كانت حقيقية أو مفترضة بغية التوصل إلى إجابة للحالة غير المرضية. وهناك مثال تقليدي، يتعلق بتخفيض العقد، إذ يبحث المحكم تجنب البطلان وذلك بإعلانه عن أن عنصراً جوهرياً للعقد لا يمثل في الحقيقة سوى عنصر تكميلي وفقاً لفكر المتعاقدين^(١).

٣- وقد يرجع المحكم إلى الأعراف الدولية الذي كان يعتبرها المتعاقدين بمثابة المرجعية بالنسبة للعقد ومن ثم يطبق المحكمين قانون البيع المدني للبضائع **La cvim** إذا وجدوا أن القانون الوطني فيه إجبار وإكراه شديد في موضوع فحص ومراجعة الشئ المسلم بطريقة لم يستخدمها الأطراف مسبقاً.

ثالثاً: الحدود الفاصلة بين التفسير والمصالحة الودية:

إن وضع حدود فاصلة بين التفسير والمصالحة الودية ينقصه الوضوح. ففي فرنسا إذا أنهى المحكم المنازعة بالمصالحة الودية بدون أن يكون مكلفاً بها فإن حكمه يكون عرضه للبطلان استناداً إلى المادة ٣/١٥٢٠ من قانون المرافعات المدنية وعلى العكس في القانون السويسري فإن حكم التحكيم لا يتعرض بالضرورة لرقابة المحكمة الفيدرالية لمثل هذا السبب حتى إذا ظل الإجراء منتقداً^(٢).

وفي أية حالة تكون عليها الدعوى وبالرجوع إلى اعتبارات العدالة بدون أن يمتلك المهارة، هناك خطورة من أن يأخذ المحكم الأطراف فجأة وبدون الإشارة إلى العناصر الضرورية التي يمكن الاستعانة بها في تقدير العمل من هذه الزاوية.

(١) G. Kaufmann – Kohler et A. rigozzi. Op.cit. p. 416.

(٢) انظر حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر في ٢ مايو سنة ٢٠١٢ تحت رقم ١٤ - ٤ أ.

رابعاً: تقدير مناهج التفسير التحكيمي:

يبحث المحكم التجارى الدولى عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدین بطريقة واقعية بدلاً من تطبيق القواعد القانونية بطريقة محددة ومن الناحية النظرية يمكن الإشارة إلى أن القاضى يملك قانونه مثل المحكم الذى يملك عقده والذى يمكن أن يحيله إلى قانون أولاً يحيله. وهذه الطريقة قد تعرضت للنقد من ناحية وللمدح من ناحية أخرى.

- إن وضع هذا المنهج موضع التنفيذ جعلى منه مجالاً للنقد، لأن هذه الأحكام نادر ما تشير إلى الوسائل الواقعية التى يستخدمها المحكمون من الناحية الواقعية من أجل إظهار الإرادة الحقيقية للمتعاقدین سواء من ناحية محتوى العقد أو القانون الواجب التطبيق فهذه الأحكام يمكن أن تترك انطباعاً بأن المحكمين يملكون الاتجاه إلى مجال المداولات من أجل التصدى لهذه المسائل. إذا فإن المحكمين لا يسألون عن الشهود لأن العقد على سبيل المثال ينص على الالتجاء إلى المصالحة الودية. وزيادة على ذلك فإن الأمر يمكن أن يتسع لعرض سؤال يتعلق بسبب اختيار هذا القانون بدلاً من قانون آخر أو الالتجاء للتحكيم بدلاً من الالتجاء إلى القضاء الوطنى. والإجابة على هذه التساؤلات أحياناً تكون قاطعة، ومن ثم تثار مشكلة تفسير العقد. وفى كل الحالات فإنه ليس من السهل وجود أحكام منشورة تؤدي إلى حالة من البحث من قبل المحكمين عن هذا السؤال أمام المتعاقدین.

وعلى سبيل المثال فإنه من المعلوم أن **CVIM** تشكل قانون البيع الدولى للبضائع بالنسبة للدول المتعاقدة ويحل محل نصوص القوانين الداخلية فى هذا المجال وبطريقة منطقية يمكن أن نستنتج أن الشرط العقدى المشار إليه بقانون إحدى الدول المتعاقدة يفسر بالرجوع إلى القانون الدولى ببيع البضائع إذا لم يكن هناك دليل على أنه مخالف لإرادة المتعاقدین (المادة ٦٥ من **CVIM**) وعلى سبيل المثال هناك العديد من العقود التى تختار القانون السويسرى حينما يكون أحد أطراف العلاقة تركى. ويمكن أن نتذكر أن المشرع التركى يتبنى تاريخياً القانون السويسرى للالتزامات بحيث أن نصوص القانون التركى للبيع متشابهة. إذا فإن الغالبية العظمى من الأحكام تطبق قانون البيع الدولى للبضائع حيث أن هذا القانون مشترك بين تركيا وسويسرا وغيرهما من الدول بدون التساؤل عما إذا كانت الإرادة الواضحة للمتعاقد التركى والسويسرى (إذا كان التحكيم تركى سويسرى) لم تكن

فى حاجة للرجوع للقانون السويسرى للالتزامات حيث أن الدولتين يتشابه قانونهم مع القانون الدولى لبيع البضائع^(١).

وفى المقابل فإن البحث عن حلول من خلال تفسير إرادة المتعاقدين بدلاً من البحث عن الأسباب القانونية الفسطائية تحظى بموافقة للعديد من الأسباب:
أولاً: هذا هو ما يرغبه ويتمناه المتعاقدين بصفة عامة لحظة تحرير العقد.
ثانياً: هذا المنهج يهيئ توقع أكبر للأحكام التحكيمية حيث أن التعاقد يمكن أن يندھشوا من الحل الذى ينتج من القانون ولا ينتج من التطبيق لما يرغبه الأطراف المتعاقدة إذا ما تم اللجوء إلى القانون بمعزل عن إرادة المتعاقدين.

(١) أحياناً يجادل الأطراف فى الاعتبارات القانونية حول دلالة اختيار القانون السويسرى لاسيما إذا كان القانون الدولى لبيع البضائع يطبق مادياً (على سبيل المثال عقد بيع أو عقد شركة)، وليس الإرادة الحقيقية والفعالة لمن وقعوا العقد. وأيضاً فإن المحامين والمحكمين لا يثيرون سؤالاً أو شهادة عن السبب الحقيقى الذى يقود المتعاقدين للرجوع إلى القانون السويسرى.

المبحث الثالث

الدور التفسيري للمحكم

فى مجال التحكيم فى منازعات الاستثمار

يقتضى الحديث عن دور المحكم فى التفسير بصدد منازعات الاستثمار سواء فيما يتعلق بالعقد أو القانون محاولة تحديد نطاقه، ثم بعد ذلك التعرض للواقع العملى للتفسير التحكيمى وذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: نطاق التفسير.

المطلب الثانى: الواقع العملى للتفسير.

المطلب الأول

نطاق التفسير

يتم اختيار المحكم فى منازعات الاستثمار بإرادة الطرفين المتعاقدين، وهو فى هذا النطاق لا يختلف عن المحكم التجارى. وفى بعض الأحيان يكون هذا التماثل أو التشابه فيه نوع من الخداع. إذ فى الواقع نجد أن وضع الدولة يختلف عن وضع الفرد العادى، نظراً لتمتع الدولة بسلطة لا يتمتع بها هذا الفرد حين اللجوء للتحكيم. إذ فى الواقع العملى يجب أن تكون موافقة الطرفين المتعاقدين مكتوبة - وهذا على سبيل المثال - ما تنص عليه المادة ٢٥ من الاتفاقية المنظمة للاستثمار بين الدول والمستثمرين الخاضعين لدول أخرى (اتفاقية واشنطن).

وبصفة عامة فإن موافقة الدولة توجد فى التصرفات المعيارية غير المتجانسة مع المستثمر، وأحياناً فى القانون الداخلى للدولة المضيفة، وفى الغالب الأعم فى معاهدة أو اتفاقية ملزمة للطرفين فى مجال الاستثمار (مثل TBI) مثل إتفاقية الاستثمار بين حكومة الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك المبرمة سنة ٢٠١٢ بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار.

وبصفة استثنائية فإن التحكيم فى منازعات الاستثمار يعتمد على الموافقة الخاصة للأطراف المتعاقدة (والمثال النموذجى عقد التزام بين الدولة المضيفة والمستثمر) وإبراز التفسير فى هذا المجال يعتمد على الاتفاقية المنظمة للاستثمار ومن ثم فإننا نتعرض للتفسير التحكيمى فى منازعات الاستثمار من خلال الآتى:

الدولة المضيفة من ناحية، والمستثمر من ناحية أخرى، إذ أن الطرفين ليسوا على درجة واحدة بالنسبة للاتفاقية المنظمة للإستثمار.

لذلك يتم التعرض لهذا الموضوع من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: المركز القانوني للدولة.

الفرع الثاني: المركز القانوني للمستثمر.

الفرع الثالث: المركز القانوني للمحكم.

الفرع الأول

المركز القانوني للدولة

تكشف اتفاقيات الاستثمار عن موافقة الدولتين أو الدول التي صدقت عليها. فهي تدمج بين طياتها رغبات الأطراف المتعاقدة. ويظهر ذلك من خلال استنباط بسيط. فمثل أى موافقة إرادية تتطلق المعاهدة أو الاتفاقية من الموافقات المتبادلة بين الأطراف، ومن ثم يمكن أن تتضمن غموضاً يتعلق بالإرادة يؤدي إلى وجود عوار في الموافقة. علاوة على ذلك فإن الدول غالباً ما تحتفظ لنفسها ببعض الامتيازات المتعلقة بالسلطة.

بالإضافة إلى ذلك فإن المحكمين يواجهون صعوبات متعلقة بالتفسير في مجال الاستثمار، وأن الدول تميل أحياناً إلى حماية المعاهدة بحيث يتم تفسيرها بالتوافق مع إرادتها ونعرض لذلك من خلال النقاط الآتية:

أولاً: التفسير بواسطة اتفاقيات أخرى:

من أجل تفادي التشوهات التي يمكن أن تشوب الموافقة فإن الدول المتعاقدة تحتفظ لنفسها في بعض الأحيان بالحق في منح تفسير رسمي للاتفاقية. وهناك العديد من الوسائل التي تحدث نفس الأثر البعض منها يكون عن طريق محاكم التحكيم، والبعض الآخر لا يسلك هذا الطريق.

(١) اتفاقية التجارة الحرة لدول أمريكا الشمالية **ALENA** والاتفاقات الملزمة للطرفين في مجال الاستثمار:

تقضى اتفاقية التجارة الحرة لدول أمريكا الشمالية **ALENA** بأن التفسير بواسطة لجنة التجارة الحرة للموافقة الحالية على الاتفاقية يصبح ملزماً للمحكمة التي تشكل بمقتضى نص المادة

٢/١١٢١ من الاتفاقية^(١). وعلى أساس هذا النص فإن الدول الثلاثة الموقعين على الاتفاقية (كندا - الولايات المتحدة الأمريكية - المكسيك) قد عارضوا تفسيراً واسعاً للغاية لتعريف القاعدة الأدنى من الاتفاقية بالتوافق مع القانون الدولي المتعارف عليه بالنظر إلى الأجانب المشار إليهم في المادة ١١٠٥ من الاتفاقية: فبتاريخ ٣١ يوليو سنة ٢٠٠١ وضعت لجنة التجارة الحرة المنصوص عليها في الاتفاقية السابقة تفسيراً أقرت فيه بالآتي: إن مفاهيم (الاتفاق العادل والمتوازن)، (الحماية والأمان الكامل) لا ينص عليه في اتفاق أقل أو أعلى من ذلك الذى يكون متطلباً بواسطة القاعدة الأدنى لاتفاقية متوافقة مع القانون الدولي المتعارف عليه من الأجانب" وبالتالي فإن محاكم التحكيم محترم هذا التفسير الرسمى^(٢). وفي فترة لاحقة احترمت محاكم التحكيم التفسير الرسمى وذلك وفقاً لنص المادة ٣/٣١ من إتفاقية فيينا الصادرة فى ٢٣ مايو سنة ١٩٦٩.

وبطريقة مماثلة فإن النموذج الأمريكى TBI سنة ٢٠١٢ قد أشار إلى أن أطراف الاتفاقية لهم الحق فى أن يضيفوا الصفة الإلزامية على الأحكام التفسيرية بالنسبة للمحكمن (المادة ٣/٣٠ من الاتفاقية)، وكذلك إتفاقية فينا الصادرة فى ٢٣ مايو سنة ١٩٦٩ (المادة ٣/٣١)، حيث جعلت التفسير الذى يوضع من قبل أطراف الاتفاقية ملزم بالنسبة للمحكمن^(٣).

ويمكن أن نتصور أن تحكيمياً قد عقد لأن إحدى الدول المتعاقدة قد تصرفت ضد الأخرى لأهداف معلنة وذلك بالتفسير للمعاهدة ومن أمثلة ذلك فى ٢٨ يونيو سنة ٢٠١١ قدمت الاكوادور l'Equateur طلب تحكيم ضد الولايات المتحدة أمام المحكمة الدائمة للتحكيم CPA مؤسسة طلبها

(١) انظر المادة ٢/١١٢١ من الاتفاقية.

(٢) المادة ١١٠٥ من الاتفاقية قد أشادت فى فقرتها الأولى إلى أن القاعدة الأدنى من الاتفاقية التى تتوافق مع القانون الدولي المتعارف عليه بالنظر إلى الأجانب باعتبارها قاعدة أدنى من الاتفاقية التى تتفق مع الاستثمار الذى ينفذ بواسطة مستثمرين ينتمون إلى دول أخرى.

- ونصت فى فقرتها الثانية على أن مفهوم المعاهدة العادلة والمتوازنة، ومفهوم الحماية والأمان الكامل لا ينص عليه من خلال معاهدة أعلى أو أقل من تلك التى يتطلبها القاعدة الأدنى من الاتفاقية التى تتوافق مع القانون الدولي بالنظر إلى الأجانب.

- وقضت فى فقرتها الثالثة بأن التأكيد على أنه يوجد تعدى على نص آخر من هذه الاتفاقية أو على موافقة دولية مستقلة لا تبرهن على وجود تعدى على نص المادة ١/١١٠٥ من الاتفاقية.

(٣) Republic of Ecuador c/ united states of America les memoires et rapports

d'experts desposés dans cette affaire sont dispoibles sur le site internet de l'us
pepartment of state: <http://www.state.gov/s/l/c/53491.HTM>.

على اتفاقية الاستثمار **TBI** التى تربط بين الدولتين وبالمعارضة للتحكيمين الذين رفعوا ضد دولة الاكوادور حيث صدر الحكمين ضدهما^(١).

فقد طلبت الاكوادور من المحكمين أن يعلنوا أن الاتفاقية تتضمن معانى ومفاهيم أولى من غيرها وبصفة خاصة الآتى:

أن الأطراف يلتزمون وفقاً للفقرة السابعة من المادة الثانية من الاتفاقية بالوسائل الفعالة والمنصوص عليها فى الاتفاقية ولا يتمسكون بأى نظام آخر يطبق على الحالات الخاصة. ومن حيث المبدأ فإن هذه الدعوى التوضيحية تثير العديد من الأسئلة، وبصفة خاصة قبول سماع الدعوى، إذ أن الولايات المتحدة قد أشارت فى مذكرتها إلى الإجابة إذ فى ٢٩ سبتمبر سنة ٢٠١٢ أخذت المحكمة التحكيمية بموقفها وحكمت بعدم اختصاصها بالمنازعة وفقاً للمادة السابعة من الاتفاقية.

ومن وجهة نظرنا فإنه يكفى التأكيد على أن الاكوادور قد حاولت فرض وجهات نظرها على التحكيم فى منازعات الاستثمار المستقبلية التى تستند إلى هذه الاتفاقية. وبافتراض قبول طلب التحكيم من قبل المحكمين، فإنه يثار التساؤل حول ما إذا كان القرار التحكيمى الذى صدر بين الدولتين المتعاقدين سيرتبط بقضايا التحكيم المستقبلية بحيث يفرض على طلبات التحكيم التى ترفعها إحدى الدولتين فى مواجهة الأخرى؟

على الأقل فإن هذا القرار التحكيمى يمكن أن يوضح النص الذى يثور الخلاف بشأنه بمثل هذه الطريقة حيث أن مجال البحث فى قضايا التحكيم المستقبلية يكون قد حدد.

٢- مستشار المحكمة وتعبيرات الدول (إعلانات الدول):

بدون الإدعاء بالتدخل فى عمل المحكمين فإن الدول المتعاقدة ترغب فى الاعتراف بوجهات نظرها فيما يتعلق بتفسير المعاهدة أو الاتفاقية.

إذا فإنها تتدخل باعتبارها تقدم المشورة للمحكمين **Amicus curiae** فى التحكيم بحيث تضع مصلحتها فى الاعتبار وعلى سبيل المثال فإن لجنة الاتحاد الأوروبى نشرت فى ٢١ يونيه

(^١)Occidenal petroleum corporation, occidental Exploration and production company c/ the Repubblic of Ecudor (aff. CIROI) no ARB/06/11) sentence du 5 Octobre. 2012.

Chevron corporation (U.S.A) and texas petroleum corporation (U.S.A) c/ Republic of Ecuador (11) (off. CPA. No 2009-23).

سنة ٢٠١٢ بمقتراح قانون للبرلمان الأوروبي والمجلس الذى وضع لإدارة المسئولية المالية فى علاقته بمحاكم الاستثمار التى نشأت بواسطة المعاهدات التى يعتبر الاتحاد الأوروبى جزء منها. وقد أكدت لجنة الاتحاد الأوروبى - بالنسبة للمستقبل - إن مختلف الدول التى تكون طرفاً فى قضايا التحكيم الخاضعة لهذا القانون، وأيضاً الاتحاد الأوروبى باعتباره طرف يجب أن يؤخذ رأيه فى المشاكل المتعلقة بالقانون وفى المصلحة العامة التى تظهر أثناء التحكيم إذ قد قضت المادة ٣/٩ من القانون على أنه فى حالة امكانية الطعن، فإن اللجنة تستطيع - بعد التشاور مع الدولة الطاعنة، بفرض عرف هذه الدولة وتطلب من ممثليها تفويض اللجنة فى تفسير وتوضيح وجهة نظر الاتحاد الأوروبى فى المسألة القانونية محل الخلاف.

وكرد فعلى لهذه القرارات التحكيمية، فإن الدول المتعاقدة يمكنها أن تقوم بعمل إقرارات عامة موضحة لأرائهم. وفى ١ أكتوبر سنة ٢٠٠٣ وعلى أثرى التحكيم الذى عقد بين الشركة العامة للحراسة ودولة باكستان الإسلامية / **Société generals de surveillance A.S. c/ Republique du Pakistan Islamique** ودولة الفلبين **(Société generale de surveillance .S.A C/ Republique Philipines** والذى انتهى إلى صدور قرارات متناقضين، أو على الأقل لم يستطع توفيق أحدهما مع الآخر فإن سويسرا (البلد الذى ينتمى إليها المستثمر) قامت بتقديم إقرار أو توضيح من جانب واحد (CIRDI) ينتقد التفسير الضيق لشرط احترام التعهد أو الالتزام "Umbrella Clause" بواسطة المحكمة التحكيمية فى التحكيم الأول: فوفقاً لهذه الدولة لا يتفق تحليل المحكمين مع قصدها منذ تصديقها على معاهدة الاستثمار الأمريكية TBI^(١).

أيضاً وبطريقة ثنائية هذه المرة، فإن هولندا والتشيك اتخذوا موقفاً حول ثلاث أسئلة متعلقة بتفسير الاتفاقية الأمريكية للاستثمار TBI فى ١ يوليو سنة ٢٠٠٢ فى التحكيم بين دولة التشيك، وهولندا، رجعت المحكمة التحكيمية إلى هذه الوثائق المقدمة من الدولتين (مذكرة توضيحية) من أجل

(¹) J. R. Weeramanty "Treaty interpretation in investment arbitration" Oxford University press. 2012. P.176.

فقد تم توجيه خطاب من Marino Baldi سكرتير سويسرا للاقتصاد إلى السكرتير العام المختص يتضمن تفسير سويسرا للمادة ١١ من الاتفاق المبرم بين سويسرا لاند وباكستان أشارت فيه إلى تناقض قرار التحكيم مع حكم ICSD فى النزاع القائم بين

"(SGS) Société générale de surveillance .S.A.X Islamic Republic of Pakistan"

أن تسند تسببها حول السؤال الخاص بالوقائع المحكوم فيها (الأمر المقضى) بدون أن تؤكد بطريقة مباشرة أنها ارتبطت في حكمها بالموقف المشترك للدول المتعاقدة.

إذا لم تنص الاتفاقية أو المعاهدة على الالتزام بالتفسير الوارد فيها فهل يمكن أن تلتزم المحاكم التحكيمية بالتفسير المشترك الذى يقدمه المتعاقدين؟

حقا يمكن أن يكون للدول المتعاقدة مصلحة قانونية في توضيح إرادتهم المشتركة، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٣/٣١ من اتفاقية فينا وهذا لا يعنى بالضرورة أن التوضيح يكون متعارضاً مع الغير - مستثمر - الذى يرغب فى الاستناد إلى تحليل آخر للمعاهدة^(١). فالمحكم فى منازعات الاستثمار يحاول التأكيد على أن التفسير المشترك للمعاهدة أو الاتفاق لا يكون له أثراً فى حصر أو تقييد الحقوق المقبولة من قبل المستثمر ووفقاً لهذا التحفظ فإن التفسير المشترك للدول المتعاقدة يعد من قبيل التوضيح لا يضيف ولا يعدل الاتفاقية الخاصة بهم فالمحكمين يرتبطون بالتفسير منذ أن يقدم هذا التفسير المشترك للدول المتعاقدة حول الاتفاقية أو المعاهدة.

ثانياً: إرادة الدول المتعاقدة:

لا تبحث محاكم التحكيم الخاصة بمنازعات الاستثمار بطريقة أولية عن القصد الحقيقى للدول المتعاقدة لأنها تميل إلى تفضيل التفسير الموضوعى لبنود الاتفاقية المتعلقة بهذه الدول. وحقاً فى القانون الدولى العام تتعاقد الدول وفقاً للحدود الذى وافقت عليها، وهذا ما يؤدى إلى تفسير أو توضيح الاتفاقية من الناحية الواقعية وذلك فى نطاق احترام سلطتها لمبدأ المعاهدة شريعة المتعاهدين "Pacta sunt servanda"^(٢).

وأحياناً لا يعد المحكمين عموماً أعمالاً تحضيرية ولا يملكون تأسيس حكمهم على شهادة المفاوضين إلا نادراً. وكما ظهر من قرار التحكيم الصادر فى المنازعة بين التشيك وهولندا أن هذه الاتفاقات تعد بمثابة أدوات فى العلاقات الدولية وأن هدفها يتجاوز حماية الاستثمار: فهى تشير أو تهدف إلى تشجيع وتعزيز التعاون بين الدول المتعاقدة، وتعمل على تقدمها الاقتصادى ورخاءها

(١) J.R. Weeramantey. Op.cit. P.32.

(٢) انظر المادة ١/٣ من اتفاقية فينا التى تضع القاعدة العامة فى تفسير الاتفاقات الدولية والتى تقضى بالبحث عن المفهوم الموضوعى للنصوص الواردة فى الاتفاقية.

المتبادل، وهذا هو ما يتم التعبير عنه من خلال اتفاقيات الاستثمار مثل تلك الاتفاقية الموقعة بين فرنسا والأرجنتين^(١).

هذا ولا يجب أن نحصر ما سبق في أن محكمى منازعات الاستثمار لا يبحثون على الإطلاق إرادة أطراف الاتفاقية. وعلى سبيل المثال فإن القرار التحكيمى الصادر فى المنازعة بين

Plama Consortium limited c/ Bulgarie

قد عدل عن التفسير الموضوعى الصرف للنص مستنداً إلى موضوع وهدف الاتفاقية وذلك بسبب أن المنهج الغائى فى التفسير يودى إلى إنكار صحة القصد المشترك للأطراف (إنكار تعلقه بإرادة أطراف الاتفاقية). وفى هذا التحكيم يتلاحظ أن المحكمين قد أضفوا ثقلًا كبيراً لنص شرط الدولة الأكثر رعاية "La clause de la nation la plus favorisée"^(٢).

وفيما بعد (Clause MFN) المتعلق بالموضوع حيث أن إرادة الدول المتعاقدة يتم تفضيلها بالرجوع إلى المفاوضات المتعلقة بالاتفاقية الأمريكية للاستثمار TBI^(٣).

بالإضافة إلى ذلك فلا يجب أن نهمل العلم أيضاً بأهمية مفهوم الرقابة من خلال التحكيم الخاص Tokios tokeles c/Ukraine^(٤)، والاختلاف الذى حدث بين رئيس المحكمة التحكيمية والعضوين الآخرين، فهذا الحكم قد كشف النقاب على أن العديد من الاتفاقية النموذجية TBI قد استبعدت من مجال تطبيقها شركات الدول المستثمرة التى تراقب تابعيها الذين ينتمون إلى دولة من الغير وأحياناً قد لا يتضمن الاتفاق مثل هذا الشرط كالاتفاق المبرم بين أوكرانيا وليتوانيا.

وقد أضافت المحكمة أن محكمة دولية استثنائية لا يجب أن تمت اختصاصها إلى أبعد من حدود سلطاتها وهنا يجب النظر إلى الاهتمام بالبحث عن الإرادة الحقيقية للدول المتعاقدة عن طريق الأعمال التحضيرية، وأن المحكمين يجب أن يحترموا هذه الأعمال ويضعونها أما أعينهم فالجوهر يكمن فى أن المحكمين يستندون فى المقام الأول إلى نص الاتفاقية (موضوع النص) وأن محكمة

(١) اتفاقية موقعة بين فرنسا والأرجنتين بهدف تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بينهما (المرسوم رقم ٩٣ - ٨٣٤ الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٩٩٣)، والتى تم توقيعه فى باريس فى ٣ يوليو سنة ١٩٩١.

(٢) J. R. Weeramantecy. Op.cit. P. 180 et 183.

(٣) Plama Consortium limited c/ Bulgarie Daimler Einnacial Services AG c/ Republique d'argentine (off. Ciridin0. ARB/05/

(٤) Tokios Tokeles c/Ukraine (off. Ciroi n0 ARB/02/18), 29 Avril 2004. p. 218.

استثنائية (أى محكمة تحكيمية للاستثمار لا تملك اختصاصاً بالقانون المشترك) لا يمكن أن تحصر اختصاصها بدون أن تستند إلى نص الاتفاقية المعنية.

وأيضاً يكشف حكم التحكيم الخاص بالنازعة بين **Romak S. A. c/ Republique d'ouzbekistan** عن وجود تناقض حول مفهوم الاستثمار الذى يوضح اختصاص المحكم فى مجال الاستثمار فالبعض قد حاول أن يضع تعريفاً عاماً للاستثمار ويبحث عن المعايير المحددة للاختصاص بينما البعض الآخر يرى أنه يجب أن يكون هناك اقتراب مؤثر ومرن وعملى إلى ظروف كل منازعة على حدة. وقد تم الإشارة إلى ذلك من خلال التحكيم الحر بين **Malaysian Historical solvors, SDN, BHD c/ Malaisie**

وبناء على قاعدة تفسير الإرادة الحقيقية للدول المتعاقدة فإن هيئة التحكيم الحر (**Le Comité ad hoc**) قد استخلصت وجود استثمار وأن المستثمر يستفيد من حماية الاتفاقية المعنية **TBI** وإن إبراز ذلك يجب أن يوضع بناء على بحث إرادة أطراف الاتفاقية التى وافقت على التحكيم ولهذا فإن المحكمين يستبعدون التطبيق المتشدد لمعايير **Salini**^(١) والتى تؤدى إلى تفسير ضيق لمفهوم الاستثمار وفقاً لحكم التحكيم الصادر من مركز تسوية منازعات الاستثمار **CIRDI** فى المنازعة بين **Malaysian Historical solvors, SDN, BHD c/ Malaisie** فكان الهدف وفقاً لهذا الحكم هو التشجيع الاقتصادى ورغم حكم التحكيم **Salini** فإن هذا لا يعنى أحياناً أن المساهمة فى الاقتصاد المحلى شرط ضرورى لوجود الاستثمار فهىئة التحكيم الحر قد وضعت تفسيراً غائباً لمفهوم الاستثمار فى الاتفاقية **TBI** المعنية جاء به "وفقاً للمفهوم العادى التى يعزى إلى نصوص الاتفاقية فى مضمونها وعلى ضوء غايتها وهدفها يتم تفسيرها (المادة ١/٣١ من اتفاقية فينا) وعلى هذا الأساس تم إلغاء حكم عدم الاختصاص وإعطاء أثراً مفيداً بقبول عرض التحكيم من قبل المستثمر.

(١) يقصد بهذه المعايير تلك التى شيدها حكم التحكيم الخاص بـ

Salini Costerutto S.P.A and italstrade S.P.A c/ Roycume du Maroc. P. 621 - 622.

ويمكن الإشارة إلى أن سلوك الأطراف يظل حجر الزاوية في اختصاص مركز تسوية منازعات الاستثمار (CIRDI) الذي أنشأ بمقتضى اتفاقية واشنطن سنة ١٩٦٥، لاسيما المادة ١/٢٥ من هذه الاتفاقية^(١).

وكما تم الإشارة في حكم الحكيم بين **Plama consortium limited c/ Bulgarie** إلى أن تفسيراً غائباً واسعاً للغاية لا يجب أن يؤدي إلى إنكار أى علاقة بإرادة الدول المتعاقدة. فهذه الموافقة لا يجب أن تكون محلاً للبحث وفقاً لاتفاقية واشنطن ولكن في الاتفاقية الأمريكية للاستثمار **TBI** المعنية يجب إظهار إرادة أطراف الاتفاقية فيه. وهذه النتيجة تبدو منطقية منذ اللحظة التي يثق المستثمر فيها بالاتفاقية المعنية **TBI** وهنا تلاحظ العودة إلى أولوية التفسير التحكيمي لهذه المبادئ. وقد أشار الأستاذ **ABI - SAAB** إلى رأى مخالف أثناء تعليقه على حكم التحكيم الصادر

في المنازعة بين **Abaclat et al c/ Republique d'argentine**

حيث أكد أن الموافقة الحقيقية للمتعاقد الوطنى على التحكيم قد تمت من أجل وقوعه في نطاق تبصره بالاتفاقية **TBI** المعنية^(٢).

ووجهة النظر هذه تفرض أحياناً حينما تقوم المحاكم بتحليل النصوص المتعلقة باختصاصها وأيضاً تلك المتعلقة بالموضوع على سبيل المثال تعريف نماذج الحماية **Standards de protection** ولهذا بالإضافة إلى ذلك فإن هناك بعض الأحكام التحكيمية التي أكدت أن العديد من محاكم الاستثمار قد لفتت النظر - وبحق - إلى أن الشروط اللاتحفية للمنازعات " **Les clauses de reglement des differends** " لا يجب أن تفسر بالمخالفة لكل الشروط الأخرى الواردة في الاتفاقية^(٣).

(١) المادة ١/٢٥ من اتفاقية واشنطن، إذ تقضى بأن اختصاص المركز يشمل اختلافات الأنظمة القانونية بين دولة ما وتابيعها في أى دولة أخرى متعاقدة والتي تكون في علاقة مباشرة مع هذا الاستثمار، وأن الأطراف قد وافقوا كتابة على خضوعهم للمركز فإذا ما كان الأطراف قد وافقوا على ذلك، فلا يستطيع أحد منهم أن ينسحب بطريقة أحادية.

(٢) Sur le "Selence circonslancié" (ou qualifiée) et saporté v. abaclat et al c/Republique d'argentine (aff. Cirdi la compétence ex sur la recevalilité, 28 Octobre, 2011.

(٣) لمزيد من التفاصيل انظر حكم التحكيم في المنازعة بين **Azurix c/ Republique d'aragention** والذي صدر بتاريخ ١٤ يوليو سنة ٢٠٠٦. إذ في هذا التحكيم قد أخذت المحكمة التحكيمية بمفهوم واسع لمصطلح الحماية والأمان وذلك بالرجوع إلى أحكام أخرى للتحكيم مؤسسة على التفسير اللفظي وعلى== المعانى

وفى أى حالة تكون عليها الدعوى حتى ولو تم بحث إرادة الدولتين المتعاقدين فإن محكمى منازعات الاستثمار لا يستخدمون مناهج تفسير شخصية مثل محكمى منازعات التجارة الدولية.

الفرع الثانى

المركز القانونى للمستثمر

فى الغالبية العظمى من اتفاقات التحكيم لا يوجد علاقة عقدية بين الدولة المضيفة **L'état** و**hôte** والمستثمر فالذى يوضع فى موقف المؤيد يستفيد من المعاهدة أو الاتفاقية باعتبارها بمثابة النطاق القانونى (المعيارى) للخارج عنها فإرادة المستثمر لا تلعب أى دور فى تفسير الاتفاقية حيث أنه يعتبر بعيداً عنها.

وفى المقابل فإن المحكمين يمكنهم ترسيخ الرغبات المشروعة للمستثمر^(١). ودراسة أحكام التحكيم الصادرة فى هذا المجال تؤكد أن المحكمون لا يميزون بين الأطراف وفقاً لفحص الرغبات المشروعة المستندة إلى الاتفاقية، أو القانون الوطنى أو الاتفاقات الخاصة بين الطرفين على اللجوء التحكيم مثل عقود الامتياز^(٢).

ويجب فى هذا المقام الحرص على الرغبة بأن الطموحات الشرعية للمستثمر لا تختلط مع إرادته الحقيقية ولا مع النظام القانونى الحقيقى للدولة المضيفة.

الفرع الثالث

المركز القانونى للمحكم

يختلف وضع المحكم فى مجال الاستثمار عن المحكم فى المجال التجارى فيما يتعلق بقانون الموضوعى سواء القانون الدولى العام وبصفة خاصة اتفاقية فينا، أو اتفاقية الاستثمار المعنية

المألوفة للمصطلحات المستخدمة، فهى قد أخذت بالتفسير الموضوعى ولكنها وضعت فى إطار مصلحة المستثمر من أجل حماية وجوده من الناحية الفيزيكية ومن أجل استقرار استثماره.

^(١)L'arbitrage convernement de L'Etat du Korveit c/ Tho American independent oil company (Aminail) arbitrage ad hoc sentence du 24 Mars 1982, 21. P.1041.

^(٢)c MS Gas Transmission company c/ République d'Argentine caff. Cirdi n° ARB/01/8, Sentence du 12 Mai 2005.

على الأقل حينما يكون اختصاصه ناتجاً عن اتفاقية ما وهذا الاختلاف يؤدي إلى نتائج تتعلق بالطعن على الحكم التحكيمى، أو الاحالة إلى القضاء بغية تفسير الاتفاقية المعنية. ونعرض لذلك من خلال النقطتين الآتيتين:

الأولى: الطعن على حكم التحكيم:

هناك العديد من الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار تضمن بطريقة إجبارية أو اختيارية العديد من نماذج التحكيم سواء كان تحكيمياً حراً أو مؤسسياً ويمكن الإشارة إلى العديد من الإجراءات التى تتبع أمام مراكز التحكيم مثل غرفة التجارة الدولية (CCI)، وغرفة التجارة باستكهولم (SCC)، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) وقبل كل هذا مركز تسوية منازعات الاستثمار، وهو المركز الوحيد المختص بمجال الاستثمار، أما المراكز الأخرى فإنها تعمل فى مجال التحكيم التجارى.

وأمام مركز تسوية منازعات الاستثمار نجد أن الرقابة على التفسير محددة إذ تقضى المادة ١/٥٢ من اتفاقية واشنطن بالآتى "لأى طرف من الأطراف أن يطلب كتابة من السكرتير العام بطلان حكم التحكيم لأى سبب من الأسباب الآتية:

- ١- وجود عيب فى تشكيل المحكمة.
- ٢- تجاوز السلطة من قبل المحكمة.
- ٣- فساد أو رشوة أحد أعضاء المحكمة.
- ٤- عدم احترام القواعد الإجرائية الأساسية.
- ٥- انعدام التسبيب.

إذا لم تطبق المحكمة التحكيمية القواعد المتنباه من قبل الأطراف (المادة ١/٤٢ من اتفاقية واشنطن) فإن الحكم لا يتعرض للرقابة بسبب الخطأ فى التفسير إذ يكفى أن يكون تسبيب المحكم مفهوم وواضح ويعبر عن كيفية وصول المحكمة إلى النتيجة التى خلصت إليها وبالرغم من أنه لا يوجد سابقة فإن حكماً تحكيمياً يمكن أن يتعرض للبطلان فى حالة التفسير القانونى الخاطئ وفى هذه الحالة يطبق المحكم القانون الدولى العام. فإذا كان المحكم قد صرف النظر عن اتفاقية فينا وأحل محلها قواعد أخرى - على سبيل المثال قانون الدولة المضيفة - فإن المحكم يمكن أن يتعرض لرقابة قضائية بسبب تجاوزه للسلطة.

وقرار لجنة التحكيم الحر فى النزاع بين **Malyasian Historical solvors, SDN,**

BHD c/ Malaisie يمنح بعض الثقة فى هذا المضمار ففى هذا التحكيم تم الحكم ببطلانه لأن

المحكم الوحيد لم يضع فى اعتباره اختلاف مصطلح الاستثمار **Inverstissement** الوارد فى الاتفاقية المعنية **TBI**، ولكنه رجع إلى المادة ١/٢٥ من اتفاقية واشنطن، بل أكثر من ذلك فإن المحكم قد أهمل أن يضع فى اعتباره الأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن من أجل تفسير النص الغامض. وبعد التأكيد على ضرورة الوسائل المكملة للتفسير فإن لجنة التحكيم الحر قد أجرت تحليلاً متعمقاً:

وعلى العكس من ذلك فإن حكم لجنة التحكيم الحر فى النزاع القائم بين

Industria Nacional de Alimentos, S. A. et indalsa Peru. S. A. et Lucchetti Peru c/ Republique du Pérou

أقل درجة فى هذا المضمار: إذ أكد هذا الحكم على أن المحكمة التحكيمية قد أجرت تطبيقاً موجزاً لاتفاقية فينا، واستبعدت الطعن بالبطلان على الحكم.

ويمكن أن نتصور بطلان الحكم بسبب ترك المحكمين لدورهم وذلك بالأحجام أو الامتناع عن إجراء أى نوع من التفسير بعدم تطبيقه لقانونه الخاص^(١). فإذا كان النموذجين (**TBI**) واتفاقية واشنطن يتضمنان شرطاً متماثلاً فيمكن أن يثار التساؤل حول ما إذا كان المحكمين قد اكتفوا بالرجوع لسابقة تحكيمية متعلقة بالاتفاقية ولكنها لم تصدر عن ذات الهيئة. وهذا الاختصار يعد تطبيقاً أمثل للمبدأ الذى يشير إلى أن كل نص يفسر من خلال مضمونه وعلى ضوء موضوعه وهدفه (المادة ١/٣١ من اتفاقية فينا) وأن هذا التفسير يمكن أن يختلف من اتفاقية إلى أخرى وفقاً لتغير المحكمين ويمكن أيضاً أن يثار التساؤل حول ما إذا كان الاعتراض أو الطعن يكون قد اشتمل على أسبابه حينما يكون المحكمين - بدلا من تفسيرهم للشرط محل المنازعة - قد استعانوا بقضاء سابق فى نفس الموضوع، وبصفة خاصة إذا كان هذا الحكم لم يؤسس استناداً إلى نفس الاتفاقية.

ثانياً: الرجوع إلى أحكام التحكيم فى منازعات الاستثمار:

على خلال الوضع فى أحكام التحكيم المتعلقة بالتجارة الدولية فإن المحكمين فى مجال الاستثمار يستعينون ببعض السوابق التحكيمية من أجل تفسير الشروط النموذجية المتعارف عليها،

(١) V. Saipem S. P. A c/ Republique populaire du Bangladesh caff. Cirdi N°

ARB/05/07

هذا الحكم يتعلق بالاختصاص والتوصية بإجراءات تحفظية - مصدر فى ٢١ مارس سنة ٢٠٠٧ إذ جاء به أنه رغم الاعتراف بقيمة السوابق القضائية السابقة لمركز التحكيم فى منازعات الاستثمار، فإن هذا الحكم قد احتفظ بخصوصية الاتفاقية محل الطعن وبظروف الحالة المعروضة.

مثل شرط الاتصاف والعدالة “**Trartement just ex equitalle**”، أو شرط الحماية والاستقرار الكامل **Protection et sécurité couplées** أو شرط الأثر الملزم **“Clause d’effet miroir”**.

وفى العهود الأولى للتحكيم أثبتت المحاكم التحكيمية التابعة لمركز التحكيم الخاص بمنازعات الاستثمار فكرة الارتباط بأحكام التحكيم السابقة والتي صدرت من محاكم تحكيمية أخرى. وفى حكم التحكيم الذى صدر فى النزاع بين الشركة العامة للحراسة وبين جمهورية الفلبين^(١) فقد أشارت المحكمة إلى الآتى:

“[...] The ICSID Convention provides only that awards rendered under it are “binding on the parties” (Article 53(1), a provision which might be regarded as directed to the res judicata effect of awards rather than their impact as precedents in later cases. In the tribunal’s view, although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which will by definition be different for each BIT and each Respondent State. [...] Moreover there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision. [...] There is no hierarchy of international tribunals, and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals. It must be initially for the control mechanisms provided for under the BIT and the ICSID convention, and in the longer term for the development of a common legal opinion or jurisprudence constante, to resolve the difficult legal questions

(¹)SGS Société générale de surveillance S.A.c/Republique des Philippines.Nº.97.

discussed by the **SGS v. Pakistan Tribunal** and also in the present decision”.

وهناك بعض أحكام التحكيم الحديثة تبدو أكثر تنوعاً واختلافاً ففى النزاع بين شركة **Saipem S.P.A.** وجمهورية بنجلاديش الشعبية فقد أشارت المحكمة التحكيمية إلى الآتى:

“The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions [...]. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistet cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law [...]”.

وهذا الوضع قد تأكد من خلال الحكم التحكيمى الصادر فى المنازعة بين شركة بولنكتون

⁽¹⁾**Republique de L'Equateur** ودولة الاكوادور **Burlington Resources inc. c/**

⁽¹⁾V. **Burlington Resources Inc. c/ République de l'Equateur** (aff. CIRd n° ARB/08/5), décision sur responsabilité, 14 décembre 2012, spéc. N° 187: «A stated in the Decision on Jurisdiction, the Tribunal considers that it is not boun by previous decisions. Nevertheless, the majority considers that it must pay di regard to earlier decisions of international courts and tribunals. It believes the subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions establish in a series of consistent cases. It further believes that, subject to the specifics of given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek contribute to the harmonious development of investment law, and thereby to the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law. Arbitrator Stern does not analyze the arbitrator's r in

ففى هذا النزاع اعترف المحكمون لأسباب ملحة مخالفة بأن أحكام التحكيم الصادرة من المركز الدولى للتحكيم فى منازعات الاستثمار السابقة نأخذ قيمة السوابق التحكيمية من أجل إحداث تطور متوازن ومتدرج لقانون الاستثمار.

وفى هذا المقام لا يوجد مكان لشرح وتحليل ما إذا كان هذا التطور فى أحكام التحكيم قابلاً للنقد من عدمه أو البحث عما إذا كان يوجد قضاء حقيقى مستقر بصدد منازعات الاستثمار ولكن يجدر الإشارة فى هذا المقام الى الاختلافات التى توجد بين التحكيم فى مجال التجارة الدولية، والتحكيم فى منازعات استثمار وهذا ما نشير إليه من خلال الآتى:

١- على خلاف التحكيم فى مجال التجارة الدولية فإن أحكام التحكيم الصادرة فى مجال الاستثمار تكون منشورة، ومن ثم تكون سهلة المنال، أى يمكن الوصول إليها والإطلاع عليها وتناولها بالتحليل والدراسة.

٢- نظراً لأن أحكام التحكيم فى مجال منازعات الاستثمار يتم نشرها فى العديد من الدوريات العلمية، فإن المحكمين فى هذا المجال غالباً ما يدلون بتفسيرات جاهزة ومقنعة لمبدأ مكرر فى العديد من الاتفاقيات - وأن محاولة الرجوع إلى هذه التطورات فى الأحكام السابقة - حتى وإن كان كل نموذج TBI ينتج من تفاوض فردى بين دولتين - هو الذى يؤدى إلى منح أى نص من نصوص الاتفاقية مفهوم خاص (المادة ٣١/٤ من اتفاقية فينا).

٣- إن المحكم فى مجال التجارة الدولية يفسر حالات محددة ومنظمة مثل العقود أو يفسر للقانون الذى اختاره الأطراف ومن ثم فإن المحتوى يمكن أن يختلف من تحكيم إلى آخر وهذا لا يحدث فى مجال التحكيم فى منازعات الاستثمار لأن القانون الدولى العام يجد له دائماً مكاناً للتطبيق، وبصفة خاصة فى مجال تفسير الاتفاقيات.

the same manner, as she considers it her duty to decide each case on its merits, independently of any apparent jurisprudential trend».

المطلب الثانى

الواقع العملى للتفسير

في مجال منازعات الاستثمار

يقوم المحكم فى مجال منازعات الاستثمار بتفسير القانون الدولى العام - قبل كل شئ - من أجل أن يدرك النموذج الموجود فى القانون TBI. ويعد ذلك يقوم بتحليل ودراسة القانون الوطنى أو الاتفاقية المبرمة بين الأطراف المتعاقدة وهذا ما نعرض له من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تفسير القانون الدولى العام.

الفرع الثانى: تفسير المعايير الأخرى (القانون الوطنى أو اتفاق الأطراف).

الفرع الأول

تفسير القانون الدولى العام

ويقصد بالقانون الدولى العام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بإبرامها أو باعتبارها القانون الذى يطبق على الاتفاقية المبرمة، ونعرض لذلك من خلال النقطتين الآتيتين:

الأولى: اتفاقية فينا باعتبارها القانون الذى يسرى على الاتفاقيات:

يجب الإشارة فى هذا المقام الى أن هذه الدراسة لا تتعلق بهذه الاتفاقية وإنما الغرض منها هو عرض حالة القانون الدولى العام بالنسبة للقانون الذى يطبق على الاتفاقيات وبصفة خاصة الفصل الثالث من الباب الثالث المتعلق بتفسير الاتفاقيات (المادة ٣١ وما بعدها)، والذى يشار إليه كثيراً من خلال الأحكام التحكيمية.

حيث نجد أن أكثر من نصف أحكام التحكيم التى تصدر فى مجال منازعات الاستثمار يتم الرجوع فيها الى المادة ١/٣١ من اتفاقية فينا والتى تقضى بالآتى "إن الاتفاقية يجب أن تفسر فى إطار مبدأ حسن النية وفقاً للمفهوم العادى لنصوص الاتفاقية ومن خلال مضمونها وعلى ضوء موضوعها وهدفها"^(١).

(١) J. R. Weeramantery "Treaty interpretation in investment arbitration"

op.cit. P.39.

فهناك بعض الأحكام التي أشارت إلى المادة ٢/٣١ من اتفاقية فينا، ومن ثم قامت بتفسير الاتفاقيات وفقاً لمحتوى ومضمون الاتفاق، وبصفة خاصة مقدمة الاتفاقية فوفقاً لرأى الأستاذ ويرمانتري **Prof. Weeramantery** فإن هناك تسعة عشر بالمائة من الأحكام قد رجعت إلى المادة ٢/٣١ من اتفاقية فينا بينما لم يرجع المحكمين إلى النصوص الأخرى للاتفاقية (المادة ٢/٣١، ٤/٣١) إلا نادراً وحتى إذا كانت بعض محاكم التحكيم قد استعانت بمبدأ حسن النية الوارد في الفقرة الأولى من المادة ٣١، فإن الأحكام التحكيمية تميل باستمرار إلى الأخذ بالمفهوم العادى لنصوص المعاهدة وفقاً لمحتواها، إلا أنه في بعض الأحيان لا تعتمد المحكمة على مضمون ومحتوى النصوص وفقاً لما ورد في الاتفاقية وإنما يمكن أن تستعين بعناصر أخرى في التفسير مثل موضوع وغاية الاتفاقية^(١).

ولمزيد من الإيضاح فإننا نعرض للتفسيرات الآتية:

أولاً: إن المفهوم العادى للنصوص يتوافق مع القصد المشترك لأطراف الاتفاقية والذي يستند إليها اختصاص المحكمين.

ويمكن أن نتذكر أحياناً - وعلى خلاف المحكم في نطاق التجارة الدولية - أن المحكم في مجال منازعات الاستثمار لا يصغى للدولتين المتعاقدين لأنه لا يعلم بالإرادة الحقيقية لأطراف المعاهدة.

ثانياً: هذا المفهوم العادى لنصوص الاتفاقية يجب أن يكون متوافقاً - بصفة عامة - مع الحماية الذي ينتظرها المستثمر لكي يستثمر في الدولة المضيفة.

هذه الطريقة في التفسير تبدوا منطقية لأنها تؤدي إلى نتيجة خاصة تتمثل في قبول ورضاء الطرفين المتعاقدين للتحكيم وفي المقابل فإنه يمكن تأييد الأحكام التي تخطط البحث عن المفهوم العام للنصوص مع البحث عن المفهوم اللفظي لنصوص الاتفاقية^(٢). فحكم التحكيم الصادر في المنازعة بين شركة سيمنس **Siemens A.G** ودولة الأرجنتين قد تعرض لذلك^(٣).

(١) J. R. Weeramantery "Treaty interpretation in investment arbitration"

op.cit. P.67.

(٢) في بعض أحكام التحكيم تؤكد المحكمة التحكيمية أن النصوص الخاصة بالاتفاقية مستقلة استقلالاً كافياً لكي تكون بعيدة عن المضمون الناتج من نصوص أخرى في الاتفاقية. انظر في هذا الخصوص

J.R.Weeramantory

(٣) مركز تحكيم منازعات الاستثمار (CIRDI) - الحكم الصادر بتاريخ ٢ يوليو سنة ٢٠١١.

والحكم الصادر فى المنازعة بين شركة براند انفيزتمون بارتينر **“Prandss investissement partners”** ودولة فنزويلا **Republique bolivarienne du Venezuela**

قد كشف النقاب عن عدم الثقة فى التفسير اللفظى والنحوى لنص غامض أو غير محدود^(١). فالمحكمين يستعينون فى أحيان كثيرة بقواميس اللغة. وفى التحكيم بين شركة **MTDE** **quity sdn. BHD. Et MTD chile** وبين جمهورية شيلي **Chili** حاول المحكمين تعريف مصطلح يعمل **(Fair)** ومصطلح التوازن **Equitable** بالرجوع الى قاموس اكسفورد فى اللغة الإنجليزية **Consise Oxford Dictionary of carvent English** وبالرجوع إلى مؤلفات أخرى بدون الاهتمام كثيراً بمرونة هذه المصطلحات^(٢).

وهذا المنهج يبدو مبرراً لأنه يمكن أن نفترض أن المفاوضين فى الاتفاق كانوا أكثر بعداً عن اللغة الذى حرر بها الاتفاق عن هؤلاء الذين يبرمون عقداً تجارياً ويستخدمون لغة مفهومه بالنسبة لهم فهم يحررون العقد من حيث المبدأ بلغاتهم الخاصة أو من خلال لغة مفسره ومترجمه ولذلك يمكن أن نستنتج من ذلك أنهم يستخدمون كلمات وتعابير بمحتواها المحدود المنضبط فالتفسير اللفظى والموضوعى يظهر ميزة التوقع والأمان أو الاستقرار القانونى، باعتبارها عوامل أساسية بالنسبة لأحكام التحكيم الخاصة بالاستثمار والتى تجد معناها فى الرغبات المشروعة للأطراف فهذه الأحكام تؤسس بالاستناد إلى الاتفاقية، وتحليلها الموضوعى يعتمد فى بعض الأحيان على عناصر خارجية وهنا يمكن التساؤل حول ما إذا كانت هذه الرغبات المشروعة يمكن أن نجد أساسها فى أحكام أخرى تم مناقشتها ودراستها بصدد اتفاقات أخرى، باعتبارها بمثابة مفهوم عام لكل هذه الوسائل الدولية؟

ثانياً: القواعد الأخرى للتفسير:

يطبق المحكمون فى مجال التحكيم فى منازعات الاستثمار قواعد أخرى خاصة بالتفسير لا تجدها فى اتفاقية فينا وعلى وجه الخصوص يمكن أن يرجع المحكمون فى هذا الخصوص إلى مثال فقهى أو حكمة قانونية **“Des Brocarts”**، ففى التحكيم بين الشركة العامة للحراسة **(SGS)**

(١) الحكم الصادر من مركز تحكيم منازعات الاستثمار بتاريخ ٢٥ مايو سنة ٢٠٠٤.

(٢) حكم مركز التحكيم فى منازعات الاستثمار **CIRDI** الصادر فى ٢٥ مايو سنة ٢٠٠٤.

وجمهورية الفلبين قد استعان المحكمون بقاعدة الأحكام العامة لا تؤثر في الخاصة **Generalia** “**Specialibus non derogant**”^(١).

وفى التحكيم بين الشركة العامة للحراسة والجمهورية الباكستانية الإسلامية استعانت المحكمة التحكيمية بقاعدة عند الشك يجب اتخاذ السبيل الأيسر **In Dubio Pars Mitior est** “**In Claris non Sequenda**”^(٢). كما تجد أن قاعدة “في الأمور الواضحة لا مجال للتفسير” **In Claris non fit interpretation** مطبقة أيضاً في القانون الدولي العام^(٣). وأيضاً هناك العديد من الأحكام التحكيمية وبصفة خاصة الحكم الصادر في المنازعة بين شركة سيمكس للسياسة **Cemex Caracas Investment B.V.** وجمهورية فنزويلا قد استعانت بمبدأ الأثر المقيد أو النافع^(٤).

وعندما يكون هناك ضرورة لتبرير طريقة التفسير الذي اتبعها المحكمون فإنهم بصفة عامة يرجعون الى هذه المبادئ المستوحاه من القوانين الوطنية وذلك بإظهار معناها العام في كل مجالات القانون، وفي النهاية يجدون ضالتهم في قانون الشعوب ذاته وبنفس الروح يمكن للمحكمين أن يضيفوا صفة الاعتدال على المفهوم العادي للنصوص أو المصطلحات المستخدمة – حتى ولو تم تحليلها على ضوء المحتوى – وذلك باستنادهم إلى الاعتبارات السياسية العامة، بل وحتى على هدف وغاية الاتفاق والعكس يمكن أن يحدث، حيث أن تقلبات مفاهيم الشرط ذو الأثر الأمر الذي يشمل فقط

(^١) **SGS Société générale de surveillance. S. A c/ Republique islamique des Philippines. Préc. N° 141.**

(^٢) حكم التحكيم الصادر في المنازعة بين الشركة العامة للحراسة والجمهورية الإسلامية الباكستانية حيث قد جاء به “ليس المقصود بالتفسير ضد الشخص الذي اشترط أو في مصلحة الشخص الذي تعهد بالالتزام (المادة ١١٦٢ من القانون المدني في المواد التجارية) أو ضد محرر الاتفاق.”
(^٣) انظر في هذا الصدد:

Daimler Financial Services A.G. c/Republique d’argentine (aff CIRDI. N° ARB/05/1.16 aout. 2012.

حيث قد تم الإشارة من خلال هذا الحكم إلى أن التفسير يتوقف إذا كانت النصوص واضحة لا لبس فيها ولا غموض.

(^٤) انظر: حكم التحكيم الصادر من مركز التحكيم الخاص بمنازعات الاستثمار في حكمه الصادر بتاريخ ٣٠ ديسمبر سنة ٢٠١٠ بين:

C E Mexcaracas investements B.V et CEMEX caracas II investments B.V. c/Republique bolivarienne du Venezuela

الالتزامات العقدية أو - على العكس - الالتزامات الناتجة عن شبه العقد أو القانون الوطنى القابل للتطبيق أدوا فى النهاية الى تحليل حرفى وذلك فى النزاع بين شركة أريكو **Eureko** وجمهورية بولونيا^(١).

ويمكن التساؤل فى هذا المقام عما إذا كان مثل هذه المبررات تظل متوافقة مع اتفاقية فينا حينما يؤسس المحكمين أحكامهم على اعتبارات سياسية عامة أو على اعتبارات العدل والانصاف أو تلك الواردة فى قانون الشعوب^(٢).

وهنا نلاحظ أن التحكيم فى منازعات الاستثمار بدأ يتأثر بالتحكيم فى مجال التجارة الدولية، وهذا يرجع الى النشاط الذى يقوم به المحكمين فى هذين المجالين بخصوص التفسير ومع ذلك يظل الخلاف بين المجالين واضح حيث أن المحكم فى منازعات الاستثمار يفوض من خلال موافقة الطرفين على اللجوء الى التحكيم، ولكن فى حدود محصورة فحينما يستند المحكم الى اتفاقية متعلقة بالاستثمار فإن موافقة الأطراف لا تنصب على القانون القابل للتطبيق أو قواعد التفسير وآية ذلك أن المستثمر باعتباره الطرف الضعيف فى الاتفاق يمكنه أن يقبل أو يرفض التحكيم التى يتضمنه الاتفاق. وهنا لا يمكن أن نرى سبباً لتفسير الاتفاقات لمصلحة المستثمر أو ضده حتى إذا ما كانت بعض الأحكام قد أكدت ذلك وأيضاً فإن التفسير كما يجرى فى نطاق التجارة الدولية لا يتضمن أى سبب للعمل بطريقة ضيقة أو واسعة أو حرة وهذا ما يظهر من خلال الحكم الصادر فى المنازعة بين شركة الخدمات المالية **Daimler Financial services AG** وجمهورية الأرجنتين **République argentine** فقد أشار هذا الحكم الى أنه يجب تكملة الاتفاق من أجل إرساء الإرادة المشتركة للدولتين المتعاقدين وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين **"Pacta sunt servanda"**

(1) **Eureko BV c/Repulique de pologne. Arbitrage ad hoc 19 août 2005. No. 244.**

حيث قد خلصت المحكمة إلى الآتى: من ناحية أولى إن نصوص الاتفاقية تعنى هذا الذى تم التعبير عنه من قبل أطرافها، ومن ناحية أخرى أن مفهوم الشرط ذو الأثر الملزم ينتج من طبيعة يجب أن يؤدى إلى تنفيذ الالتزام الوطنى على ضوء قانون الشعوب بدون تعريف لنطاق أو موضوع هذه النصوص.

(٢) انظر حكم التحكيم الخاص بـ

ICS inspection and conterd control services U Klimited c/Argentine (off. CPA 2010

هذا الحكم كان يتعلق بالاختصاص. وقد رجع المحكمون إلى المادة ٣٢ من اتفاقية فينا بدلا من البحث بطريقة مقدسة عن الأسباب السياسية العامة للمفاوضين فى الاتفاقية المعنية.

ومبدأ الأثر العام لكل الأنظمة القانونية سواء كانت وطنية أو دولية^(١). وعن هذه النقطة يمكن التأكيد على أن التحكيم فى منازعات الاستثمار يبتعد عن التحكيم فى مجال التجارة الدولية ويقترّب من التحكيم الرياضى وهنا يمكن أن نشير إلى أن الاتجاه الواضح للتحكيم فى مجال منازعات الاستثمار هو موضوعية التفسير أو الأخذ بالاتجاه الموضوعى فى التفسير.

الفرع الثانى

تفسير القواعد الأخرى

مثل القانون الدولى العام

يمكن التساؤل فى هذا المقام عما إذا كان يوجد مكاناً للتمييز وفقاً لما إذ كانت الدولة المضيفة والمستثمر قد عقدوا اتفاقية من عدمه بحيث يمكن الرجوع إليها فى التفسير وهذا ما يستدعى التعرض لذلك من خلال الآتى:

(١) هذا المعنى قد تأكد من خلال الحكم الصادر من مركز التحكيم الدولى الخاص لمنازعات الاستثماريين **The channel Tunnel Group et France – Manche SA c/The secretary of stat for transport of the united kingdom of great Britain and Northern Ireland et le Ministre de l'équipement des transports de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la Republique Francaise. 30 Janvier 2007. Rev. Arb. 2007. 609. n°. 90.**

ففى هذا الحكم اعتبرت المحكمة أن المادة ٢/١٩ من القانون المدنى الفرنسى لا يجب أن تفسر تفسيراً واسعاً إلا إذا كان ذلك ضرورياً لإعطاء أثر لموضوعها، بمعنى أن يهدف التفسير إلى تجنب خطر أن يوضع المحكمين المختارين من قبل الدولتين فى ذاكرتهم المعنى والأثر الذى ترتبه نصوص الاتفاقية وفقاً لرغبة الدولتين، إذ أن هذا الهدف لا يخص سوى الطرفين المتعاقدين".

فهذا الحكم يعتبر مهماً لأنه استدعى تفسير الاتفاق من ناحية وتفسير اتفاقية منح الالتزام من ناحية أخرى فى تحكيم وضع فى اعتباره الطرفين المتعاقدين الذين يقومون بتنفيذ الالتزام، ولم يضع فى اعتباره إرادة الدولتين المتعاقدين. ففى الحقيقة قد وقع الأطراف الأربعة على اتفاقية الالتزام ولكن الدولتين فقط هما الموقعين على الاتفاقية. فإذا لم يتردد المحكمين فى الرجوع إلى المعنى المشار إليه بواسطة الطرفين فى الاتفاقية الخاصة بالالتزام حيث أن تفسيرهم قد أدى إلى ترك التفسير الذى وضع من قبل الطرفين المعنيين من قبل الدولتين. وهذا يعدو منعاً قانونياً حيث أن الدولتين المتعاقدين كانوا حاضرين فى الاتفاق. فقد خذ المحكمين فى هذا التحكيم بالعرف السائد فى قواعد القانون الدولى من أجل تفسير الاتفاق محل المنازعة.

أولاً: تفسير القانون الوطني:

يفسر المحكم الخاص بمنازعات الاستثمار القانون الوطني وفقاً لقواعد التفسير الواردة به ولا يوجد مكان في هذه المقام لدراسة الاستثناءات على هذه القاعدة^(١). وبالتالي فإن المحكم في مجال منازعات الاستثمار يفسر بنفس الطريقة التي يعمل بها المحكم في مجال التجارة الدولية. فالمحكم في مجال منازعات الاستثمارات لا يتمتع في إبداء رأيه حول القانون الوطني مثل نظيره الذي يحكم في مجال التجارة الدولية إذ في الغالبية العظمى من الحالات لا يطبق القانون الوطني وفقاً للموافقة العقدية للطرفين المتعاقدين وإنما لأن الاتفاقية هي التي أحالتها الى هذا القانون فالمادة ١/٤٢ من اتفاقية واشنطن فرضت على المحكم تطبيق قانون الدولة المضيفة مثلما فرضت مبادئ القانون الدولي الخاصة بالموضوع وهنا يجب أن نترك جانباً التناقضات الموجودة بين القانون الوطني وقانون الشعوب في هذا الصدد فوجود هذين النظامين القانونيين المختلفين يرتب أثراً في بعض الأحيان^(٢).

فلا تستطيع الدولة المضيفة أن تستخدم قانونها بلا حدود من أجل أن تحرم المستثمر من الاستفادة التي تمنحها إياه الاتفاقية فالمحكم في منازعات الاستثمار يجب أن يأخذ هذا الهدف في اعتباره من أجل تفسير القانون الوطني ففي التحكيم الخاص **Desert Lino** حددت المحكمة التحكيمية ما إذا كانت الدولة قد وافقت على الاستثمار وفقاً لقانونها وقواعدها^(٣). (بمعنى أنها وضعت شرطاً يقضى بذلك) وبالتطبيق لاتفاقية فينا رجعت المحكمة التحكيمية الى ديباجة الاتفاقية وعلى هذا الأساس قد أظهرت أن الحماية والتشجيع للمستثمر على الاستثمار يجب أن يستند على القانون الوطني والنماذج الخاصة به، وبالتالي لا يجب أن يكون المحكمين مكبلين بالقيود بل على

(١) باعتباره استثناء يمكن الإشارة إلى التعبير الأحادي لقبول اختصاص المركز الدولي للتحكيم في منازعات الاستثمار CIRD من قبل الدولة المعنية. ففي هذه الحالة تبرز المحاكم التحكيمية لعقد الدولة المعنية لخطه إظهارها لهذا التعبير - انظر في هذا الخصوص:

J. R. Weeramantry. Op.cit. P164 – 168.

(٢) E. Gaillard «L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements» Rev. Arb. 2003. P.873 – 875.

(٣) حكم التحكيم الصادر من المركز الدولي للتحكيم في منازعات الاستثمار بين Desert line projects LLC c/Republique du Yemen (off.CIRDI) sentence du 6 Feveier 2008.

العكس يجب عليهم أن يشيدوا أحكامهم عبر هذه المصادر المعيارية فقد استخلصت المحكمة التحكيمية أن التعريف اليمني للاستثمار لم يكن قد استقر بعد.

وحقاً فإن هذا التحكيم (الخاص باليمن) يتعلق بتفسير اتفاقية محددة للغاية في تعريفها للاستثمار من أجل أن تقرر استفادة المستثمر بالحماية ومن أجل تحليل هذا المفهوم في القانون اليمني لم يتردد المحكمين في استخدام وسائل ومناهج تفسيرية خاصة بقانون الشعوب وبصفة خاصة التحليل الغائي فقد اهتم المحكمون بتقرير أن الدولة ترغب في انقاص التزامها في إقامة الدليل على أنها ترغب في تفسير يخالف القانون اليمني وفقاً للمناهج التفسيرية الخاصة به وأحياناً نجد أن هذا الحكم قد ترك علامة على أن المحاكم التحكيمية استبعدت تفسيراً شكلياً وذاتياً للقانون الوطني وذلك إذا ما كانت حماية المستثمر قد وضعت موضع التنفيذ وهذا المنهج أصبح راسخاً من خلال حكم التحكيم الذي صدر في المنازعة بين شركة فيليب جروسليين ودولة ماليزيا⁽¹⁾، إذ أن المحكمين قد استعانوا بالحكم الصادر في منازعة **Desert line**.

وينتهج المحكمين نفس المنهج حينما يحلون القانون المحلي من أجل أن يقرروا ما إذا كان قد خلق أو نشأ من أجل الدولة المضيفة التزاماً يقع تحت نطاق شرطاً ذو أثر ملزم. وأن المناقشة المتعلقة بالاختصاص أضرت بوضوح بالمبدأ القائل "فقط القانون القابل للتطبيق على الالتزام بصفة عامة القانون المحلي أو الوطني وأنه أهل لتعريف الشرعية وآثار وصيغ التزامات الدولة المضيفة والمستثمر. وفي الواقع فإن المحكمين يبحثون عما إذا كانوا مختصين من عدمه رغم وجود شروط قانونية في العقود. وفي كل الحالات نادراً ما تجد أحكاماً تحكيمية تحلل القانون المحلي بعمق، وفقاً لمناهجه الخاصة في التفسير من أجل تحديد الدائرة المحددة للالتزامات المتبادلة. فهناك العديد من الأحكام التحكيمية قد حلت الشرط ذو الأثر الملزم ذاته من أجل إثبات ما إذا كان هذا الشرط يتضمن الالتزامات المعتبرة من عدمه.

ويمكن المجازفة بتقديم الشرح الآتي:

إن المحكم في مجال التجارة الدولية يفسر العقد والقانون القابل للتطبيق وفقاً لإرادة الطرفين المتعاقدين أما المحكم في مجال منازعات الاستثمار لا يملك هذا لأن مثل هذه الإرادة لا وجود لها وإنما يفسر الاتفاقية المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر. وهناك اتجاه يؤسس على قواعد التفسير

(1) Desert line prefects LLC c/ République du Yemen. Préc. P.25 – Philippe

Grulin c/ Malaisie Caff cirdi n° ARB/99/3 – sentence du 27 Novembre 2000.

الخاصة بقانون الاتفاقات من أجل أن يرسخ الالتزامات الناتجة من النماذج الموجود بها TBI. فالحكم الصادر في منازعة Desert Line هو النموذج الواضح لذلك. ففي هذا الحكم أجبرت المحكمة التحكيمية تحليلاً قانونياً لمصطلح "According to its law and regulations" من أجل إقرارها إذا كانت الاتفاقية تحمي فقط الاستثمارات التي تتوافق مع المبادئ الأساسية للقانون الوطنى (مثل مبدأ غياب الغش - ومبدأ ستر أو إخفاء العلاقات الحقيقية للملكية). فإذا لم يكن هذا صحيحاً فإن هذا النموذج من العمل يؤدي إلى الرجوع مرة أخرى إلى إعفاء المحكمين من تحليل القانون المحلى وذلك بإثارة أن الاتفاقية والقانون الدولى العام يعرفون فقط شرعية الاستثمار. ثانياً: تفسير إرادة أطراف التحكيم:

عندما يستند اختصاص المحكم إلى اتفاقية مبرمة بين طرفى التحكيم، وأنه يجب - على سبيل المثال - الحكم فى منازعة عقدية كعقد التزام أو امتياز فإن المحكم فى منازعات الاستثمار سيجد نفسه أمام ذات الحالة بالنسبة للمحكم فى مجال التحكيم التجارى. فهو يبحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة ويفسر بنفسه النص العقدى عند الحاجة إلى تطبيق القواعد المناسبة للقانون المحلى وبدون أن ينضم إجبارياً إلى نتائج الخبراء القانونيين المقدمة من الطرفين.

كما أن المحكمين فى مجال منازعات الاستثمار يقبلون التفسير العام الذى منحه الطرفين المتعاقدين للاتفاقية، وحقاً يمكن توجيه نقد إلى الطريق أو المنهج لأن الطرفين فى مجال التحكيم فى منازعات الاستثمار (الدولة المضيفة والمستثمر) يمكن أن يقدموا تفسير خاصاً بهم بدون أن يضعوا فى اعتبارهم وجهة نظر دولة المستثمر. ومن ثم يهمل الأثر المتعلق بحجية الأحكام وحكمة النص لأن الأطراف يمكن أن يتصرفوا فى الحقوق محل المنازعة فى التحكيم الخاص بالاستثمار، ومن باب أولى يتفقون على تفسير عام يرتبط به المحكم. وعن هذه النقطة سنجد أن الحالة ستكون متماثلة مع ما يحدث فى التحكيم التجارى الدولى.

الفصل الثالث

دور المحكم فى التفسير فى المجال الرياضى

مقدمة:

كانت تمارس الرياضة فى الماضى فى اطار ودي سواء على المستوى المحلى او المستوى الدولى الى أن أصبحت الرياضة ظاهرة اجتماعية لا تتوقف عن النمو والانتشار، ومن ثم أصبحت من أهم المجالات التى لحقها التطور خلال الأعوام الماضية، فقد صارت تجذب انتباه الجماهير الغفيرة، وانتشرت على شاشات التليفزيون، وتهتم بها الصحافة على نطاق واسع بل وظهرت العديد من الرياضات الحديثة، وتطورت وسائل ممارسة الرياضة بصفة عامة، ونمت روح المنافسة إلى أن وصلت إلى حد التعصب نتيجة لزيادة قيمة الجوائز والمكافآت المقدمة فى مختلف الألعاب الرياضية، وقد نتج عن ذلك العديد من المنازعات الرياضية والخلافات الحادة التى يتطلب الأمر اللجوء فيها إلى جهة قضائية أو تحكيمية أو إدارية لتتولى حسمها^(١).

فالألعاب الرياضية باعتبار أنها تتضمن مواجهات شريفة بين أشخاص يستخدمون إمكاناتهم ومهارتهم بقصد التغلب على منافسيهم محترمين فى ذلك قواعد الألعاب التى يمارسونها قد تؤدي إلى بعض الحوادث المتعمدة أو غير المتعمدة كما قد تؤدي إلى مخالفات مبنية على غش أو متجاوزة لقواعد الألعاب الرياضية المختلفة مما قد يترتب عليه نتائج ضارة بمصلحة المشاركين.

بالإضافة إلى ذلك فقد تنشأ المنازعات الرياضية بين الفرق المشاركة فى ألعاب معينة نتيجة لعقود اللاعبين، وحقهم فى الانتقال من نادى إلى آخر، ومدى حق الأندية التى تتعاقد مع اللاعبين فى الحصول على التعويضات اللازمة عند مغادرة اللاعب من ناديه إلى نادى آخر دون موافقته الى غير ذلك من المشاكل القانونية التى تثيرها الألعاب الرياضية المختلفة.

(١) د/ أسامة أحمد شوقي المليجى - تسوية المنازعات فى مجال الرياضة مع تطبيق خاص على رياضة كرة القدم دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - سنة ٢٠٠٥ ص ٣ وما بعدها.

ويتم الفصل في هذه المنازعات أما من قبل جهة قضائية أو إدارية، وقد يتم اللجوء فيها إلى التحكيم وما يهمننا في هذا الصدد هو ابراز دور المحكم في تفسير القواعد القانونية سواء كانت قواعد محلية أو دولية:

فالتحكيم الرياضي قد تم تنظيمه في القانون السويسري للتحكيم الداخلي بالمواد / ٣٥٣ وما يليها من قانون المرافعات السويسري، والتحكيم الدولي يتم تنظيمه بالمواد ١٧٦ وما بعدها وبالنسبة للمنازعات التي تخضع لهيئة التحكيم الرياضي (La TAS) الذي يقع مقرها الرئيسي في لوزان بسويسرا فإنها تخضع للمادة R٢٨ من قانون التحكيم في مجال الرياضة^(١) ويمكن الطعن في أحكام هيئة التحكيم (TAS) أمام المحكمة الفيدرالية (المواد ١٩٠-٢٩٢ من قانون التحكيم السويسري) فمختلف القواعد التي تنظم الاتحادات الرياضية الخاضعة لهذا النظام لها مقر في سويسرا. فعلى سبيل المثال الاتحاد الدولي لكرة القدم، والاتحاد الأوروبي لكرة القدم يخضعون أيضا للقانون السويسري وبصفة خاصة للنصوص التي تسري على الاتحاد الرياضي (المواد ٦٠ وما بعدها من القانون المدني السويسري) .

ونتيجة لتنامي أنشطة هذه الاتحادات فإنها يمكن أن تخضع لنصوص أخرى وبصفة خاصة تلك النصوص الخاصة بالحماية الشخصية للاعبين (المواد ٢٧ وما بعدها من القانون المدني السويسري) فالقانون السويسري - سواء قانون التحكيم أو القانون الموضوعي - يلعب دوراً رئيسياً بصدد المنازعات الرياضية^(٢)

¹⁾ LAURENT CLEURY et FABRICE (Robert- Tissot)- Interpretation arbitrale, Revue de l'arbitrage-2013, N°4.

حيث قد أشار إلى أن الغالبية العظمى من المنازعات الرياضية تخضع للقانون السويسري للتحكيم الدولي (المادة ١٧٦ وما بعدها) إذ أنها تكون قابلة للتطبيق . فقد شمل الحالات التي يكون لطرفي التحكيم فيها محل إقامة معتاد أو موطن في سويسرا وبالإضافة إلى ذلك، فإن الأطراف المتنازعة يمكنهم من خلال مشاركة تحكيم أو إتفاقية تحكيم لاحقه ان يستبعدوا تطبيق المواد الواردة في قانون التحكيم السويسري ويتفقوا على تطبيق المواد ٣٥٣ وما بعدها من قانون المرافعات السويسري .

^(٢) لمزيد من التفاصيل أنظر:

A.Rigozzi "L'importanat du droit suisse de l'arbitrage dans la resolution des litiges sportive inernationaux.R.D.S.I 2013, 301 v. éy . S. Besson "Gouvernance des organisations sportive: importance du droit Suisse enjoïn et perspectives" RDSI. 2013 . 283.

-وقبل التطرق لتحليل ودراسة خصوصيات التفسير فى مجال التحكيم الرياضى فإنه يجب توضيح بعض المصطلحات الخاصة بالتحكيم الرياضى ومن ثم فإننا نقسم الدراسة فى هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم التحكيم الرياضى.

المبحث الثانى: دور المحكم فى التفسير فى المجال الرياضى.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم الرياضى

فى البداية يمكن التساؤل عما إذا كان التحكيم الرياضى من طبيعة رضائية أم الزامية وهل قضاء المحكمة الفيدرالية المتعلقة بشروط شرعية شرط التحكيم ملزم من عدمه وبالنسبة للاعبين هل التحكيم الرياضى من طبيعة رياضية أقل وضوحا لأن القواعد المنظمة والعقود متباينة هذا ما سنوضحه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: أساس التحكيم فى المجال الرياضى.

المطلب الثانى: مدى شرعية التحكيم الرياضى "La TAS".

المطلب الأول

أساس التحكيم فى المجال الرياضى

صادقت اللجنة الأولمبية الدولية (CIO) على نطاق محكمة التحكيم الرياضية الذى دخل حيز التنفيذ فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٨٤ وتضمن نظام المحكمة لائحة للإجراءات وقد تم تعديلها سنة ١٩٩٠. وقد بدأت المحكمة بتشكيل مكون من ٦٠ عضواً يتم تعيينهم من جانب اللجنة الأولمبية (CIO)، والاتحادات الدولية (FI)

Les comites nationaux C.N.O والـ les federation internationals olympiques

ورئيس اللجنة الاولمبية، وقد أصبح عدد أعضائها أكثر من ١٥٠ عضو مختارين لخبراتهم فى مجال التحكيم وفى مجال الرياضة ويمثلون ٥٥ دولة مختلفة ويقع مقرها فى لوزان بسويسرا ولها مكتبان غير مركزيين لخدمة الأطراف أحدهما فى مدينة سيدنى بأستراليا والآخر بمدينة نيويورك فى الولايات المتحدة الأمريكية^(١)

وعند إنشاء هذه المحكمة (محكمة التحكيم الرياضية) كانت موضوعه تحت الإشراف الإدارى والمالى للجنة الاولمبية الدولية الا انه رغبة فى تدعيم استقلال المحكمة انشأت هذه الأخيرة فى ٢٢ يونيو ١٩٩٤ المجلس الدولى للتحكيم فى مجال الرياضة لكى يهتم بالدفاع عن استقلالها وعن حقوق اعضائها ويضمن ادارتها وتمويلها.

(١) د/ أسامة أحمد شوقى المليحى - المرجع السابق ص ٧٤ وما بعدها.

وقد وضع أيضا قانون للتحكيم دخل حيز التنفيذ في ٢٢ يناير سنة ١٩٩٤ وتم تعديله في عام ٢٠٠٤ وعام ٢٠١٠، ٢٠١٢، ٢٠١٣، كما تم تعديله جزئيا في عام ٢٠١١. ويمكن أن تخضع منازعة ما لمحكمة التحكيم الرياضية بالتطبيق لقانون التحكيم العادي (المادة R38 وما بعدها، وقانون التحكيم الدولي) فمحكمة التحكيم الرياضية تعرف أيضا الاستئناف ضد القرارات الصادرة من الاتحادات القارية أو الوطنية أو أى منظمات رياضية اذا كانت اللوائح الاساسية لها تنص على ذلك أو إذا حرر الاطراف اتفاقيات تحكيم تنص على ذلك (المادة R٤٧ وما بعدها، وقانون التحكيم الرياضى)^(١).

فحينما يكون هناك استئناف مرفوع فإن هيئة التحكيم الرياضى تنشأ محكمة تحكيمية تتألف من محكم أو ثلاثة محكمين ويتم اختيارهم من قبل اطراف المنازعة من قائمة المحكمين الخاصة بمحكمة التحكيم الرياضى (هذه القائمة تضم اكثر من ١٥٠ محكم رياضى) والذين يتمتعون بخبرة قانونية فى مجال القانون الرياضى والتحكيم الدولى^(٢).

وإذا كانت هيئة التحكيم تتألف من محكم واحد سواء تم اختياره من قبل الاطراف او من قبل رئيس الدائرة فإنه هو الذى يصدر الحكم فى الاستئناف. أما اذا كانت هيئة التحكيم تتألف من ثلاثة محكمين فإن اختيار رئيس الهيئة من قبل المحكمين الذين تم اختيارهم يتطلب استشارة الأطراف قبل تسمية الرئيس (المادة R٥٤ فقرة ١، ٢ من قانون التحكيم الرياضى).

ومن الناحية الموضوعية فى اجراءات التحكيم العادى فإن التشكيل يكون وفقا للقواعد القانونية التى يختارها الأطراف، وفى حالة عدم الاختيار من قبل الاطراف وفقا للقانون المختار، يكون التشكيل وفقا لقواعد القانون السويسرى. والأطراف المتنازعة يمكنهم ان يسمحوا للتشكيل الفصل فى المنازعة بعدالة (المادة R45 من قانون الاتحاد الرياضى، والمادة ١٨٧ من قانون الإجراءات السويسرى)^(٣).

¹⁾ LAMR ENT(L)et FABRICE , op .cit .p.932.

^{٢)} المادة R ٥٠ من قانون التحكيم الرياضى تنص على الآتى:
أن الاستئناف يخضع لتشكيل ثلاثى من المحكمين إلا إذا كان الأطراف قد اتفقوا على محكم واحد أو - فى حالة غياب الاتفاق بين الأطراف على عدد المحكمين - إذا رئيس الدائرة قرر خضوع الاستئناف لمحكم واحد مع الأخذ فى الاعتبار لظروف الاستئناف...".

³⁾ LAUR ENT (L) et FABRICE . op it p. 933.

وفى إجراءات التحكيم الاستئنافية فإن التشكيل الذى اصدر حكمه وفقا للقواعد القابلة للتطبيق (وبصفة رئيسية قواعد الاتحاد الفيدرالى) ومن باب الاحتياط يمكن ان يحكم وفقا للقواعد التى تم اختيارها من قبل الأطراف- وفى حالة عدم وجود (اختيار للقانون- يحكم المحكم وفقا لقانون الدولة التى يكون للاتحاد الفيدرالى، أو التنظيمات الرياضية أو أى تنظيم رياضى آخر يملك اصدار حكم مطعون عليه فى موطنه أو وفقا للقواعد القانونية التى تفضلها هيئة التحكيم (المادة R58 من قانون الاتحاد الرياضى) وفى هذه الحالة الأخيرة فإن قرار هيئة التحكيم لابد أن يكون مسببا.

وفى هذا النموذج الأخير - حكم هيئة التحكيم وفقا للقواعد التى تفضلها - فإن هيئة التحكيم لن تحكم بعدالة وانصاف لأن المساواة فى معالجة منازعات اللاعبين بالتطبيق للقواعد الرياضية ستكون معالجة سيئة فحينما لا يملك الأطراف حرية اختيار القانون الذى يطبق على المنازعة فإن القانون السويسرى سيكون قابلا للتطبيق بصورة متكررة نظرا لأن عدد كبير من التنظيمات الدولية موجود فى سويسرا .

ومن الناحية الاجرائية فإن هناك تنظيم اجرائى آخر، من خلاله تستطيع هيئة التحكيم الرياضى Le TAS أن تطبق القانون السويسرى بالافضلية على القانون الدولى الخاص- على المنازعات الدولية إذا كانت التنظيمات المتنازعة موجودة فى سويسرا.

وفى هذا المضمار يمكن ان يكون هذا النموذج من التحكيم قد تشكل، وهنا ستظهر بعض الجوانب المدنية وبصفة خاصة التجمعات الرياضية (المواد من ٦٠ الى ٧٩ من القانون المدنى السويسرى) حينما يكون المقصود تطبيق هذه القواعد ومن ثم تفسير القواعد المنظمة للاتحادات الفيدرالية.^(١)

فقد أشار إلى أنه يوجد قاعدة تحكيم رياضى- تم اقرارها فى حل المنازعات ذات الطبيعة التجارية - تم النص عليها باعتبارها نظام تحكم بمقتضاه محاكم التحكيم، وهى الحكم بعدالة وحسن نية. "Statue exaequo et Bono".

^(١) المادة R٤٧ من قانون التحكيم الرياضى " إذا كانت القاعدة التى تم النص عليها او اذا كان الاطراف قد اتفقوا على التحكيم فإن استئنافا ضد قرار من اتحاد فيدرالى او تجمع رياضى أو أى تنظيم رياضى آخر يكون مفتوحا أمام محكمة التحكيم الرياضى.

"dans la mesure où L'appelant a épuisé les voies de droit préalable à l'appel dont il dispose en vertu des statuts ou règlements dudit organisme sportif.

ويمكن فى هذه الحالة ان تكون هناك خاصية تجارية وفقا لموضوع المنازعة، فعلى سبيل المثال حقوق البث التليفزيونى والتعويض عن نقل اللاعبين من جهة إلى أخرى. وبالنظر الى طبيعة التحكيم الرياضى الاساسية والبناء الهرمى للتنظيمات الرياضية فإنه يمكن ان يتخذ اجراء ادارى فى هذا الصدد. والقانون الجنائى ايضا يكون له محل حينما يكون المقصود حل منازعات تأديبية وبصفة خاصة تعاطى المخدرات dopage^(١)

المطلب الثانى

مدى شرعية التحكيم الرياضى

اعترفت المحكمة الفيدرالية بمحكمة التحكيم الرياضية TAS من خلال حكمها الخاص فى القضية المتعلقة بشركة Gundel فقد قررت من خلاله بزيادة استقلال محكمة التحكيم الرياضى بالنظر الى الاتحادات الدولية الاولمبية سواء على المستوى التنظيمى أو المالى وهذا الحكم يعتبر هو الاساس فى إعادة النظر فى القانون الرياضى لمحكمة التحكيم الرياضية ١٩٩٤^(٢). وبعد ذلك وفى الحكم التحكيمى الخاص la zutine قد اقرت المحكمة الفيدرالية هذا الاصلاح وذلك من خلال الاشارة الى ان محكمة التحكيم الرياضية اصبحت مؤسسة تحكيمية مكمل^(٣).

وبعد ذلك ومن خلال الحكم المتعلق بـ Camas والصادر فى ٢٢ مارس عام ٢٠٠٧ اكدت على خصوصية التحكيم الرياضى بالإشارة الى ان هذا النوع من التحكيم هو فى الحقيقة ليس رضائيا (وبصفة خاصة فى اجراء التحكيم الاستثنائى).

¹⁾ RIGOZZI (A) op cit p.63-65.

²⁾ ARR et Gudel ATF 119 II 271, 278-280 cosid 3b , Bull ASA 1993 398 p 402 - 405.

أنظر: التطور التاريخى لمحكمة التحكيم الرياضى TAS والتعديلات التى ادخلت عام ١٩٩٤ على موقعها

<http://www.tas-cas.ory>

³⁾ ARRET Lagutina, ATF129, III 235, 243 consid 3.3.1, Bull ASA 2003 . 601 P. 607. V ég . A. Rigozzi a L'importance du droit suisse de l'arbitrage dans la resolution des litiges sportifs internationaux" prec, pp.303-304.

وبصفة عامة فإن القواعد المنظمة للاتحادات الفيدرالية والتي تتضمن لشروط تكميلية مثل اللاعبين الذين يشغلون مركزاً لا يمكنهم من التفاوض بحرية^(١)

إذ جاء في هذا الحكم الآتي "أن هذه الحالة مختلفة في المجال الرياضي حيث أنها تتضمن علاقات تجارية دولية فإذا ما تم قبول هذه الحالة - من الناحية التاريخية- حيث أن أحد اللاعبين قد نال شهرته فإنه سيتعاقد ويتصرف بحرية ويفرض شروطه على الفيدرالية الدولية المنظمة للعبة التي يمارسها إلا أن الخبرة تشير إلى أنه في الغالب الأعم من الأوقات، لا يمكنه أن يتصرف بحرية بالنظر إلى الفيدرالية التابع لها ومن ثم يكون خاضعاً لها طوعاً أو كرهاً إذا ما قررت ذلك إذا فاللاعب الذي يرغب في المساهمة في منافسة منظمة تحت رعاية إحدى الاتحادات الرياضية والتي ينص نظامها على اللجوء إلى التحكيم فإنه لن يكون أمامه اختيار إلا أن يقبل شرط التحكيم، وبصفة خاصة إذا كان اللاعب ينتمي إلى اتحاد فيدرالي رياضي دائماً ما يدرج في شرط التحكيم في العقد. ففي هذه الحالة يكون اللاعب بين أمرين يحاول المقارنة بينهما إما أن يقبل بشرط التحكيم، وأما أن يمارس اللعبة باعتبارها هواية.

كما أن الحكم السابق الإشارة إليه L'arrêt canas قد فحص أيضاً مدى إمكانية أن ينص شرط التحكيم على استبعاد الطعن في الحكم بالاستئناف فالمادة ١/١٩٢ من قانون المرافعات السويسري تسمح- في الواقع- بهذا الاستبعاد بالنسبة للطرفين المتنازعين الذين لا يملكون موطناً في سويسرا، إذا ما كان هذا الشرط مكتوباً بصورة صريحة. فالمحكمة الفيدرالية قد أوضحت ذلك من خلال الآتي:

إن التنازل عن استئناف الحكم في المستقبل من قبل اللاعب لن يكون بصفة عامة صادراً عن إرادة حرة وبصورة صريحة. فالموافقة إن وجدت لن تكون يصوره ظاهرة من البداية أصلاً بالنظر إلى الموافقة الملزمة التي أبقاها أحد طرفي المنازعة.

وعلى العكس من ذلك فإن التنازل أو الترك يكون صحيحاً أو مشروعاً حينما يكون اختصاص المحكمة مؤسس على شرط تحكيم مذكور في العقد وليس مفروضاً من قبل الاتحاد

¹⁾ V. arrêt canas ATF 133 III 236, 243 consid 4 . 3..2.2 Bull ASA 2007 , 592 p.602.

الرياضى التابع له اللاعب والذى من خلاله يكون اللاعب او الضامن أو الوكيل المعتمد أو النادى قد قبلوا اللجوء للتحكيم بحرية^(١).

وفى هذا المقام نود الإشارة إلى أن البحث هنا لا يتعلق بماهية الأسباب التى استندت إليها المحكمة الفيدرالية لإقرار شرعية التحكيم الذى يتضمن نوع من الاجبار أو الإلزام فى مجال الرياضة. وأيضاً استبعاد أى طعون ضد الأحكام التى تصدر من المحكمة الفيدرالية.

وقد منحت المحكمة العليا فى سويسرا العديد من المزايا للتحكيم أمام محكمة التحكيم الرياضية فقد قبلت الاستناد إلى العرف من أجل حل المنازعات الرياضية عن طريق التحكيم بدون أن يكون هناك استبعاد للطعن على الأحكام التى تصدر من المحكمة الرياضية^(٢). وهذا الاختلاف كان نتيجة لاختيار السياسة القانونية التى تتحاز إلى التحكيم الرياضى سواء بالسهر على أن الأطراف المتنازعة لم يتخلوا عن التخفيف من الرقابة القضائية^(٣).

وفى هذا الصدد يمكن التساؤل إلى أى حد أدى تطور التفسير التحكيمى إلى تبيان خصوصية التحكيم فى مجال الرياضى وهذا ما نعرض له من خلال المبحث الثانى.

¹⁾ V. arrêt du Tribunal federal 4A 232 /2012 du 29 mai 2012 – consid 2, 1; L. Weiller " The Major principles of arbitration law and their application in sports Related Matters cah arb 2013, 337 p.348.

²⁾ فى أحد الأحكام الحديثة: اعتبرت المحكمة الفيدرالية أن شرط التحكيم الذى تصفه هيئة التحكيم الرياضى (TAS) يعد بمثابة نموذج فى المجال الرياضى .

انظر فى هذا الصدد حكم المحكمة الفيدرالية الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٠١٢ منشور فى

Bull. ASA 2012, 431.p.441-442

وأنظر أيضاً:

A.Rigozzi: L'importance du droit suisse de l'arbitrage dans la resolution des litiges sportifs internationaux op cit p.313.

³⁾ G. Kuafmamm – Kohler et A Rigozzi "arbitrage international, droit et pratique à la lumière de la LDIP op it . p. 472 . N°758.

المبحث الثانى

دور المحكم فى التفسير

فى المجال الرياضى

إن التفسير التحكىمى فى مجال المنازعات الرياضية يتميز بالصفة التجارية، وفى هذا المضمار فإنه يتمثل مع التحكيم التجارى وبصفة خاصة فى اجراءات التحكيم العادى، إذ حينما يكون النشاط التجارى متعلق بموضوع قاعدة خاصة تم وضعها من قبل اتحاد فيدرالى فإن التحكيم الرياضى يظهر لبعض الخصوصيات. وفى إجراءات التحكيم الاستثنائى فإن تفسير القواعد يظهر لبعض الخصوصية . وهنا يمكن الاستعانة بإظهار قانون رياضى وقضاء محكمة التحكيم الرياضى فى مجال التأديب، وأيضاً فى بعض النماذج من المنازعات التجارية المنظم بواسطة الفيدرالية المختصة . وهذا ما سنعرض له من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: الصفة التجارية للمنازعات الرياضية.

المطلب الثانى: خصوصية تفسير القواعد الرياضية.

المطلب الثالث: ظهور القانون الرياضى وقضاء محكمة التحكيم الرياضى.

المطلب الأول

الصفة التجارية للمنازعات الرياضية

هناك العديد من المنازعات التى تطرح على محكمة التحكيم الرياضية قد تنصب اما على مسائل أساسية متصلة بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالرياضة وإما على مصالح مالية أو أية مصالح أخرى تعرض بمناسبة ممارسة أو تطوير الرياضة، وبصفة عامة بأى نشاط خاص بالرياضة وإما على قرارته تأديبية صادرة من منظمة رياضية. كما تختص هذه المحكمة بتقديم آراء استشارية غير ملزمة بشأن مسائل قانونية مرتبطة بالرياضة بناء على طلب اللجنة الأولمبية الدولية أو الاتحادات المعترف بها من اللجنة الاولمبية ولجان تنظيم الألعاب الأولمبية وغير ذلك من المنازعات التى ترفع إليها.^(١)

(١) د/ أسامة أحمد شوقى المليجى - المرجع السابق ص ٧٧ وما بعدها.

وهذه المنازعات البعض منها قد يتصف بالصفة التجارية مثل المنازعات المتعلقة بعقود اللاعبين، أو الانتقالات بين الأندية بالنسبة للاعبين أوبث المباريات على القنوات القضائية، وهذا ما يقتضى ايضاح هذه الصفة وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: الصفة التجارية والتحكيم العادى.

الفرع الثانى: الصفة التجارية والتحكيم الاستثنافى.

الفرع الأول

الصفة التجارية والتحكيم العادى

فى المجال الرياضى فإن التفسير التحكىمى للعقد أو القانون القابل للتطبيق سيظهر بذات الطريقة فى مجال التحكيم فى المنازعات التجارية وهذا سيكون بصفة خاصة فى اجراءات التحكيم العادى (وذلك بالتعارض مع تفسير القواعد الرياضية فى اجراءات التحكيم الاستثنافى)، حينما تكون هناك منازعة تجارية خاضعة لمحكمة التحكيم الرياضى بناء على شرط تحكيم فالمحكم الرياضى والتجارى يوجدان احيانا فى نفس القصر (مكان التحكيم) ويستوحيان ذات الواقع العملى التحكىمى من أجل تفسير عقود تجارية مثل عقود الضمان، حقوق البث التليفزيونى.

وهذه الاجراءات تكون سرية وفقا لنص المادة ٤٣ R من قانون التحكيم الرياضى ومن ثم فإنها لا تأخذ قيمة السابقة القضائية إذ تفضى هذه المادة بالآتى:

"إن الإجراء المتبع فى هذا النوع من التحكيم يكون سرى، فالأطراف - والمحكمين، وهيئة التحكيم الرياضى قد اتفقوا على عدم افشاء أية اسرار ومعلومات او وقائع للغير بدون اذن او تصريح من محكمة التحكيم الرياضية، فالأحكام لا تنشر الا اذا كان الأطراف قد وافقوا على ذلك او قرر ذلك رئيس الغرفة الخاصة بالتحكيم.^(١)

^(١) المادة ٤٣ R من قانون التحكيم الرياضى:

La Procédure instituée salon le present Regalement de Procedure est confidentielle. Les parties, les arbiters et le TAS s'engagent á me pas divulguer á des tiers des faits ou actress information's ayant trait au litige ou á la procedure sans la permission du tas. Les sentences me sont pas publiées sauf si toutes les parties consentient ou si le president de la chamber le decide".

الفرع الثانى

الصفة التجارية والتحكيم الإستئنافى

هناك بعض النماذج من المنازعات التجارية ذات صفة تجارية يمكن أن تكون موضوعا لقاعدة خاصة نص عليها من خلال الفيدرالية المختصة (منازعات تنظيمية) والتي تكون قابلة للتطبيق بطريقة موحدة من قبل الاتحادات أو التشكيلات. وفى مثل هذه الحالة، فإن التفسير والتطبيق (الموحد) للقواعد الرياضية الخاص بها سيظهر فى اجراء التحكيم الاستئنافى لمحكمة التحكيم الرياضية.

لمحكمة التحكيم الرياضية الفصل فى المنازعات الخاصة بنقل اللاعبين من نادى إلى آخر فهذا النوع من المنازعات يكون منظما من الناحية الموضوعية بواسطة قواعد متعلقة بحالة اللاعبين وانتقالهم.

وبالنظر إلى قانون التحكيم السويسرى - وعلى النقيض من كبرى الدول فى كرة القدم مثل فرنسا وإسبانيا وألمانيا وإيطاليا والبرتغال - فإن مثل هذه المنازعة تخضع للتحكيم حتى إذا كانت تخضع لقانون العمل (المادة ١/١٧٧ من قانون المرافعات السويسرى)^(١).

ويمكن الإشارة فى هذا الصدد القواعد المنظمة لوكلاء اللاعبين المفصولين بقرارات من الفيفا والتي نادراً ما تطبق أمام محكمة التحكيم الرياضى^(٢)، فحينما تتعلق المنازعة الرياضية بموضوع قاعدة خاصة فإن التفسير يظهر لبعض الخصوصية التي تصبح محلا للتحليل فيما بعد.

وعلى سبيل التبيان أو التوضيح فى المنازعة الخاصة بـ ADO den Haagc/ Newcastle united FC فإن الهيئة فسرت المادة ٣/٦ من الملحق الرابع من القواعد المتعلقة بحالة وانتقال اللاعبين (فى نصها الأسمى الصادر فى ١ يوليو سنة ٢٠٠٥). فهذا النص قد اشار إلى أن النادى الجديد يجب أن يدفع تعويضا من تجهيزه للنادى القديم وفقا للشروط الآتية:

¹⁾ A. Rigozzi "l'importance du droit suisse de l'arbitrage dans la résolution des litiges sportifs internationaux" prés. P.311-312.

أنظر: أيضاً حكم المحكمة الفيدرالية الصادر فى ١٨ مارس ٢٠١٣.

^(٢) أنظر فى هذا الصدد حالتين تحكيم، أحدهما ٢٠١٠ بين الحكم بتاريخ ٢٦ ديسمبر سنة ٢٠١١

Dennis Iachter c/Derh Boateny Owusu

الحكم بتاريخ ١٩ مايو سنة ٢٠٠٩ J.C / undines calico S.P.A

"إذا كان النادي القديم لم يبرم عقدا مع اللاعب فإنه لا يوجد تعويض يقوم بدفعه النادي الجديد للنادي القديم مقابل اعداده وتجهيزه إلا إذا استطاع النادي القديم أن يبرر حقه في هذا التعويض. فالنادي القديم يجب أن يحاول الوصول إلى ابرام عقد مكتوب مع اللاعب وأرسل لهم خطاب مسجل قبل سنتين يوما قبل انقضاء عقده. ومثل هذا العمل سيكون على الأقل فيه نوع من التوازن بالنسبة لهذا العقد. فهذا النص لا يحمل أى خسارة للحق في التعويض عن اعداد وتجهيز للنادي القديم.^(١)

فهذه الصياغة للنص تظهر أولاً أن هناك جزء من النص واضح ومن ثم فإنها لا تحتاج إلى تفسير، وبالتالي فإن النص المذكور يشير أيضا لحالة الهواه كما يشير إلى اللاعبين المشهورين وهذه الصياغة أيضاً تقتض في شطرها الثاني ما إذا كان النادي الجديد يجب أن يدفع تعويضا للنادي الأصلي إذا ما استطاع أن يقدم الدليل على حقه في مثل هذا التعويض. فالحكم المطعون عليه قد أكد أن الهدف هو مجازاة النادي الذي لم يقدم بمقدار وظيفيا للاعبه الهاوى الذي انتقل إلى نادي آخر.

إلا أن الصياغة الخاصة بهذا النص ترفض هذا التبرير وتؤكد أن هذا النص يحمى أى لاعب سواء كان هاوى أو محترف وتقر بأنه لا يفقد حريته في الاختيار لنادي آخر إذا ما كان ناديه الأصلي لم يوضح أو يظهر لأى فائدة. ففي مثل هذه الفرضية لا يمكن القول إلا أن اللاعب سلك طريقا غير مشروعاً في البحث عن وظيفة لأنه يحمل بطاقة سعر تشمل التعويض؟ فقد اكدت صياغة النص أن هذا التفسير هو الوحيد الذي يسمح بإعطاء النص قوته وذلك بالتفسير وفقا لمبدأ الأثر المفيد "Principe de L'effet utile".

^(١) المادة ٣/٦ من الملحق الرابع للتنظيم الخاص بتجهيز اللاعب وانتقاله من نادي إلى آخر

"Si l'ancien club ne propose pas de contrat au joueur, aucune indemnité formation n'est due, à moins que l'ancien club puisse justifier le droit à une telle indemnité. L'ancien club doit faire parvenir au joueur un contrat par écrit et par courrier recommandé au moins 60 jours avant l'expiration de son contrat en cours. Une telle offre sera au moins d'un niveau équivalent (sic) à celui du contrat en cours. Cette disposition ne portera pas préjudice au droit aux indemnités de formation de l'ancien ou des anciens clubs".

فمن النظرة الأولى نجد أن منهج التفسير الذى تتبعه محكمة التحكيم الرياضية يتماثل مع المنهج المستخدم فى التحكيم التجارى الدولى، فتفسير القواعد الرياضية يظهر فى بعض الأحيان لبعض الخصوصيات لهذا النوع من المنازعات.

المطلب الثانى

خصوصية تفسير القواعد الرياضية

ولتوضيح مدى الخصوصية التى يتمتع بها تفسير القواعد الرياضية، فإن الأمر يستلزم التعرض لها بصفة عامة، ثم نصرح بعد ذلك على حماية شخصية اللاعبين وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: خصوصية تفسير القواعد الرياضية بصفة عامة.

الفرع الثانى: الحماية الشخصية للاعبين.

الفرع الأول

خصوصية تفسير القواعد الرياضية

بصفة عامة

من حيث المبدأ فإن الاتحادات الرياضية التى تتطلب تفسيراً تاريخياً للقواعد المنظمة لها بأنها يجب أن يؤخذ فى الحسبان إرادتها الأصلية وبصفة خاصة اذا كانت تستند على الاعمال التحضيرية. ففى بعض الطعون نجد أن محكمة التحكيم الرياضية Le TAS قد طلبت ايداع مذكرة شارحه (Amicus curiae) - على سبيل المثال - والمقدمة من الوكالة الدولية لتعاطى المواد المخدرة (AMA) والمتعلقة بتفسير القواعد الخاصة بالمنشطات والمواد المخدرة.^(١)

ومنذ التعديل الصادر عام ٢٠١٠ فإن قانون التحكيم الرياضى يتضمن نصاً صريحاً يجيز الرجوع إلى الاعمال التحضيرية (المادة ٤١/٤ R) والتى تحيل الى المادة R٥٤ من القانون الرياضى "والذى بمقتضاها فإن اللاعبين والأندية يتمنون تفسيراً موضوعياً.

^١) V. arbitrage cas 2011/0/2422, usoc/ ioc

الحكم الصادر فى ٤ اكتوبر عام ٢٠١١ (تحكيم عادى معتمد على اتفاقية تحكيم خاصة) والذى بصده وافقت الاتحادات الرياضية ذات الصلة على الاعتماد فى التفسير على الاعمال التحضيرية".

إذ تقضى المادة ٤١/٤ R (١) "أنه بعد فحص ملاحظات الاطراف المعنية، فإن الصياغة يمكن أن تسمح بالرجوع إلى الاعمال التحضيرية الشارحة وفقا للظروف والشروط التي يمكن ان تحدد معناها" وقبل تعديل عام ٢٠١٠ فإن الصياغة كانت تؤكد أنه في حالة عدم وجود نص صريح في قانون التحكيم الرياضى فإن الاعمال التحضيرية، كانت لا تقبل امام محكمة التحكيم الرياضى الا بموافقة طرفى التحكيم، إلا إذا كانت تستند إلى تحقيق المصلحة العامة(٢) بالصياغة القانونية للنص ستجد مواجهة من أول صعوبة تقابلها لانه يجب التساؤل عما اذا كانت هذه الصياغة يجب ان تفسر هذه القواعد مثل نصوص القانون ام العكس وفقا لنظام مجتمع ما او منظمة ما.

وبصفة عامة حينما يتم تفسير القواعد الدولية (مثل القانون الدولى الخاص بتعاطى المخدرات او المنشطات التى وضفته هيئة "AMA, L") فإن المفسرين يفضلون الرجوع إلى المبادئ العامة للتفسير المشتركة لكل الانظمة القانونية(٣)

فحتى اذا كان النص واضحا فإن المحكمين يضعون فى اعتبارهم الهدف او الغاية المحددة من الاتحادات الفيدرالية والتى تتعلق بالتنظيمات مثل احترام مبدأ التوقع او التنبؤ respect de la prrversibilité فالتفسير يجب أن يكون معياريا او موضوعيا لأنه ليس المقصود منه البحث عن الارادة الحقيقية للاطراف المتنازعة، ولكن المقصود هو تفسير القواعد الرياضية وفقا للمعنى الذى يمنحه لها شخص عاقل وفقا لظروف المنازعة وبصفة خاصة يفسر النصوص وفقا للهدف الذى يرمى اليه النص محل التفسير. فمبادئ التفسير للقواعد الرياضية تم صياغتها كما فعلت المحكمة الفيدرالية ذلك من خلال النص الآتى:

(١) نص المادة ٤١/٤ R

A Prés exman des observations des parties concernées , la formation peut autoriser le dépôt de mémoires amicus curie , selon les termes et conditions qu'elle aura déterminés".

²⁾ V. arbitrage cas 2008 /A/1639, RCD Mallorca/tel football association (FA) et Newcastle United, sentence du 24 avril 2009 , spés , no 1-17.

³⁾ V. arbitrage cas 2009 /A/1948, Robert Bergerac / WADA sentence de mars 2010 no34 et s.

"أن الانظمة الخاصة بالشخص الاعتبارى فى القانون الخاص (مثل قانون الشركات السويسرى) تفسر وفقا لمبدأ الثقة والامانة" le Principe de la confiance على ضوء الارادة الصريحة للمتعاقدین. فالتفسير الموضوعى -مثل نصوص القانون - لابد ان يكون مدرك أو معقول بل ومقبول بالنسبة لجانب من الفقه كما هو الحال فى تفسير النصوص المتعلقة بالتنظيمات الرياضية محل البحث.^(١)

فالتفسير للقواعد الرياضية يكون موضوعياً (بالقرب من نص القاعدة المتعلقة بالمنازعة فالمحكم قد وضع فى اعتباره المعنى العادى والمعنى الحرفى للنص (التفسير اللفظى). interpretation grammatical^(٢)

ويمكن أيضاً أن تؤخذ الظروف التاريخية للنص فى الاعتبار من أجل تشييد إرادة التنظيم الرياضى والمنصوص عليها فى القواعد المتعلقة بهذا التنظيم (التفسير التاريخى) " interpretation historical" فالأعمال التحضيرية للقواعد الرياضية أحياناً تكون نادرة وعند الزوم، فإن محكمة التحكيم الرياضية أحياناً ترجع إلى الأعمال التحضيرية من أجل تأكيد تنمية التفسير التى توصلت إليها^(٣)

كما أن المحكم يجب أن يتأكد أن التفسير الذى منح للقاعدة محله يتكامل مع الفحوى او المضمون الكلى للقاعدة الرياضية محل التفسير interpretation systematique وهو ما يسمى بالتفسير المنهجي .

^(١) أنظر: تفسير المحكمة الفيدرالية للنصوص الخاصة بالقوانين الرياضية.

"Les statuts d'une personne morale de droit privé (telle qu'une association de droit suisse) sont normalement interprétés selon le principe de la confiance, à l'instar des déclarations de volonté contractuelles (...). Une interprétation d'après le sens objectif, comme pour les textes de loi, est aussi concevable (...), voire préférable pour une partie de doctrine (...). Il en va notamment ainsi lorsqu'il s'agit, comme c'est ici le cas, d'interpréter des dispositions statutaires relatives à des questions de compétence (...)"

^(٣) V.P. ex arbitrage TAS 2001 /A/2063 ucic/ J.A.R.R.et R sentence du 4 octobre 2010, spéc. No82-90.

وفى هذا الحكم طبق المحكمين اربع قوانين للتفسير - التفسير اللفظى - التفسير التاريخى - التفسير المنهجي والغاى للقواعد الخاصة بالاتحاد المعنى.

وأخيراً يمكن الاتجاه إلى التفسير الغائي للقاعدة محل التفسير interpretation télégiague وفى جميع الوقائع المشار إليها طبقت محكمة التحكيم الرياضية قوانين التفسير المتعلقة بالقانون على القواعد الرياضية.

فقاعدة التعهد بالضعف إلا إذا اشترط غير ذلك in dubio contract stipulalorem من خلال عقد مشاركة أو عقد مخالف contra proferentem يتم تطبيقها بصورة متكررة وبصفة خاصة بالنسبة للمخالفات التأديبية. وفى حالة الشك فإن أى قاعدة رياضية فإنه يتم تفسيرها بالمخالفة لتفسير الفيدرالية التى وضعتها فى التعاقد.

كما أن المحكمين يمكنهم أيضاً الإشارة إلى مبادئ عامة أخرى وبصفة خاصة المبادئ الخاصة بمخالفة الشرعية العامة Lex specialist derogate legi general أو مبدأ الأثر المقيد at resmagis vale at quam pereat فحينما تكون المنازعة متعلقة بمخالفة تأديبية، فإن حماية اللاعبين تقود المحكم فى بعض الاحيان تطبيقا مماثلا لمبادئ التفسير الخاصة بالقانون الجنائى قبل التطرق إلى شرعية الجزاءات، وأيضاً مراعاة عدم تطبيق المعايير الجزائية بأثر رجعى^(١) أو مبدأ التفسير الانسب أو الأمن أو التناسب فى العقوبة.

وعلى العكس من ذلك فإنه فى موضوع تعاطى المخدرات فإن مبدأ in dubio proreo لن يكون قابلاً للتطبيق . فالمخالفات المتعلقة بتعاطى المخدرات فأنها تكون مؤسسة على المسئولية الموضوعية حيث أنه يوجد افتراض الخطأ بالنسبة للاعب والذى يكون مراقباً.

¹⁾ Sentena du 15 juillet 2008 , spec No43, Reu arb. 2009, 622 ols M. Maisonneuve.

Cas 2008 /A/ 1584, Vitoria sport clube de Guimadées C/ UEFA et FC porto Futebool SAD

الفرع الثانى

الحماية الشخصية للاعبين

كما أوضحنا سابقا فإن المنازعات الرياضية تخضع بصفة عامة لقانون التحكيم السويسرى سواء من حيث الشكل أو الموضوع. والمحكمين الذين يتبعون محكمة التحكيم الرياضية يجب عليهم أن يفسروا القواعد الرياضية على ضوء القانون السويسرى وبصفة خاصة النصوص التى تحمى شخصية اللاعبين (المادة ٢٧ وما بعدها من القانون السويسرى) وفى الحقيقة فإن التعدى على هذه المعايير - فى بعض الظروف - يمكن أن يشكل تعديا على النظام فإن العام (المادة ٢/١٩٠ من قانون المرافعات السويسرى)^(١)

- وعلى سبيل الايضاح فإنه فى التحكيم الخاص بـ Malugalem فإن حكما من محكمة التحكيم الرياضية قد تم ابطاله لهذا السبب فالمحكمة الفيدرالية قد اكدت ان العقوبة المقضى بها مؤسسة على القانون التأديبى للفيفا والتى كان بواسطته قد حدد أحد اللاعبين بتجريم غير مشروع من ممارسة وظيفته بسبب أنه لم ينفذ الغرامة المالية والتى نتج عنها ضرر واضح وخطير لحقوقه الشخصية والتى كانت تمثل تعديا على النظام العام السويسرى.
- ويمكن القول بأن التعدى البسيط على الحقوق الشخصية ليس كافيا فالتعدى يجب أن يظهر لبعض الخطورة لكى يحفظ الطعن على الحكم وفقا لنص المادة ٢/١٩٠ من قانون المرافعات السويسرى وعلى سبيل التوضيح فإن أى عقوبة مقضى بها لمقاومة تعاطى المخدرات او المنشطات ليست مخالفة للحقوق الشخصية للاعب إلا إذا كانت محددة من حيث الزمان.

¹⁾ Arrit Matagalpa ATF 138 III 322, 327 consid 4.1,

Dull . ASA 2012, 291. P. 598 mote L. Burger Rew arb 2012 860 obs p-y. Tschang et I. fellrath id p.668 obs M. Maisonneune.

V. M.Morfan a the relevanco of suiss law in doping disputes in particular from the perspective of personality rights- Adieu brome abroad" préc. Pp. 344-347; U. Arroyo (éd) arbitration in suitgerland.

المطلب الثالث

ظهور القانون الرياضى

وقضاء محكمة التحكيم الرياضية

بصفة عامة فإن الهيئات التحكيمية يرجعون دائما للقانون الرياضى (بالقياس على Par "analogies avec la *laxmercatoria* سواء كان نظام قانونى عابر للدول والذى ينظم الانشطة الرياضية يوضح بصفة خاصة خطر تعاوى المخدرات، والحماية الشخصية للاعبين ولمصلحة الرياضة على وجه العموم. واحيانا تؤكد المحكمة الفيدرالية أن القواعد الرياضية لابد أن تحترم وتفسر هذه القواعد على ضوء القواعد الوطنية الآمرة.^(١)

وحيث أن الفقه منقسم حول هذه النقطة فإن قضاء المحكمة الفيدرالية قد أشار من قبل الى ان القواعد المستقلة والخاصة بالتنظيمات الخاصة ليس لها خصائص المعايير القانونية حتى اذا كانت مفصلة. ومن امثلة ذلك التعليمات والسياسات الخاصة بسلوك لاعبي التزلج على الجليد التى وضعتها الفيدرالية الدولية للتزلج على الجليد (Fis) فالنصوص الموضوعه من قبل الاتحادات والتنظيمات الخاصة ستجد نفسها فى علاقة خضوع للقوانين الوطنية. فهذه التعليمات لا تؤخذ فى الاعتبار الا حينما يسمح بذلك القانون الوطنى. فهى لا تشكل قانونا بالمفهوم الوارد بالمادة ١/١١٦ من قانون المرافعات السويسرى، ومن ثم لا يمكن الاعتراف بها بإعتبارها قانون رياضى عابر للدول وهذا ما أشارت إليه المحكمة فى العديد من أحكامها

"Alors que la doctrine est divisée, la jurisprudence du Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que les règles autonomes d'organisations privées n'ont pas la qualité de normes de droit, même si elles sont très détaillées et circonstanciées (comme par ex, "...." Les directives pour le comportement des skieurs de la Fédération internationale de ski (FIS) "...". Les dispositions établies par des organisations privées se trouvent dans un rapport de subordination aux lois étatiques; elles ne peuvent être prises en considération que lorsque le droit étatique le permet "....". Elles ne

constituent pas un "droit" au sens de l'art, 116 al. 1 LDIP et ne peuvent même pas être reconnues comme "lex sportiva transnationales" ".....".

فالأحكام الصادرة من محكمة التحكيم الرياضية (TAS) الغرفة الاستئنافية قد أجرت تحليلاً غائياً مثل ما يحدث في المواد التجارية، ويتكرر هذا التحليل قد خلقت قضاء تحكيمى رياضى. فهذه الخصوصية للتحكيم الرياضى ترتبط على وجه الخصوص بتفسير القواعد الرياضية بغرض خضوع اللاعبين لنظام موحد^(١)

وقد أشارت المحكمة الفيدرالية فى حكمها الصادر فى ٩ اكتوبر عام ٢٠١٢ إلى الآتى:
"ليس من المؤكد أن الاحكام التى تصدرها محكمة التحكيم الرياضية يمكن أن توصف بأنها مبادئ قانونية فى مفهوم القضاء الفيدرالى . ففى الحقيقة وعلى العكس من المحكمة الفيدرالية – التى توصف بأنها سلطة قضائية عليا للكونفدرالية – تصدر أحكاما تأخذ قيمة السوابق القضائية بالنسبة للقضاء الأدنى، والمحكمين، حيث أن السلطة الممنوحة لهم من إرادة اطراف التحكيم لا تسمح لهم بإصدار أحكام حيث أن الحلول ستفرض بالضرورة من محكمة تحكيم استئنافية محل ذات النزاع، ومن ثم يكون من الصعوبة – من الناحية النظرية على الأقل – اعتبار القضاء التحكيمى مصدرا من مصادر قانون التحكيم^(٢)."

2013 . 174, p. 189, "... it n'est pas sûr que les sentences du TAS puissent être qualifiées de principes juridiques au sens de la jurisprudence fédérale "....". En effet à L'univers du Tribunal fédéral qui, en sa qualité d'autorité judiciaire suprême de la Confédération, prononce des arrêts ayant valeur de précédents pour les juridictions inférieures, les arbitres,

¹) M. Maisonneuve " L'arbitrage des litiges sportifs" op it pp. 441 et S.

حيث قد أشار إلى انه ليس فقط مفهوم القضاء التحكيمى الرياضى الذى يتصف بالاستحاليه العقلية والمنطقية، ولكنه يكتسب استقرار او صلاحه بمرور الوقت والذى يصبح فيما بعد موضوعا لعرض تركيبى
أنظر: ايضا الموقع الخاص بمحكمة التحكيم الرياضية والذى استخدم مصطلح القضاء من أجل أن يوصفه الأحكام
التي تصدر من الهيئات التحكيم الرياضية (HTT://WWW.Tas-cas.org)

^٢) انظر حكم محكمة التحكيم الرياضية فى ٩ اكتوبر عام ٢٠١٢ .

Arrêt du tribunal fédéral 4 A 110/2012. Du 9 octobre 2012 couid 3.2.2 . Bull .
ASA. 2013, 174. P.189.

dont le pouvoir résulte essentiellement de la volonté des parties, ne rendent pas des sentences dont les solutions s'imposeraient nécessairement à un autre tribunal arbitral à trancher la même question , de sorte qu'il paraît difficile, en théorie , en théorie du moins, de considérer la jurisprudence arbitrale comme étant une source du droit de l'arbitrage."....".

وعلى سبيل التوضيح يمكن الإشارة إلى القانون العالمي لتعاطى المخدرات والمنشطات والخاص بـ "L. AMA" فهذه القواعد التي تم وضعها من مختلف الاتحادات الوطنية والدولية يجب ان تكون موحده فى هذا النص (القانون) ايا كان نوع الرياضة المعنية . وعند اللزوم فإن محكمة التحكيم الاستئنافية – وعلى هدى من احكام محكمة التحكيم الرياضية، وای هیئات تحكيمية رياضية اخرى – ستصدر حكمها فى اى منازعة رياضية وذلك بالاستناد الى حكم صدر فى منازعة رياضية اخرى. ومن اجل ذلك فإن الاحكام التى تصدر فى بعض المنازعات الرياضية – سواء صادرة من محكمة التحكيم الرياضية او اى هیئات تحكيم اخرى – والذى من خلالها تكون هیئة "LIAMA" طرفا يوضع هذه الاحكام على الموقع الخاص بها.

فالقانون الخاص بالتحكيم الرياضي يسعى لإظهار ونشر مثل هذا القضاء في موضوع الرياضة حيث أن المادة ٢/٥٩ الفقرة الأولى منه تقضي بالآتي :

"قبل التوقيع علي الحكم فإنه يجب أن يعرض على السكرتير العام لهيئة التحكيم الرياضية والذي يمكنه أن يجري تعديلات تصحيحية شكلية محضة ويسترعي انتباه الهيئة التحكيمية للمسائل المثارة حول مبدأ أساسي (١)".

وأيضاً تشير المادة ١٩ الفقرة الثالثة من قواعد التحكيم الخاصة بالألعاب الأولمبية الي الآتي " قبل التوقيع علي الحكم فإنه يراجع من قبل رئيس غرفة التحكيم الخاص ad hoc والذي

(١) نص المادة ٢/٥٩ فقرة أولى من قانون التحكيم الرياضي

"Avant la signature de la sentence, celle-ci doit être transmise au secretaire general du TAS qui peut procéder á des rectificotions de pure forme et attire l'attention de la formation sur des questins de principe fondamentales".

يمكن له أن يجري تعديلات في صياغة الحكم بدون أن يحمل أي تعدي علي حرية الهيئة في إصدار الحكم، مستترعيه انتباهها عن المسائل الموضوعية الخاصة بالمنازعة محل الحكم^(١).

وهذا الشكل من التدخل المؤسس في مهمة المحكمين - والذي يبدوا منتقدا من النظرة الأولى- يكون في صالح التماسك بين الأحكام التي تصدر من محكمة التحكيم الرياضية. فالمحكمين ليسوا مرتبطين أو ملتزمين بالرأي الذي يصدر عن السكرتير العام لمحكمة التحكيم الرياضية، ولكن عند اللزوم فإنه يتم استبعاد قضاء محكمة التحكيم الرياضية وذلك عن علم بالسبب^(٢)، وحديثا أكدت المحكمة الفيدرالية أن هذه المراجعة "droit de regard" لا تثير الشك في استقلال النظام التحكيمي^(٣).

- وكما أوضح الأستاذ ري جوزي Rigozzi أن القانون القابل للتطبيق علي موضوع المنازعة في الغالب الأعلى من الحالات يأخذ معني القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف وفقا للمادة ٥٨ R من قانون التحكيم الرياضي (مستوحاه من المادة ١/١٨٧ من قانون المرافعات السويسري) وإنها أيضا في مصلحة تطور قضاء رياضي موحد".

وفي الحقيقة فإن القواعد القانونية الوطنية الأخرى التي يمكن أن تكون قابلة للتطبيق. وهذه القواعد تسمح للمحكم الرياضي أن يطبق قواعد قانونية ذات أساس خاص.

- والهيئة التحكيمية يمكن أيضا أن تفصل في منازعة بالتطبيق لقواعد رياضية قابلة للتطبيق مع الأخذ في الاعتبار للمبادئ العامة للقانون.

- ويمكن الإشارة في هذا الصدد الي أن المادة ١٧ من قواعد التحكيم الخاصة بالألعاب الأولمبية تقضي بإمكانية تطبيق المبادئ العامة للقانون بدون أن يكون هناك إحالة من القانون الوطني^(٤).

^(١) نص المادة ١/١٩ فقرة ثالثة من قواعد التحكيم في الألعاب الأولمبية

"Avant la signature, la sentence est revue par le president de la chambre ad hoc qui peut procéder à des modifications de forme et sans pour autant porter atteinte à la liberté de décision de la formation, attire attention de celle-ci sur des questions de fond".

^(٢) M. Maisonneuve op cit p124. spéc No321.

^(٣) Arrêt du tribunal fédéral 4 A. 612/2009 du 10 février 2010 covid 3.3, Bull . ASA .2010 . 612.p622-623.

^(٤) نص المادة ١٧ من قواعد التحكيم الخاص بالألعاب الأولمبية

- وعند الضرورة يمكنها تطبيق القانون الوطني المناسب وبصفة خاصة حينما يكون متعلقا بالنظام العام^(١) أو إذا كان يشكل قانونا فيطبق بشكل غير مباشر^(٢).
- ويمكن التفكير - علي وجه الخصوص- في القواعد الخاصة بالحماية الشخصية للاعبين. هذا التحديد - الجوهري- للقانون الوطني- بتعريفه الوطني يكون في صالح إظهار مثل هذا القضاء، وبإزدياد إمكانية هيئة التحكيم الحكم وفقا للقواعد القانونية أيا كانت ويتأكد تناسبها أو توافقها ، ومن ثم إتباعها لحل ذات الموضوعات^(٣).
- وأخيرا وحتى عام ٢٠٠٤ هناك جزء كبير من أحكام محكمة التحكيم الرياضية الصادر من غرفة التحكيم الإستئنافية نشرت في دورية خاصة. كما أن هناك العديد من الأحكام التي وضعت علي الموقع الخاص بمؤسسة التحكيم. وهذه الأحكام أصبحت منشورة. فالاتحادات الرياضية واللاعبين لا يمكنهم الادعاء بعدم العلم بهذه الأحكام قياسا علي القاعدة الشهيرة الخاصة بالعلم بالقانون (لا يستطيع أحد الاعتذار بالجهل بالقانون).
- وفي ظل هذه الظروف فإن المحكمين الذين يسترشدون بأحكام سابقة لا يسلمون من الانتقاد. وهنا يمكن التساؤل الي أي مدي يمكن للمحكمين أن يسترشدوا بأحكام سابقة صادرة من محكمة التحكيم الرياضية التي لم تنشر. وفي رأينا إذا كان هذا الحكم أساسيا لحل المنازعة المعروضة، فإن المحكمين لا يضعون في إعتبارهم هذا الحكم الا إذا كان الأطراف المتنازعة قد توصلوا إليه في الوقت المناسب مع منحهم الوقت الكافي للتأكد من مدي صحة هذا الحكم. وفي حالة نقص الاعلان من الحكم أو الوصول إليه في الوقت المناسب فإن هيئة التحكيم يمكن أن تري أن هذه الحالة تمثل إعتداء علي القانون الواجب التطبيق^(٤).

"la bormation statue en vertu de la charter alympique des regalements applicable, des principes genre aux du droit et des règles de droit don't elle retime application appropriée".

^(١) أنظر المادة ٢/١٩٠ فقرة أولى من قانون المرافعات السويسري.

^(٢) V.ARIgozzi et E. Haslr op cit , Article R58 cas code spec No23 – 24 et les ref cites .

^(٣) id l'art 58/2 code TAS Précise que, dans ce drmier cas la decision de la formation doit être motive".

^(٤) V. art 190/2 / et d LDIP – V. toitefois l'arût du Tribunal Fédéral 4 A-110/2012, du 9 octobre 2012 consid 3.2 Bull ASA , 2013 , 174 .p.188-189.

- وقد أشار حكم محكمة التحكيم الفيدرالية الصادر في ٩ أكتوبر عام ٢٠١٢ ما يؤكد ذلك حيث ذكر الآتي:-

130 III35, 39 -40 consid , 5; cet arrêt précise que" Savoir ce qui est imprévisible est une question d'appréciation et il convient de se montrer plutôt restrictif dans le domaine de l'arbitrage international , pour tenir compte de ses particularités (volonté des parties de faire trancher le litige par des arbitres, et non par les tribunaux étatiques ; coopération d'arbitres de traditions juridiques différentes); it s'agit également d'éviter que l'argument tire de l'imprévisibilité du raisonnement adopté par le tribunal arbitral ne soit détourné pour imposer à l'autorité de recours une révision au fond des sentences arbitrales".

إن العلم بما هو غير متوقع هو تساءل يتعلق بالتقدير ولذلك يجب أن يعرض أو يظهر على وجه التحديد في مجال التحكيم الدولي من أجل أن يضع في إعتباره هذه الخصوصيات المتعلقة بالتحكيم الرياضي- وبصفة خاصة ادارة الاطراف المتنازعة ودورها في حل المنازعة بواسطة المحكمين وليس بواسطة المحاكم الوطنية تعاون المحكمين مع التقاليد القانونية المختلفة- والمقصود أيضاً في هذا الصدد تجنب الدليل المستمد من عدم التوقع للتسبب المبني من قبل محكمة التحكيم

وفي هذه المنازعة استبعدت المحكمة الفيدرالية وجه الطعن المتعلق بالاعتداء على القانون المزعوم الذي ينطبق على الواقعة بسبب ان هيئة التحكيم لم تستند في حكمها على الاحكام غير الجنائية (غير منشورة) من اجل اصدار حكمها عن التقاط محل الخلاف- وفي احدى ملاحظات المحكمين قد اوضحوا انه من الصعوبة بمكان - من الناحية النظرية - ان نعتبر الحكم التحكيمي بمثابة مصدر من مصادر قانون التحكيم وهذا الاعتبار الاخير يمكن أن يوحى بأن حكاما احال الى أحكام سابقة ليست منشورة وأنه في هذه الحالة لا يكون قد وقع تحت طائلة القاعدة القضائية بواسطة الاستثناء من مبدأ Jure moit curia والتي تعتبر ان القانون المزعوم من قبل الاطراف قد تم الاعتداء عليه حينما يؤسس المحكمين حكمهم استنادا الى معيار او اعتبار قانوني والذي لم يكن قد تم التصدي له من خلال الدعوى والذي لم يستطيع الاطراف توقع مدى تعلقه بالموضوع.

إذ لا يجب أن يكون بطريقة ملتوية من أجل أن يفرضوا على سلطة الطعن المراجعة الموضوعية للأحكام التحكيمية.^(١)

فالمادة ٦٠، ٦٦ قانون الرياضة التحكيمى القديم قد أقرت بالحق فى طلب الاستشارة من المحكمة الرياضية "Prouaduro consaltatue من قبل الاتحادات والانظمة الرياضة حول تفسير القواعد التى تنظم هذه الاتحادات سواء بطلب اخذ الرأى حول مسألة قانونية تتعلق بالواقع العملى أو لتطوير الأنشطة الرياضية. أما اللاعبين لا يتمتعون بهذه المكنه، والغرض من هذا الاجراء هو الحصول على رأى قانونى بسيط (غير ملزم) وليس المقصود من ذلك الحصول على حكم. والسكرتير العام لمحكمة التحكيم الرياضية قد أوضح ان الهدف الأول من هذا البناء القانونى قد تغير لأن الاتحادات الفيدرالية بدأت تلجأ اليه بصفة متكررة حيث أن أى منازعة ترفع أمام المؤسسة التحكيمية بخصوص ذات المسألة التى كانت محلاً لطلب الرأى.

إذا ما كان المقصود هو الحصول على مجرد واستشاره غير ملزمة، فإن الهيئات التحكيمية يمكن ان تؤكد لها حين التصدى للموضوع، وبالإضافة الى ذلك فإن طلب المشورة او الرأى من محكمة التحكيم الرياضية يمكن ان يكون بإجراء احادى من احد الطرفين وليس من الطرفين المتنازعين حيث ان الرأى الاستشارى قد صدر بناء على المذكرة او العيار المقدم من أحد الاطراف فقط سواء كان فيدرالية او اتحاد رياضى قد عرض على محكمة التحكيم الرياضية هذا الطلب^(٢).

^(١) وفى هذه المنازعة أستبعدت المحكمة الفيدرالية وجه الطعن المتعلق بالاعتداء على القانون المزعوم والذي ينطبق على الواقعة بسبب أن هيئة التحكيم لم تستند فى حكمها على الاحكام غير الجنائية (غير منشورة) من أجل اصدار حكمها عن النقاط محل الخلاف- وفى احدى ملاحظات المحكمين قد أوضحوا أنه من الصعوبة بمكان - من الناحية النظرية- أن نعتبر الحكم التحكيمى بمثابة مصدر من مصادر قانون التحكيم . وهذا الاعتبار الاخير يمكن أن يوحى بأن حكما ما احوال الى احكام سابقة ليست منشورة وانه فى هذه الحالة لا يكون قد وقع تحت طائلة القاعدة القضائية - بواسطة الاستثناء من مبدأ Jure nouit curia والتى تعتبر أن القانون المزعوم من قبل الاطراف قد تم الاعتداء عليه حينما يؤسس المحكمين حكمهم استناداً إلى معيار او اعتبار قانونى والذي لم يكن قد تم التصدى له من خلال الدعوى والذي لم يستطيع الاطراف توقع مدى تعلقه بالموضوع

²⁾ V. M. Reeb "Les modifications essentielles apportées au code de l'arbitrage en matière de sport entre le 1^{er} janvier 2010 et le 1^{er} janvier 2012 in A. IGOZZI et M. Bernaxoni, cas jurisprudence and New Developments in international sports law 3^{ed} cas SAV/ FSA conference lausanne 2010 , weblaw, 2^{de} p.1-27, 9-10.

ولهذه الاسباب فإن طلب اخذ المشورة او الرأى من محكمة التحكيم الرياضية قد تم الغاءه من المجلس الدولى للتحكيم فى مجال الرياضة (CIAS) ابتداء من ١ يناير سنة ٢٠١٢ والاجراءات العادية امام محكمة التحكيم الرياضية قد تم تبنيها من اجل الحصول على تفسير للقواعد المنظمة للرياضية وقد يتم ايماء التفسير أحيانا من خلال حكم تحكيم ملزم قد صدر من خلال اجراء مضاد أو مناقض.^(١)

هذا العارض أو الحادث أثبت أن التفسير الرسمى يبين للأضرار أو المضايقات التى تعوق الأداء الجيد للظروف الخاصة بهذه الحالة الفردية فإذا كان هذا المنهج مقبولا - فى الواقع - بالنسبة لتفسير قانون او معاهدة، فإنه يجب أن يكون هناك قابلية لنقاش ما اذا كان ذلك يمكن أن يسرى على قواعد تنظيمية، أو مبادئ عامة وليست شخصية مقل القانون، ولكن ذات أصل خاص. وفى المقابل فإن ظهور قضاء تحكيمى رياضى يجب أن يؤدي الى النجاء أو الخلاص، لأن الاندية الرياضية واللاعبين يجب أن يكون لديهم نفس الشعار. " les clubs et les athlètes doivent " etre logés à la aûme emseigne" والمقصود بذلك أن يتبعوا نفس الهدف أو الغاية من القواعد الرياضية^(٢)

¹⁾ V.P. ex. Arbitrage cas 2011/0/2422 unite de states alynpic committes/ conité international alympique, sentence du 4 octobre 2011 (Praédure d/ arbitrage arдинаire)

v. ég arlitrage cas 2011/A/2658, British alynpic Association (BOA) c/ Agence mondiale antidopage (AMA , sentence du 30 avril 2012

وفى هذا الحكم الاخير المقصود اجراء تحكيمى استئناف ضد القرار الصادر من AMA وأنه اوضح أن القاعدة الخاصة بتعاطى المنشطات المنصوص عليها من قبل La BOA والتي لا تتوافق مع القانون العالمى لتعاطى المنشطات وذلك بالنظر الى الحكم السابق الصادر فى ٤ اكتوبر عام ٢٠١١ . فهذه المسألة قد حققت لنفس الهيئة التحكيمية والتي فى القضية Cas 2011 /0/2422 اثبتت ضرورة ان يكون هناك تفسير موحد للقواعد الخاصة بتعاطى المنشطات.

^{٢)} أنظر: المادة ١/١ من القواعد الخاصة بالفيفا والمتعلقة بحالة اللاعبين وتنقلاتهم Verion 2010 فالتنظيم الحالى وضع قواعد موحدة وملزمة متعلقة بحالة اللاعبين واعادهم أو تأهيلهم من أجل المساهمة فى الرياضة الاساسية (كرة القدم) إذ أن تنقلاتهم بين الاندية التى تتبع مؤسسات ومنظمات مختلفة . ومن أجل الوصول الى هذا الهدف فإنه يجب أن يكون تفسير هذه القواعد موحدا.

وهذا ما يحدث فى المجال التأديبى وبصفة خاصة فى الكفاح ضد تعاطى المنشطات (قضاء عقابى- رادع)، وايضا فى بعض المنازعات ذات الصفة التجارية والتي يتصل فيها باجراء تحكيمى استئنافى وعلى سبيل المثال فى موضوع انتقال اللاعبين (قضاء غير عقابى jurisprudence non- repressinvie والمقصود هنا وجود اختلاف كبير مع التحكيم التجارى الدولى (وبالذات التحكيم فى منازعات الاستثمار)^(١))

وبالتالى فإن التفسير فى المجال الرياضى يظهر لخصوصيتين:

الأولى: أن المحكم له قانونه (القانون الرياضى) والذى يجب ان يدافع عن قيمة مثلما يفعل القاضى الوطنى مع نظامه القانونى.

الثانية: فى الدعوى التحكيمية الاستئنافية فإن قضاء تحكيميا رياضيا يجب ان يؤسس من اجل تفسير القواعد الرياضية سواء كانت هذه القواعد من طبيعة عقابية او غير عقابية، فيجب عليه ان يسمح ببعض الامان التنظيمى والتي تقوى او تدعم نزاهة التفسير، وعدم الاعتراض عليه ويجب ان تكون كذلك من اجل حماية المرسل اليهم هذه المعايير وبصفة خاصة اللاعبين والاندية الرياضية.

¹)M. Maisonneuve "L'arbitrage des litiges sportifs op cit p 509-535.

خاتمة

ذاتى أو موضوعى، مقيد أو واسع- لفظى أو غائى، محافظ أو موحد، فإن التفسير التحكيمى يظهر لأوجه متعددة يمكن أن تبدوا الاول وهلة متناقضة ونسيان اختلاف المنازعات بين تجارية، واستثمارية، ورياضية " فإن هذه المنازعات تخضع كلها للتحكيم . فالمحكم يجب أن يتبنى المنهج التفسيرى المناسب للمنازعة المعروضة عليه من اجل أن يصل من خلال التفسير الى التقدير المناسب للمنازعات المعروضة عليه، وأن يأخذ فى حسابه لخصوصية هذه المنازعات.

وهناك العديد من المبادئ التى يرتكن إليها التفسير وبصفة خاصة هذه المبادئ الثلاثة الواضوح، ومبدأ الأثر النافع أو المفيد، ومبدأ حسن النية، وهذه المبادئ لا تراعى فقط من جانب المحكمين، بل تطبق أيضاً من قبل القاضى الوطنى.^(١)

وفى المقابل فإن التحكيم التجارى الدولى يختلف عن التحكيم فى منازعات الاستثمار والمنازعات الرياضية فى نقطتين:

الأولى: أن فى التحكيم التجارى الدولى يرتكز بصفة اساسية على الارادة الحقيقية لاطراف التحكيم (المنهج الشخصى او الذاتى فى التفسير) سواء فى تفسير العقد او القانون الذى ينطبق على المنازعة^(٢).

أما المحكم فى منازعات الاستثمار أو المنازعات الرياضية يفضل التفسير الموضوعى سواء بالنسب للمنازعة او القاعدة الرياضية القابلة للتطبيق عليها واضعه فى اعتباره - عند اللزوم- للمعنى الذى يمكن ان يضيفه على المنازعة او القاعدة القابلة للتطبيق رجل عاقل.

وفى مجال الاستثمار يمكن استبدال القانون القابل للتطبيق بالقانون النموذجى للجنة الدولية لقانون التجارة الدولية وذلك من خلال تأكيد بعض الخصوصية للقانون البلجيكى - فقد ولد من خلال مشروع اعد فى المركز البلجيكى للتحكيم والوساطة نص قانونى قد أعد بواسطة الحكومة ثم من قبل البرلمان البلجيكى .

¹⁾ V. y . Paclet "Recherche sur l'interpretation juridique " op it p. 275 spéc No 296, No293, No319

^{٢)} يمكن الاشارة فى هذا المقام الى منهج التفسير يكون متشابهة بالنسبة للتحكيم الرياضى وحينما تكون المنازعات بمقارنة، والتى لا تتعلق بموضوع قاعدة رياضية -تكون خاضعة لمحكمة التحكيم الرياضية (الغرفة العادية للتحكيم).

ومن خلال تبني هذا النص لاحظ المشرع أن ارادته تنتظر إلى بلجيكا باعتبارها دولة مفتوحة على التحكيم - وبصفة خاصة التحكيم الدولي بصفتها دولة تضع قانون متقدم في موضوع التحكيم. قانون التحكيم البلجيكي قد تضمن نصا وضع في ٤ يوليو عام ١٩٧٢ والذي نقل من القانون الموحد المشار اليه في الاتفاقية الاوربية للتحكيم التي وضعت في ٢٠ يناير عام ١٩٦٦ ولم يدخل على هذا القانون منذ ذلك الوقت سوى تعديلين.

في عام ١٩٨٥، قد عدلت المادة ١٧١٧/٤ من قانون المرافعات البلجيكي بغرض استبعاد الطعن بالبطلان على الأحكام التكميلية الصادرة بين اشخاص ليس لهم اية علاقة بالدولة البلجيكية. وخاصية الاستبعاد هذه كانت موضوعا للنقد والمشرع البلجيكي عدل هذه المادة بواسطة قانون صدر في ١٩ مايو عام ١٩٩٨ بهدف فتح المجال امام الاطراف - بدون ارتباط بلجيكا- امكانية استبعاد الطعن بالبطلان، وبصفة تلقائية ومن ثم اصبح الاستبعاد واختياريا^(١)

وهذا القانون قد اكتمل بإضافة بعض التعديلات الاخرى اليه والمستوحاة في جزء كبير منها من قانون اللجنة الدولية للتحكيم. CNDIC^(٢)

وقبل التطورات التي حدثت في مجال التحكيم كان القانون البلجيكي باقيا على حالة ولم يتغير منذ قرابة النصف قرن من الزمن والذي ظهر رويداً أنه يحتاج إلى علاج (تعديل) فبعض القواعد عطلت في الحقيقة الدوران الافضل للدعاوى التحكيمية.

وفي هذا المقام نشير على سبيل المثال - للمواد ٥/١٦٩٦، ١/١٦٩١ من قانون المرافعات البلجيكي.

¹⁾ V. H. van Houtte "La loi belge du 27 mars 1985 ser I, arlitrage international " Rear arl 1986 P. 29.

L. Mutroy " La loi du 27 mars 1985 et ses repercussions sur l'vorbitrage commercial international" Reu . dr int dr comp 1987 p. 243.

B. Hanotiau et G. Blich " la loi du 19 mars 1998 modifiant la legislation belge relative á l'arlitrage" . Bull ASA. 1998 P. 528 . G. Hormans " La loi belge du 19 mai 1998 sur la arbitrage " Reu arb 1991 . 475.

²⁾ B. Hanotiau et G. Blich " la loi du 19 mars 1998 modifiant la legislation belge relative á l'arlitrage" . Bull ASA. 1998 P. 528 . G. Hormans " La loi belge du 19 mai 1998 sur la arbitrage " Reu arb 1991 . 475.

فوفقاً للمادة ١٦٩٦/٥ من قانون المرافعات لا تستطيع محكمة التحكيم الحكم في حادث استناداً الى تقديم مستندات او الادعاء بتزوير المستندات المقدمة.

ووفقاً للمادة ١٦٩١/١ من القانون السابق فإنها تفرض على المحكمين وقف الفصل في الدعوى في حالة وجود طلب بالرد مقدم ضد احد أعضاء المحكمة التحكيمية.

وبجانب وجود بعض القواعد القضائية لهذا النموذج الذى يعيق فعالية الدعاوى التحكيمية "فإن المشكلة الغالبة للنظام البلجيكي تكمن اشتمال النظام على درجتين للتقاضى والتي تظهر من خلال الطعن بالبطلان، وطلبات التنفيذ. فوفقاً لهذا القانون فإن الاحكام يمكن أن تخضع للرقابة امام محكمة الدرجة الأولى، كما أنها أيضا قابله للطعن عليها بالاستئناف- ونفس درجتى التقاضى ينطبقان على دعاوى التنفيذ.

وبالوصول الى نهاية الدعاوى التحكيمية فإن الاطراف- يجدوا انفسهم امام خطر المنازعة فى هذه الاحكام السنوات طويلة ام القضاء الوطنى البلجيكي.

وأمام هذه العقبات كان لابد من علاج القانون البلجيكي، واساس هذا العمل هو وضع قانون جديد يتضمن مجموعة من الاصلاحات للقانون القديم . والطموح المعلن لم ينتج عنه شئ سوى انحياز وربط القانون البلجيكي بالتشريعات الاكثر حداثة فى موضوع التحكيم مثل التعديلات التى حدثت استنادا الى القانون الموحد للجنة الدولية للتحكيم. وهذا النقل او التعديل لم يحدث فى بعض الاحيان بطريقة تلقائية، فالمرشح يحتفظ ببعض خصوصيات بلجيكا، ويستعير من بعض القوانين الاخرى حينما تسمح بتقوية اللجوء الى العدالة التحكيمية.

وعلى ذات المنوال يمكن أن تقرر ان القانون قد تحول من قبل الحكومة سواء بالنسبة للتحكيم الدولى والتحكيم الداخلى، فعلى خلاف القانون الفرنسى والقانون السويسرى فإن بلجيكا قد احتفظت بنظام قانونى تحكيم من طبيعة احادية (خاص بها).