المجلة الدولية فى العلوم القانونية والمعلوماتية

Arbitrator's Power to Restore the Nodal Balance in International Commercial Contracts

Mohammed Abdal hafid DaejAl Khamaaiseh and Tawfiq Aref Tawfiq Almajali

Faculty of Law - Applied Sciences University - Bahrain / Faculty of Law - University of Jordan.

Received: 7 Mar. 2018, Revised: 9 Apr. 2018, Accepted: 19 May. 2018
Published online: 1 Jul. 2018

Abstract: National legislation on arbitration and the rules of procedure of arbitration centers did not address the powers of the arbitrator in relation to the change of circumstances, and under this legislative vacuum the arbitral tribunal sought to find a legal means enabling it to intervene in the contract in such a way that the arbitrator could restore the contractual balance of the contract under a change circumstances, the parties ' initiative has contributed to the drafting of its contracts in such a way as to make the review of the contract a contractual obligation to promote the idea of coping with changing circumstances and impeding the implementation of the Decade, and since such practices are in direct contact with the most important principles of the Decade, namely the Paciservanda principle and the principle of the implementation I am not afraid that it is important to examine the legal basis for the arbitrator's intervention in the contract to restore his nodal balance and to prevent its dissolution and to terminate in line with the purposes of international trade, as well as the need to shed light on the scope and impact of that authority depending on the nature of the undertaking and the form of arbitration adopted for the settlement of disputes.

Keyword: Arbitrator, international trade, breach, balance of contract, authority.

* Corresponding author E-mail: mh.civil1971@yahoo.com

© 2018 SCINAT
ISCI AcadmyPublishing

سلطة المحكم في إعادة التوازن العقد في العقود التجارية الدولية

د.محمد *عبدالحفيظ الخمايسة– أستاذ* القانون المدني المساعد –كلية الحقوق – جامعة العلوم التطبيقية – مملكة البحرين.
د. *توفيق عارف المجالي*–محاضر متفرع في القانون التجاري – كلية الحقوق –الجامعة الأردنية –عمان – الأردن.

الملخص: لم تعالج التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم ولا الأنظمة الداخلية لمراكز التحكيم سلطات المحكم تجاه تغير الظروف، وفي ظل هذا الفراغ التشريعي سعى قضاء التحكيم إلى ايجاد وسيلة قانونية تمكنه من التدخل في العقد بصورة تمكن المحكم من اعادة التوازن العقدي للعقد في ظل تغير الظروف، وقد ساهمت مبادرة الاطراف في العناية بصياغة عقوده بصورة تجعل من مراجعة العقد التزاماً تعاقدياً في تعزيز فكرة مواجهة الظروف المتغيرة والتي تعرقل سير تنفيذ العقد، ولما كانت هذه الممارسات على تماس مباشر بأهم مبادئ العقد وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية كان من اللازم والضروري بيان مدى سلطة المحكم في التدخل في العقد حماية لإرادة الاطراف من جهة، وتعزيزاًلحماية العقد من الفسخ أو الإنهاء بسب تغير الظروف واختلال التوازن العقدي من جهة أخرى.

وليس بخاف أنه من الأهمية بمكان البحث في الأساس القانوني لتدخل المحكم في العقد لإعادة التوازن العقدي له والحيلولة دون فسخه وانهائه بما ينسجم مع مقاصد التجارة الدولية، بالإضافة إلى ضرورة تسليط الضوء على نطاق تلك السلطة ومدى تأثرها تبعاً لطبيعة المهمة التحكيمة وشكل التحكيم المعتمد لفض المنازعات.

كلمات مفتاحية: محكم، تجارة دولية، إخلال، توازن عقدي، سلطة.

1 مقدمة

تمتاز عقود التجارة الدولية بطول مدتها نسبياً الأمر الذي جعلها عرضة للتأثر بتغير الظروف، وبمخاطر السوق و تقلباته، حيث قد تصل تلك المخاطر إلى حد استحالة التنفيذ وعدم القدرة على الاستمرار بتنفيذه، أو أن يصبح التنفيذ مرهقاً وشاقاً بشكل يلحق بالمتعاقد خسارة كبيرة غير متوقعة من قبل الأطراف، مما خلق في نفوسالمشتغلين بالتجارة الدولية هاجساً دفعهم للبحث عن آلية قانونية تضمن حماية تنفيذ العقد التجاري الدولي وتجاوز مخاطر تغير الظروف والاختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد الناتج عنها تغير الظروف .

ولما كان التحكيم هو الوسيلة المفضلة فيما بين التجار لتسوية منازعاتهم التجارية لما يتمتع به التحكيم من مميزات وخصائص تحقق متطلبات التجارة الدولية من ثقة وائتمان وسرعة في الفصل في المنازعات التجارية، فإنه كان من المناسب البحث فيما يمارسه المحكم من سلطات وصلاحيات تجاه المنازعات التي تعرض عليه، والذي يضطلع به المحكم تجاه المحافظة على العقد والحيلولة دون فسخه وإنهائه من خلال سلطته في إعادة التوازن العقدي للعقود التجارية الدولية، حيث يؤدي تغير الظروف وتقلبات السوق في الغالب إلى

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

التأثير على مقدرة أحد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته مما قد يدفع الطرف الآخر إلى اللجوء إلى فسخ وإنهاء العقد الدولي، الأمر الذي يصبح معه من الضروري أن يبادر الأطراف إلى بذل العناية بصياغة عقودهم بشأن تسوية المنازعات ومواجهة تقلبات السوق غير المتوقعة وخاصة في العقود طويلة الأجل من خلال وضع عدد من الإجراءات تمكن الأطراف من مواجهة تغير الظروف المحتملة في بيئة التجارة الدولية على قاعدة أساسها تعزيز الثقة والائتمان وحماية مبدأ حسن النية[1].

ولما كان دور القاضي في مواجهة تغير الظروف محدد ومقنن وفق منظومة تشريعية متكاملة تضبط عمل القاضي فإنه جدير بالبحث بالدور الذي يقوم به المحكم في ظل غياب تلك المنظومة التشريعية التي تخول المحكم مباشرة سلطات التدخل في العقد وتعديله في النزاعات المتعلقة بتغير الظروف وتأثيرها على تنفيذ العقد؛وبناءً على هذا فسوف نبحث في سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد من خلال البحث في الأساس القانوني لسلطة المحكم لإعادة التوازن العقد (المبحث الأول)، ثم نبين نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن العقدي للعقد الدولي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الأساس القانوني لسلطة المحكم لإعادة التوازن العقدي

عالجت العديد من التشريعات الوطنية سلطة القاضي في التدخل بالعقد وإعادة التوازن العقدي له في حال تغير الظروف[2]، بينما سكت تشريعات وطنية أخرى عن منح القاضي تلك السلطة واعتبر إقرار تلك السلطة للقاضي يشكل انتهاكاً وخروجاً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[3].

بينما لا نجد بين تلك التشريعات ما يعالج سلطة المحكم بالتدخل في العقد وإعادة التوازن العقدي له نتيجة التغير في الظروف ونتيجة لذلك وقع الاختلاف بشأن سلطة المحكم في التدخل في العقد الدولي حول طبيعة تدخل المحكم في تعديل وتكملة العقد، بين الطبيعة

(1)See. Frederick R. Fucci, Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finan See: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html#1

(2) أنظرالمادة 95 من القانون المدني المصري والتي تنص على:

" إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد،واحتفظا بمسائل تفصيلية عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاقعليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة."وانظر قريباً من هذا المعنى المادة 100 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والمادة 95 من القانون المدني البحريني الصادر بمرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 .

وأنظر المواد 147 و 148 من ذات القانون حيث تنص على :

المادة 147: "1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أوللأسباب التي يقررها القانون.

2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكنف الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يصبحمستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاكل اتفاق على خلاف ذلك." وانظر المادة (205) من القانون المدني الأردني ، وانظر قريباً من هذا المعنى المواد (128، 130) من القانون المدني البحريني.

المادة 148:1-يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وانظر قريباً من هذا المعنى المادة 202 من القانون المدني الأردني والمادة 127 من القانون المدني البحريني.

(3) من التشريعات العربية التي لم تجز للقاضي المدني التدخل في أحوال الظروف الاستثنائية القانون المدني اللبناني والقانون المدني المغربي، أنظر في ذلك د. مصطفى العواجي، القانون المدني، الجزء الأول، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1995، ص 680، وأنظر د/ البير سمعان، القاضيين يوسف جميل، وزيادة أيوب، في القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، 2010، ص 47، وأنظر قرار مجلس الشورى اللبناني رقم 702، تاريخ 14-6-2004 المنشور في مجلة القضاء الإداري، لبنان، سنة 2008 ص 1315، مشار لك ذلك لدى القاضي وائل طباره في تعليقه على الحكم التحكيمي رقم 484 لسنة 2006- تحكيم حر- حكم نهائي في 8-2-2007 الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والمنشور في الجزء الرابع من أحكام التحكيم المنشورة لسنة 2012 ص 208 وما بعدها.

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

الإجرائية أو الموضوعية، وخاصة في العقود طويلة الأجل، حيث يبرز فيها بشكل واضح أثر تدخل المحكم في تعديل أو تكملة الإطار الموضوعي للعقد الدولي[4]، وأمام هذا الفراغ التشريعي بشأن سلطة المحكم في التدخل في العقد وإعادة التوازن له كسلطة تظهر الحاجة للبحث في مشروعية تدخل المحكم لإعادة التوازن المالي للعقد في ظل غير تغير الظروف.

فقد اختلفت اتجاهات قضاء التحكيم[5]بشأن مدى سلطة المحكم في التدخل لإعادة التوازن للعقد بين اتجاه يمنح المحكم سلطة إعادة التوازن العقدي للعقد فيمكن للمحكم أن يحول دون إنهاء العقود التجارية الدولية في الأحوال التي يكون فيها الفسخ عائد في حقيقته إلى الخلل الطارئ في التوازن الاقتصادي، على نحو أثر في مقدرة المدين على تنفيذ التزام هو تعادل الالتزامات في العقد[6] وبين اتجاه يحظر تدخل المحكم في العقد وإعادة التوازن له انطلاقاً من مبدأ قدسية العقد وحظر خروج المحكم على حدود مهمته التحكيمية لذلك كان من الضروري الحذر في تحليل دور المحكم في التدخل في العقد والمقاربة بين دوره ودور القاضي بهذا الخصوص، وخاصة أن القاضي يملك السلطة الكافية للتدخل في تعديل العقد[7] في الأحوال التي يطرأ فيها تغير جوهري على العقد لم يكن بالحسبان لدى أطراف العقد، وكان من شأن ذلك التغير أن يحدث اختلالاً ملحوظاً في العقد ويضر بتوازنه، في حين أن المحكم مقيد بإرادة الأطراف التي ترسم له تلك السلطة وتحدد مضمونها.

وبالتالي؛ فان المحكم كأصل عام لا يملك سلطة التدخل في العقد وإعادة التوازن له بغية تجنب فسخ العقد التجاري الدولي[8]، غير أن ممارسة المشتغلين بالتجارة الدولية وصياغة عقودها وخاصة طويلة الأجل منها، قد أفرزت إلى الواقع العملي في التجارة الدولية، ما يعرف بشرط إعادة التفاوض، والذي بمقتضاه يلتزم الأطراف بمراجعة العقد لمواجهة أي من العقبات والتقلبات التي تطرأ في السوق بغية ضمان بقاء التوازن العقدي وإتمام الصفقة، ويعطي شرط إعادة المفاوضة للعقد مرونة يمكن معها التدخل بتعديل العقد للحفاظ على توازن العقد، وتجنب أخطر نتائج الاختلال العقدي وهو إنهاء العقد التجاري الدولي[9]، فضلاً عما يعكسه هذا الشرط من تعزيز لمبدأ حسن النية في العقد.

وبالتالي؛ فإن شرط إعادة المفاوضة، يؤسس لسلطة المحكم في الرقابة على مدى التزام الأطراف بالشروط التعاقدية والتي منها

(4) محمد نور عبدالهادي شحادة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين(نطاقها ومضمونها) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، 1993ص 406.

(5) تعرضت غرفة تجارة باريس لهذا الموضوع في بحثها عند مدى اعتبار انهيار سوق معين لمنتج معين متوقعاً أم لا، حيث اعتبر المحكم في تلك القضية أن تغير ظروف السوق والانخفاض الحاد بسعر المنتج وتقلبات العملة لا تعتبر غير متوقعه، وليس للمحكم التدخل في تعديل العقد إلا إذا نص العقد على تلك السلطة.

- ICC Arbitration Case No. 8486 (1996).

- ICC Arbitration Case No. 6281 (1989).

وفي حكم في حكم آخر لها اعتبر غرفة تجارة باريس أن عدم مقدرة أحد الأطراف على الحصول على عملة أجنبية متفق عليها للوفاء بسبب قرارات حكومية لم يكن بالإمكان التنبؤ بها واعتبر أن من حقها التدخل في تعديل العقد سنداً لشرط بقاء الظروف على حالها وقت ابرام العقد أنظر في ذلك.

- ICC Arbitration Case No. 2216 (1974).

- ICC Arbitration Case No. 1512 (1971).

(6) See. Frederick R. Fucci, Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Financ.
http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html#1

(7) تختلف التشريعات الوطنية في هذا النهج، حيث اشرنا سابقاً إلى أن هناك تشريعات تمنح تلك السلطة للقاضي للتدخل في تعديل العقد، بينما تشريعات أخرى لا تعترف بتلك السلطة للقاضي وتجعل تعديله سلطة مقتصرة على أطرافه.

(8) رشا على الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد " دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، كلية الحقوق– جامعة المنصورة 2009، ص 70.

(9) JoernRimk,Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000),P.228.

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

شرط إعادة المفاوضة ذاته، بالإضافة إلى الرقابة على مدى التزام الأطراف بمبدأ حسن النية في بذل الجهد لتجاوز عقبات تنفيذ العقد التي قد تؤدي إلى فسخه، وذلك بعد أن يفشل الأطراف في العقد في التوصل إلى اتفاق يعيد التوازن إلى العقد، فيختار عندها الأطراف اللجوء إلى التحكيم للتدخل في فض النزاع
وإعادة التوازن إليه[10].

وعلى الرغم من أهمية شرط إعادة المفاوضة، فإنه قد لا يتفق الأطراف عليه في العقد، مما يجعل مهمة المحكم أكثر مشقه تجاه إعادة التوازن فيه وتجنب فسخ العقد التجاري الدولي، وخاصة أن دور المحكم في منازعات إنهاء عقود التجارة الدولية لا يصل إلى درجة خلق العقد وإعادة تكوينه[11]، فيدفعنا ذلك للبحث في مدى سلطة المحكم أمام غياب شرط إعادة المفاوضة.

وبناءً على ما سبق؛ فسوف نبحث في أساس سلطة المحكم في اعادة التوازن في ظل حالة تنظيم شروط المراجعة وإعادة التفاوض وذلك في المطلب الأول وفي حالة عدم تنظيم تلك الشروط في العقد[12] وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول

سلطة المحكم في ظل تنظيم شروط إعادة التفاوض والمراجعة

نظراً لما تمتاز به عقود التجارة الدولية من طول مدتها و تأثرها بالأوضاع السياسية والاقتصادية الدولية أكثر من العقود الداخلية البسيطة، فقد حرص المشتغلون بالتجارة عند صياغة عقودهم التجارية الدولية على تضمين تلك العقود شرطاً يقضي بإعادة المفاوضة لمواجهة الظروف غير المتوقعة التي من شأنها عرقلة تنفيذ العقد، والإخلال بتوازنه على نحو يصعب معه الاستمرار بتنفيذه تحت الظروف الطارئة[13].

وحرصت المنظمات الدولية على معالجة ذلك الفرض من خلال الاتفاقيات التي تبرمها مع دولها الأعضاء وما تقوم بإعداده من عقود نموذجية تتضمن معالجة تغير الظروف سواء في حالة القوة القاهرة [14]، والتي كثيراً ما تطرأ أثناء تنفيذ العقد، وتشكل استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، أو في حالة الظروف الطارئة التي تنتج عن تغير الظروف مباشرة أيضاً بصورة يصبح معها تنفيذ الالتزام مرهقاً[15].

(10) شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 438.

(11) محمد نور عبدالهادي شحادة ، النشأة الاتفاقية لسلطات المحكم، مرجع سابق، ص 444.

(12) See. Norbert Horn, Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law, p. 17 in Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and finance, ed. by Norbert Horn (Kluwer 1985).

- Rolf Kofod. Hardship in International Sales CISG and the UNIDROIT Principle. Thesis, University of Copenhagen-Faculty of Law (2011).

(13) أنظر في ذلك ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده، في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بدون ناشر، 2010ص 57 وما بعدها.

(14) أنظر في ذلك: المادة 7-1-7 من مبادئ العقود الدولية اليوندروا.

Article 7.1.7 – Force Majeure:

(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on performance of the contract.

(3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt.

(4) Nothing in this article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due.

(15) أنظر في ذلك: المادة 6-2-3 من مبادئ العقود الدولية اليوندروا

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

وتبرز أهمية مثل هذا النوع من الشروط في تعزيز حماية الطرف الضعيف في العقد، ومنع المتعاقد الآخر من التعسف في استعمال حقه بالفسخ حال تعثر مدينه، حيث ينشأ هذا الشرط على الدائن التزاماً مباشراً بمراجعة العقد وتعديل الالتزامات التي أصبح تنفيذها مرهقاً نتيجة لتغير ظروف تنفيذ العقد عن تلك الظروف التي نشأ في ظلها العقد طويل الأجل [16]، ويذكر في هذا الصدد أن القضاء الفرنسي قد أكد على التزام الأطراف بالامتثال لمقتضيات الشرط الشرط في العقد الذي يوجب على الأطراف إعادة تفحص العقد نتيجة ارتفاع الأسعار لحد معين في العقد فدعي القضاء الفرنسي الأطراف إلى إعادة التفاوض وقام بتعيين مراقب مكلف من قبله بمتابعة المفاوضات وإعداد تقرير يقدمه في حالة فشل المفاوضات[17].

غير أن الدائن قد يعمد إلى تجاهل شرط إعادة التفاوض ويفسخ العقد مباشرة، أو قد يدخل في مفاوضات غير جدية يريد منها التخلص من العقد بصورة مبطنة بسوء النية، الأمر الذي يدفع المدين إلى اللجوء إلى التحكيم، إما لإلزام الدائن بالامتثال لشرط إعادة المفاوضة وتنفيذه على النحو المرجو منه في ظل تغير الظروف.

وقد يعرض النزاع بعد فشل المفاوضات على المحكم سواء من قبل الدائن أو من قبل المدين بهذا الخصوص مشمولاً بأحد الخيارات المتاحة لكل منها؛ إما بطلب فسخ العقد لعدم التوصل لحل عادل قادر على إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، أو الطلب من المحكم التصدي لتعديل العقد على نحو يعيد التوازن العقدي للأطراف بمعادلة الالتزامات فيما بينهما، أو أن يعهد للمحكم أن يحكم بما يراه مناسباً بشأن الاختلال في توازن العقد[18].

وللمحكم في هذه الحالات سلطة مراقبة تنفيذ شرط إعادة المفاوضة وفرض تنفيذه على المحتكمين بحسن نية لإعادة تأهيل العقد وضمان استمرار حياته من خلال التدخل في تعديل العقد وإعادة التوازن العقدي للعقد وذلك بوصفة شرطاً تعاقدياً[19]، مستنداً في ذلك على الرقابة على تنفيذ شرط إعادة المفاوضة، وذلك بمراعاة أن سلطة المحكم في إعادة مراجعة وإعادة تكييف وموائمة العقود التجارية الدولية محلها تخويل المحكم سلطة موائمة العقد بما ينسجم مع الواقع الجديد لظروف المحيطة بتنفيذه، وذلك دون المساس بجوهر الالتزامات الأصلية في العقد.

وقد يباشر المحكم تلك السلطة من خلال تطبيق الصلاحيات التي تمنح للقاضي الوطني استناداً إلى القانون واجب التطبيق، فيباشر

Article 6.2.3 – Effects of Hardship:

(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiation does not itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.

(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,

(16) عصام الدين القصبي، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، تحت عنوان، التحكيم التجاري الدولي، 2008، ص197 وما بعدها.

(17) مشار له لدى شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ص 373 وقد أشار إلى حكم لمحكمة استئناف باريس لقضية تتلخص وقائعها في أن شركة (Shell) قد أبرمت عقداً مع شركة (E.D.F) عقد طويل المدة لتوريد أحدى المشتقات النفطية وقد تضمن العقد شرطاً يقضي بأنه : (..... سوف يفحص الأطراف التعديلات الواجب إدخالها على العقد سواء فيما يتعلق بالثمن أو بأي شرط آخر إذا ورد على المادة الواجب توريدها ارتفاعاً في الثمن أكثر من (6فرنكات) بالمقارنة بالقيمة الأصلية).

(18) شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 442.

(19) Oppetit, Bruno, L'Adaptation des ContratsInternationauxChangement de Circonstances: La Clause de Hardship, 101 Clunet 1974, at 805 et seq

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

سلطة التدخل في العقد كتطبيق مباشر لأحكام القانون واجب التطبيق، غير أن المحكم قد يواجه قانون لا يعترف للمحكم بتلك السلطة ولا يسمح للقاضي التدخل في العقد لتغير الظروف سواء بشأن القوة القاهرة أو الظرف الطارئ، فلن يستطيع المحكم اللجوء إلى قانون لم يحدد شروط تغير الظروف وأحواله سواء كان قوة قاهرة أم ظرفاً طارئاً، لذلك له أن يعتمد على القدر المتيقن أمامه من أن العقد قد أصابه اختلال في العقد، فيلجأ إلى مبدأ حسن التنفيذ المعروف في أعراف التجارة الدولية، ليتمكن من خلاله إلى جبر الضرر الواقع على المتضرر ناتج عن تغير الظروف بتعويضه عما لحقه من خسارة نتيجة لإخلال مدينة الناتج عن تغير الظروف وذلك للحيلولة دون أن يتمسك ذلك الطرف بفسخ العقد بحجة وقوع الخسارة أو تفاقمها[20].

ونشير هنا إلى مسألة يفرزها الواقع العملي وهي الكشف عن حالة التعثر في تنفيذ العقد، وهي أن الأطراف المحتكمة قد تلجئ للتحكيم إما للكشف عن حالة المشقة ومدى أحقية الإدعاء بها لتعديل العقد بين الأطراف، وإما لتمكين المحكم من التدخل في تعديل العقد وتكييفه لموائمة العقد مع ظروف ومستجدات العقد.

ففي الحالة الأولى يكون مضمون الشرط في العقد اللجوء إلى التحكيم لغايات الكشف عن ظروف التعثر الحقيقية، وتقرير فيما إذا كانت أسباباً داعية لإعادة التفاوض فيما بين الأطراف وإلزامهما بها، وهنا للمحكم أن يستخلص مدى تحقق المشقة أو اثر تغير الظروف مستنداً إلى المعايير المختلفة وأهمها المعيار الشخصي والذي يقوم على تقدير مدى تأثر الأطراف في العقد بتغير الظروف بصورة يظهر معها التأثر المباشر في المركز المالي للمدين في العقد نتيجة لتغير الظروف وذلك بصورة لا يمكن للمدين تحملها وتنبئ بخسارة فادحة له، في حين أن المعيار الموضوعي يقوم على اعتماد الشخص المعتاد وقياس مدى تأثيره بتغير الظروف لو كان مكان المدين في العقد بالنظر إلى طبيعة العقد وطبيعة الظروف المتغيرة[21].

وأما الحالة الثانية، فإنها تقضي بتدخل المحكم المباشر في تكييف وموائمة شروط العقد، بقصد رفع الخسارة عن كاهل المدين نتيجة لتغير الظروف[22]، والمحكم في كلتا الحالتين يقوم بدور فاصل في تقدير مدى تأثير الوقائع الخارجية على تنفيذ الالتزامات التعاقدية فيما بين أطرافه، ومدى تأثر التوازن العقدي بين تلك الالتزامات المتقابلة، غير أنه في الحالة الثانية يكون له سلطة موائمة شروط العقد مع الظروف المستجدة شريطة عدم المساس بالالتزامات الجوهرية فيه.

وفي كلتا الحالتين فإن تعديل العقد وإعادة التوازن له يتوقف على إرادة الأطراف بالتعديل المباشر للعقد، أو إلى الإرادة الضمنية بالموافقة على ما يقرر المحكم من تعديل للعقد لسبق اتفاقهما على اللجوء للتحكيم لموائمة العقد الدولي، ونتيجة لذلك فإن الأطراف هم المعنيون بتحديد نطاق تغير الظروف، من خلال ما يشترطونه من معايير اتفاقية تجيز التدخل لإعادة التوازن للعقد في حال تغير الظروف.

وحيث أنه يشترط في الظروف التي يمكن اعتبارها سبباً للاختلال العقدي والتي على أساسها يجوز للمحكم أو القاضي التدخل في العقد أن تكون تلك الظروف مؤثرةً في توازن العقد فعلا بشكل يتمكن معه الحدث الطارئ من تغير في الغاية والمعنى الأساسي للعقد فيكون

(20) رشا علي الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، "دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، مرجع سابق، ص 75.

(21) أسيل باقر جاسم ، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض" دراسة في عقود التجارة الدولية" مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، الإصدار الأول، المجلد 3سنة 2011، كلية القانون – جامعة بابل – العراق ص 127-128.

(22) وقد اختلف الفقه بصدد إضفاء صفة التحكيم على دور المحكم في هذه الفروض، نتيجة للدور غير التقليدي المنوط بالمحكم للفصل في النزاعات، وممارسة دوراً وقائياً بشأن العقد، أنظر في ذلك الخلاف، د. محمد نور عبدالهادي شحادة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، مرجع سابق، ص 449- 455. وتتفق الدراسة مع الرأي الذي يضفي صفة التحكيم على دور المحكم في الفصل في مثل هذه المسائل، وخاصة أن دوره يكون فاصلاً في نزاع حول مدى تأثير وقائع خارجية على سير تنفيذ العقد.

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

انعكاسه وأثره ملحوظاً في العقد، حيث يفقد العقد مع توافر ذلك الظرف توازنه، ويمكن استخلاص مدى تأثير الحدث الطارئ من خلال عدة معايير يحرص في العادة المتعاقدون على تضمينها في عقودهم، حيث يمكن استقراء هذه المعايير من طبيعة الشروط المختلفة التي اعتاد المشتغلون في التجارة تضمينها لعقودهم والتي منها معيار التقابل ومعيار المعاوضة ومعيار التعادل ومعيار التناسب[23].

ونشير بذات السياق إلى أن سلطة المحكم في التدخل في العقد لا تتوقف عند حالات التعسر أو المشقة، بل تمتد أيضاً إلى الحالات التي تتحقق فيها القوة القاهرة أيضاً، فيمكن للمحكم أن يباشر سلطاته في ملائمة العقد نتيجة للقوة القاهرة، إذ أن أثر القوة القاهرة في العقود التجارية الدولية ليس كأثره في العقود العادية التي يكون فيها انفساخ العقد بقوة القانون، وما كان ذلك إلا نتيجة لحرص المشتغلين بالتجارة الدولية على الهروب من الآثار غير المرغوبة المترتبة على توافر القوة القاهرة في العقود، وتحقيق الحماية والأمان المتطلب لمواجهة فرضيات القوة القاهرة، من خلال التدخل في تحديد مفهوم القوة القاهرة في العقد[24].

فتم التوسع في مفهوم القوة القاهرة من خلال العناية بالصياغة المرنة لشروط القوة القاهرة وأحوالها في العقد دون التقييد بالشروط التقليدية في القوانين الوطنية[25]، بحيث أصبح هذا المفهوم يستوعب الظروف التي تؤثر في تنفيذ الالتزامات عموماً وتعرقلها دون الاشتراط في الظروف المكونة للقوة.

القاهرة أن يكون من شأنها جعل تنفيذ الالتزام كما هو الحال في المفهوم التقليدي للقوة القاهرة[26]، ولعل أبرز هذه الممارسات التي أثرت بحدود القوة القاهرة وظهر معها التوسع في مفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية وكان من شأنها التحول من المفهوم الصارم لقدسية العقد إلى المفهوم المرن يعرف بـ (frustration) والمعروف في القانون الانجليزي حيث استوعب هذا المفهوم حالات لا يمكن اعتبارها قوة قاهرة ضمن مفهوم النظام اللاتيني[27].

ولقد كان التغير في مفهوم القوة القاهرة نتيجةً لتعظيم دور الإرادة في تأطير مفهوم جديد للقوة القاهرة، إلى الحد الذي وصل إلى التدخل في النتائج المترتبة على تحقق القوة القاهرة في العقود التجارية الدولية[28]؛ حيث أصبح توافر القوة القاهرة سببا لوقف تنفيذ العقد والتزاماً على الأطراف المتعاقدة بالتفاوض والتشاور خلال مدة العقد لإنقاذ العقد من الفسخ، دون الإخلال بالأثر التقليدي للقوة القاهرة كآخر الحلول في حال عدم التوصل لاتفاق بشان تجاوز حالة القوة القاهرة [29].

(23) ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده، في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، مرجع سابق، ص 64، وللاستزادة في هذه المعايير أنظر ريما فرج مكي، تصحيح العقد" دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2011، ص 216 – 241.

(24) JoernRimke, Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999–2000) p.199

(25) صفاء تقي الدين عبد نور العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة الموصل- العراق 2005، ص 118- 125.

(26) Jennifer M. Bund , Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner, Journal of Law and Commerce (1998),P400.

(27) JoernRimke, Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999–2000),P.203

(28) Russia 13 May 2008 Arbitration proceeding 13/2007, (13 May 2008) Case No, 13/2007. See.http://www.unilex.info/case.cfm?id=1492

(29) ناجي عبدالمؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده، في عقود التجارة الدولية طويلة المدة ، مرجع سابق، ص 70 وما بعدها.

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

خلاصة الأمر؛ إن شروط إعادة التفاوض والمراجعة لمواجهة تغير الظروف ضمن عقود التجارة الدولية يتيح للمحكم سلطة تعديل العقد على النحو المبين أعلاه، بحيث يجد في ذلك المحكم سنداً قانونياً يتيح له التدخل في العقد الدولي وتعديل إطاره الموضوعي بما يتناسب مع واقع الظروف الجديدة، وبما يضمن إعادة التوازن، وذلك كله بما لا يهدر إرادة الأطراف وبما يتفق مع مقتضيات التجارة الدولية ومتطلباتها بإنقاذ العقد الدولي ما لم يكن الفسخ ضرورياً أو ينص في العقد على غير ذلك.

المطلب الثاني

سلطة المحكم في ظل غياب تنظيم شروط إعادة التفاوض والمراجعة

إن كان الغالب في عقود التجارة الدولية أن يتفق الأطراف على شرط إعادة التفاوض، إلا أنه لا يمنع أن يظهر عدد من العقود تخلو من مثل هذا الشرط، فليس بالضرورة أن يكون الأطراف في العقد الدولي متبصرين بمصير العقد، أو متوقعين أن تتغير الظروف،أو قد تنقصهم الخبرة والاحتراف في صياغة العقود التجارية أحدهما أو كليهما، فيغيب عن اتفاقهما أي معالجة صريحة لمصير العقد في حال تغير الظروف، مما يستعدي تسليط الضوء على سلطة المحكم في التدخل في الإطار الموضوعي للعقد، أو قد تكون تصورات المحامين والمستشارين القانونين ممن يتصدون لصياغة العقد الدولي، متركزة على أحكام نظام قانوني معين، قد لا يكون قد عالج موضوع تغير الظروف فتكون الفكرة غير واردة لديهم أصلاً، أو على العكس تماماً بأن يتم الاكتفاء بمعالجة القانون واجب التطبيق لمثل هذه الفروض دون مراعاة لسلطات المحكم بشأن تطبيق القانون واجب التطبيق مستقبلاً وقت النزاع، وخاصة في ظل الاختلاف في منهج المشرعين بخصوص سلطات القاضي تجاه الظروف الطارئة.

وبهذا الصدد نؤكد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين حيث يقضي بحظر تدخل القاضي بالعقد ما لم يجز القانون ذلك أو يتفق على منح القاضي أو المحكم تلك السلطة،وحيث كان من أهم النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود، أن أصبح العقد هو القانون الخاص فيما بين المتعاقدين، واكتسب العقد نتيجة لذلك قدسية يجب على أطراف العقد في ظلها تنفيذ العقد على نحو ما تم الاتفاق عليه، وبما يوجبه مبدأ حسن النية في التعاملات، وامتنع على الأطراف أن يقوم أحدهم دون الآخر بتعديل العقد أو إنهائه وفسخه دون الرجوع إلى الطرف الآخر ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك أو ينص القانون بخلافه[30].

ولاشك أن احترام مبدأ قدسية العقد وتنفيذه تنفيذاً كاملا يعتبر من أهم ركائز استقرار التعاملات القانونية وتحقيقها لأهدافها ووظائفها الاقتصادية والاجتماعية، وأن أي محاولة غير مبررة لتعديل العقد أو فسخه من شأنها أن تؤثر في سير العقد وتحقيق المصلحة المرجو منه، فمن التزم للطرف الآخر يجب عليه تنفيذ التزامه، و تنفيذه مهما كلف الثمن، ونتيجة لذلك حرصت المواثيق الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية[31] على التأكيد على حرية التعاقد وقدسية العقود وحمايتها وصيانتها من أي ممارسة أو إخلال قد يكون من شأنه المساس بقدسية العقد أو النيل من قوته الملزمة، وخاصة فيما يتعلق بإنهاء العقد التجاري الدولي الذي يعتبر إعلاناً صريحاً وتحللاً من التزامات

(30) تنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي

“Les conventions légalementforméestiennent lieu de loi à ceux qui les ontfaites.”

وتقابلها المادة 147 من القانون المدني المصري والذي ينص على " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون" وجاء النص ضمن القانون المدني الأردني على النحو التالي في مادة رقم 241 على" إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون".

(31) أنظر المادة 1-1 من الفصل الأول ضمن الأحكام العامة للعقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما لتوحيد القانون الخاص (يوندروا) والتي تنص على " The parties are free to enter into a contract and determine it’s content” وترجمتها "" يتمتع الأطراف بحرية إبرام العقد وفي تحديد مضمونه".

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

العقد.

ونشير هنا إلى أن مفهوم قدسية العقود وتطبيقه قد يشكل عائقا أمام إنقاذ العقد من الفسخ وخاصة إذا تبنى المحكم المفهوم الصارم لمبدأ قدسية العقد الذي يحظر على المحكم التدخل في العقد وتعديله أو تكملته، مما ينتج عنه أزمة حقيقية في التوفيق ما بين اعتبارات قدسية العقد وسلطة المحكم في الحفاظ على العقد والحيلولة دون فسخه ويسهم في إثارة تلك الأزمة العقد اختلاف النظم القانونية للأطراف المتعاقدة والتفاوت بين توقعاتهم المشروعة مما يشكل عقبة أمام المحكم في التدخل في العقد وتفسير الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة حال النزاع، وخاصة فيما يتعلق بمدى توقع تغير الظروف خلال مدة تنفيذ العقد للحيلولة دون فسخ العقد[32].

حيث أن أغلب النزاعات المتعلقة بفسخ وإنهاء عقود التجارة الدولية تدور حول الاختلاف في مدى تحقق شروط الفسخ وإنهائه بناءً على تقدير الطرف الدائن والذي يلجأ للفسخ منفرداً دون الرجوع إلى القضاء، حيث يقوم على تقديره الشخصي للمخالفة التي استوجبت الإنهاء وفسخ العقد، دون أن يراعي الظروف التي لحقت بالمدين والتي عرقلت تنفيذ العقد ويتفرع عن هذا ضرورة البحث في مدى توافر حسن النية لدى الأطراف سواء الدائن أو المدين في نزاع الفسخ ومدى تحقق حسن النية وتحري الأمانة والصدق والحرص على استمرار العقد وتذليل الصعوبات التي واجهت تنفيذ العقد[33].

ونضيف هنا إلى أن من مشكلات سلطة المحكم أمام نزاعات فسخ العقود الدولية، بروز تمسك عدد من القرارات التحكيمية بمفاهيم صارمة لقدسية العقد تعود في أصلها إلى تردد قضاء التحكيم في إبراز الدور الإيجابي للتحكيم بصناعة قواعد التجارة الدولية، حيث إنها في الغالب لا تخرج عن كونها ترديد لأحكام وقرارات تحكيمية سابقة[34] متمسكة بمفاهيم قانونية داخلية لا تنسجم مع واقع التجارة الدولية.

ولما كان الأمر كذلك؛ كان لابد من البحث في سلطة لمحكم للتدخل في العقد بصدد فض أي من منازعات العقود الدولية وما يهمنا في هذا المجال هو البحث بالأساس القانوني لتدخل المحكم في العقد في ظل غياب شرط إعادة المفاوضة حيث تؤسس سلطة المحكم بشأن التدخل في العقد دون وجود نص فيه على أساسين قانونين مهمين هما.

أولاً – شرط بقاء الظروف:

يعتبر هذا الشرط من الشروط الضمنية في العقود، وهو شرط مقترن بالشرط الفاسخ الضمني ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود[35]، يمكن من خلاله للمحكم أن يتدخل في العقد لإعادة التوازن العقدي فيه، تجنباً للآثار السلبية غير المرغوبة في التجارة الدولية، والتي تفضي بفسخ العقد وإنهائه، ويقضي هذا الشرط بأنه ما دام أطراف العقد قد ارتضت الالتزام بالعقد وما تضمنه من التزامات في ظل ظروف معينة وأن التزامهم بذلك معلق على شرط فاسخ ضمني مفاده عدم تغير الظروف، فإن تغير الظروف وخاصة المتعلقة بالعقد تعتبر سبباً قانونياً وجيها لنشوء الالتزام المتبادل لبذل الجهد والسعي نحو إعادة عدالة العقد –والتي صاحبت إبرامه– من خلال إعادة التفاوض والمراجعة للعقد للحيلولة دون تحقق سبب الفسخ، ولضمان بقائه ضمن التوازن العقدي الذي نشأ في ظله، حيث أن إعادة التفاوض أو مراجعة العقد، تتضمن في الحقيقة إلزاما للأطراف بتوزيع الأعباء الاقتصادية الناشئة عن تغير الظروف، بما يتفق مع كل من مبدأ حسن النية وعدالة العقد[36]، فيجد المحكم في هذا الشرط سنده القانوني

(32) Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) Case No. 6281 of 26 August 1989 (Steel bars case).

(33) See. Filali Osman, Les resumptio généraux de la lexmercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, Paris, LGDJ, 1992, See more, Le Principe de Bonne Foi devant les Arbitres du Commerce International [The principle of good faithbefore international commercial arbitrators – in French], in Festschrift Pierre Lalive, Basel/ Frankfurt (1993) 543-556

(34) Par Jan PAULSSON, La lexmercatoria dans l'arbitrage C.C.I. [Lexmercatoria in ICC arbitration – in French], Revue de l'arbitrage (1990) 55-100.

http//tldb.uni-ln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=127800

(35) B.Jaluzot,La bonne foidans les contrats, Étude comparative de droit français, Allemand et Japanais, Ed.Dalloz, 2001, no. 917.

(36) غازي عبدالرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، بغداد، منشورات مركز البحوث القانونية، العدد 13،1986ص 151.

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

للحفاظ على العقد وعدم إنهائه، بالتأكيد على هذا الشرط والتحقق من مدى التزام الإطراف بمقتضاه، ومدى مطابقة تنفيذه لمبدأ حسن النية.

- وقد كان هذا الشرط الضمني نتيجة طبيعة لتطور الفكر القانوني بشأن قدسية العقد، ليضفي على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين شيئاً من المرونة يمكن المتعاقدين من المراجعة وإعادة التفاوض على العقد لمواجهة الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقد، دون الاحتجاج بثبات الالتزامات التعاقدية في حال تغير ظروف تنفيذ العقد.
- وقد ارتبط وجود هذا الشرط الضمني بالنظريات الحديثة للعقد وقوته الملزمة، حيث أصبحت القوة الملزمة للعقد تقوم على منفعة العقد وعدالته، فمتى ما انتفت أو تأثرت منفعة العقد وعدالته فإن قوته الملزمة تتأثر كذلك، وعلى الأطراف المتعاقدة الحرص على بقاء العقد مع ضرورة التعامل مع الظروف المستجدة التي تمس عدالة العقد ومنفعته الاقتصادية على نحو يمكن كل منهما من الحصول على توقعاته المشروعة في العقد، بصورة يصبح معها العقد أداة للتعاون الصادق والمتبادل فيما بين أطرافه، على حساب المفهوم التقليدي للعقد الذي يقوم على تعارض المصالح[37].

ثانياً– نظرية الظروف الطارئة أو شرط المشقة [38]:

الأساس القانوني الآخر الذي يمكن للمحكم الاستناد عليه في التدخل في العقد تلقائياً، دون أن يكون هناك أي ذكر لسلطته بشأن التدخل في العقد لإنقاذه من الفسخ، هو اللجوء إلى نظرية الظروف الطارئة أو ما يعرف بشرط المشقة، الذي كان للقضاء الإداري الفرنسي الفضل الكبير بترسيخ جذور هذه النظرية، والتي وجدت قبولاً لدى العديد من التشريعات المدنية والتجارية المنظمة للعقود، بل إنها أصبحت من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقود في العديد من التشريعات المقارنة[39].

وعلى الرغم من أن نظرية الظروف الطارئة كانت من نتاج القضاء الفرنسي إلا أن القانون الفرنسي لم ينص عليها في القانون المدني، وعلى نهجه سار كل من القانون اللبناني والقانون المغربي، في حين أن القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني البحريني قد تبنوا نظرية الظروف الطارئة ضمن النظرية العامة في العقود، فأصبح القاضي أو المحكم يفصل في النزاع المحال إليه مستنداً على وظيفته الأساسية بتطبيق القانون الوطني أن كان قاضياً، أو بتطبيق قانون الإرادة إن كان محكماً، وتتيح نظرية الظروف الطارئة أو شرط المشقة للمحكم أو القاضي سلطة التدخل في العقد على نحو يرفع الإرهاق الحاصل فيه نتيجة تغير الظروف، منعاً من تحقق النتائج غير المرغوب فيها في التجارة الدولية وأخطرها فسخ العقد وإنهائه نتيجة لعدم التنفيذ، وذلك بموائمة الالتزامات التعاقدية والتي أصبحت تشكل ثقلاً وإرهاقا على كاهل المدين، يمتنع معها عليه تنفيذ الالتزامات التعاقدية كاملة أو جزء منها، أو تنفيذها على النحو المطلوب، وتتحقق تلك الموائمة من خلال توزيع مخاطر تغير الظروف بين أطراف العقد، من خلال

(37) سلام عبدالله الفتلاوي، إكمال العقد، إكمال العقد – دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،2012، ص 114.

(38) See. Frederick R.Fucci,Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html.

(39) يذكر هنا إلى أن مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير الصادر في 1916 في قضية بورودو الفرنسية، قد أرسى قواعد هذه النظرية حيث تلخصت وقائع القضية في أن شركة للغاز المخصص للإضاءة بمدينة بورودو التزمت بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، وخلال تنفيذ العقد وقعت الحرب وآدت إلى ارتفاع سعر الفحم مما نتج عنه أن أصبحت الأسعار التي تتقاضاها الشركة من الجهة الإدارية المتعاقدة معها لا تغطي نفقات الشركة، فطلبت تعديل هذه الأسعار برفعها، غير أن الجهة الإدارية لم توافق على ذلك استناداً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فاضطرت الشركة أمام ذلك التعنت إلى اللجوء إلى مجلس الدولة الفرنسي، الذي بدوره نظر الدعوى وحكم تعديل العقد بين الجهة الإدارية والشركة بما يتناسب والأسعار الجديدة، وحكم أيضاً أنه إذا طرأت ظروف لم تكن في حسبان أحد الطرفين وقت التعاقد وترتب عليها زيادة في أعباء الشخص المتعاقد بشكل ينتج عنه الاختلال في التوازن المادي للعقد يعتبر إخلالاً جسيماً، يجوز في ظله للمتعاقد مع الإدارة طلب– ولو بصفة مؤقتة– المشاركة في الخسائر ستلحق به من جراء تنفيذ العقد بحالته المتفق عليها.

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

دعوة المحتكمين إلى إعادة مراجعة العقد والتفاوض، أو التدخل المباشر بعد فشل تلك المفاوضات أو المراجعات.
وبالنتيجة؛ فإن تطبيق المحكم لنظرية الظروف الطارئة أو ما يعرف في الفقه الانجلوسكسوني بشرط المشقة يعتبر تطبيقاً مباشراً للقانون، ولا يتصادم مع مبدأ قدسية العقد، أو يشكل خطراً على التزام المحكم بحدود مهمته التحكيمية، ذلك أن المحكم إنما يستند في دوره هذا إلى إرادة المحتكمين أنفسهم، ولا يخرج عنها، ويطبق بصدد ذلك معايير موضوعية لاستنباط ما يكون مناسباً للعقد وأطرافه.

المبحث الثاني

نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن العقدي للعقد الدولي

وفي هذا السياق؛ فانه من المناسب البحث في نطاق و حدود سلطة المحكم بشان إعادة التوازن العقدي للعقد التجاري الدولي لمواجهة صعوبات تنفيذ العقد التجاري الدولي التي قد تؤدي إلى فسخه، وتطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقاً لطبيعة التحكيم، حيث من المتصور أن يكون المحكم محكماً بالقانون أو محكماً بالصلح.

المطلب الأول

سلطة المحكم بالقانون بإعادة التوازن العقدي للعقد الدولي

كما هو معروف أن المحكم بالقانون يكون مقيداً بإعمال قواعد القانون المختار من قبل المحتكمين، وعليه أن يفصل بالنزاع وفقاً لما تقتضيه
أحكام القانون واجب التطبيق المقيد بتطبيقه[40]، والذي يعكس في حقيقة الأمر المدى الذي يتمتع به المحكم من سلطات لمواجهة الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، وتحديد الآليات القانونية المتاحة لتجنب إنهاء العقد.
وقد أشرنا في بداية البحث إلى اختلاف مواقف التشريعات الوطنية حول حدود سلطة القاضي أو المحكم في التدخل في العقد لمواجهة الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد عموماً والعقد التجاري الدولي خصوصاً، مما يدفعنا للتساؤل حول مدى سلطة المحكم في إعادة التوازن العقدي للعقد الدولي في الأحوال التي يجد فيها المحكم نفسه أمام تطبيق قانون لا يعترف بسلطة المحكم في إعادة التوازن العقدي للعقد، فهل للمحكم أن يخرج عن تطبيق تلك القواعد وبخالفها، أو له ان يثبت لنفسه سلطات لم ينص عليها القانون واجب التطبيق؟.
في الواقع؛ تدفعنا تلك التساؤلات إلى البحث في مفهوم القانون واجب التطبيق ومدى سلطة المحكم حيال إعمال تلك القواعد بوصفها قانون الإرادة التي لا يجوز للمحكم الخروج عنها، ولعل أهمية هذا التساؤل نابعة من دور القواعد القانونية واجبة التطبيق في بلورة حدود وسلطات المحكم عموماً، ودوره وسلطته في إعادة التوازن العقدي للعقد التجاري الدولي، وهنا نجد الطبيعة الرضائية للتحكيم تفرض نفسها مجدداً، حيث أن للأطراف المحتكمة أن تختار القانون واجب التطبيق على النزاع، ولهم الحق بتقييد المحكم بالقواعد القانونية التي يلجأ اليها في فض النزاع وحله[41]، دون تقييد حرية الأطراف نفسها باختيار قانون وثيقة الصلة بالعقد أو موضوع النزاع.[42]

(40) أنظر في ذلك: المادة 39 بفقرتها رقم 1 من قانون التحكيم المصري حيث تنص على " – تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

(41) أحمد قسمت الجداوي، د. ابو العلا النمر، " المحكم" دراسة تحليلية لإعداد المحكم، دار ابو المجد، القاهرة، 2002، ص 69،وانظر كذلك رشا علي الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد " دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة" ، مرجع سابق، ص 16.

(42) جمال محمود الكردي، القانون واجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2003، 124-125.

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

ونشير بهذا الصدد، أنه ليس للمحكم بالقانون أن يراقب اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق ومدى صحته، باستثناء ما يباشره المحكم من الرقابة على عدم مخالفة الاتفاق على القانون واجب التطبيق للنظام العام، أو فيما إذا كان الاختيار للقانون مبني على الغش في القانون[43] وذلك حماية للحكم من البطلان، وضماناً لتنفيذ الحكم.

ويسعى المحكم بالقانون إلى إعمال وتطبيق حكم القانون في المسالة المعروضة أمامه، وفقاً للعدالة التي توجدها القواعد القانونية واجبة التطبيق مباشرة، ووفقاً لما يرتضيه المحتكمون، حيث يظهر من عرضهما النزاع على التحكيم، نيتهما معالجة الظروف التي أثرت على تنفيذ العقد وأنها تسعى إلى فض النزاع وفقا للحلول الفنية التي يوفرها القانون المختار، سواء أكان القانون المختار يتمثل بقانون دولة معينة أو بقواعد معينة لتحكم النزاع[44].

والمحكم بالقانون مكلف بالفصل في النزاع وفق أحكام قانون الإرادة، غير أنه يجب ملاحظة أن سلطات المحكم المستمدة من القانون بهذا الشأن محصورة بأنواع معينة من العقود، لا يمكن معها للمحكم أعمال سلطاته بالتدخل في العقد وإعادة التوازن له في غير تلك الأنواع من العقود.

حيث صرحت بعض التشريعات للقاضي أن يتدخل في العقد لغايات إعادة التوازن له استثناءً، وتبعاً لذلك يكون للمحكم ذات الصلاحيات حال التطبيق المباشر للقانون، ويكون تطبق المحكم للقانون المختار بحدود إرادة الخصوم وبالحدود التي يرسمونها للمحكم ويتفقون عليها[45] وقد اختلف الفقه نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود، وفي اي نوع من العقود يمكن أعمال النظرية عليها لغايات إسباغ المشروعية على تدخل القاضي أو المحكم، وذلك بصدد البحث في تحقق الشرط الأول من شروط النظرية وهو وجود التزام تعاقدي.

فقد أشار جانب من الفقه إلى أن نظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع العقود المحددة والعقود الاحتمالية دون استثناء، مستنداً في ذلك إلى عمومية نص المادة 147 من القانون المدني المصري[46]، وفي الحقيقة لا يمكن التسليم مع هذا الرأي، كون نص المادة 147 من القانون المدني المصري قد تم معالجتها ضمن النظرية العامة للعقود فعلاً، ولكنها جاءت على سبيل الاستثناءات الواردة في النظرية على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فليس المقام في التفسير للاستدلال بعمومية نص استثنائي على نطاق تطبيق النص، لتعارض ذلك صراحة مع قواعد التفسير المتعلقة بالاستثناء، الذي يجب تفسيره باضيق الحدود وعدم التوسع فيه.

بالإضافة إلى أن طبيعة العقود الاحتمالية يمتنع معها القول بجواز تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية، وخاصة إذا ما عرفنا ان الارهاق شرط لتحقق الظرف الطارئ وتطبيق النظرية بشأنه، في حين ان الارهاق في العقود الاحتمالية لا يتمتع بالحماية القانونية كالعقود المحددة، كونها عقود تقوم في الاساس على احتمال الخسارة أو الربح، وتعطي لمثل هذه الاحتمالات عناية خاصة في قياس درجة المخاطرة من قبل الأطراف قبل التعاقد، وبالتالي فان الكسب الفاحش أو الخسارة الجسيمة أمران متوقعان في العقود الاحتمالية، وعلى الطرف الخاسر تحمل النتيجة المحتملة في توقعاته[47].

ومن المسائل الهامة التي تضبط سلطة المحكم بالقانون عند تصديه للفصل في نزاعات تنفيذ العقد التجاري الدولي وفسخه،

(43) أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1981ص 134، جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 129.

(44) احمد السيد صاوي ،الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، 2002.

(45) محمد نور عبدالهادي شحادة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، مرجع سابق ص 368

(46) يحيى خيري الدين، نظرية الحوادث الطارئة وشروط تطبيقها، الاسكندرية، 1955، ص 19

(47) غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد، مرجع سابق، ص 61-62.

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

وسلطته في إعادة التوازن العقدي للعقد كوسيلة لمواجهة مشكلات تنفيذ العقد نتيجة لتغير الظروف هي سلطة المحكم التقديرية في تحديد القانون واجب التطبيق من خلال استخلاصه من الإرادة الضمنية للمحتكمين في حال عدم تحديد القانون واجب التطبيق صراحةً.

فالأصل أن يبادر المحتكمون إلى تحديد القانون واجب التطبيق غير أنه من الممكن أن لا يتم الاتفاق مسبقاً على هذا الأمر، أو ان يكون الاتفاق مبهماً، كأن يتفق المحتكمون على أن يفصل المحكم في النزاع وفق أحكام القانون ويسكت الأطراف عن تحديد ذلك القانون، ففي هذه الحالة للمحكم بالقانون أن يستنبط من المؤشرات الموضوعية المعقولة المتاحة أمامه ما يعينه على استظهار وتحديد القانون واجب التطبيق، فيجمع المحكم بين مهارة وفن تطبيق القانون، فيظهر في هذه الحالات واقع ومهارة وإبداع المحكم في التوصل من خلال تلك المؤشرات إلى القانون واجب التطبيق.

حيث يسعى المحكم بالقانون إلى تحديد القانون واجب التطبيق والذي من خلاله يتمكن من معالجه النزاع العقدي بشان تنفيذ العقد التجاري الدولي في ظل تغير الظروف، من خلال ما يتوافر لديه من مؤشرات موضوعية معقولة عامة كقانون محل إبرام العقد أو قانون محل تنفيذه[48]حيث اعتمد العديد من المحكمين في أحكامهم التحكيمية على هذه المؤشرات لتحديد القانون واجب التطبيق بما لديهم من سلطة تقديرية بتحديد القانون واجب التطبيق، بالاستناد للإرادة الضمنية للمحتكمين.

بالإضافة إلى ذلك؛ يمكن للمحكم الرجوع إلى عدد من المؤشرات الخاصة كاللغة المستخدمة في العقد، أو العملة المعتمدة للدفع، أو قانون الدولة التي تم اختيارها لانعقاد جلسات التحكيم، أو لجوء الأطراف إلى مركز تحكيمي معين لديه لائحة معتمدة لتنظيم التحكيم، أو قرينة ارتباطه العقد محل النزاع بعقود أخرى تم التصريح فيها بقانون معين واجب التطبيق، أو تحديد القانون واجب التطبيق بالقانون الذي يضمن استمرار العقد واستبعاد القانون الذي يبطله[49].

كل تلك المؤشرات تشكل أمام المحكم قرائن تعيين المحكم في تحديد وتفسير الارادة الضمنية للمحتكمين لتحديد القانون واجب التطبيق، وبالتالي فإن سلطة المحكم التقديرية تبرز ويتعاظم شأنها في تحديد القانون الذي يخدم مصلحة العقد التجاري الدولي وينسجم مع الإرادة الضمنية للمحتكمين، وقد ظهر نتيجة لذلك تفاوت وتضارب بين أحكام التحكيم في اعتماد أولوية وأهمية تلك المؤشرات، وأن هذا التفاوت قد يعكس مدى قدرة المحكم بالقانون وحرصه على تحديد القانون وفقاً لمعطيات ومؤشرات الارادة الضمنية للمحتكمين، بما يتفق ومعطيات التجارة الدولية وخاصة في ظل ما يتمتع به من سلطة تقديرية تمكنه من البحث عن القانون الأنسب والأكثر ارتباطاً في موضوع النزاع، في ظل غياب التصريح باختيار قانون معين، خلافاً لموقف القاضي الوطني الذي يلتزم بأحكام قانون بلده وما تقضي به تلك قواعد الاسناد الوارده فيه من توجيه للقاضي وإلزام له بتطبيق قانون معين.

وأخيراً نشير إلى سلطة المحكم بالقانون باستبعاد تطبيق القانون واجب التطبيق، وذلك في أحوال معينه، حيث أن الأصل على المحكم بالقانون أن يطبق القانون المختار من قبل المحتكمين وأن لا يستبعد ذلك القانون من حكمه، غير أن الواقع يبين أن للمحكم بالقانون استبعاد تطبيق القانون المختار في أحوال معينة وهي[50]:

1- مخالفة القانون واجب التطبيق للنظام العام.

2- وجود غش تجاه القانون[51].

(48) أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 128.

(49) منير عبدا المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، دون دار نشر، 2005، ص 228 وما بعدها.

(50) رشا علي الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد " دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، مرجع سابق، ص 39 وما بعدها.

(51) قد يتحقق الغش بالقانون في الأحوال التي يسعى فيها أحد أطراف العقد نحو الهروب من الآثار القانونية لقانون معين، اضراراً بالطرف المحتكم الاخر، مما يمتنع معه الاحتجاج بذلك القانون لما ينطوي عليه من غش، ولما يشكله من تناقض مع مبدأ الثقة في التعاملات التجارية، ولما يشكل من عرقلة مهمة ووظيفة المحكم من مراعاة للمصلحة

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

3- عدم كفاية القانون واجب التطبيق للفصل بالنزاع لغايب المعالجة التشريعية لموضوع النزاع.

وفي جميع الأحوال؛ على المحكم بالقانون مراعاة أحكام العقد، وعادات واعراف التجارة الدولية، والتي تشكل في مجموعها نظاماً قانونياً يحتكم اليه سواء في فض النزاع مباشرة، أو في تحديد القانون واجب التطبيق والاستدلال بها لتحديد القانون واجب التطبيق.

ذلك أن الإعلاء من جانب قدسية العقد الدولي واحترام تنظيم الأطراف فيه لشئون تجارتهم، قد بلغ مبلغه من الاهتمام من قبل المشتغلين بالتجارة الدولية، فغدا القانون واجب التطبيق يلعب دوراً إحتياطياً في الأحوال التي يغفلها العقد أو عجز العقد عن إعطاء الحلول المناسبة للمشكلات المتعلقة بتنفيذ العقد، ومواجهة الظروف المحيطة بتنفيذه[52].

غير أن المسألة على درجة من الدقة، إذ يجب ان يصار إلى عدم المغالاة بقيمة الاشتراطات التعاقدية إلى حد القول ان العقود الدولية عقود بلا قانون[53]؛ حيث ان العقد وما تضمنه من اشتراطات تعاقدية يشكل إلى جانب القانون واجب التطبيق القانون الخاص للمتعاقدين، فالمحكم يستخلص الحكم في النزاع التعاقدي، ويتوصل إلى المعالجة المناسبة من خلال البحث المتأني في كل من الشروط التعاقدية والقانون واجب التطبيق، وبما يتوافق مع توقعات المحتكمين المشروعه.

نستخلص مما سبق؛ أن للمحكم بالقانون سلطات تقديرية تجد ضابطها بحدود القانون واجب التطبيق، والذي قد يكون قد تم التصريح به وتحديده، وذلك لتمكين المحكم من التدخل في تعديل العقد والحفاظ على التوازن العقدي، وأن تلك السلطة تجاه العقد تزداد في الأحوال التي لا يصرح بها المحتكمون بقانون معين للتطبيق، فيمارس المحكم سلطاته بتحديد القانون واجب التطبيق وفق مؤشرات عامة وخاصة تمكنه من تفعيل دوره تجاه صعوبات تنفيذ العقد ومواجهة الظروف المستجدة على العقد، ويتوقف نجاح ذلك على قدرة ومهارة المحكم الفنية والقانونية في تحديد القانون الأنسب والأكثر ارتباطاً بموضوع العقد.

المطلب الثاني

سلطة المحكم بالصلح بإعادة التوازن العقدي للعقد الدولي

يتمتع المحكم بالصلح بسلطات أوسع من تلك التي يتمتع بها المحكم في القانون في حماية العقد الدولي من الفسخ، وذلك من خلال تحرره من سيطرة القوانين الوطنية وتطبيقها، وخاصة تلك التي لا تراعي خصوصية العقود التجارية الدولية، وتتعامل مع عقود التجارة الدولية كمثيلاتها من العقود البسيطة أو العقود الداخلية.

والمحكم بالصلح بهذا التصور، سوف يكون أقدر على تحقيق التوازن بين المصالح المتبادلة بين المحتكمين، وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف(54)، وتكريس حكمه لصالح المصلحة الخاصة للمحتكمين وفقاً لعدالة خاصة بهما، وبما يمليه عليه ضمير المحكم[55]، بعيد عن العدالة العامة التي تقرها النصوص القانونية دون مراعاة للظروف الخاصة بالأطراف أو العقد، لذلك سوف يتبين من تفاوت تعامل

المشتركة للأطراف المحتكمة. أنظر في ذلك: د. منير عبدالمجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص 194- 196.

(52) أنظر بذلك المعنى: د. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده، في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، مرجع سابق ص46-49.

(53) للاستزادة ؛ أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، "دراسة تأصيلية انتقاديه"، دار النهضة العربية،1989 حيث عالج المؤلف في دراسته التأصيلية الانتقادية توجهات الفقه والقضاء في التعامل مع العقد الدولي والتنظيم القانوني الذي يحكمه.

(54) أنظر في ذلك المادة (36/د) من قانون التحكيم الأردني : "د. يجوز لهيئة التحكيم اذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح ان تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون ".

(55) عبد الحميد الأحدب، التحكيم بالصلح، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، أكتوبر، 2000ص 55.

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

المحكمين بالصلح وتفاوت تقديرهم لنطاق العدالة والانصاف من حكم لآخر[56].

وتقوم فكرة التحكيم بالصلح على تحقيق التوافق والتهدئة فيما بين الأطراف المحتكمة، والتوصل إلى الحل الاكثر عدالة للمحتكمين، ويتركز عمله على حل النزاع وتسويته أكثر من حسمه لطرف من المحتكمين ضد طرف آخر، دون أن يمس هذا التصور بالطبيعة القضائية لعمل المحكم بالصلح[57].

ولما كان مفهوم الصلح في التحكيم بالصلح يقوم على فكرة تنازل المحتكمين عن الحقوق الشخصية بالحماية القانونية للحقوق التي يمكن لهم المطالبة بها أمام المحكم[58]، والتنازل عن فائدة تطبيق القانون لصالح العقد، الأمر الذي نتج عنه اختلاف فكرة الصلح في التحكيم عن فكرة الصلح والتصالح العادي، حيث يصب هذا التنازل مباشرة في نطاق وحدود سلطة المحكم بالصلح، فيتحرر من قيود النصوص القانونية وما تفرزه من عدالة عامة إلى حدود أخرى تمكنه من تطبيق العدالة الخاصة فيما بين المحتكمين وبما يتوافق مع واقع حالهما.

بالإضافة إلى ذلك؛ فإن فكرة التنازل في التحكيم بالصلح، تمكن المحكم من التعامل مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بشيئ من المرونة، فيستطيع معها المحكم بالصلح التعامل مع الاشتراطات التعاقدية وفقاً لمقتضيات ظروف تنفيذ العقد التي لحقت به، فلا يقف المحكم عاجزاً أمام تغير

الظروف وإعادة التوازن العقدي للعقد[59].

ولا شك أن ارتباط فكرة سلطة المحكم بالصلح بإعادة التوازن العقدي للعقد وارتباطها بفكرة العدالة – والتي تشكل في حقيقتها الغاية التي من أجلها كان التحكيم عموماً– قد كان سبباً أساسياً لاتجاه قضاء التحكيم نحو تبني الرأي بقبول تدخل المحكم في تعديل العقد وإعادة التوازن العقدي له، فالمحكم بالصلح، عند مباشرته لسلطاته تجاه العقد، في الأحوال التي يتعرض لها العقد التجاري الدولي لتغير الظروف أثناء تنفيذه، إنما يباشر سلطاته التي فوض بها بمقتضى الاتفاق على التحكيم بالصلح، وذلك من أجل التلطيف من حدة وعدم عدالة بعض الاشتراطات التعاقدية، نتيجة لتغير الظروف الحالية للعقد[60].

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن مباشرة المحكم بالصلح لهذه السلطات، لا يكون مقيداً بحرفية الصياغة التي جاءت بها الاشتراطات التعاقدية، فيقوم بموائمتها وفقاً للظروف الحالية للعقد الدولي، وذلك ضمن حدود وإطار ما تؤدي أليه الإرادة الضمنية للمحتكمين، لذلك فليس للمحكم بالصلح أن يقوم باستبدال أياً من تلك الالتزامات التعاقدية بالتزامات أخرى لم يرتضيها المحتكمون، بالإضافة إلى أنه ليس للمحكم أن يتدخل بالعقد وبإطاره الموضوعي على نحو يخرج العقد عن طبيعته القانونية الأصلية إلى عقد آخر

(56) محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1982، ص 261.

(57) محمد نور عبدالهادي شحادة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، مرجع سابق، ص 82 وما بعدها.

(58) ننوه إلى وجوب عدم الخلط فيما بين التنازل عن الحماية القانونية للاشتراطات االتعاقدية، وفكرة التنازل عن القوة الملزمة لتلك الاشتراطات التعاقدية أو التنازل عن القانون، فالمحتكمون يتنازلون عن الحماية القانونية للاشتراطات التعاقدية فقط، بحيث يتمكن المحكم بالصلح من التعامل مع تلك الاشتراطات لصالح اعادة العدالة التعاقدية في العقد، دون ان يمس المحكم بالقوة الملزمة لتلك الاشتراطات التعاقدية، فكانت الآلية الفنية المثلى لتحقيق ذلك أن تؤسس سلطة المحكم بالصلح على فكرة تنازل المحتكمين عن التمسك بالحماية القانونية للاشتراطات التعاقدية لصالح اعادة التوازن العقدي للعقد.اما القوة الملزمة للاشتراطات التعاقدية، فليس للمحكم بالصلح المساس بها واهدار قيمتها لما يتضمنه ذلك من اعتداء على مبدأ قدسية العقد.أنظر في هذا المعنى د ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده، في عقود التجارة الدولية طويلة المدة ، مرجع سابق، ص 98.

(59) ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده، في عقود التجارة الدولية طويلة المدة ، مرجع سابق، ص 94.

ويشير سيادته إلى موفق بعض فقه وقضاء التحكيم الرافض الاعتراف بتلك السلطة؛ حيث أثروا الإبقاء على المفهوم الصارم لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولم يعترف للمحكم بسلطة التدخل لتعديل العقد، على سند من القول ان المحكم ليس له التدخل في الإطار الموضوعي للاشتراطات التعاقدية، وما العقد إلا تنظيم خاص فيما بين أطرافه، وليس للمحكم التدخل فيه.

(60) ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده، في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، مرجع سابق، ص 102.

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

نتيجة لقيام المحكم بتغير الالتزامات التعاقدية[61].

وقد يشكل الأمر على البعض فيما يتعلق بمدى سلطة المحكم في تطبيق القواعد الموضوعية لفض النزاع التعاقدي وإعادة العدالة العقدية للعقد ؛ فيعتبرون أن المحكم يصدر حكمه بعيداً عن القانون، والأمر في الحقيقة خلاف ذلك، غاية ما في الأمر أن المحكم بالصلح مرخص له الحكم وفقاً لما يرتضيه من قواعد العدالة والإنصاف التي يرى أنها أنسب لحل النزاع، والتي قد تكون هي ذاتها ما تقرره النصوص القانونية، متى ما وجد المحكم بالصلح أن قواعد القانون تحقق العدالة والإنصاف[62]، وبذلك صرحت هيئة التحكيم التابعة لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في حكمها حيث جاء فيه" اختيار التحكيم بالصلح لا يعني استبعاد حكم القانون، إذا تحقق المحكمون من أن حكم القانون يحقق العدالة"[63].

وفي ذلك إشارة إلى أن تطبيق المحكم بالصلح لقواعد القانون بوصفها تنطق بالعدالة والإنصاف الذي يرتضيه المحكم إنما يكون أساسه إرادة المحكم وسلطته التقديرية تجاه القواعد القانونية الموضوعية لفض النزاع وحله، وليس بالاستناد إلى إرادة المشرع الذي أوجد تلك القواعد القانونية[64]، وقد يجد المحكم بالصلح العدالة والإنصاف في تطبيق العادات والاعراف الدولية بشأن تغير الظروف، والتي تسعفه كثيراً في التوصل إلى حل للمنازعة الدائرة في العقد نتيجة عدم معالجتها في العقد أو في القانون واجب التطبيق، حيث تتجه الأعراف والعادات التجارية الدولية نحو التخفيف من وطأت تغير الظروف وإزالة الإرهاق الناتج عنها[65].

وبالنتيجة؛ فان المحكم بالصلح يتمتع بسلطة تقديرية أوسع من السلطة الممنوحة للمحكم بالقانون تجاه العقد التجاري الدولي وحل منازعاته، والسعي وراء إنقاذ العقد من الفسخ والإنهاء من خلال الآليات القانونية التي يجد مصدرها بقواعد العدالة والإنصاف والأعراف والعادات التجارية الدولية، والتي تسعى في مجموعها إلى تعزيز الثقة في التعامل وتعزيز مبدأ حسن النية والحفاظ على الصفقات التجارية وصيانتها من التعسف وفسخ العقود التجارية الدولية.

الخاتمة

في نهاية هذه الورقة البحثية والتي حاولنا فيها بيان دور المحكم في مواجهة تغير الظروف والتدخل في العقد لغايات الحفاظ على التوازن العقدي للعقد التجاري الدولي، وذلك بما يخدم مصلحة طرفي العقد وبما يحقق مقاصد التجارة الدولية، واستعرضنا في سبيل ذلك الأساس القانوني للسلطة التي يمارسها المحكم تعزيزاً للدور الايجابي الذي يمارسه تجاه المنازعات العقدية بين الاطراف، ثم انتقلنا إلى البحث في نطاق تلك السلطة على ضوء ما تقتضيه المهمة التحكيمية ذاتها كضابط لمشروعية ممارسة المحكم لمهامه وسلطاته بالإضافة إلى تأثر تلك السلطة بشكل التحكيم المعتمد واظهرنا فيه مدى سلطة المحكم في التدخل في العقد في ظل التحكيم بالقانون وفي ظل التحكيم بالصلح.

وقد خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات من أهمها :

أولاً: إن ممارسة المحكم لسلطاته تجاه موائمة العقد ومعادلة الالتزامات التعاقدية لمواجهة تغير الظروف تستند في وجودها إلى إرادة الأطراف سواء من خلال إسناد تلك السلطة إلى بند تعاقدي يقضي باعادة التفاوض أو يتيح للمحكم تكملة العقد وغزالة الإرهاق منه

(61) رشا أحمد حسين ابراهيم، التحكيم بالصلح... مرجع سابق، ص 257.

(62) منير عبدالمجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 1995 ص 226 وما بعدها.

(63) حكم تحكيمي رقم 57/ 2003 فصل 30-12- 2004 والمنشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثامن، اغسطس 2005 ص 53.

(64) أنظر في هذا المعنى د، سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصري والمرافعات الكويتي، الطبعة الثانية، سنة 2006 ص 52.

(65) أحمد حسني سيد محمد. تطبيق المحكم الدولي لعادات واعراف التجارة الدولية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق – جامعة عين شمس 2013 ص 51.

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

نتيجة تغير الظروف، أو من خلال الحالة إلى قانون واجب التطبيق يمنح القاضي سلطة التدخل في العقد وتعديله، وذلك خلافاً لسلطة القاضي بالشأن نفسه التي تستند إلى نصوص قانونية مباشرة في القوانين الوطنية.

ثانياً: إن العناية بصياغة العقود التجارية الدولية والحرص على صياغة شروط اعادة المفاوضة من شأنه أن يعزز سلطة المحكم في التدخل في العقد من خلال الرقابة على تطبيق الشرط بين المتعاقدين أو بما يتضمنه من تخويل للمحكم لإعادة النظر بالعقد نتيجة تغير الظروف.

ثالثاً: إن التحكيم بالصلح بما يتضمنه من تخويل للمحكم للبحث عن العدالة التعاقدية الخاصة بالمتعاقدين لهو الاختيار الأنسب في أكثر الحالات لمنح المحكم القدرة على موائمة العقد وتحقيق التوازن فيه حيث يفترض في المحكم بالصلح تحقيق عدالة موضوعية خاصة بطرفي العقد غير تلك المتعلقة بعدالة النصوص العامة لذلك فإن المحكم بالصلح يتمتع بسلطات أوسع بالتدخل بالعقد.
رابعاً:كان لمبدأ سلطان الإرادة والعناية بشروط التعاقد وخاصة شروط إعادة المفاوضة أكبر الأثربتطويع العديد من المفاهيم المستقرة في التشريعات الوطنية كتلك المتعلقة بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة فكان من شأنها أن تسهم في إعادة صياغة تلك المفاهيم بما ينسجم مع واقع التجارة الدولية، بل والتدخل في تعديل الآثار القانونية لتلك الشروط وبما أسهم في تعزيز سلطات المحكم تجاه منازعات العقد.
خامسا: توصي الدراسة المشتغلين بالتجارة والقانونيين بالعناية بشروط العقود التجارية الدولية بما يوفر القدرة على مواجهة تغيير الظروف وبما يتيح إعادة التوازن للعقد والحفاظ عليه وخاصة فيما يتعلق بشرط اعادة المفاوضة وشرط التحكيم وتحديد نوعه.

المراجع

[1] أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، 1981
[2] أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 المؤسسة الفنية ، 2004.
[3] أحمد حسني سيد محمد. تطبيق المحكم الدولي لعادات واعراف التجارة الدولية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق – جامعة عين شمس 2013
[4] أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، "دراسة تأصيلية انتقادية"دار النهضة العربية،1989
[5] أحمد قسمت الجداوي، د. ابو العلا النمر، "المحكم" دراسة تحليلية لإعداد المحكم، دار ابو المجد، القاهرة، 2002
[6] أسيل باقر جاسم النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض" دراسة في عقود التجارة الدولية"مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، الاصدار الأول، المجلد 3سنة 2011
[7] البير سمعان، القاضيين يوسف جميل، وزيادة أيوب، في القانون الاداري الخاص، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، 2010.
[8] جمال محمود الكردي، القانون واجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2003.
[9] رشا أحمد حسين إبراهيم، "التحكيم بالصلح"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2010
[10] رشا على الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد " دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، كلية الحقوق– جامعة المنصورة 2009،
[11] ريما فرج مكي، تصحيح العقد" دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2011.
[12] سلام عبدالله الفتلاوي، إكمال العقد – دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012
[13] سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصري والمرافعات الكويتي، الطبعة الثانية، سنة 2006
[14] شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007
[15] صفاء تقي الدين عبد نور العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة الموصل– العراق 2005
[16] عبد الحميد الأحدب، التحكيم بالصلح، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، أكتوبر، 2000
[17] عصام الدين القصبي، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، تحت عنوان، التحكيم التجاري الدولي، 2008.
[18] غازي عبدالرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، بغداد، منشورات مركز البحوث القانونية العدد 1986،13.
[19] محمد نور عبدالهادي شحادة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين(نطاقها ومضمونها) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، 1993.

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing

[20] محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

[21] مصطفى العواجي، القانون المدني، الجزء الأول، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1995.

[22] منير عبدالمجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، دون دار نشر، 2005

[23] منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1995

[24] ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده، في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بدون ناشر، 2010.

[25] يحيى خيري الدين، نظرية الحوادث الطارئة وشروط تطبيقها، الإسكندرية، 1955.

Rferance

[1] B.Jaluzot,La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, Allemand et Japanais, Ed.Dalloz, 2001

[2] JoernRimk,Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000).

[3] Norbert Horn, Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in SomeEuropeanLaws and in International Law, p. 17 in Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and finance, ed. by Norbert Horn (Kluwer 1985).

[4] Oppetit, Bruno, L'Adaptation des ContratsInternationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship, 101 Clunet 1974.

[5] Rolf Kofod. Hardship in International Sales CISG and the UNIDROIT Principle. Thesis, University of Copenhagen-Faculty of Law (2011).

© 2018 SCINAT
ISCI Acadmy Publishing