

المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر
لكلية الحقوق – جامعة المنصورة



**الجوانب القانونية والاقتصادية
للأزمة المالية العالمية**

في الفترة من ١ – ٢ إبريل ٢٠٠٩
بقاعة السنهوري بكلية الحقوق – جامعة المنصورة

بحث بعنوان

سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد
"دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"

إعداد

د/ رشا علي الدين

مدرس بقسم القانون الدولي الخاص
كلية الحقوق – جامعة المنصورة

مقدمة

بدأت في سبتمبر ٢٠٠٨ أزمة مالية عالمية اعتبرت الأسوأ من نوعها منذ زمن الكساد الكبير سنة ١٩٢٩، كانت بداية الأزمة بالولايات المتحدة الأمريكية، ثم امتدت إلى دول العالم لتشمل الدول الأوروبية والدول الآسيوية والدول الخليجية والدول النامية التي ترتبط اقتصادياتها مباشرة بالاقتصاد الأمريكي.

وقد وصل عدد البنوك التي انهارت في الولايات المتحدة خلال عام ٢٠٠٨ ما يقرب من ١٩ بنكاً، ويتوقع المزيد من الانهيارات الجديدة بين البنوك الأمريكية البالغ عددها ٨٤٠٠ بنكاً^(١).

تعرف الأزمة المالية بأنها الانخفاض المفاجئ في أسعار نوع أو أكثر من الأصول. والأصول إما رأس مال مادي يستخدم في العملية الإنتاجية مثل الآلات والمعدات والأبنية، وإما أصول مالية، هي حقوق ملكية لرأس المال المادي أو للمخزون السلعي، مثل الأسهم وحسابات الادخار مثلاً، أو أنها حقوق ملكية للأصول المالية، وهذه تسمى مشتقات مالية، ومنها العقود المستقبلية كتعاقدات النفط والبنية التحتية على سبيل المثال^(٢).

(١)

http://ar.wikipedia.org/wiki/٢٠٠٨_الأزمة_المالية_العالمية, 13-12-2008.

(٢) إبراهيم علوش، نحو فهم منهجي للأزمة المالية الدولية، مقال منشور على الإنترنت:

<http://www.aljazeera.net/NR/exeres/81912FE8-CA6C-4B4A-8FBD-C7A0EF377F6F.htm>, 6-11-2-2008.

أنواع الأزمات المالية:

يوجد عدة أنواع للأزمات المالية، ولكن حديثنا هنا قاصر على نوعين

هما^(١):

النوع الأول: هو الأزمات المصرفية، وتظهر الأزمات المصرفية عندما يواجه بنك ما زيادة كبيرة ومفاجئة في طلب سحب الودائع. ويرجع ذلك إلي أمرين إما أن البنك يقوم بإقراض، أو تشغيل معظم الودائع لديه ويحتفظ بنسبة بسيطة لمواجهة طلبات السحب اليومي، ولهذا لن يستطيع الاستجابة لطلبات المودعين إذا ما تخطت النسبة المتوقعة للسحب اليومي، وبالتالي يحدث ما يسمى بأزمة سيولة لدى البنك.

وإذا حدثت مشكلة من هذا النوع وامتدت إلى بنوك أخرى، فتسمى في تلك الحالة أزمة مصرفية. وعندما يحدث العكس، أي تتوافر الودائع لدى البنوك وترفض تلك البنوك منح القروض خوفاً من عدم قدرتها على الوفاء بطلبات السحب تحدث أزمة في الإقراض، وهو ما يسمى بأزمة الائتمان. وقد حدث في التاريخ المالي للبنوك العديد من حالات التعثر المالي مثل ما حدث في الولايات المتحدة عندما انهار "بنك الولايات المتحدة Bank of United States" في عام ١٩٣١^(٢).

(١) د/ عبد الله شحاتة، الأزمة المالية، المفهوم والأسباب، بحث منشور على الإنترنت:

www.pidegypt.org/arabic/azma.doc, 13-2-2008.

(٢) راجع على الإنترنت:

pathways.cu.edu.eg/news/news/uf/٢٧٥٠٤_٢٣٨١-REPORT-W٢٠٠٩.doc, 2-2-2009.

وهناك أزمات العملة وأسعار الصرف وهي تحدث عندما تتغير أسعار الصرف بسرعة بالغة بشكل يؤثر على قدرة العملة على أداء مهمتها كوسيط للتبادل أو مخزن للقيمة، لذلك تسمى هذه الأزمة أيضاً بأزمة ميزان المدفوعات. وتحدث تلك الأزمات عندما تتخذ السلطات النقدية قرار بخفض سعر العملة نتيجة عمليات المضاربة، وبالتالي تحدث أزمة قد تؤدي لانتهيار سعر تلك العملة، وهو شبيه بما حدث في تايلاند وكان السبب المباشر في اندلاع الأزمة المالية في شرق آسيا عام ١٩٩٧. وسميت في تلك الفترة بأزمة النمر الآسيوية^(١).

وعلى الرغم من أن قرار تعويم أو خفض سعر صرف العملة الوطنية قد يبدو قراراً تطوعياً اختيارياً من السلطة النقدية الوطنية، إلا أنه - في أغلب الحالات - يكون قراراً ضرورياً تتخذه الدولة في حال وجود قصور في تدفقات رأس المال الأجنبي أو تزايد في التدفقات الوطنية خارج الحدود. بعض تلك الأزمات لها أثر محدود على القطاع غير المالي، أما البعض الآخر فيلعب دوراً أساسياً في تباطؤ النمو الاقتصادي وحدث الانكماش بل قد تصل إلى درجة الكساد.

(١) اقتصاد السوق الحر... أزمة عابرة... أم بداية النهاية، مقالة منشورة على الإنترنت بدون اسم الكاتب، راجع:

http://jaseem.reefnet.gov.sy/index.php?option=com_content&view=article&id=191:2008-11-30-12-49-48&catid=4:2008-10-25-14-38-37&Itemid=60,13-2-2009.

نشأة الأزمة المالية الحالية^(١):

تعود أسباب الأزمة المالية العالمية الراهنة إلى عام ٢٠٠٦ ونشوب ما سمي بـ "أزمة القروض العالمية" التي أدخلت القطاع المصرفي والبنكي الأمريكي في دوامة الخسائر الطائلة، و ذهب ضحية هذه الأزمة مئات الآلاف من المواطنين الأمريكيين عاجزين اقتصادياً.

وقد اندلعت أزمة القروض العالية المخاطر بسبب إقدام العديد من المصارف المختصة في قطاع الاستثمار العقاري على منح قروض لمئات الآلاف من المواطنين ذوي الدخل المحدود، متجاهلة بذلك قاعدة تقييم المخاطر التي يقوم علي أساسها العمل المصرفي، بالإضافة إلى أن هذه القروض كانت مصحوبة بفوائد ضعيفة نسبياً.

واعتمدت البنوك والمصارف في هذه المخاطرة على النمو غير المسبوق لقطاع العقارات، الأمر الذي أدى بأعداد كبير من الأمريكيين إلى القناعة بأن الفرصة مواتية لشراء مسكن أو تجديد المسكن القديم وإبداله بآخر أكثر فخامة.

ومع الارتفاع المفاجئ لنسب الفوائد في الأسواق المصرفية الأمريكية – متأثراً بالسوق العالمية، وجد عدد كبير من الأمريكيين أنفسهم عاجزين عن

(١) لمزيد من التفصيل حول الأزمة، راجع:

A. SHAH, *Global Financial Crisis* 2008, <http://www.globalissues.org/article/768/global-financial-crisis>, 13-1-2009.

تسديد قروضهم، وازداد عددهم مع مرور الأشهر ليخلق جواً من الذعر والهلع في أسواق المال، وفي أوساط المستثمرين في قطاع العقارات.

وبمجرد ظهور البوادر الأولى للأزمة، تسارعت البنوك إلى مصادرة مساكن العاجزين عن تسديد القروض وبيعها على خلفية أزمة مفاجئة وحادة لقطاع العقارات نتيجة تراجع الأسعار بنسب كبيرة.

وقد قضت الأزمة المالية العالمية الراهنة على جميع البنوك الاستثمارية في Wall Street حيث أفلس بعضها، والبعض الآخر تحول لمصارف عادية صغيرة^(١).

ولمواجهة تداعيات مسلسل الأزمة المالية وجدت المصارف المركزية في الولايات المتحدة وأوروبا وآسيا نفسها مضطرة للتحرك، ولم يبق لها سوى الاختيار بين أمرين كلاهما مر: الأول هو تغيير نسب الفوائد، والثاني ضخ أموال في البنوك المتضررة.

(١) وفي مقدمة البنوك المنهارة بنك *Bear Stearns*، وهو أكبر بنك استثماري أمريكي، وقد انهار في مارس ٢٠٠٨ واستحوذ عليه *JP Morgan Chase*، وبنك *Lehman Brothers*، ويعد واحداً من أكبر البنوك الأمريكية الاستثمارية، وأعلن إفلاسه في يوم ١٥ سبتمبر ٢٠٠٨ بعد تخلي بنك *Barclays* عن صفقة شرائه.

وكذلك بنك *Merrill Lynch*، وهو ثالث أكبر بنك استثماري في أمريكا، واستحوذ عليه *Bank of America* بعد تعرضه لخسائر قوية بسبب الأزمة المالية و أزمة الرهن العقاري. والحال كذلك في بنك *Morgan Stanley*، وهو واحد من آخر بنكين استثماريين في الولايات المتحدة تم تحويله إلى مؤسسة مصرفية قابضة، ولم يتعرض لخسائر في الأزمة لكن أرباحه تراجعت.

أما بنك *Goldman Sachs* فيعد آخر بنك استثماري في الولايات المتحدة لكن تم تحويله مع *Morgan Stanley* إلى مؤسسة مصرفية قابضة، واعتبرت نتائجها هي الأفضل بين البنوك الاستثمارية خلال الأزمة وذلك لتجنبه الاستثمار في الإفراض العقاري.

وقد سار النظام الأمريكي على النسق الأول، حيث بادر في العديد من
المرات إلى خفض النسبة التي تراجعت من ٥,٢٥ ٪ في يونيو ٢٠٠٦ إلى ٢ ٪
في أبريل ٢٠٠٨^(١).

ولم تكثف الحكومة الأمريكية بهذا الإجراء، بل اختارت الذهاب بعيداً في
سعيها إلى تفادي تفشي الأزمة، حيث قررت شراء ثلاثة بنوك كبيرة.

الأسباب الحقيقية للأزمة:

يمكن إجمال الأسباب الحقيقية في حدوث الأزمة في سببين:

عدم احترام قواعد الإقراض البنكية من طرف البنوك الاستثمارية

عدم إحكام رقابة الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي على البنوك والمؤسسات
المالية

وقد ترتب على هذه الأزمة عدة أمور يمكن إجمالها في الآتي:

١- حدوث أزمة سيولة كبيرة في أسواق المال، والبورصات العالمية.

٢- انخفاض الطلب على المواد الأولية وبخاصة البترول مما أدى إلى

انخفاض سعره، وكذلك الحال في العديد من مصادر الطاقة.

(١)

٣- حاله من التشكك فى النظرية الرأسمالية بسبب عدم قدرة السوق على تصحيح أوضاعه.

٤- انخفاض فى أسعار العقارات وخاصة العقارات الأمريكية.

٥- تعرض عدد كبير من كبرى الشركات العالمية للإفلاس فى عدة مجالات مرتبطة .

انعكاسات الأزمة:

لا يمكن أن ننكر أن الأزمة كان لها انعكاسات عديدة على الصعيد العالمي، ومن هنا جاءت تسميتها بالعالمية، ومن أهم هذه الانعكاسات:

١- تآكل الأرصدة المالية للدول الدائنة.

٢- انخفاض أسعار النفط مما يؤثر على ميزانيات الدول التي وضعت تقديراتها على أساس الأسعار السابقة، كما هو الحال في دول الخليج.

٣- التأثير على صادرات الدول النامية خاصة من السلع الاستهلاكية، مثل الصادرات النسيجية في مصر، والصادرات الزراعية لدول المغرب العربي.

٤- انخفاض حجم المساعدات الدولية للدول الضعيفة اقتصادياً.

٥- اهتزاز الثقة بالنظام المصرفي الدولي والتي بدونها لا يمكن تحقيق معدلات نمو متوازنة في التجارة الدولية.

الأزمة المالية العالمية وعقود التجارة الدولية:

لا يقف الحديث عن الأزمة المالية العالمية عند حدود الآثار والانعكاسات الاقتصادية فقط، ولكنه يمتد إلى مناحي سياسية وقانونية. وفي ظل تزايد حجم التجارة الدولية، وتزايد معدلات التبادل التجاري، وإبرام العديد من العقود الدولية، صار من الحتمي الحديث عن المخاطر والصعاب التي قد تحيق بتنفيذ هذه العقود في ظل الأزمة المالية الراهنة. فقد يترتب علي هذه الأزمة استحالة في تنفيذ العقد، وهذه الاستحالة قد تكون دائمة وقد تكون مؤقتة، وينصب عدم التنفيذ في العقد الدولي علي محل العقد أو محل الالتزام، وهو في ذلك لا يختلف عن عقد البيع المحلي.

والسؤال الذي نطرحه الآن: كيف يمكن أن تؤثر الأزمة المالية العالمية علي العقد الدولي، وإلي أي مدى؟

القوة القاهرة والظرف الطارئ في العقود الدولية:

إن طبيعة الالتزامات المتقابلة الناشئة عن العقد الدولي يستلزم من أطرافه الأخذ بعين الاعتبار كثير من المفاجآت التي قد تحول دون تنفيذها، وهذه الالتزامات تخضع في الأصل لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يصعب التحلل منها

إلا عند استحالة التنفيذ لأسباب قاهرة^(١)، فعندها يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً لسبب أو لآخر، ونكون هنا أمام قوة قاهرة، وهو حدث لا يتصل بتصرف شخص ما أو مجموعة أشخاص^(٢)، فهو حدث غير متوقع، ولا يمكن مقاومته، ويعود لسبب أجنبي لا دخل لإرادة أطراف العقد فيه.

ويمكن القول بأن احتمال نشوء القوة القاهرة يتضاعف وقوعه في العقد الدولي لأسباب عدة منها^(٣):

١- أن تنفيذ العقد الدولي يتجاوز بعناصر تنفيذه حدود الدولة الواحدة، ومن هنا تأتي سمته الدولية. ولهذا يكون تأثير المتغيرات العالمية واضحاً على هذه العقود.

٢- يتصف العقد الدولي بطول الفترة التي تفصل بين وقت إبرامه، وبين تاريخ تنفيذه. فإذا كانت القاعدة العامة تقتضي تسليم المبيع، ودفع الثمن حال انعقاد العقد، واشترط أن يكون المبيع محل العقد محدداً ومعيناً في هذا

(١)

SZALEWKI (J.S.), *Le force obligatoire a l'épreuve des avant contrats*, Dalloz, Paris, 2000, PP.25 et ss

(٢)

TADDEO (I.), *La Notion De Force Majeure*, 2005, P. 2, voir à www.m2-dmi.com/spip/IMG/pdf/71_forcemajeure.pdf, 12- 3- 2008.

(٣)

د/ عبد المنعم حسون عنوز، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، ص ٢، بحث منشور على الإنترنت:

www.aljazylaw.com/arabic/pdf/3-ar10.pdf, 13-2- 2008.

الوقت، إلا أن العرف التجاري الدولي يؤكد أن هذه الفترة قد تطول أو تقصر وتفصل بين تاريخ انعقاد العقد، ووقت التنفيذ الفعلي له.

لابد وأن ندرك أن القوة القاهرة لا تستهدف فقط التزامات طرف دون الآخر فقد تجعل من التزام البائع مستحيلاً، كما أنها قد تعترض التزامات المشتري أيضاً، فتجعله غير قادر علي الوفاء بالتزاماته كتسليم المبيع أو دفع الثمن، وقد يكون المانع مؤقتاً أو نهائياً^(١).

قد لا يكون تنفيذ العقد مستحيلاً، كما هو الحال في القوة القاهرة، إلا أن تنفيذه قد يكون ممكناً، ولكن بشروط تحمل أحد أطراف العقد أعباء مالية وخسارة جسيمة وباهظة النتائج قد تؤثر علي التوازن المالي للعقد، وتقود إلي الإخلال بالتوازن الذي يجب أن يتمتع به العقد خلال مدة تنفيذه^(٢)، وهذا ما يعرف بالظرف الطارئ^(٣). ويقترّب الظرف الطارئ من القوة القاهرة بوصفهما وضع جديد لا دخل لإرادة أطراف العقد في وجوده، ويعود مصدره إلي سبب أجنبي لا دخل لإرادتهم فيه^(٤).

(١)

SZALEWKI (J.S.), *Op. cit.*, P.30.

(٢)

I. TADDEO, *Op. cit.*, P.3.

(٣)

DEBOURG (C.), *Imprévision*, P. 2, voir à, http://france-jus.ru/upload/fiches_fr/Imprevision.pdf, 25-11-2007.

(٤)

SZALEWKI (J.S.), *Op. cit.*, P.31.

وتختلف آثار الظرف الطارئ عن القوة القاهرة، فالظروف الطارئة أقل وطأة علي حياة العقد، فتنفيذ العقد يصير مرهقاً، إلا أنه لا يؤثر علي مبدأ استمرار تنفيذ العقد^(١)، فبالرغم من التغيير الجذري الذي طرأ علي التوازن الاقتصادي للعقد علي المدين، إلا أنه لا يستطيع التوقف عن تنفيذ التزاماته طبقاً لما نصت عليه شروط العقد، وإلا اعتبر مخلاً بالعقد، ووجبت مسؤوليته، إلا أن مبدأ العدالة في العقود يوجب إعادة النظر في التزامات الطرف المضرور بغرض تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف^(٢). أما القوة القاهرة فإنها تؤدي إلي تعليق تنفيذ العقد بشكل مؤقت أو نهائي بسبب استحالة التنفيذ المطلقة، ومن آثارها انقضاء العقد^(٣).

التوازن المالي للعقد الدولي:

درج العرف التجاري الدولي علي صياغة شروط العقد وفقاً لمبدأ حرية سلطان الإرادة في التعاقد، فيجوز لأطراف العقد إدراج أي شرط يرغبون في إدراجه، ومن هنا تأتي أهمية التفاوض في العقود الدولية.

إن ما نريد إيضاحه هنا هو أن الأزمة المالية قد خلفت آثاراً مالية، قد تخل بالتوازن المالي في العقود طويلة الأجل، إلا أن هذا الاختلال قد يأخذ صوراً عدة فقد يصعب تنفيذ العقد، وقد يستحيل التنفيذ مطلقاً أو لمدة مؤقتة.

(١)

DEBOURG (C.), *Op. cit.*, P.3.

(٢) د/ عبد المنعم حسون عنوز، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، ص ٥.
(٣) لا بد وأن نبين هنا أن هناك عدة تشريعات داخلية تتجاهل فكرة الظرف الطارئ، وذلك استناداً إلي القوة الملزمة للعقد، والتي تتعارض مع أي تعديل يستوجب العقد، وتتطلبه حالة الظرف الطارئ، كما هو الحال في المادة ١٥٠٢ من القانون المدني السويسري.

ويقصد بالتوازن المالي للعقد أن تكون حقوق والتزامات الأطراف وقت نشوء العقد قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة مالياً، وتتجه الإرادة المشتركة للمتعاقدين منذ لحظة إبرام العقد إلي استمرار هذا التوازن المالي حتى تمام تنفيذ العقد^(١).

وفي ظل تزايد منازعات التجارة الدولية، ولجوء أطرافها إلي التحكيم كوسيلة لفض منازعاتها بسرعة وسرية، يظهر سؤال مهم: ما هي حدود سلطات المحكم في ظل هذه الأزمة المالية لمواجهة الإخلال بالتوازن المالي للعقد الدولي؟

إن البحث عن سلطات المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد يدفعنا للبحث عن سلطته في ظل اتفاق الأطراف علي قانون محدد ليحكم عقدهم الدولي، ثم بحث هذه السلطة في غيبة مثل هذا الاتفاق.

منهج الدراسة:

تقوم الدراسة علي أساس تحليلي مقارنة، إذ تسعى إلي تحليل ودراسة القواعد المنظمة للقانون الواجب التطبيق علي العقد الدولي وأثره في تحديد سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي.

كما تسعى إلي عقد مقارنة بين الأنظمة المقارنة والأعراف التجارية الدولية، ودورها في تحديد هذه السلطة وبيان نطاقها.

(١) د/ علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٥، ص ٣١١.

خطة الدراسة:

تفرض علينا مقتضيات الدراسة أن نعرض للقانون الواجب التطبيق علي خصومة التحكيم بوصفه السبيل إلي تحديد سلطة المحكم، وبيان نطاقها ثم نبين سلطته في إعادة التوازن المالي للعقد الدولي في ظل المتغيرات الاقتصادية، من خلال بيان أساسها ونطاقها. وعلي هذا فإننا نقسم دراستنا إلي فصلين:

الفصل الأول: سلطة المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق.

الفصل الثاني: سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الدولي.

الفصل الأول

سلطة المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق

تمهيد:

إن تحديد سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق تختلف في حالة كون الأطراف قد اتفقوا علي تحديد قانون ما أم أنهم تركوا الأمر للمحكم لاختيار ما يراه مناسباً ليحكم النزاع المعروض عليه. بالإضافة إلي أن تحديد القانون الواجب التطبيق يعد هو الأساس الذي يرتكن إليه المحكم في تحديد جميع سلطاته حتي يتسني له الفصل في المنازعة المعروضة عليه.

وعلي هذا الأساس فإننا نقسم هذا الفصل إلي مبحثين:

المبحث الأول: سلطة المحكم في ظل اتفاق الأطراف.

المبحث الثاني: سلطة المحكم في غيبة اتفاق الأطراف.

المبحث الأول

سلطة المحكم في ظل اتفاق الأطراف

ينأسس التحكيم علي إرادة الأطراف فطبيعته الرضائية النابعة من إرادة الأطراف انعكست علي حقهم في اختيار القانون واجب التطبيق علي موضوع النزاع، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة^(١). فالأصل الاتفاقى للتحكيم يجعله متميزاً عن القضاء حيث للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون، أو القواعد التي يطبقها المحكم على المنازعات المعروضة عليه دون توافر صلة أو رابطة بين هذا القانون وبين العقد محل النزاع أما بالنسبة للقاضي – في الغالب الأعم –، فالأمر علي خلاف حيث يري جانب من الفقه ضرورة وجود صلة أو رابطة بين القانون وبين العقد محل النزاع^(٢).

ويقصد باتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق اتفاق إرادتهم على نحو يؤكد اختيارهم لقانون معين ليحكم العقد الخاص بهم والمراد هنا هو

(١) مؤدى مبدأ سلطان الإرادة هو أن الإرادة الفردية الحرة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود، والإرادة الفردية الحرة هي التي تحدد ما يترتب على العقد من آثار قانونية وتستطيع أيضاً هذه الإرادة أن تعدل من آثار هذه العقود بعد ترتيبها وفي إنهاء العقد بعد إيرامه، انظر في ذلك: د/ محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٢، ص ٤٨.

(٢) د/ جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣، ص ١٢٤، ١٢٥.

الاختيار الصريح^(١). وذلك لأن الإرادة الضمنية تحتاج من المحكم البحث عن تلك الإرادة، والكشف عنها، ويعد هذا في حقيقة الأمر — كما سنري لاحقاً — حالة من حالات غيبة اتفاق الأطراف.

ويحقق الاختيار الصريح فوائد عدة للأطراف والمحكم علي حد سواء؛ فالنسبة للأطراف فيحددون القانون الذي يرون أنه يحقق مصالحهم المشروعة، وبالنسبة للمحكم فإنه يسهل مهمته فلا يكلفه البحث والعناء عن القانون واجب التطبيق^(٢).

ويأخذ الاتفاق الصريح علي القانون الواجب التطبيق عدة صور^(٣): فقد يكون بند في العقد ذاته أو اتفاق أو مشاركة مستقلة للتحكيم^(٤).

ويلتزم المحكم بتطبيق القانون الذي يختاره الأطراف، وذلك استناداً إلي أن اختيار المحكم ذاته يعتمد على رضاء الخصوم به وعلى أساس هذا الرضا

(١) د/ عمرو محمد إبراهيم خليفة، سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على

موضوع النزاع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، ص ١٢٧.

(٢) د/ عمرو محمد إبراهيم خليفة، المرجع السابق، ص ١٢٧.

(٣) د/ كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩١، ص ١٤١.

(٤) تختلف مشاركة التحكيم عن البند الوارد في العقد حيث يتم إبرام هذه المشاركة بين أطرافها بعد نشوب النزاع وليس قبله على خلاف الحال بالنسبة للبند الذي يرد في العقد كشرط من شروطه أو اتفاق التحكيم السابق علي نشأة النزاع، انظر في ذلك: د/ حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٥.

يتم تحديد السلطة التي يتمتع بها المحكم^(١). فالمحكم لا يملك سوى أن يحترم هذا الاختيار^(٢)، فلا يملك تقدير الأساس الذي بمقتضاه تم هذا الاختيار للقانون واجب التطبيق من قبل الأطراف^(٣).

والسؤال المهم: هل يعد اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق علي نزاعهم تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة؟ أم أنه مجرد تعبير عن مفهومهم بالنسبة لتركيز علاقتهم القانونية في إطار قانون معين؟

فإذا سلمنا أن اختيار المتعاقدين للقانون واجب التطبيق يعد تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فإن المحكم لا يستطيع أن يخضع ذلك الاختيار لرقابته من حيث مدى مشروعيته وملاءمته للفصل في النزاع، ويتعين عليه احترامه على اعتبار أنه جزء من التعاقد. أما إذا سلمنا بالمفهوم الثاني، وهو أن اختيار المتعاقدين للقانون واجب التطبيق يعتبر مجرد تعبير عن مفهوم المتعاقدين بالنسبة لتركيز علاقتهم القانونية في إطار قانوني معين، فإن المحكم سيقوم باستخلاص النتيجة القانونية بعد الفحص والمراجعة ليقرر ما هو القانون واجب التطبيق للفصل في النزاع^(٤).

(١) د/ أحمد قسمت الجداوى & د/ أبو العلا على أبو العلا، المحكم دراسة تحليلية لإعداد المحكم، دار أبو المجد، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦٩.
(٢) د/ أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٢٩٤.
(٣)

E.SALPIUS, Arbitration in Eastern Europe, International Arbitration Journal, Issue 2, 2006, P.72.

(٤) د/ سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٢، د/ حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر، ص ٧٦.

ويمكننا القول بأن النتائج المترتبة علي الأخذ بأحد المفهومين مختلفة. فإذا سلمنا بالمفهوم الأول، وهو أن اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يعد تطبيقاً لمبدأ "سلطان الإرادة"، فإنه سوف يتعذر البحث عما إذا كانت العلاقة العقدية يشوبها ابتداءً سبب من أسباب البطلان؛ وذلك لأن المحكم سوف يطبق القانون المختار استناداً لمبدأ سلطان الإرادة دون فحص أو مراجعة. وأيضاً مادامت القواعد القانونية أصبحت أحد الشروط التعاقدية فإن كلا المتعاقدين يستطيع أن يستبعد أي تعديلات قد تطرأ مستقبلاً على النظام القانوني الوطني المختار باعتبار أن إرادة الأطراف انصرفت إلي النظام القائم حين التعاقد وهو ما يعبر عنه بفكرة "تثبيت العلاقة العقدية أو تجميدها على نحو ما هو قائم وقت التعاقد".

أما إذا سلمنا بأن اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يعد مجرد تعبير عن مفهوم المتعاقدين بالنسبة لتركيز علاقتهما القانونية في إطار قانوني معين يعتقدون بمناسبته للفصل في العلاقة القانونية، فإن المحكم سوف يبحث عما إذا كانت العلاقة القانونية يشوبها سبب من أسباب البطلان ويتحقق من صحة العلاقة وفقاً للقانون الذي تم تركيز العلاقة القانونية في إطاره. وأيضاً إذا حدث تعديلات في النظام القانوني الذي اختاره الطرفان فإن هذه التعديلات سوف تمتد للعقد بأثر مباشر، ولا يمكن لأطراف العلاقة التعاقدية استبعاد هذه التعديلات^(١).

ويرى جانب من الفقه رفض الاستناد إلي مبدأ سلطان الإرادة ونظرية الاندماج الناتجة عنه في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق علي العقود الدولية^(٢)، ورغم وجاهة هذا الرأي إلا أننا لا يمكننا التسليم به في مجال التحكيم خاصة في مجال عقود التجارة الدولية. فمبدأ سلطان الإرادة يعد بمثابة الركيزة الأساسية في مجال التحكيم فقد وجد المتعاملون في مجال التجارة الدولية في التحكيم مهرباً من مثالب القضاء، بالإضافة إلي تحقيقه لمصالحهم المشروعة

(١)

P.SWANSON, Arbitration Clauses, What Law Governs And Who Decides?, See at, www.bernardpartners.com/images2005/pdfs/Harbour&ShippingArticleArbitrationClauses.pdf, 2-2- 2008.

(٢) د/ سامية راشد، المرجع السابق، ص ١٥.

التي يرمون إليها، فقضاء التحكيم يميل إلى إدماج القانون المختار في العقد، فالمحكم يستمد سلطاته في الأصل من إرادة المتعاقدين، وبالتالي فيجب عليه احترام إرادتهم وعدم الإخلال بتوقعاتهم المشروعة^(١).

والجدير بالذكر أنه على الرغم من الاحترام الشديد لاتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذا لا يمنع من مراعاة بعض الضوابط بحيث لا يكون اختيار الأطراف مخالفاً للنظام العام، أو يشوبه غشاً نحو القانون مما يؤدي إلى استبعاد ذلك القانون^(٢).

والسؤال الذي يثور الآن: ما هي القواعد التي يمكن أن يختارها الأطراف، وهل يقتصر اختيارهم على القوانين الوطنية أم من الممكن أن يمتد لقواعد غير وطنية؟ وهل هناك أثر لمخالفة المحكم لهذا الاختيار؟ وما هو الحال لو كان القانون المختار بإرادة الأطراف لا يعرف فكرة الظروف الطارئة أو القوة القاهرة فهل يجوز للمحكم استبعاده؟

وعلى هذا الأساس فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: طبيعة القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف.

المطلب الثاني: سلطة المحكم في استبعاد قانون الإرادة.

(١) د/ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٣٤٨.
(٢)

E. SHACKELFORD, *Arbitration Law in Eastern Europe*, *Chicago-Kent Journal Of International & Comparative Law*, Vol. 7, 2007, P.172.

المطلب الأول

طبيعة القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف

لا يخرج اتفاق الأطراف للقانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم عن فرضين، الأول: وهو اختيار الأطراف لقانون وطني للفصل في النزاع، والثاني: اختيارهم لقواعد قانونية غير وطنية.

أولاً: اختيار الأطراف لقوانين وطنية:

قد يختار الأطراف قوانين وطنية لكي تطبق على موضوع النزاع حال طرحه على المحكم. ويقصد بالقوانين الوطنية، تلك القوانين التي تنتمي إلي دول معينة. فقد يكون القانون الذي اختاره الأطراف هو قانون دولة المحكم أو قانون دولة أحد أطراف التحكيم، ولكن يبقى في النهاية الاختيار في إطار التشريعات والقوانين الداخلية غير الدولية.

ويلتزم المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف ليطبق على موضوع النزاع. وقد نص قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ذلك، حيث تنص المادة ١/٣٩ على أنه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك".

فالمشرع المصري ألزم هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف، والحال كذلك في ظل أحكام المادة ١/٢٨ من القانون النموذجي لليونسفال بشأن التحكيم التجاري والصادر في عام ١٩٨٥ والتي نصت علي أنه "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع".

ويتضح من نص القانون النموذجي أنه يقع علي عاتق هيئة التحكيم التزام بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف^(١). ولكن توجد العديد من التساؤلات تفرض علينا الإجابة عليها، وأهم هذا التساؤلات هل يطبق المحكم القواعد الموضوعية للقانون الذي اختاره الأطراف أم أنه يطبق القواعد الخاصة بتنازع القوانين؟ وأيضاً هل يمكن أن يطبق المحكم قانون أجنبي على علاقة محلية في حالة اختيار الأطراف لهذا القانون؟ وهل يمكن أن يطبق المحكم قانون ليس له صلة بالنزاع في حالة اختيار الأطراف لهذا القانون؟ وأيضاً موقف المحكم من اختيار الأطراف لأكثر من قانون ليحكم العقد أو ما يعرف بفكرة تجزئة العقد الدولي؟ كل هذه التساؤلات سوف نحاول الإجابة عليها تباعاً.

القواعد القانونية المطبقة في حالة اتفاق الأطراف:

يحتوي كل نظام قانوني وطني علي مجموعة قواعد موضوعية بجانب القواعد الخاصة بتنازع القوانين أو ما يطلق عليها قواعد الإسناد الوطنية.

(١) وهو ذات الحكم في المادة ١/٢٧ من قانون التحكيم الكرواتي الصادر في ٢٠٠١، والمادة ١/٢٨ من قانون التحكيم التجاري الدولي الروسي الصادر في ١٩٩٣، والمادة ١/٢٨ من قانون التحكيم التجاري الدولي الأوكراني الصادر في ١٩٩٤، انظر:

E. SHACKELFORD, P.R., P.188.

والسؤال: هل يلجأ المحكم في حالة اختيار الأطراف لقانون محدد إلي القواعد الموضوعية، أم إلي قواعد الإسناد؟

انقسم الفقه في شأن الإجابة علي هذا السؤال إلي اتجاهين، فذهب جانب من الفقه إلي أنه يتعين علي المحكم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار دون القواعد المتعلقة بتنازع القوانين^(١)، وأخذت بهذه القاعدة الاتفاقيات الدولية مثل المادة ١/٢٨ من القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولي الصادر في ١٩٨٥.

وعلي ذات النسق نصت المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم المصرى علي أنه "وإذا اتفقا علي تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق علي غير ذلك".

يتضح من نص المادة السابقة أن المشرع المصرى ألزم المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية دون الخاصة بتنازع القوانين، إلا أن المشرع رهن ذلك باتفاق الأطراف. فإذا اتفق الأطراف علي اللجوء إلي القواعد الخاصة بتنازع القوانين، فإن علي المحكم في هذه الحالة احترام هذا الاتفاق. ويأتي هذا متفقاً مع الموقف الراض من قبل المشرع المصرى بصفة عامة لفكرة الإحالة.

(١) د/ خالد محمد القاضي، النظرية العامة لدور التحكيم الدولي والقضاء في تسوية منازعات المشروعات الدولية المشتركة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ص ٢٦١.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلي أنه تظل الحاجة إلي قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في بعض الحالات، كما في حالة استبعاد المحكم للقانون المختار من الطرفين، إذا كان يخالف النظام العام أو يشوبه غش نحو القانون^(١).

إن المتأمل لهذين الرأيين يجد أنه لا يوجد في حقيقة الأمر تعارض بينهم، فالإتجاه الأول يرى اللجوء إلي القواعد الموضوعية مباشرة، ولم يلتفت إلي الحالات التي تنبه إليها الإتجاه الثاني وخاصة في حالة استبعاد المحكم للقانون واجب التطبيق لمخالفة للنظام العام أو الغش نحو القانون^(٢).

وفي حقيقة الأمر فإنه في مجال التجارة الدولية نجد أن المشتغلين بالتجارة حينما يختارون اللجوء إلي التحكيم، وإلي تحديد قانون دولة معينة، فإنهم بطبيعة الحال يقصدون القواعد الموضوعية وليست القواعد الخاصة بتنازع القوانين^(٣)، فمن المفترض أن اختيارهم يرتكن إلي قدرة هذا القانون علي الفصل في نزاعهم، وتحقيق مصالحهم، ولو أرادوا اختيار القانون الذي تشير إليه قاعدة

(١) د/ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٢)

E.SALPIUS, P.R., P. 188.

(٣)

A.DIMITRIOS, *Law applicable to merits of the arbitration dispute, an overview of the English, Swiss and French arbitration laws, Munich Personal RePEc Archive, Paper No. 10334, 1/9/2008, See at, http://mpra.ub.uni-muenchen.de/10334/1/MPRA_paper_10334.pdf, 1-11-2008.*

الإسناد لاختاروه مباشرة استناداً إلي قانون الإرادة^(١)، أما إذا اتفق الأطراف على القواعد الخاصة بتنازع القوانين فإنه يكون على المحكم تطبيق هذه القواعد احتراماً لاتفاقهم^(٢).

حدود سلطة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق:

يقتضي مبدأ سلطان الإرادة احترام القانون الذي اختاره الأطراف، ولكن السؤال: ما هي حدود قانون الإرادة؟ فهل يجوز للأطراف إخضاع العقد لقانون دولة منبئة الصلة عن العقد؟.

يذهب جانب من الفقه إلي أن للأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، لو لم يكن بينه وبين العقد أية صلة^(٣). ويرى هذا الاتجاه أن المتعاملين في مجال التجارة الدولية لا يسيئون استعمال

(١) د/ عكاشه عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٧٠.

(٢) وهو ما أقره القضاء الأمريكي، والذي أكد في العديد من أحكامه علي تفيد المحكم بالقواعد القانونية التي يختارها الأطراف، راجع:

Sherer v. Green Tree Servicing LLC, No. 07-60567, 2008 WL 4838702, 5th Circuit Court, 10/11/ 2008, See at, http://www.adrforum.com/adr_CaseDetails.aspx?caseid=2007, 20-12-2008.

(٣) يأتي هذا متفقاً مع أفكار أنصار النظرية الشخصية، والتي تنادي بإطلاق حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق دون قيد أو شرط، حول هذه النظرية، راجع د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٢٥ وما بعدها.

هذه الحرية، فهم يهدفون إلي تحقيق أغراض مشروعنة لضمان اختيار محايد^(١)، ومن الأمثلة التي ساقها هذا الاتجاه في هذا الصدد: أن تجار الحبوب في مختلف أنحاء العالم يفضلون تطبيق القانون الإنجليزي، وأيضاً المنشأة التجارية بيوجوسلافيا تفضل تطبيق القانون السويسري لأنه قانون دولة محايدة.

ويأتي هذا متفقاً مع المادة الثانية من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠، التي لم تشترط أن يكون هناك رابطاً بين النزاع والقانون المختار^(٢).

فإذا ما اختار الأطراف قانون ما، فيجب علي المحكم أن يطبق القواعد المختارة دون أن يصح اختيار الأطراف بحجة عدم وجود صلة بين القانون المختار والعقد، لأن من شأن هذا التدخل المساس بالاستقرار القانوني، والتعارض مع المبدأ القاضي باحترام توقعات الأفراد^(٣).

ويري جانب آخر من الفقه أنه لا يجوز للأطراف اختيار قانون لا صلة له بالعقد، فلا بد من توافر صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد، فإن انعدمت الصلة، كان للمحكم استبعاد القانون المختار، وتحديد القانون الواجب التطبيق من قبله^(٤).

(١)

W.W.PARK, Arbitration of International Contract Disputes, the Business Lawyer, Vol. 39, August 1984, P. 1787.

(٢) وكذلك المادة ٢٨ من القانون النموذجي للتحكيم، المادة السابقة من اتفاقية فيينا بشأن البيع

الدولي للبضائع الصادرة في ١٩٨٦.

(٣)

W.W.PARK, P.R., P.1790.

(٤)

ويضيف هذا الاتجاه أن هذه الحرية المطلقة لا تحقق في الضرورة مصالح المتعاملين، فاختيار القانون الواجب التطبيق يتم في مرحلة مبكرة، وغالباً يأتي دون دراسة مسبقة وكاملة لأثر هذا القانون^(١).

ويضيف جانب ثالث من الفقه أنه يتعين توافر صلة بين القانون المختار والعقد، بحيث لا يكون العقد منبث الصلة بالقانون المختار ليحكمه. ويكفي هنا الصلة الفنية، وهذه الصلة تتحقق في مجال التجارة الدولية، ومن أمثلتها إخضاع العقد لوثيقة تأمين اللويذر مثلاً بوصفها من العقود النموذجية التي تخضع للقانون الإنجليزي^(٢).

لذلك فإن المحكم يلتزم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، ولو لم يكن هناك صلة بين النزاع والقانون المختار، وذلك تحقيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وإن كنا نرى أن القيد الحقيقي الذي يرد علي حرية الأطراف عند اختيار قانون يتمثل في حسن النية، وعليه لا يجوز الاتفاق علي اختيار قانون دولة ما بهدف الهروب من القواعد الأمرة في القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع^(٣).

BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Droit Internationale Privé*, 7 éd., 1983, PP. 57 et ss.

(١)

A.DIMITRIOS, P.R., P.7.

(٢) د/ هشام صادق، المرجع السابق، ص ٤٥٢ وما بعدها، د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، ص ١٩٢: ١٩٣.

(٣)

M. WIRTH, *Best Practices in International Arbitration*, ASA Swiss Arbitration Association Conference of 27 – 1 – 2006, Zurich, P.4, See at,

إلا أنه في ظل أحكام قانون التحكيم المصري تبقى حرية الأطراف مطلقة في اختيار القانون الذي يريدونه دون وجود صلة بينه وبين العقد.

إن إقرار حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق علي نزاع التحكيم يدعونا للسؤال حول حق الأطراف في اختيار قانون أو أكثر ليحكم العقد محل النزاع، أو ما يعرف بفكرة تجزئة العقد الدولي^(١).

يذهب جانب من الفقه إلي أنه يجب الحفاظ على وحدة العقد، وإخضاعه إلي قانون واحد، ويستند هذا الرأي إلي أن تجزئة العقد سوف يقطع أوصال العلاقة التعاقدية، ويخل بالتوازن العقدي والاستقرار اللازم للعلاقة التعاقدية^(٢). بالإضافة إلي أن ذلك يتعارض مع روح القانون الذي قرر للمتعاقدين حق اختيار قانون العقد وليس حق اختيار قوانين العقد^(٣).

ويرى بعض فقه هذا الاتجاه أن أطراف النزاع في الواقع العملي، حينما يلجأون إلي تجزئة العقد، فهي رغبة منهم في تفادي انفراد النظام القانوني

<http://www.lk-k.com/data/document/the-governing-law-fact-law-transnational-rule-establishing-its-content-best-practice.pdf>, 10-12-2008.

(١)

A.DIMITRIOS, P.R., P.10.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي التطبيق بين قانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١٨٥.

(٣)

D. ATHANASAKIS, P.R., P.9.

الوطني بحسم النزاع، بما يفرضه من قواعد أمره واجبة التطبيق^(١) وهذا هو الاتجاه الحديث في الفقه حيث يرى إمكانية تجزئة العقد الدولي قياساً على حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق^(٢).

ويرى جانب من الفقه أن تجزئة العقد تفرض ذاتها سواء قبلنا أو رفضنا، فهناك استحالة لتفادي توزيع العملية التعاقدية بين أكثر من قانون^(٣).

ويرى أيضاً هذا الاتجاه أنه ليس بلازم على الأطراف عند اختيارهم لقانون معين ليحكم موضوع النزاع أن يكون اختيارهم منصّباً على أحكام القانون المختار جميعها بل إنه يمكن أن ينصب على البعض دون الآخر^(٤).

ونحن من جانبنا نميل إلى الاتجاه القائل بإمكانية تجزئة قانون العقد وذلك تمثياً مع الاتجاه الحديث من الفقه مما يسمح بقدر من المرونة في العلاقات التعاقدية ويسهل على المتعاقدين في مجال التجارة الدولية اختيار الأحكام القانونية التي تتماشى مع مصالحهم المشروعة ولكن ذلك في إطار عدم مخالفة ذلك للنظام العام أو يشوبه ذلك الاختيار غش نحو القانون.

(١)

J.H.C. MORRIS, *The Conflict of Law, London, 2000, P.329.*

(٢)

A.DIMITRIOS, *P.R., P.10.*

(٣) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، المرجع السابق، ص ١٨٦.

(٤) د/ حسين الماحي، المرجع السابق، ص ١٨٥.

وانطلاقاً من ذلك، فإن المحكم يلتزم بإرادة الأطراف في اختيارهم لقوانين مختلفة ويطبق هذه الأحكام التي اتفق عليها الأطراف مع مراعاة عدم مخالفة ذلك للنظام العام أو يشوب ذلك غش نحو القانون.

ثانياً: اختيار الأطراف لقواعد غير وطنية:

استخدمت الكثير من التشريعات لفظ القواعد القانونية عندما نصت على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه، فقد قضت المادة ٢/٣٩ من قانون التحكيم المصري على أنه " وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

فلفظ القواعد القانونية يشير إلى القواعد الوطنية والقواعد الدولية على حد سواء، ومن ثم يكون من الجائز اختيار الأطراف للقواعد الدولية لتحكيم النزاع المحكم فيه^(١).

فقد يختار الأطراف قواعد قانونية لا تنتمي إلى دولة بعينها، أي أنهم يختارون قواعد غير وطنية فهم يختارون قواعد ذات طابع دولي ليطبق على النزاع، وهذا ما أقره قانون التحكيم المصري في المادة ٢/٣٩. والسؤال الآن، ما هي القواعد غير الوطنية التي يمكن أن يختارها الأطراف؟

(١)

في البداية لا بد وأن نوضح أن لأطراف التحكيم الحق في اختيار القواعد الدولية للفصل في نزاعهم، ويقصد بالقواعد الدولية: تلك القواعد التي تتجسد في الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية، والمبادئ العامة والأعراف التجارية أو ما يعرف بقانون التجار Lex Mercatoria، بالإضافة إلي المبادئ العامة في قانون التحكيم والقانون الدولي العام وقواعد العدالة والإنصاف^(١).

١- قانون التجار Lex Mercatoria:

يقصد بقانون التجارة الدولية: مجموعة القواعد التي تسرى على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجرى بين دولتين أو أكثر^(٢).
فقانون التجارة الدولية نظام قانوني جديد ومستقل عن النظم القانونية الوطنية، وعن نظام القانون الدولي العام يؤدي إلي التخلي عن القانون الوطني الذي يتلاءم مع علاقات التجارة الدولية.

تتعدد مصادر قانون التجارة الدولية بين الأعراف والعادات الدولية والمبادئ القانونية المشتركة بين الدول، بالإضافة إلي قواعد العدالة وقضاء التحكيم الذي يسهم في خلق واستقرار قواعده^(٣).

(١)

E.SALPIUS, P.R., P. 188.

(٢) د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٧.

(٣)

A.DIMITRIOS, P.R., P.31.

اختلف الفقه حول إمكانية اللجوء لقانون قانون التجار، وامتد الخلاف حول طبيعة مهمة المحكم في ظل أحكامه. فذهب جانب من الفقه إلي أنه يصعب إضفاء الصفة القانونية على ما يسمى بقانون التجار، فهو مصدر قد يستأنس به المحكم بجانب القانون الذي اختاره الأطراف، وأن لفظ قانون ينصرف إلي القوانين الوطنية فقط، وبالتالي فإن المحكم عند اختيار الأطراف لقانون التجار لا يكون محكماً بالقانون، وإنما يكون أقرب إلي المحكم بالعدالة. فقانون التجار قواعده ليست كافية لتكوين نظام قانوني، ووفقاً لهذا الاتجاه فإن اختيار الأطراف لقانون التجار يعد تحكيمياً بالعدالة، وليس تحكيمياً بالقانون^(١).

وعلي خلاف هذا، يري جانب من الفقه أن قانون التجار له الصفة القانونية باعتباره نظام قانوني بمعزل عن النظم الوطنية، وأن الاعتراف بهذه الحقيقة بات أمراً لا مفر منه، وبالتالي فالاستناد إليه يعد استناداً إلي قاعدة قانونية^(٢). ومن ثم فإننا نكون بصدد تحكيم بالقانون^(٣)، ولهذا يمكن القول بأن التحكيم وفقاً لقواعد التجار يعد تطلع إلي شكل جديد للقانون.

ويري جانب آخر من الفقه أن اختيار الأطراف لقانون التجار، لا يعد تفويضاً للمحكم بالصلح فلا بد أن يكون هناك اتفاق صريح في حالة التحكيم

(١) د/ محمد محسوب، نظرية قانون التجارة الدولية بين الوهم والحقيقة، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ٢٩٧.

(٢) د/ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

(٣) بهاء هلال دسوقي، قانون التجارة الدولي الجديد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٦٢، وهذا يتفق مع أحكام محكمة التحكيم الدولية ICC، راجع قرار التحكيم:

ICC Award No.3131, 1984, See at, **A.DIMITRIOS, P.R., P.31.**

بالصلح، وأيضاً لا يمكننا في هذه الحالة القول بأنه تحكيم بالقانون. وذلك لأن المحكم لا يستطيع تسوية النزاع وفقاً لقانون التجار وحده، بل سوف يضطر إلى الرجوع إلى القوانين الوطنية الأمر سوف يخرج من نطاق التحكيم بالقانون.

إلا أن هذه القواعد قد تجد صعوبة في تطبيقها، نظراً لعدم تقنين قواعدها وإن كان الواقع العملي يكشف عن وجود سوابق تحكيمية يمكن أن يستند إليها المحكم، بالإضافة لمحاولة الكيانات المهنية إلى وضع قواعد خاصة بهم مما يسهل الأمر على المحكم بالرجوع إلى مثل هذه القواعد في العقود المتشابهة أو المتعلقة بذات المنتج أو السلعة.

٢- تطبيق القانون الدولي العام:

يعرف القانون الدولي العام بأنه مجموعة القواعد التي تحكم الدول وغيرها من أشخاص المجتمع الدولي في علاقاتهم المتبادلة.

والواقع يكشف عن أن التحكيم المبرم بين دولة ما وأشخاص القانون الخاص التابعة لغيرها من الدول يطبق عليه قواعد القانون الدولي العام، ويكون ذلك عندما يختار الأطراف المبادئ العامة للقانون الدولي العام لتحكم النزاع المحكم فيه على وجه الخصوص، ولهم أيضاً إضافتها إلى قانون دولة ما من أجل تكملة ما يعتري قانون هذه الدولة من نقص أو من أجل تفسيره، إلا إن مثل هذا الأمر الأخير قد يستخدم كأداة من قبل المحكمين لاستبعاد القانون الواجب التطبيق^(١).

(١) A.DIMITRIOS, P.R., P.33.

ويعد من أهم التطبيقات التحكيمية التي جنحت نحو القانون الدولي العام، تحكيم Texaco حيث استند المحكم إلى فكرة تركيز العقد في هذا القانون تبعاً لخصائصه الذاتية، إلى أن وصل لتدويل العقد قبل بحثه في وسائل هذا التدويل^(١).

إلا أنه رغم تسليمنا بأهمية قواعد القانون الدولي العام، إلا أنه يمكننا القول بأن قواعد القانون الدولي العام مازالت قواعده تفتقر إلى القواعد المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة باستثناء بعض الأحكام الخاصة بالعقود الخاصة كعقود الاستثمار، فنجد لها قواعد تفصيلية ومحددة تطبق على النزاع المحكم فيه. ومن ثم فإنه لا يتصور تطبيق قواعد القانون الدولي العام إلا بالاشتراك مع القوانين الوطنية، وفي هذه الحالة يجب على المحكمين عدم استبعاد القوانين الوطنية إلا في حال مخالفتها للنظام العام الدولي.

(١) وتتعلق خصومة التحكيم بعقود تقاسيم إنتاج وتنقيب عن النفط والتنمية في الخليج من قبل شركة Texaco الصينية، وقد أكد الحكم على أن شرط التحكيم يمنح المحكم سلطة كافية للنظر في أي خلل بشروط العقد، كما أن المحكم أوضح أنه لم يتجاهل بوضوح المبادئ التي تحكم القانون الواجب التطبيق على المنح والتكاليف المترتبة على حفر آبار للإضرار بالمنطقة وعدم جواز تطبيق مبادئ التخفيف إلا أنه لم يستطع منع نفسه من الحديث عن تدويل العقد، راجع:

http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/browse_case.pl?court=5th&month=28year=07,12-3-226

٣- تطبيق المبادئ العامة للقانون:

يقصد بالمبادئ العامة للقانون مجموعة المبادئ العامة في القانون الداخلي، والتي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي^(١).

ويري جانب من الفقه أنه لا يوجد ما يحول دون تطبيق المبادئ العامة للقانون مادامت إرادة الأطراف اتجهت إلى ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من القرار الصادر عن معهد القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا عام ١٩٧٩ " للأطراف اختيار... واحد أو أكثر من القوانين الداخلية، أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية"^(٢).

٤- تطبيق قواعد العدالة والإنصاف:

قررت العديد من التشريعات المقارنة جواز أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، إذا ما اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح^(٣).

(١) د/ محمد عزيز شكري، مدخل إلى القانون الدولي العام، بدون دار نشر، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢، ص ٥٨.

(٢) هذا النص ورد في المرجع التالي:

FOUCHARD (P.) & GAILLARD (E.), Traite de l'arbitrage Commercial International, Paris, p. 816.

(٣) كما هو الحال في الفقرة د من المادة ٣٦ من قانون التحكيم الأردني حيث نصت المادة على أنه "لا يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن

إلا أنه يلاحظ أن هذه التشريعات تتحدث عن حالة تفويض المحكم بالصلح، ولا يتسنى لهيئة التحكيم اللجوء لهذه القواعد إلا إذا تحققت الإرادة الصريحة في اختيار هذا النوع من التحكيم، بحيث أنه إذا ثار الشك حول تحقق الإرادة الصريحة في اختيار التحكيم بالصلح يجب على هيئة الحكيم الفصل في النزاع بمقتضى القانون.

إلا أنه يتعين على المحكم حين يستوحي مبادئ العدالة والإنصاف أن يصدر اجتهاده عن اعتبارات موضوعية عامة، وليس تفكير ذاتي خاص، يعنى هذا أنه لا يتأثر في حكمه بأفكاره الذاتية.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن كل محكم بالقانون يعتبر مفوضاً في التحكيم بالصلح، ولو في صورة مستترة، وكل محكم بالصلح يعتبر مفوضاً في التحكيم بالقانون، وهو يمارس مهمته عن طريق مزج القانون بالعدالة^(١).

ورغم ذلك وأمام عمومية وعدم تحديد هذه المبادئ مما قد يضع أطراف التحكيم في حذر الابتعاد عن توقعاتهم، وتحريمهم من الأمان القانوني، هذا الأمر جعل قضاء التحكيم ذاته يعرض عن تطبيقها مع وجود إرادة صريحة من الأطراف تخول له صلاحية هذا التطبيق^(٢).

والسؤال الآن هل يجوز للمحكم استبعاد القانون الواجب التطبيق وفقاً

لإرادة الأطراف؟ وإذا كانت الإجابة نعم فما هي حدود هذا الاستبعاد؟.

تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون" وفي نفس المعنى راجع الفقرة الثالثة من المادة ٢٨ من قانون التحكيم النموذجي.^(١)

BREDIN(J.D), *L'amiable Composition et le contact*, *Revue de L'arbitrage*, 1984, P. 271.

^(٢) وهو الأمر الذي أخذت به محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية، حينما نظرت في نزاع بين شركة حكومية كاميرونية وأخرى أمريكية في شأن إنشاء محطة أقمار صناعية، وقد كان العقد ينص على تطبيق قانون ولاية كاليفورنيا مع تفويض هيئة التحكيم بالصلح، وقد تجاهلت الهيئة هذا التفويض وطبقت قانون ولاية كاليفورنيا.

المطلب الثاني

سلطة المحكم في استبعاد قانون الإرادة

الأصل في التحكيم أن يلتزم المحكم بتطبيق القانون الذي يختاره الأطراف. فالمحكم شأنه في ذلك شأن القاضي فهو يصدر حكمه في النزاع على ضوء قواعد القانون ويقصد بالقانون في هذا الصدد القانون بمعناه الواسع الذي يشمل جميع القواعد القانونية سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، وطنية أو دولية^(١).

ولكن السؤال الذي يثور هل يملك المحكم بالقانون استبعاد القانون واجب التطبيق سواء في حالة اختيار الأطراف لهذا القانون؟

في حقيقة الأمر إن المحكم بالقانون يملك استبعاد القانون واجب التطبيق في حالات معينة حددها الفقه ويمكننا حصر هذه الحالات فيما يلي: مخالفة القانون واجب التطبيق للنظام العام، وجود غش نحو القانون، وعدم وجود نص قانوني يصلح للتطبيق على النزاع.

(١) د/ ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية حقوق، عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٦٧.

أولاً: مخالفة القانون الواجب التطبيق للنظام العام:

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون بصفة عامة، ففي القانون الداخلي، بفروعه المختلفة، يقترن استعمال اصطلاح النظام العام بالحديث عن القواعد القانونية الآمرة، التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها. فالنظام العام يعد قيماً على إرادة الأفراد، ويتلازم مع بعض القواعد القانونية كي تحقق الهدف منها، وجوهره حماية المبادئ الأسس العليا الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والخلقية التي يقوم عليها المجتمع.

أما في تنازع القوانين، فإن فكرة النظام العام ترمي إلى إدراك ذات الهدف، ولكن بطريقة مغايرة، فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم أكثر بالقاعدة القانونية الوطنية فهو جزء منها، وحام لها، أما في تنازع القوانين، فهو مدافع عنها يعترض بها على تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي تتنافى مع المبادئ والقيم لمجتمع الدولة^(١).

ومن هنا جاءت التفرقة الفقهية بين النظام العام الداخلي، والنظام العام الدولي. فيقصد بالنظام العام الدولي مجموعة القواعد المعيارية التي تعتبر بمثابة الحد الأدنى أو القياسي التي يفرضها واقع المجتمع الدولي لحماية حقوق الإنسان^(٢). وعرفه البعض الآخر بأنه مجموعة القواعد المرتبطة بالتجارة الدولية، والتي تلبي كل متطلباتها واحتياجاتها عن طريق خلق القواعد الذاتية

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العلاقات الخاصة الدولية، مكتبة العالمية، المنصورة، ١٩٨٥، ص ٢٠٣.

(٢) د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨١، ص ١٢٠.

الخاصة التي تتفق ونمو المبادلات التجارية عبر الدول^(١)، وبمعنى آخر هو عبارة عن مجموعة قواعد عامة لا تتعلق بمصالح مجتمع وطني معين إنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية فهو عبارة عن قواعد مشتركة بين مختلف الأنظمة القانونية ومرتبطة بالعلاقات الدولية^(٢).

ويري جانب من الفقه أن المحكم يلتزم بالنظام العام الدولي وليس النظام العام الداخلي، حيث أن هذا الرأي يرى أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق مطلقة لا مقيدة عليها إلا فكرة النظام العام الدولي^(٣). ومن ثم فإن المحكم في حالة اختيار الأطراف لقانون يخالف النظام العام الدولي، فإنه سوف يستبعده، أما في حالة اختيار الأطراف لقانون يخالف النظام العام الداخلي فإن المحكم لا يستبعده.

ويرى بعض فقه هذا الاتجاه أن المحكم في التحكيم الاقتصادي الدولي لا يلتزم إلا بمراعاة النظام العام الدولي بمعناه الحقيقي وهو النظام العام عبر الدول، فمراعاة النظام العام الداخلي هو أمر يرجع إلي مبدأ الموازنة المتروك للمحكم لضمان الاعتراف والتنفيذ لحكمه دون عائق من القوانين الداخلية^(٤). إذن وفقاً لهذا الاتجاه فإن المحكم يلتزم فقط بالنظام العام الدولي، دون النظام العام الداخلي.

(١)

A.DIMITRIOS, P.R., P.15.

(٢) د/ محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢١٧.

(٣) د/ محسن شفيق، المرجع السابق، ذات الموضوع.

(٤) د/ نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٦٢.

يرى جانب آخر من الفقه أن تسمية النظام العام الدولي معيبة، إذ لا يمكن القول بوجود نظام عام دولي بالمعنى الصحيح فالنظام العام دائماً وطني، لأنه يتحدد وفقاً لمعايير مستمدة من المجتمع الداخلي وتعكس الأفكار الأساسية لمجتمع الدولة^(١).

ويضيف هذا الاتجاه أنه ليس من المقبول افتعال تفرقة مصطنعة بين النظام العام الدولي، والنظام العام الداخلي في ميدان المعاملات الاقتصادية. فالنظام العام يصعب دائماً بصيغة وطنية لا يمكن تجاهلها تحت ستار فكرة غامضة تلتزم فيها الدول المتقدمة السبيل لإهدار مصالح الدول النامية استناداً إلى عدم تعلق نصوصها الوطنية الأمرة بالنظام العام الدولي الذي يعلو على النظام العام الداخلي ولن يتسنى القول بوجود نظام عام دولي حقيقي إلا عندما تتلاشى الفجوة التي تفصل بين دول العالم المتقدم والدول النامية^(٢).

كما أنه يصعب التسليم — في الوقت الحالي — بما يسميه فقهاء التجارة الدولية بالنظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي، وذلك لصعوبة تحديد المصلحة التي يحميها هذا النظام، فهل هي مصلحة الدول بالمعنى الحقيقي أم لا؟ وما المصلحة التي يحميها هل هي مصلحة الدول المتقدمة أم مصلحة الدول الأخرى الآخذة في النمو؟ ومع ذلك لا يرفض هذا الفقه هذه الفكرة لو تم تنظيمها باتفاقية

(١) د/ هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٩٤.

(٢) د/ مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٣٧.

دولية تحدد فيها القواعد التي تدخل في هذا النظام، والجزاء المترتب على مخالفتها^(١).

يصعب القول بأن أي من الاتجاهين صواب في مجمله أو خطأ في مجمله، فالنظام العام الدولي مصطلح تواترت أحكام التحكيم على استخدامه منذ الخمسينيات من القرن المنصرم، بل كان ذريعة في كثير من الأحيان لاستبعاد قانون الإرادة من التطبيق على العقد الدولي. بالإضافة إلى السعي الحثيث من هيئات التحكيم لوضع قواعد عامة وسوابق تحكيمية في هذا الصدد في محاولة للخروج من هذه الأحكام بقواعد وأسس للنظام العام الدولي^(٢). وربما تكون المشكلة الحقيقية في القواعد التي يتعين على المحكم مراعاتها فهل يقع على المحكم التزام بمراعاة النظام العام في دولة قانون الإرادة أم دولة التنفيذ أم دولة مقر التحكيم؟

يمكننا القول بأن أي حكم تحكيمي يصبو إلى النفاذ، ولهذا يري جانب من الفقه — وبحق — يرى الفقه أنه يمكن استبعاد بعض أحكام القانون واجب التطبيق لتعرضها مع قواعد النظام العام في الدولة التي يجرى على إقليمها التحكيم أو الدولة التي يجرى تنفيذ القرار على إقليمها^(٣).

(١)

A.DIMITRIOS, P.R., P.15.

(٢) ولهذا نجد العديد من التشريعات تستخدم مصطلح النظام العام الدولي كما في المادة ١٥٠٢ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر في عام ١٩٨١، والمادة ١٠٩٦ من القانون البرتغالي من قانون المرافعات الصادر في عام ١٩٨٦.
(٣) د/ أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ١١٨.

فوفقاً لهذا الرأي يجب علي المحكم أن يراعي قواعد النظام العام في الدولة التي سوف يتم فيها تنفيذ حكمه، حيث أنه من المستقر عليه أن للدولة سلطة منع تنفيذ أحكام التحكيم التي تصطدم بالأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يقوم عليها كيان الدولة، أى المتعارضة مع النظام العام، والتي تبرر رفض الاعتراف وتنفيذ الأحكام التي تصدر إخلالاً بها^(١).

يتفق هذا مع نص المادة ٢٨ من القانون المدني المصري التي نصت علي أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر". كذلك نصت المادة ٥٨ من قانون التحكيم المصري علي أنه لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق من أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في مصر. مما يعني أن المشرع المصري استبعد القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام، وإذا كان الحال كذلك أمام القاضي فمن باب أولي أن يمتد الأمر للمحكم، خاصة أن نصوص قانون التحكيم أقرت بعدم تنفيذ أحكام المحكمين إذا كانت مخالفة للنظام العام.

وبناء عليه فإن المحكم يجب أن يراعي قواعد النظام العام في الدولة التي سوف ينفذ فيها الحكم حتى يمكن الاعتراف بهذا الحكم من قبل هذه الدولة، وإلا ترتب على مخالفته لذلك تعطيل حكمه.

(١) د/ مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص ١٣٦.

وفي النهاية يترتب على أعمال قواعد النظام العام استبعاد أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، ومن غير المتصور أن يشمل الاستبعاد القانون برمته، لذا فإن المحكم يستبعد القانون واجب التطبيق استبعاداً جزئياً في الحدود التي يتعارض فيها مع النظام العام، وذلك بهدف الاحتفاظ للقانون الأجنبي بأكبر قدر من الفاعلية احتراماً لإرادة الأطراف التي اختارت هذا القانون، هذا ما لم يكن اختيار ذلك القانون بسبب القواعد التي تم استبعادها^(١).

ثانياً: وجود غش نحو القانون:

يري جانب من الفقه أنه يجوز للمحكم استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف لوجود غش نحو القانون، ومؤدي هذا أن كلا الطرفين رغبا في الإفلات من الأحكام القانون الذي يفترض خضوع العقد لأحكامه^(٢).

ويعرف الغش نحو القانون بأنه الاستخدام الإرادي لقاعدة التنازع بهدف التهرب من الأحكام الأمرة للقانون واجب التطبيق^(٣). مما يعني استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف إذا ثبت وجود غش نحو القانون، أي رغبتهم في الالتفاف حول الأحكام الأمرة المقصودة بها حماية المصلحة العامة في الدول التي كان ينبغي تطبيق قانونها وفقاً للمجرى العادي الذي تقتضيه ظروف وملابسات

(١) د/ هدى محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

(٢) د/ عمرو محمد خليفه، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٣) د/ عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الثاني، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، مطبعة جامعة المنصورة، ٢٠٠٧، ص ٢٦٧.

النزاع، أو استبعاد قانون دولة المستهلك في عقود الاستهلاك الدولية، والذي يوفر حماية أكثر للطرف الضعيف في العلاقة العقدية^(١).

إلا أن إثبات الغش نحو القانون يحتاج إلي البحث في النوايا والبواعث، وهي مسألة صعبة الإثبات لكونها من المسائل النفسية التي لا يمكن الكشف عنها بسهولة، فمقتضى حسن النية أن يستخدم الفرد الرخصة القانونية لما خصصت من أجله، وليس بهدف التهرب من الأحكام القانونية الأمرة في نظام معين. وهذا ما جعل الفقه يرى أنه إذا ثبت أمام المحكم أن القانون المختار الهدف منه التحايل والتهرب من نظام قانوني معين فإن للمحكم أن يدير ظهره لهذا الاختيار أي يستبعد ذلك القانون، ويطبق القانون الذي يراه صحيح^(٢).

إن الواقع العملي يكشف عن حقيقة مؤداها أن إثبات الغش نحو القانون في مجال التحكيم يكاد يكون مستحيلاً، وذلك لأن للأطراف الحرية في اختيار أي قانون ليطبق على النزاع، حتى ولو لم يكن هناك ثمة صلة بين النزاع والقانون المختار.

ثالثاً: عدم وجود نص قانوني يصلح للتطبيق على النزاع:

يضيف بعض الفقه هذا القيد حيث يمكن للمحكم استبعاد القانون واجب التطبيق في حالة عدم وجود نص قانوني يصلح للتطبيق على النزاع^(٣).

(١) د/ مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٢) د/ عمرو محمد خليفه، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(٣) د/ هدى محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٨٧.

ويمكن تصور هذا في مجال التجارة الدولية حيث تتميز التجارة بالسرعة والتطور، ففي بعض الأحيان قد لا تواكب القوانين التطور المستمر في التجارة، بل قد تعجز أيضاً المعاهدات والاتفاقيات الدولية عن مواكبة هذا التطور الهائل. وعلى سبيل المثال فقد خلت بعض القوانين الوطنية من تغطية قانونية لكافة المسائل المتعلقة بالتجارة الالكترونية مثل تسوية منازعاتها، وتنظيم المعاملات الخاصة بها، وعقود الاستهلاك الإلكتروني.

ومن ثم فقد يواجه المحكم مشكلة خلو القانون كلية من نص يفصل في النزاع المحكم فيه، ولم يجد سابقة تحكيمية تمدد بحل للنزاع، فيجوز له هنا استبعاد هذا القانون بعد التنبيه على الأطراف بالقانون الذي ينوي إعماله، وذلك احتراماً لمصالح الأطراف، مع إتاحتها الفرصة لهم في اختيار قانون آخر.

أما إذا كان القانون المختار به خلو جزئي أي توجد بعض النصوص صالحة للتطبيق على بعض المسائل التي يثيرها النزاع، والمسائل الأخرى لا توجد لها حلول في هذا القانون، فإن المحكم سوف يطبق النصوص الصالحة للتطبيق أما المسائل التي لا يستوعبها القانون فإنه سوف يبحث عن حل لها بعد أن ينبه الأطراف لذلك.

عرضنا في هذا المبحث لسلطة المحكم في تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، وبيننا في النهاية مدى إمكانية استبعاد المحكم لقانون الإرادة، ولكن السؤال ما هو الوضع في ظل غيبة اتفاق الأطراف علي قانون بعينه؟ هذا ما نجيب عليه في المبحث التالي.

المبحث الثاني

سلطة المحكم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف

عرضنا في المبحث السابق للقانون الواجب التطبيق علي خصومة التحكيم في ظل اتفاق الأطراف، وبيننا سلطة المحكم في ظل هذا الاتفاق، وعرضنا لإمكانية استبعاده لهذا القانون، ولكن ما هو الحال في حالة خلو اتفاق التحكيم من النص صراحة علي القانون الواجب التطبيق، وهل يقع علي المحكم التزام بالكشف عن الإرادة الضمنية لأطراف النزاع في تطبيق قانون ما؟، وما هي المؤشرات التي يستهدى بها المحكم لتحديد تلك الإرادة؟، وما هي القواعد التي يطبقها المحكم في حالة عجزه عن الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف؟.

وعلي هذا الأساس فإننا نقسم هذا المبحث إلي ثلاث مطالب هي:

المطلب الأول: سلطة المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية.

المطلب الثاني: القواعد القانونية المطبقة في غيبة اتفاق الأطراف.

المطلب الثالث: المحكم المفوض بالصلح

المطلب الأول

سلطة المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية

يتعين على المحكم في غيبة اتفاق الأطراف أن يبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، وتكون الإرادة الضمنية إذا لم تدل في ذاتها على حقيقة المعنى المقصود، ولكن ظروف الحال تسمح بتفسيرها وفقاً لهذا المعنى^(١).

ولقد حاول الفقه وأحكام التحكيم وضع قواعد ومؤشرات يمكن من خلالها الكشف عن تلك الإرادة الضمنية، ومن أهم هذه المؤشرات محل إبرام العقد، ومحل إقامة الأطراف، ومحل تنفيذ العقد بالإضافة إلى طبيعة ومحل العقد^(٢).

كما كشف الواقع العملي عن ميل قضاء التحكيم حين بحثهم عن الإرادة الضمنية إلى إعمال قانون محل إقامة الأطراف أو قانون محل التنفيذ^(٣). ومن ثم يكون جوهر عمل هيئة التحكيم حال تصديها لاستظهار قانون الإرادة الضمنية هو البحث عن القانون واجب التطبيق من خلال مؤشرات توطين العقد^(٤).

(١) د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص ٤٧٠.

(٢) د/ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ١٥٧.

(٣)

A.DIMITRIOS, P.R., P.15.

(٤) د/ حسين الماحي، المرجع السابق، ص ١٨٢.

ويستطيع المحكم كذلك الارتكان إلي الموطن المشترك للطرفين، ومن ثم يطبق المحكم القانون المشترك الأطراف، وأيضا في حالة اختلاف الموطن بين الأطراف فان المحكم يطبق قانون دولة إبرام العقد وهذا ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة ١٩/١.

فقد اعتد المشرع المصري بقانون الموطن في حالة اتحاد الموطن، وفي حالة اختلاف الموطن يطبق قانون الدولة التي تم فيها العقد، ولكن رغم ذلك قد تكشف ظروف وملابسات العقد عن إرادة الأطراف في تطبيق قانون آخر.

كما يمكن للمحكم أن يستهدي باللغة المعتمدة للعقد مثار النزاع والعملية الواجب الدفع بها، والمكان الذي اختاره الأطراف لإجراء التحكيم^(١). ولكن يلاحظ أن لغة العقد والعملية التي يتم الدفع بها لا تدل بصفة قاطعة على اختيار الأطراف لقوانين هذه الدول التي تنتمي إليها اللغة أو العملة، فكثيراً ما يحدث أن يحرر الأطراف العقد باللغة الانجليزية ويتفق الأطراف على أن يتم الدفع بالدولار الأمريكي. وهذا لا ينبأ عن اختيار الأطراف لقانون هذه الدولة رغم استخدام لغتها أو عملتها فقد يكون اختيار اللغة راجعاً إلي اختلاف لغة الأطراف، فيعمدوا إلي اختيار لغة عالمية كالإنجليزية والفرنسية لسهولة فهمها من كلا الطرفين، والحال كذلك في حالة اختيار عملة معينة تمثل ثقلاً في السوق العالمي كاليورو والدولار الأمريكي.

(١)

كما يري جانب من الفقه أنه يمكن كذلك الاستناد إلي مكان الوفاء، وقد يكشف تضمين العقد أحكام وقواعد مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب مهم من العقد اتجاه إرادة الأطراف الضمنية إلي تطبيق قانون هذه الدولة. كما يجوز الكشف عن نية الأطراف في تطبيق قانون معين من خلال استخدام صياغة عقد نمطي معمول في دولة معينة^(١).

ويلعب قانون دولة مقر التحكيم^(٢) دوراً مهماً في الكشف عن إرادة الأطراف الضمنية، فاختيار الأطراف لمقر التحكيم في بلد معينة يعد بمثابة رضاً ضمناً من قبل الأطراف لتطبيق قانون هذا البلد، وبصفة خاصة إذا كان هذا القانون لا يحمل جنسية أحد الأطراف في العلاقة محل النزاع، فيعد القانون محايداً^(٣).

كما يمكن للمحكم أن يطبق قانون الدولة الطرف إذا كانت طرفاً في العقد، وهذا ما تنص عليه الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار^(٤). حيث

(١) ولا ينفي هذا أهمية هذا القانون في غيبة اتفاق الأطراف كما ورد في ٣/١٦ من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي السارية المفعول ابتداء من ١/١/١٩٩٨، والتي نصت علي أنه " يكون القانون الواجب التطبيق على التحكيم (إن وجد) هو قانون مقر التحكيم، ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا صراحة وكتابة على تطبيق قانون آخر والى المدى الذي لا يعتبر معه ذلك الاتفاق ممنوع بموجب قانون مقر التحكيم".

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٣) وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الانجليزية ٢٣ يناير ١٩٦٨ في دعوى بين شركتين احدهما يونانية والأخرى سويدية حيث جاء حكم المحكمة ليقضى بصحة اختيار محكم للقانون الانجليزي حيث ان أطراف النزاع اختاروا لندن كمقر للتحكيم وان أي منهما لم يحمل الجنسية الانجليزية بل أن جنسية كل منهما مختلفة مما يعنى رغبة الطرفين في الخضوع للقانون الانجليزي كقانون محايد وليس من العدل تطبيق أي قانون آخر على هذا النزاع لأنه يعد مخالفا لرغبة الأطراف.

P.SWANSON, P.R., P.4.

(٤)

تنص المادة ٤٢ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥ على أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون هذه الدولة وكذلك مبادئ القانون الدولي العام^(١).

ويتضح لنا في نهاية القول أن كل هذه المؤشرات والظروف يمكن أن يستعين بها المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، حتى يتمكن من تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

A.R.PARRA, *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, See at, http://www.arbitrationicca.org/media/0/12112009316810/applicable_law_in_investor_state_arbitration.doc, 20-2-2008.

(١)

A.R.PARRA, *P.R. P.10*.

المطلب الثاني

القواعد القانونية المطبقة في غيبة اتفاق الأطراف.

يضم كل نظام قانوني وطني مجموعة من القواعد الموضوعية وقواعد تنازع القوانين، والسؤال الآن إلي أياً من هذه القواعد يمكن للمحكم أن يستند إليها للفصل في النزاع، وما هي الأسس التي علي أساسها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق؟

أولاً: تطبيق قواعد تنازع القوانين:

يرى جانب من الفقه أنه في غيبة قانون الإرادة فإن المحكم يطبق قواعد التنازع التي يراها أكثر ملائمة^(١)، فقد نصت المادة ٢٨ / ٢ من القانون النموذجي الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية عام ١٩٨٥ على أنه "إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق"^(٢). يتضح من هذا أن القانون النموذجي أعطى للمحكم سلطة تقديرية في تحديده لقواعد التنازع التي يراها أنها واجبة التطبيق.

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، ضمن أعمال مهدهاء إلي روح الأستاذ الدكتور محسن شفيق، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ٤٦٠.

(٢) لمزيد من التفصيل حول نصوص القانون راجع علي الإنترنت:

وأيضاً تنص المادة ٣/١٣ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية على أنه "للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدده الأطراف طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص".

تكشف هذه النصوص عن أن المحكم يتمتع بسلطة واسعة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في المعاهدات الدولية ولوائح هيئات التحكيم، ولكن هذه الاتفاقات تلزم المحكم باللجوء إلى قواعد التنازع^(١).

فالمحكم وفقاً لهذا الاتجاه لا يختار القانون بطريقة مباشرة، وإنما يختار قاعدة التنازع التي يستعين بها على الاختيار، وحرية في هذا الاختيار ليست على درجة حرية الخصوم في اختيار القانون واجب التطبيق وإنما مقيدة باختيار قاعدة تنازع تتلاءم مع النزاع المحكم فيه^(٢).

<http://www.jus.uio.no/lm/un.conventions.membership.status/un.arbitration.model.law.1985.html>.

(١) كما هو الحال في المادة ١٢ في نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، والتي نصت على أنه "للأطراف حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع. وفي حالة عدم تعيين الأطراف للقانون الواجب التطبيق سواء في العقد أو في مشاركة التحكيم يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي يرونها مناسبة سواء كان قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذه أو قانون المكان الذي يجب تنفيذه فيه أو أي قانون آخر، وذلك مع مراعاة شرط العقد وقواعد وأعراف التجارة الدولية".

(٢) د/ محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

ثانياً: القواعد الموضوعية للقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع:

يذهب البعض إلي إعطاء السلطة للمحكم في أن يطبق القواعد الموضوعية القانون التي يرى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع، دون اللجوء إلي قواعد تنازع القوانين. وعلى ذلك أجمعت غالبية الأنظمة الوطنية في مجال التحكيم حيث منحت المحكم سلطة التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمامه دون الالتزام بقواعد التنازع ومن تلك التشريعات القانون الفرنسي والقانون السويسري والقانون الروسي^(١).

وقد أخذ قانون التحكيم المصري بهذا الاتجاه حيث نص في المادة ٢/٣٩ علي أنه "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع". فقد أعطي المشرع المصري للمحكم الحرية في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع بما له من سلطة تقديرية في ذلك.

وهذا علي خلاف الحال في القانون النموذجي وقانون غرفة التجارة الدولية، فالمحكم ملزم باللجوء إلي قواعد التنازع التي يراها ملائمة وفقاً لنص القانون النموذجي وقانون غرفة التجارة الدولية، أما في قانون التحكيم المصري فإنه غير ملزم باللجوء إلي قواعد التنازع.

(١)

ويمكن القول بأن نص قانون التحكيم المصري يتسم بقدر من المرونة، فقد يري المحكم القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع هو قانون مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو قانون بلد المصدر أو المستورد أو قانون البلد التي يجرى فيها التحكيم، أو التي يوجد فيها فرع الشركة المرتبطة بالعقد المتضمن لشرط التحكيم^(١).

يعني هذا أن المشرع المصري أعطى الحرية للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، حتى ولو لم يكن هناك صلة بين العقد محل النزاع والقانون المختار. أما بالنسبة لهيئة التحكيم فإنها تلتزم وفقاً لنص قانون التحكيم المصري باختيار القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، وإذا كان الأمر يخضع لتقرير هيئة التحكيم إلا أنه من الممكن إثبات انحرافها في هذا الاختيار، كما لو اختارت قانون ليس له صلة بالنزاع أو فضلت قانون على قانون آخر رغم أن القانون الغير مفضل هو الأكثر اتصالاً بالنزاع.

ولكن في ظل قواعد قانون التحكيم الحالية نجد أنه لا يوجد نص يواجه حالة انحراف أو تعسف المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، فقد حددت المادة ٥٣ من قانون التحكيم حالات البطلان على سبيل الحصر، ولم يكن من بينها تلك الحالة.

ورغم هذا فإننا نجد أن علي المحكم وفقاً لقواعد قانون التحكيم المصري التزام بمراعاة شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة،

(١) د/ محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، ص ٤٥٩.

فقد نصت المادة ٣/٣٩ على أنه "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة.

ولعل نص المشرع المصري على ضرورة احترام العرف يكشف عن الدور الذي يلعبه العرف، وبصفة خاصة في العلاقات التجارية. فالعرف التجاري هو مجموعة القواعد التي درج التجار على إتباعها حتى استقر العمل بها وتولد لديهم الاعتقاد بإلزامها وعدم جواز الخروج عليها.

فإذا قام نزاع بين تاجرين فإن المحكم لا بد ان يراعي العرف المعمول به في هذه التجارة.

كما نصت المادة ٤/٢٨ من القانون النموذجي على أنه "في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة".

يتضح من هذا أن القانون النموذجي لليونسטרال ألزم المحكم بمراعاة شروط العقد والعادات المتبعة في ذلك النشاط التجاري، بينما اكتفى القانون المصري بمراعاة الأعراف الجارية فقط. وتختلف العادات عن الأعراف في أنها ينقصها اعتقاد التجار بإلزامها على خلاف الأعراف التي يعتقد التجار بإلزامها.

ويرى جانب من الفقه أن تعبير "الأعراف الجارية" الوارد في القانون المصري يختلف عن تعبير "العادات المتبعة" في القانون النموذجي، وذلك لأن العرف يعد من مصادر القانون الرسمية أما العادة فتعد من مسائل الواقع. وإنه من المنطقي أن ينص المشرع المصري على "الأعراف الجارية" في الفقرة

الثالثة من المادة ٣٩ التي يجب أن يراعيها المحكم بالقانون قبل نصه في الفقرة الرابعة من نفس المادة على التحكيم بالصلح أو العدالة التي لا يلتزم فيها المحكم بأحكام القانون، فالعرف يعد من مسائل القانون لذلك نص على العرف في الفقرة الثالثة لأن المحكم بالعدالة لا يلتزم بالقانون والعرف يعد من مسائل القانون. أما القانون النموذجي فنص في الفقرة الرابعة على "العادات المتبعة" بعد نصه في الفقرة الثالثة على التحكيم بالعدالة، وذلك لان العادات من مسائل واقع وليست من مسائل القانون حيث أن المحكم بالعدالة لا يتقيد بالقانون، والعادات لا تعد من القانون^(١).

في النهاية، لابد وأن نؤكد علي أن المحكم لابد وأن يراعي حين فصله في النزاع شروط العقد والأعراف التجارية والعادات التجارية المتبعة، وذلك في حالة كونه محكماً بالقانون، ولكن ما هو الحال لو كان محكماً بالعدالة أو مفوضاً بالصلح؟ هذا ما نعرض له في المطل التالي.

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

المطلب الثالث

المحكم المفوض بالصلح

سوف نتناول في هذا المطلب ماهية التحكيم بالصلح، ثم نبين سلطات المحكم في ظل هذا النوع من التحكيم.

ماهية التحكيم بالصلح:

اختلف الفقه في تسمية هذا النوع من التحكيم، فالبعض يطلق عليه التحكيم بالصلح أو التحكيم مع التفويض بالصلح والبعض الآخر يطلق عليه التحكيم بالعدالة أو التحكيم بالعدل والإنصاف^(١).

نصت المادة ٤/٣٩ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ علي أنه "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة علي تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع علي مقتضي قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

فالتحكيم مع التفويض بالصلح أو التحكيم وفقاً للعدالة والإنصاف هو أحد أنواع التحكيم، فيفصل المحكم في النزاع علي أساس احترام المبادئ العامة للتقاضي وأهمها احترام مبدأ المواجهة وحق الدفاع. وفيه يتفق الأطراف

(١) حول التسميات المختلفة، راجع: د/ نادر محمد إبراهيم، لمرجع السابق، ص ٥٩.

وصراحة علي تخويل هيئة التحكيم الفصل فى موضوع النزاع علي مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.

ويعرف جانب من الفقه التحكيم بالصلح بأنه سلطة يتمتع بها المحكمون تعطى لهم الحق في عدم الالتزام بتطبيق القواعد القانونية، وهذه السلطة تسمح لهم بإفعال واستبعاد القواعد القانونية بقدر ما يتطلب شعورهم بالعدالة^(١). ويعرفه البعض بأنه نوع من التحكيم يختار فيه الأطراف تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم في خصوص علاقاتهم التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم وفقاً لمبادئ العدالة ودون التقيد بقواعد القانون^(٢).

ويفضل الفقه تعريف التحكيم بالعدالة بطريقة سلبية أي أنها السلطة التي تمنح للمحكم من قبل الأطراف، بحيث يسمح له استبعاد نصوص القانون واجب التطبيق لصالح العدالة والإنصاف^(٣).

فالمحكم بالعدالة أو المحكم المفوض بالصلح^(٤) هو المحكم الذي يفصل في النزاع دون أن يلتزم بتطبيق أحكام قانون معين على هذا النزاع، فله أن

(١) د/ نزمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ١٨٠.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(٣) د/ شريف محمد غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٠، ص ٤٥٠.

(٤) المحكم المفوض بالصلح يختلف عن الصلح المنصوص عليه في القانون المدني حيث عرفت المادة ٥٤٩ من القانون المدني عقد الصلح بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقعان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه.

يرجع إلي قواعد العدالة والإنصاف وي طرح جانباً نصوص القانون واجب التطبيق على العقد^(١).

فالمحكم المفوض بالصلح يمتلك نوعين من السلطة، الأولي: سلبية وهي سلطة عدم الالتزام بحرفية القواعد القانونية، والثانية: إيجابية، وهي سلطة إنشاء الحل الملائم للنزاع^(٢).

وقد عرفت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٧/٩/١١ المحكم المفوض بالصلح وواجباته بقولها "المحكم المفوض بالصلح رغم كونه معفياً من مراعاة إجراءات المرافعات إلا انه ملزم باحترام مبدأ المواجهة ويجب عليه أن يحترم النطاق المحدد لطلبات الأطراف، وترتكز مهمة المحكم المفوض بالصلح علي نزول الأطراف عن التمسك بالتنفيذ الدقيق للحقوق التي يستمدونها من العقد، مما يسمح له بسلطة تطيف آثار العقد من خلال بحثه عن حل عادل ومطابق للعدالة، وذلك بأن يستبعد كلما اقتضت الحال تطبيق حقوق معينة ناشئة عن الاتفاق بشرط ألا يترتب علي هذا استبدال الالتزامات التعاقدية بالتزامات جديدة لا تتفق مع القصد المشترك للطرفين وعلي المحكمين ألا يحكموا في غير ما طلب منهم"^(٣). كما يلتزم المحكم بالصلح بعدم الخروج عن حدود الاتفاق علي التحكيم^(٤).

(١) د/ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

(٢) د/ نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٣)

Cour D'appel de Paris, 1^{ère} Chambre, voir à,
www.arbitrage.org/fr/publications/jurisprudence_cap1c_19970911.pdf^(٤)

تعد فكرة العدالة والإنصاف قديمة جداً، ولا تخضع لتحديد أو تعريف أو ضوابط محددة، وهي دائماً متغيرة ومتطورة وتختلف باختلاف الزمان والمكان وحتى داخل البلد الواحد.

وإذا كان المحكم في التحكيم مع التفويض بالصلح يستمد إعفاءه من تطبيق القانون من إرادة الطرفين، فإنه يبقى مقيداً بالالتزام بالقواعد القانونية الأمرة في الدولة التي يجري فيها التحكيم سواء أكانت تلك القواعد إجرائية أو موضوعية.

وتأخذ غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية ولوائح هيئات ومراكز التحكيم بنظام التحكيم مع التفويض بالصلح، كما هو الحال في المادة ٧ من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم لعام ١٩٦١ والمادة ٣/٢٤ من اتفاقية البنك الدولي للتعمير، والمادة ٤/١٣ من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس.

تتأسس سلطة المحكم بالعدالة علي إرادة الأطراف، فلا بد من وجود اتفاق صريح فلا تكفي الإرادة الضمنية. وقد اشترط المشرع المصري وجود اتفاق صريح بين الأطراف حيث نصت المادة ٣٩/٤ علي أنه "يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون"، ويرجع هذا إلي أن التحكيم بالعدالة هو نوع من التنازل من قبل

الحكم الصادر من محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٩١ بجلسة ٢٧/٧/٢٠٠٣ في الدعوي رقم ١٢ لسنة ١٢٠ قضائية.

الأطراف عن حقهم الشخصي في التمتع بحماية القانون المتمثلة في قواعده وأحكامه^(١).

ونص أيضاً القانون النموذجي لليونسترال في المادة ٢٨ / ٣ على أنه يجوز للهيئة التحكيمية إصدار حكمها بموجب قواعد العدالة إذا كان المحكم محكماً بالصلح، وفوضه الأطراف تفويضاً صريحاً بذلك. يتضح لنا من نص القانون النموذجي مدى الحرص على وجود اتفاق صريح على هذا النوع من التحكيم، وذلك للسلطات الخطيرة التي يتمتع بها المحكم بالعدالة^(٢).

أولاً: طبيعة القواعد التي يطبقها المحكم بالعدالة على موضوع النزاع:

تهدف القواعد التي يطبقها المحكم بالعدالة إلى تحقيق التوازن بين أطراف النزاع وإعمال أكثر الطول تحقيقاً للعدالة^(٣). وفي الدول التي أخذت بهذا النظام نجد أن الخصوم يمنحون المحكم سلطة في عدم التقيد بأحكام القانون بما في ذلك من مرونة تتيح للمحكم الفصل في النزاع على مقتضى المصالح

^(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

^(٢) www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html, 12-2-2008.

^(٣) *The Arbitration and its Importance, P.3, See at, <http://www.ajcci.gov.ae/information/The%20Arbitration%20and%20its%20Importance.pdf>, 12-5-2008.*

الموجودة فيه، وإن اقتضى الأمر البعد عن القواعد القانونية وذلك تحقيقاً للعدالة^(١).

تهدف معظم التشريعات التي اعترفت بهذا النظام إلي إعطاء المحكم سلطة تطبيق قواعد العدالة والإنصاف، حتى ولو خالف ذلك أحكام القانون وذلك حرصاً منها على مصالح الأطراف المشروعة، فالمحكم بالعدالة أو المحكم المفوض بالصلح يطبق قواعد تهدف إلي تحقيق العدالة بين الأطراف، وإن كان ذلك يتعارض مع أهداف القانون الواجب التطبيق^(٢).

ويرى جانب من الفقه أن الرجوع إلي العدالة يعني الاستناد إلي عادات وأعراف تتعلق بالعدالة، فالتحكيم بالعدالة يحيل إلي مجموعة من قواعد القانون الملائمة للنزاع، وهي تشمل عادات وأعراف أنشأتها الأوساط المهنية^(٣)، فالمحكم بالعدالة يجب أن يحقق العدالة حين فصله النزاع، وعليه اختيار القواعد الأكثر تحقيقاً للعدالة والإنصاف.

لا يوجد لدي المحكم بالعدالة ما يمنعه من تطبيق قواعد القانون الواجب التطبيق إذا ما رأي ذلك، لأن المشرع المصرى أجاز للمحكم الفصل بمقتضى العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون، ولكنه لم يفرض عليه ذلك^(٤)، فإذا

(١) د/ محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

(٢)

International Arbitration, the Fundamentals, See at, [http://www.aua.am/aua/masters/law/pdf/International%20Arbitration%20-%20The%20Fundamentals%20\(1\).pdf](http://www.aua.am/aua/masters/law/pdf/International%20Arbitration%20-%20The%20Fundamentals%20(1).pdf), 20-3-2008

(٣) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

(٤) د/ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ١٧٤.

كانت مهمة المحكم المفوض بالصلح بتحقيق بتطبيق قواعد العدالة، فليس هناك ما يمنعه من تطبيق قواعد القانون الموضوعي إذا حققت هذه العدالة.

ويكشف الواقع العملي عن ميل المحكمين إلى تطبيق القواعد القانونية، وعدم الحيطة عنها إلا في حالة الضرورة التي تقتضيها مصلحة الخصوم، وتفسير ذلك الميل هو أن المحكمين يخشون الخطأ ويعتقدون أن الاحتماء بالقاعدة القانونية خير وسيلة لتبرير القرار الذي يصدرونه. كما أن استناد القرار إلى سند من القواعد القانونية يرفع من قدره عند المحكمة التي تنظر في طلب التنفيذ، مما يمنحه ثقل قانوني عند تنفيذه^(١)، بالإضافة إلى عدم وجود ثمة تعارض بين نصوص القانون والعدالة، فمفهوم العدالة يتحقق في ظل القانون عندما يكفل التوازن بين الحقوق المتعارضة^(٢).

ثانياً: استبعاد المحكم المفوض بالصلح للقانون الواجب التطبيق:

يملك المحكم بالعدالة سلطة أوسع مما يملكها المحكم بالقانون في استبعاد القانون الواجب التطبيق، حيث يتقيد المحكم بالقانون بإعمال القانون الواجب التطبيق، على خلاف المحكم بالعدالة الذي لا يتقيد بإعمال القواعد القانونية واجبة التطبيق، فيكون للمحكم المفوض بالصلح استبعاد تطبيق القواعد القانونية سواء أكانت تشريعات أو أعراف إذا رأى أن العدالة تقتضي ذلك.

وفي الواقع إن المشرع أعطى المحكم بالعدالة السلطة في عدم التقيد بأحكام القانون واستبعاد أحكامه وإعمال قواعد العدالة والإنصاف، وهذا لا يعني

(١) د/ محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

(٢) د/ هدي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٨٤.

أن يكون ذلك بمعزل عن قواعد القانون الواجب التطبيق. فقد يرى المحكم أن قواعد قانون معين هي أكثر عدالة إذا طبقت على النزاع، وهذه هي الغاية المرجوة من ذلك النوع من التحكيم، وهي تحقيق العدل والإنصاف بغض النظر عن طبيعة القواعد المطبقة على النزاع.

يتعين النظر في سلطة المحكم المفوض بالصلح في استبعاد القانون الواجب التطبيق في ظل ذات المعايير التي أوضحناها عند حديثنا عن استبعاد قانون إرادة الأطراف. فالمحكم بالعدالة أيضاً يجب عليه مراعاة النظام العام، وبصفة خاصة في الدولة التي سوف يطبق فيها قراره.

كما يجب أن يراعي المحكم بالعدالة أحكام العقد والعادات التجارية، وهذا ما نصت عليه المادة ٥/١٣ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية من أنه يتعين علي المحكم في كل الأحوال أن يراعي أحكام العقد والعادات التجارية^(١)، يتضح من لفظ "كل الأحوال" أن كلا من المحكم بالقانون والمحكم بالعدالة عليهما التزام باحترام أحكام العقد والعادات التجارية، وهو ما أكدته المادة ٢٨ من ذات القواعد من أن علي المحكم أن يأخذ في اعتباره العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة^(٢).

أما المشرع المصري فيتضح لنا من صياغة المادة ٣٩ من قانون التحكيم أنه لم يقيد المحكم بالعدالة أو المحكم بالصلح بمراعاة شروط العقد والعادات التجارية المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري. إلا أنه قيد المحكم بالقانون

(١) د/ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

(٢) د/ محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، ص ٤٦٤.

بمراعاة شروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية في نوع المعاملة، وذلك وفقاً لأحكام المادة ٣/٣٩ ثم جاء بعد ذلك في الفقرة الرابعة من ذات الفقرة، ونص على التحكيم بالصلح دون أن يرد على سلطة المحكم بالصلح أى قيد، فلم يلزمه بإتباع العادات التجارية أو مراعاة شروط العقد. وإن كنا نرى أنه من الملائم أن ينص المشرع المصري على أن يلتزم المحكم في جميع الأحوال بمراعاة شروط العقد والعادات التجارية من نوع المعاملة سواء كان ذلك تحكيم بالقانون أو تحكيم بالعدالة كما جاء في القانون النموذجي.

إن السؤال الذي يطرح نفسه الآن ما هو الحال لو انحرف المحكم بالعدالة أو المحكم بالصلح وأساء استخدام سلطته؟ يمكننا القول بأن هذه المشكلة تتعلق بنوعي التحكيم معاً سواء التحكيم بالقانون أو التحكيم بالعدالة، وذلك في ظل خطورة قرار التحكيم حيث أن المشرع المصري لم يفرق بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي فكلاهما غير قابل للطعن، وذلك علي خلاف الحال في التشريع الفرنسي الذي مكن الخصوم في التحكيم الداخلي من الطعن عليه علي خلاف الحال في التحكيم الدولي فهو غير قابل للطعن عليه.

ولهذا ليس أمام الخصوم في حالة انحراف المحكم – سواء التحكيم بالقانون أو بالصلح – عن حدود سلطاته إلا دعوى البطلان. ولقد أورد المشرع المصري الحالات التي يجوز فيها رفع دعوى البطلان على سبيل الحصر، لذلك فإنه من الملائم أن ينص المشرع علي حالة التعسف والانحراف في استخدام السلطة من قبل المحكم بالصلح بوصفها حالة من حالات البطلان، وذلك لعدم الإضرار بمصالح الأطراف المشروعة.

الفصل الثاني

سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد

تمهيد:

إن تحديد سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف يعد من الأمور المهمة في مجال خصومة التحكيم، وتزداد أهمية هذا التحديد في ظل المتغيرات الاقتصادية التي قد تلحق بالعقد الدولي طويل الأجل. وما قد يترتب علي هذه الظروف من إخلال بالالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد.

يشكل تعديل الالتزامات التعاقدية وإعادة التفاوض بشأنها جزءاً كبيراً من المنازعات التي تعرض علي هيئات التحكيم، خاصة في العقود طويلة الأجل، والتي قد يطرأ علي تنفيذها عقبات وظروف خاصة تستوجب تعديل العقد للوصول إلي تنفيذ الالتزامات التعاقدية بطريقة تحقق التوازن المالي للعقد. وهذه الظروف والعقبات الخاصة قد يتم التغلب عليها رضائياً إذا ما تم تعديل العقد أو أعيد التفاوض لصالح الطرفين معاً^(١)، إذا اختلف الأطراف واختل توازن العقد، فهنا يصبح تدخل المحكم أمراً لازماً لحسم النزاع وإعادة التوازن المالي للعقد^(١).

^(١) كما هو الحال في حالة انخفاض أسعار البترول بصورة مبالغ فيها، وهو ما شهده العالم خلال الأزمة العالمية الراهنة حيث انخفض سعر برميل البترول من ١٤٠ دولار إلي ١٠٠

والسؤال الآن ما هو الأساس الذي يمكن أن تتركز إليه سلطة المحكم عند إعادته للتوازن المالي للعقد، وهل يملك هذه السلطة أم لا؟، والأمر الثاني ما هو نطاق هذه السلطة إن وجدت؟

وعلي هذا الأساس فإننا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: أساس سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد.

المبحث الثاني: نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد.

دولار، وقرر أطراف عقود الطاقة إعادة التفاوض لتحقيق نوع من التوازن بين التزامات أطرافه.^(١) وهو الحال الآن في ظل الأزمة المالية الراهنة، والتي أحدثت أثراً اقتصادياً هائلة علي بعض الاقتصاديات، والذي من شأنها صار تنفيذ العقد مخالاً بالتوازن المالي له.

المبحث الأول

أساس سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد

تمهيد:

لم تتصد غالبية الأنظمة القانونية لسلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، وقد كان من شأن هذا خلق نوع من التباين بين مواقف المحكمين، فبينما أنكرت بعض هيئات التحكيم سلطتها في إجراء هذه التعديلات، أقرت أحكام أخرى إمكانية ذلك وفقاً ووفقاً لكل حالة علي حده^(١)، الأمر الذي خلق اختلافاً واسعاً بين قرارات التحكيم الدولية^(٢).

وإزاء هذا الفراغ التشريعي نجد لزاماً علينا أن نعرض لمقارنة بين سلطة القاضي المدني في إجراء التعديلات العقدية التي تعيد التوازن المالي للعقد

^(١) فقد أقرت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في القضية رقم ٣٩٣٨ لسنة ١٩٨٢ أن المحكم لا يستطيع تعديل التزامات الأطراف لما ينطوي عليه ذلك من إخلال بتوقعاتهم، وتجاوز لحدود مهمته، مما يعرض قراره للبطلان، راجع:

Lodo CCI No. 3938, Clunet, 1984, P.929 and also in recent ICC Award No. 9771, YCA 2004, See at 46 et seq.

^(٢) فقد أقرت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٣ / ١ / ١٩٧١ باختصاص هيئة التحكيم بإعادة النظر في العقد وتعديله إذا ما ثارت صعوبات جسيمة من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد، راجع:

Revue De L'arbitrage, 1973, P. 68. Note FOUCHARD (P.)

وسلطة المحكم، ومن هنا يثور التساؤل حول ما إذا كان للمحكم ذات السلطة أم لا.

بداءة لابد وأن نؤكد أنه ليس للمحكم سلطة تعديل العقد قياساً علي سلخته في تفسيره، فبرغم ثبوت سلطة المحكم في التفسير إلا أنه لا يمكن أن تمتد هذه السلطة إلي التعديل والتغيير في الالتزامات العقدية، فالتعديل من شأنه التغيير في الحقوق والالتزامات، وإضافة شروط جديدة لمحاولة إعادة التوازن المالي للعقد^(١)، وهذا علي خلاف التفسير الذي يكشف عن حقيقة إرادة المتعاقدين، ولا يمتد بأي حال من الأحوال إلي تغييرها.

نصت المادة ١٤٧ / ٢ من القانون المدني علي إنه "....(٢) ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، إن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"^(٢).

يتبين من النص السابق أن المشرع المصري اعترف للقاضي بسلطة تعديل العقد في حالات محددة، وأجاز له المساس بجوهر الالتزامات العقدية

(١) د/ هدي محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

(٢) فقد نصت المادة ٢٢٤ من القانون المدني المصري علي أنه "(١) لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر. (٢) ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. (٣) ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين."، وهو ذات المعنى الذي نص عليه القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٥٢.

وأساسها كما في حالة القوة القاهرة والظروف الطارئة، أو تعديل نطاقها كما في حالة المبالغة في قيمة التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي^(١).

يتضح مما سبق أن المشرع لم يمنح القاضي سلطة عامة في تعديل العقد، بل منح القاضي هذه المكنة في حالات محددة حصرها القانون، والتي تستند جميعها إلى تغييرات جوهرية تفوق توقعات أطراف العقد، وتحدث خلال اقتصادياً في العقد، وهو الحال في ظل الأزمة المالية الراهنة.

يمكننا أن نقرر أن المحكم لا يملك فرض أي تغيير أو تعديل علي العقد لغية التنظيم التشريعي لهذه السلطة، ولكن هذا لا ينفي إمكانية تضمين الأطراف لشرط عقدي يسمح بمراجعة العقد، وإعادة التفاوض بشأنه محدداً الظروف التي تستوجب إجراء هذا التعديل، إذا حدثت متغيرات معينة^(٢). ولكن ما هو الحال لو لم يتفق الأطراف علي إدراج هذا الشرط، وألا يكفي اتفاق الخصوم علي وجود

^(١) لم يعترف المشرع الفرنسي للقاضي المدني بسلطة تعديل العقد تاركاً لأطراف العقد مهمة تعديله، وعلي خلاف ذلك اعترف بهذه السلطة للقاضي الإداري، مع ملاحظة أن المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي أجازت للقاضي المدني تخفيض الشرط الجزائي والتعويض الاتفاقي في حالات محددة. ولم يعرف القانون الإنجليزي تنظيم قانوني للقوة القاهرة، ولكن هذا لا يمنع من وجود نص صريح في العقد يحدد ماهية القوة القاهرة وشروط تطبيقها، راجع:

Contract Law, Some Differences between English Law and French Law,
<http://www.ribeiradasgalinhas.com/paulabbiati.com/WordDocs/UK%20law%20%20Civil%20Code%20system%20main%20differences%20-%20Mark%20Lane.doc>, 12-2-2009.

^(٢) د/ عصام الدين القصبى، التحكيم الدولي والحفاظ علي التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، تحت عنوان "التحكيم التجاري الدولي"، ٢٠٠٨، ص ١٩٧ وما يليها.

نزاع بشأن الشروط العقدية يستوجب حسمه تحكيمياً ليصبح من سلطة المحكم
مراجعة شروط العقد وتعديلها؟

ومن ثم فإننا نقسم هذا المبحث إلي مطلبين، فنعرض في الأول لسلطة
المحكم في ظل وجود شروط عقدية من شأنها مواجهة المتغيرات الاقتصادية
التي قد تمس بالالتزامات العقدية ثم نعرض في الثاني لسلطته في ظل غيبة مثل
هذه الشروط.

وعلي هذا الأساس فإننا نقسم هذا المبحث إلي مطلبين:

المطلب الأول: سلطة المحكم في ظل شروط إعادة التفاوض.

المطلب الثاني: سلطة المحكم في غيبة شروط إعادة التفاوض.

المطلب الأول

سلطة المحكم في ظل شروط إعادة التفاوض

درج أطراف العقود الدولية علي إدراج شرط إعادة التفاوض في عقودهم، خاصة إذا كان تنفيذها يستلزم مدة طويلة من الزمن. ولا خلاف في أن إدراج مثل هذا الشرط داخل العقد ذاته أو في مشاركة التحكيم من شأنه منح المحكم سلطة إعادة التوازن المالي للعقد. ويرى جانب من الفقه أن مثل هذا الشرط لا يقتصر دوره علي حماية طرف دون الآخر بل يحقق كذلك مكنة للدولة – في ظل عقود الاستثمار – في تغيير تشريعاتها واتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات لحماية مصالحها ثم العودة مرة أخرى لمائدة المفاوضات في ظل هذه الإجراءات والقواعد الجديدة التي اتخذتها أثناء تنفيذ العقد، ولكن يبقى هذا الشرط بمثابة تدبير حمائي للطرف الآخر – وهو المستثمر^(١) – في مواجهة الدولة. ويرى ذات الجانب من الفقه أن هذا الشرط قد يؤثر علي استقرار العقد بل في تحديد تكلفة العقد في مجمله، بل إن وجود مثل هذا الشرط قد يجعل هيئة التحكيم ذاتها ترفض الاختصاص لعدم وجود منازعة محددة، وإن أصدرت قرارها فربما لا يلقي التنفيذ لذات السبب^(٢). كما أن الوسائل والسبل لإعادة

(١) د/ عصام الدين القصيبي، المرجع السابق، ص ٢٠١.

(٢)

J.Y.GOTANDA, *Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.36, 2003, P.1461, See at: <http://works.bepress.com/gotanda/8>, 1-4-2006

التوازن المالي للعقد، والتي قد يقدمها – وفقاً لشرطهم العقدي – قد لا يكون ملائماً لتحقيق هذا التوازن بصورة صحيحة، وفي النهاية قد ينتهي الأمر بقيام هيئة التحكيم بإعادة التوازن العقدي بطريقة قد لا تتفق مع توقعات الأطراف^(١).

ويمكننا القول بأنه من الصعب أن نجد عقداً دولياً طويلاً المدة، دون أن يدرج الأطراف فيه شرط إعادة التفاوض في حالة ما تطورت الظروف الاقتصادية إلى درجة ينقلب معها توازن العقد الذي أبرمه الأطراف بداية^(٢).

يعد التفاوض في مرحلة التنفيذ ترجمة اقتصادية للبحث عن العدالة في تنفيذ العقد، من خلال تحقيق توازن مالي لاحق الوجود، ولكنه لاحق لإبرام العقد. بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد يعد ترجمة قانونية تعبر عن توازن مالي سابق الوجود، ويلاحظ أن الالتزام بالتفاوض في مرحلة التنفيذ يدخل غلي حد كبير في إطار العدالة، بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد فيدخل في دائرة القانون حيث يجب أن يسود مبدأ حسن النية بما يحققه من عدالة طبقاً لما تقرره النصوص القانونية^(٣).

يتعين علينا أن ندرك أن التغيير في الظروف الاقتصادية أثناء تنفيذ العقد قد يدعو الأطراف إلى مراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأن شروطه، ولهذا فقد

(١) د/ عصام الدين القسبي، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٢)

Cour de Cassation, 22/10/1991, Clunet, 1992, PP.177:178, Note GOLDMAN (B).

(٣) فرانسوا كنوفليير، الالتزام بمبلغ نقدي، تقدير القيمة وتعديلها، ترجمة د/ محمد حسام محمود لطفى، بحث مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص ٢٣١.

درج العمل علي إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار. إلا أن ذلك لم يحل دون حدوث كثير من المنازعات الناتجة عن إعمال هذا الشرط، والتي أكدت في الوقت نفسه علي أن التحكيم هو الوسيلة المثلي لفض منازعات العقود الدولية بصفة عامة^(١).

وقد درج المتعاقدون في مجال التجارة الدولية علي إدراج شرط القوة القاهرة في مجال العقود، إلا أن هذا الشرط يتم بيانه من خلال تحديد المقصود بالقوة القاهرة بالإحالة لنظام قانوني معين، وغالباً ما يكون هو القانون الواجب التطبيق علي العقد ذاته. ولكن السؤال المهم ماذا لو أحال المتعاقدون عقدهم إلي قانون لم يعرف فكرة القوة القاهرة أو نظرية الظروف الطارئة كما في القانون الإنجليزي.

إن التوازن المالي للعقد والإخلال به يلقي علي عاتق المحكم مهمة أولية هي الفصل في تحقق شرط القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، والنتائج المترتبة علي ثبوته، وهي مهمة فنية في المقام الأول، فالمحكم عليه أن يثبت من وجود القوة القاهرة التي تحول دون تنفيذ العقد وفقاً للاتفاق الأولي للعقد، وما من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد،

تضاعف هذه المسائل ذات الطبيعة الفنية من صعوبة المهام الملقاة علي عاتق المحكم، فحتي علي فرض تعيين هيئات التحكيم لخبراء علي مستوي عالي

(١) عمر مشهور حديثة الغازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مجلة نقابة المحامين، الأردن، العدد التاسع، سبتمبر ٢٠٠٢، ص ٥.

من النزاع للتحكيم فإن مرور الوقت بين وقوع أحداث القوة القاهرة، وإحالة النزاع للتحكيم يجعل من الصعب التيقن بأن الإخلال بالتوازن المالي نتيجة هذه الأحداث أم لا. ولكن الأمر ليس كذلك في ظل الأزمة المالية الراهنة التي تكشف حقيقة واحدة هي تأثيرها علي العقود الدولية، وإخلالها بالتوازن المالي بين أطرافها.

يدخل تحديد أثر القوة القاهرة أو الظرف الطارئ علي استمرارية العقد ضمن الاختصاص الأصلي لهيئة التحكيم، فتختص هيئة التحكيم بإعادة ضبط الالتزامات المتبادلة في العقد، وإعادة التوازن إليه مرة أخرى^(١).

بالإضافة لشرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة فقد درج الأطراف علي إدراج شرط ضمان حسن التنفيذ في عقودهم الدولية، ويهدف هذا الشرط إلي تغطية المخاطر المحتملة الناتجة عن عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً بسبب قوة القاهرة أو ظرف طارئ.

ويتم إدراج هذا الشرط في العقود الدولية بغرض تحديد ومعرفة مقدار التعويض الذي سيحصل عليه الطرف الذي أضر من جراء عدم التنفيذ،

(١)

W. MELIS, *Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration*, See at, <http://www1.fidic.org/resources/contracts/melis.pdf>, 22-12-2008.

بالإضافة إلى انتفاء سلطة المحكم في تحديد مقدار التعويض اللازم لإعادة التوازن للعقد.

ويستطيع المحكم الارتكان لهذا الشرط إذا اتفق الأطراف على قانون ما ينص على مثل هذا الشرط حتي ولو لم يدرجه الأطراف في عقدهم. كما يستطيع المحكم الاستناد إليه إذا كان الأطراف قد اتفقوا على اللجوء إلى الأعراف الدولية. ونظراً لأهمية وجود شرط جودة تنفيذ العقد، وتكرار العمل به في العرف التجاري الدولي، اهتمت غرفة التجارة الدولية ICC في أن تقدم تعريفاً له خاصة في العقود المصرفية، فقد عرفته بأنه "الالتزام الذي يتعهد به المصرف باعتباره الضامن، عند عدم تنفيذ الساحب - البائع - لما فرضه عليه العقد بينه وبين المستفيد وهو المشتري، في حدود مبلغ معين أو كما نص عليه الضمان الذي قبله الضامن لتأمين تنفيذ العقد"⁽¹⁾.

ويؤخذ على هذا الشرط أنه محدد ومقيد بمقدار محدد مسبقاً، حتي ولو كان التوازن المالي للعقد قد تم الإخلال به بصورة تفوق بكثير ما نص عليه الشرط. ويلاحظ أن هذا العقد يتوقف أثره طبقاً لقاعدة الإعفاء من المسؤولية عندما يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً بسبب الظرف الطارئ أو القوة القاهرة.

تلك أهم الشروط التي يمكن أن يدرجها أطراف العقد الدولي لمواجهة مشكلة الإخلال بالتوازن المالي بالعقد، ولا يقف الأمر عند حد إدراج الاطراف

(1)

Cour d'appel de Bruxelles, 18-12-1981, Revue de Banque, 1982, P.118.

لهذه الشروط، فيجوز للأطراف منح المحكم سلطة تعديل العقد بشرط صريح في مشاركة التحكيم ذاتها، وبموجب هذا الشرط يكون للمحكم الحق في إعادة التوازن المالي للعقد، وما يترتب علي هذا من تعديل لبنود العقد. ولكن السؤال المهم الآن ما هو الحال في غيبة مثل هذا الاتفاق؟ هذا ما نجيب عليه في مطلب التالي.

المطلب الثاني

سلطة المحكم في غيبة شروط إعادة التفاوض

ذهب جانب من الفقه إلى أن المنازعات المتعلقة بتعديل العقد تعد منازعات غير قانونية، لأنها لا تقوم علي اعتبارات قانونية، ويكمن أساسها في الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد الدولي، ومن ثم يتم تسويتها استناداً إلى مبادئ العدالة وحسن النية^(١).

نصت المادة ٤٩ / ٤ من قانون التحكيم المصري علي أنه "يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة علي تفويضها بالصلح – أن تفصل في موضوع النزاع علي مقتضي قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

وفقاً لهذا النص يكون للمحكم أن تفصل علي أساس قواعد العدالة والإنصاف، إلا أنه يشترط اتفاق الأطراف صراحة علي ذلك – كما بينا سابقاً –، وينبغي هنا أن نبين أن سلطة تعديل العقد لا تثبت للمحكم المفوض بالصلح تلقائياً لمجرد منحه سلطة التحكيم بالصلح. فهذه السلطة لا تندرج في مفهوم

(١)

D. ATHANASAKIS, P.R., P. 41.

التحكيم بالصلح في ذاته ما لم يتفق الأطراف علي منح المحكم هذه السلطة صراحة^(١).

ورغم هذا فإننا نري أنه يجوز لهيئة التحكيم تعديل أثر القوة القاهرة علي المسؤولية أو توزيع مخاطرها علي الطرفين من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، إذا ما رأت في ذلك تحقيقاً للعدالة، كما أن لها أن تقضي بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه. ويأتي هذا متفقاً مع ما أقرته محكمة استئناف باريس من أن للمحكم سلطة التسوية الودية، فيحق له تعديل الآثار القانونية للعقد المبرم بين الأطراف إلي الحد الذي لا يصل إلي إعادة بنائه أو يشكل خرقاً للنظام العام^(٢)، وفي حكم آخر لها أشارت إلي قيد آخر علي سلطة المحكم بالصلح، وهو ألا تتطوي التعديلات التي يدخلها المحكم علي العقد علي غش من جانب الطرف الذي يطالب بها^(٣).

كما رأت بعض هيئات التحكيم أعمال فكرة التوزيع المتساوي للمخاطر الناجمة عن القوة القاهرة^(٤)، رغم أن هذه الأخيرة تعفى المضرور من التزامه

(١) د/ هدي محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٣٠١.

(٢)

Cour de L'appel, Paris, 12-3-1985, Revue d L'arbitrage, 1986, No.2, P.300.

(٣)

Cour de L'appel, Paris, 6-1-1984, Revue d L'arbitrage, 1985, No.2, P.269.

(٤) د/ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ١٦.

كلية، إلا أنه إعمالاً لقواعد العدالة قامت هيئة التحكيم بتوزيع الخسائر بين أطراف العقد^(١).

ومع ذلك فقد رأت بعض هيئات التحكيم أن من حقها استبعاد الشرط الجزائي، رغم توافر شروط انطباقه طبقاً للقانون متى كان هذا الاستبعاد يحقق العدالة، ولها كذلك أن تخفف من آثار الشروط التعاقدية مثل الشرط الفاسخ الفوري متى كان لا يتماشى مع العدالة^(٢).

ولكن هذا لا ينفي وجود اتجاه يري أنه لا يمكن للمحكم أن يتصدى لإعادة التوازن المالي للعقد علي أساس تفويضه بالصلح، فهذه المكنة لا يخولها له التفويض بالصلح، ومن ثم عليه أن يلتزم باحترام شروط العقد^(٣).

(١) د/ محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

(٢) حكم محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية ICC في القضية رقم ٤٩٧٢ لسنة ١٩٥٨، راجع :

Clunet, 1989, P. 1101.

(٣) فقد قضت احدي الهيئات التحكيمية بتعويض جزئي عن الخسارة التي لحقت بأحد طرفي النزاع نتيجة الإخلال الجسيم بالتوازن العقدي، وعند الطعن علي هذا الحكم أقرت محكمة استئناف باريس بصحته، إلا أن محكمة النقض الفرنسية لغت هذا الحكم استناداً إلي وجود تناقض في الأسباب لصعوبة التوفيق بين إنكار سلطة المفوض بالصلح في تعديل العقد عند وجود اتفاق بين الأطراف، وبين منحه تعويضاً للطرف المضروب من أحد الشروط العقدية، راجع:

Cour de Cassation, Chambre Civile 1, 6-6-1976, Revue de L'arbitrage, 1977, P.67.

بالإضافة إلي إقرار محكمة استئناف باريس لما انتهت إليه احدي هيئات التحكيم المفوضة بالصلح في نفي تقرير اختصاصها بإعادة النظر في الشروط العقدية في ظل غياب اتفاق صريح من الأطراف علي هذا، راجع:

Cour de L'appel, Paris, 12-7-1974, Revue de L'arbitrage, 1975, P.67.

يتضح لنا مما سبق أنه لا سبيل في غياب التنظيم القانوني لسلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد إلا منحه هذه السلطة من خلال اتفاق الأطراف علي هذا سواء أكان هذا سابقاً علي نشوء النزاع أو أثناء سير خصومة التحكيم. كما أن سلطة المحكم قد تتبع من القانون الواجب التطبيق علي النزاع، سواء أكان هذا القانون باتفاق الأطراف أو استند إليه المحكم بالقانون، فقد يتضمن هذا القانون مختار تنظيمياً لهذه السلطة أو يكون من شأن تطبيقه علي العقد إعادة التوازن المالي للعقد.

إن تحقيق التوازن المالي للعقد ليس بالأمر الهين، ولكن وحتى في غيبة مثل هذه السلطة والقواعد المنظمة لها، وكذلك غيبة اتفاق الأطراف فهذا لا يحول دون أخذ المحكم في اعتباره عند إصدار حكمه الخلل المالي الذي أصاب العقد، ويحاول في حكمه أن يعيد التوازن ويعوض المضرور من جراء هذا الخلل.

في النهاية يبقى أن نؤكد علي ضرورة وجود تنظيم تشريعي لسلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد شأنه في ذلك شأن القاضي، لأنه في ظل هذا الغياب التشريعي لا يبقى إلا اتفاق الأطراف، والسؤال الآن في ظل هذا الاتفاق ما هي حدود سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد؟

المبحث الثاني

نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي

للعقد الدولي

تمهيد:

أوضحنا فيما سبق أن أساس سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد ينبع إما من اتفاق الخصوم على منحه هذه السلطة صراحة من خلال نصوص العقد ذاته، أو في اتفاق لاحق أو حتى من خلاله استناده إلى هذه السلطة المخولة له بموجب القانون الواجب التطبيق على خصومه التحكيم، إلا أنه في غيبة قواعد قانونية تنظم هذه السلطة وتمنحه سلطة تعديل التزامات الأطراف فإنه ليس أمام المحكم إلا الالتزام بحرفية اتفاق الأطراف.

نصت المادة ٣/٣٩ من قانون التحكيم المصري على أنه "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة".

ويرى جانب من الفقه أن سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف تجد أساساً لها في هذا النص الذي يلزم المحكم بالفصل في النزاع في ضوء

شروط العقد^(١). وعلى هذا فإن الحديث عن نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الدولي يستوجب منا أن تعرض لسلطته في تفسير العقد، ثم سلطته في تعديل الالتزامات التعاقدية، وفي النهاية سلطته في إنهاء العلاقة العقدية وتعويض المضرور.

ومن ثم فإننا نقسم هذا المبحث إلي مطلبين:

المطلب الأول: سلطة المحكم في تفسير العقد.

المطلب الثاني: سلطة المحكم في التعويض.

(١) د/ هدي محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٣٠٦.

المطلب الأول

سلطة المحكم في تفسير العقد

يغلب أن يواجه المحكم مشكلة في تفسير بعض نصوص العقد، وقد يترتب على هذا عدم وضوح الالتزامات المتبادلة بين الأطراف، ومن ثم فإنه يقع على عاتق المحكم مهمة تفسير هذه النصوص استناداً إلى عبارات العقد وملايساته بغية الوصول إلى نية الأطراف⁽¹⁾.

ولا يشترط لقيام المحكم بتفسير العقد موافقة الخصومة على هذا صراحة، فالتفسير يعتبر مسألة تمهيدية واجبة الحسم تدخل في إطار مهمته في الفصل في النزاع. إلا أنه يتعين ألا تمتد سلطته في التفسير إلى إعادة النظر في الشروط العقدية. ويلتزم المحكم عند تفسير العقد بالبحث عن الإرادة الحقيقية لأطرافه وليس البحث عن إرادة وهمية يصنعها تخمينه وحده، ولكن السؤال الآن هل يجوز للمحكم أن يعدل في الالتزامات العقدية أم أن دوره مقصور فقط على التفسير، وبمعنى أوضح ما هي حدود هذا التفسير؟

(1) ولهذا قضت محكمة استئناف باريس بعدم مشروعية تفسير هيئة التحكيم لعقد على نحو لا يمكن تفسيره به في إطار إرادة الأطراف وملايسات العقد، واعتبرت هذا من قبيل انتهاك النظام العام، راجع:

Cour de L'appel, Paris, Revue de L'arbitrage, 1976, P.179, Note ROBERT (O.)

يقصد بتعديل الالتزامات التعاقدية إدخال بعض التغييرات بإضافة شروط جديدة أو حذف شروط أخرى لم تعد ملائمة. وهذا التغيير قد يكون جزئياً أو كلياً. ويرى جانب من الفقه أن التعديل باستبعاد شرط من العقد يختلف عن إعادة النظر فيه، ويتمثل الفارق في أن إعادة النظر في العقد تمتد آثارها إلى المستقبل، في حين أن استبعاد شرط من العقد تبدو آثاره بالنسبة للحقوق المكتسبة من قبل^(١). إلا أننا نرى أن كلا من الاستبعاد والتعديل تبقي آثارهم ممتدة إلى المستقبل.

ويمكننا القول بأن نصوص اتفاق التحكيم قد تأتي رغبة ومرنة، خاصة في التحكيم بالصلح، وهو ما من شأنه منح المحكم سلطات واسعة في تعديل الالتزامات التعاقدية مراعيًا الاعتبارات الاقتصادية والقانونية ومحققًا العدالة^(٢)، بالإضافة إلى أن الأطراف قد يمنحوا المحكم سلطة وضع قواعد منظمة للعلاقة بينهم، إلا أن هذا الحل وفقاً لرأي البعض يعد حلاً ذي طبيعة عقدية وغير قابل للتنفيذ جبراً^(٣).

(١) د/ محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين نطاقها ومضمونها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٤٤٢.

(٢) وهو ما حدث في نزاع التحكيم بين إنجلترا وأمريكا فيما يتعلق بصيد كلاب البحر في بحر إهرنج، حيث أوكل الأطراف للمحكم سلطة وضع لائحة خاصة بتنظيم حقوق الصيد في المستقبل، منعا لنشوب خلاف في المستقبل، راجع:

J. HOPE, Why Choose Stockholm, Reflections of an English Lawyer after Two Years Practicing International Arbitration in Sweden, this article publish in Stockholm International Arbitration View, arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce, 2008, P.21.

(٣) د/ هدي محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٣٠٦.

ولكن يبقى أن نؤكد على أن سلطة المحكم في تعديل الالتزامات التعاقدية مقرون دائماً بإرادة الأطراف ما لم يمنحه القانون الواجب التطبيق هذه السلطة.

نصت المادة ٩٥ من القانون المدني المصري على أنه " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

تكشف هذه المادة عن تمتع القاضي بسلطة استكمال الشروط العقدية، والسؤال هل يجوز للمحكم قياساً على سلطة القاضي أن يعدل التزامات الأطراف من خلال إعادة النظر في التزاماتهم مراعاة للتوازن المالي؟

إن إعادة التوازن من خلال تعديل بنود وشروط العقد أمر يختلف تماماً عن استكمال المحكم للفراغ العقدي، فعلى عكس ما يرى البعض^(١) فإننا نرى أنه يجوز للمحكم كما للقاضي استكمال ما يراه مناسباً لملي الثغرات التي يعجز الأطراف عن الاتفاق عليها تجنباً للاختلاف بشأنها خاصة لو كان من شأن هذا حسم النزاع، وهذا كله في ظل عدم وجود نص صريح يقضي به القانون الواجب التطبيق يحظر مثل تلك السلطة للمحكم، وبالطبع يكون للمحكم هذه السلطة لو نص اتفاق الأطراف على هذا، أو منح القانون الواجب التطبيق

(١) د/ هدي محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

للمحكم هذه السلطة. إلا أنه يتعين على المحكم ملئ الفراغات العقدية في ضوء
العرف السائد وطبيعة العقد الدولي⁽¹⁾.

تفرض اعتبارات العدالة وحسن النية علي المحكم أن يراعي في حكمه
تحقيق العدالة وجبر الأضرار نتيجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية بين
الأطراف، ومن ثم فإنه يكون له الحق في تعويض المضرور، ولكن السؤال هل
يمكن أن يكون التعويض في صورة التنفيذ العيني؟ هذا ما نجيب عليه في
المطلب التالي.

(1)

G.VERVENITTIS, *Arbitrators and Contractual Gaps*, *Journal of international Arbitration*, Vol.5, Issue 3, 1988, P.109.

المطلب الثاني

سلطة المحكم في التعويض

إن هذه السلطة وإن بدت لا خلاف بشأنها، إلا أنها تثير الكثير من الجدل في إطار عقود الدولة، فلا خلاف حول مبدأ تعويض الأضرار المترتبة على إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ولكن هذا في العقود الدولية التي لا تكون الدولة طرف فيها، ولكن كثيراً ما تبرم الدولة عقود ثم تنتهيها بإرادتها المنفردة^(١)، والسؤال هل يجوز للمحكم أن يقضي بالتنفيذ العيني في هذه الحالة؟.

اختلف الفقه حول مدى تمتع المضرور بالحق في التنفيذ العيني، فذهب جانب قليل من الفقه إلى تأييد هذا الحق^(٢). واستند جانب أكبر إلى أنه لا يوجد مبدأ قانوني عام واحد يقرر استمرار تنفيذ الاتفاق بعد فسخه بالإرادة المنفردة من أحد طرفيه دون موافقة الطرف الآخر، ومن ثم فإنه لا يكون للمحكم الحق في تقرير مبدأ التنفيذ العيني بوصفه جزاء ملائم لوقف التنفيذ^(٣).

(١) شهد الواقع العملي الكثير من هذه الحالات كما في قيام الدول بإنهاء امتيازات البترول، أو تأميم المؤسسات والشركات أو غيرها من الأمور والإجراءات التي يترتب عليها إنهاء العقد واستحالة تنفيذه.

(٢) هذا الجانب من الفقه ساندته القلة، فلم يقر بتأييده سوى الفقيه DUPWY في تحكيم Texaco، انظر:

R.V.MEHREN & P.N.KOURIDES, International Arbitration between States and Foreign Private Parties, The Libyan Nationalization Case, American Journal of International Law, Vol.75, 1981, PP. 476 et ss.

(٣) وهو ما ذهب إليه المحكم LAGERGREN في قضية B.P. والحكومة الليبية راجع هذا الحكم المنشور في:

فالواقع يكشف عن أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تحل محل أحد الأطراف، وتعيد الحال إلى ما كان عليه من قبل، فمثل هذه الأمور من الصعب تصورها وتنفيذها من قبل هيئة التحكيم، مما يعني صعوبة الحديث عن سلطة المحكم في التنفيذ العيني إن لم يكن استحالتها⁽¹⁾.

يعني هذا أنه في ظل نصوص وقواعد قانونية لا تخول للمحكم سلطة تعديل أو تغيير الالتزامات التعاقدية، فلا يكون أمام المحكم إلا الحكم بجبر الأضرار من خلال التعويض.

يملك المحكم سلطة الحكم بالتعويض في ضوء ما تقضي به قواعد القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم. وقد ذهب بعض قرارات التحكيم إلى ضرورة تعويض الطرف المضرور تعويضاً شاملاً عن كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، وقد استندت هذه القرارات إلى أن مبدأ تعويض الطرف المضرور يعد مبدأ عاماً ومشاركاً في جميع الأنظمة القانونية الوطنية، ومن ثم فهو مبدأ من مبادئ القانون الدولي العام⁽²⁾. وعلى خلاف هذا ذهب

Revue de L'arbitrage, 1980, PP. 117 et ss

⁽¹⁾ ويزداد الأمر صعوبة في حالة عقود الدولة فلا يمكن أن يتعدي المحكم على سيادة دولة ما ويجبرها على التنفيذ، وهو ما أكد على تحكيم Amco، راجع الحكم:

Clunet, 1986, PP.200 et ss. Note. GALLAND (E.).

(2)

Amco arbitration, article 202, See at, www.arbitration-icca.org/media/0/12326338887130/final_list_of_awards.pdf, 1-2-2007.

بعض قرارات التحكيم إلى أن على المحكم أن يعرض المضرور بتعويض مناسب وليس تعويضاً كاملاً⁽¹⁾.

في الحقيقة لا خلاف في أي للمحكم الحق في تعويض المضرور، ولكن الخلاف فقط في إمكانية تعويض المضرور تعويضاً مناسباً أو كاملاً، ولا شك أن التعويض قد يكون وسيلة في يد المحكم لإعادة التوازن المالي للعقد. إلا أنه في النهاية يتعين على المحكم ألا يقضى بتعويض لا تقره قواعد القانون الواجب التطبيق على العقد أو بالمخالفة للنظام العام في دولة التنفيذ.

تتضمن العقود الدولية – في الغالب – نصوص تتعلق بالإعفاء من المسؤولية، وتتصب معظم حالاتها على القوة القاهرة، إلا أن الإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها مقرون بعدم وقوع غش أو خطأ جسيم، كما أن توقع الظروف وعدم إمكانية دفعها يخضع لتقدير المحكم مراعيًا ظروف أطراف العقد وخبراتهم⁽²⁾.

ويعد إنهاء العقد من قبل أحد الأطراف بإرادته المنفردة، إخلال بالالتزام التعااقدي، والذي يخل بكل تأكيد بالتوازن المالي للعقد، إلا أن المحكم قد يجد من

(1)

Liamco Arbitration, See at, www.biicl.org/files/3939_1977_liamco_v_libya.pdf, 12-2-2007.

(2) وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية من انه يقع على عاتق المحكم أعمال شروط القوة القاهرة مع الأخذ في الاعتبار ظروف كل عقد وخبرة المتعاقدين، راجع:

Cour de Cassation, 26/ 11/ 1980, *Voir à*, www.lexeek.com/jus-luminum/decision-cass-26-11-1980-7970473,302645.htm

الظروف والملايسات الخاصة بهذا الإنهاء ما من شأنه إعفاء هذا الطرف الممتنع عن التنفيذ من المسؤولية نظراً للقوة القاهرة التي حالت بينه وبين تنفيذ التزامه. إلا أنه لا يوجد ما يمنع المحكم من أن يقضي بتعويض مناسب للمضرور أو يرجئ تنفيذ العقد للمدة التي يستحيل فيها التنفيذ، وذلك لحين انتهاء القوة القاهرة، هذا ما إذا كانت القوة القاهرة جعلت من استحالة التنفيذ أمراً مؤقتاً لا مستحيلاً، وهذه السلطة للمحكم لا جدال حولها خاصة في ظل التحكيم بالصلح.

عرضنا في هذا المبحث لسلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، وبيننا أهمية هذا السلطة في تحقيق نوع من التوازن بين أطراف العقد، إلا أن هذه السلطة مازال الجدل في شأنها كبيراً خاصة في غياب التنظيم التشريعي الخاص بها.

الخاتمة

إن ما أحاق بالعالم من أزمة مالية طاحنة، ألقّت بظلالها على اقتصاديات دول العالم الغنية منها والفقيرة، وخلقت حالة من حالات عدم الاستقرار الاقتصادي التي أثرت على الالتزامات التجارية الدولية، ودفعت الكثير من أطراف التعاقدات الدولية إلى الهرع إلى موائد التحكيم في محاولة لحسم نزاعاتهم في سرية وسرعة لمواجهة تداعيات الأزمة. ومن هنا ظهر دور المحكم في إعادة الثقة للعقود التجارية الدولية من خلال تحقيق العدالة لأطرافها في محاولة منه لمساندة المضرور وإعادة التوازن المالي لهذه العقود.

ولهذا جاءت دراستنا محاولة للكشف عن دور المحكم في ظل هذه المتغيرات الاقتصادية، وقد قسمنا هذه الدراسة إلي فصلين عرضنا في الأول منها للقانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم بوصفه الأساس لتحديد سلطة المحكم في كافة صورها، وبيننا كيف يختلف الأمر في حالة اتفاق الأطراف عنه في غيبة مثل هذا الاتفاق، ثم عرضنا في المبحث الثاني لسلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد من خلال بيان أساسها ونطاقها.

وقد توصلنا خلال دراستنا إلي عدة نتائج يمكن إجمالها في الآتي:

١- إن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي أمر مهم يتعين على أطراف العقد عدم إغفاله لأن من شأن غيبته مثل هذا الاتفاق الصريح أن يثير كثير من الغموض واللبس أثناء قيام المحكم بمهمته لحسم النزاع.

٢- أنه يقع على عاتق المشرع الوطني أن يتنبه إلى ضرورة تنظيم سلطات المحكم في شأن إمكانية تعديل وتفسير وإكمال النقص في الشروط العقدية بنصوص قانونية صريحة لأهمية هذا الأمر في ظل عقود التجارة الدولية.

٣- إن اتفاق الأطراف على حسم نزاعاتهم تحكيمياً يكشف عن حقيقة واضحة عن سعيهم لحسم النزاع في سرعة وسرية، ولكن لا يمكن أن ننكر أنه بجانب ذلك لابد من مراعاة اعتبارات العدالة التي تتعارض مع سحب سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد كلياً.

٤- أن المحكم لا يملك فرض أي تغيير أو تعديل على العقد لغيبته التنظيم التشريعي لهذه السلطة، ولكن هذا لا ينفي إمكانية إدراج الأطراف لشرط يسمح بمراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه، محدداً الظروف التي تستوجب إجراء هذا التعديل، إذا حدثت متغيرات وظروف تخل خلافاً جسيماً بالتوازن المالي للعقد.

٥- إن تحديد أثر القوة القاهرة أو الظرف الطارئ على استمرارية العقد يدخل في الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم، فتختص هيئة التحكيم بإعادة ضبط

الالتزامات المتبادلة في العقد، وإعادة التوازن إليه مرة أخرى في حالة إدراج أطراف العقد لشروط القوة القاهرة.

٦- أن تدخل المحكم بإعادة التوازن المالي للعقد، وما قد يحمله هذا من تعديل وتغيير في شروط والتزامات العقد يستوجب اتفاق صريح من الأطراف، أو أن يخول القانون الواجب التطبيق على العقد هذه المكنة للمحكم.

في النهاية، يمكننا القول أنه حتى في غيبة سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد وفقاً للاتفاق الصريح أو عدم وجود نص قانوني يكفل هذا، فإن هذا لا يمنع المحكم من أن يأخذ في اعتباره عند إصدار حكمه أثر الظروف الاقتصادية السيئة، والتي ألفت بظلالها على العقود الدولية، وخلفت أثراً لم تنتشأ عن خطأ الطرف المضرور، كما لم يكن له أن يتوقعها وهذا في إطار سعي المحكم إلى حسم النزاع بعدالة، وهو ما يصبو إليه كل من القاضي والمحكم عند أداء مهمته.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

١- المراجع العامة:

أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي،
١٩٨١.

أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العلاقات الخاصة الدولية، مكتبة العالمية،
المنصورة، ١٩٨٥.

أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي التطبيق بين قانون الدولي الخاص
وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة،
الطبعة الثانية، ٢٠٠٨.

حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، الطبعة الثالثة، دار النهضة
العربية، القاهرة.

عصام الدين القصبى، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين
والاختصاص القضائي الدولي، مطبعة جامعة المنصورة، ٢٠٠٧.

عكاشه عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

فرانسوا كنوفلير، الالتزام بمبلغ نقدي، تقدير القيمة وتعديلها، ترجمة محمد حسام محمود لطفي، بحث مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة

محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٢.

محمد عزيز شكري، مدخل إلى القانون الدولي العام، بدون دار نشر، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢.

محمد محسوب، نظرية قانون التجارة الدولية بين الوهم والحقيقة، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.

محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.

هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.

٢- المراجع المتخصصة:

أحمد قسمت الجداوى & أبو العلا علي أبو العلا، المحكم دراسة تحليلية لإعداد المحكم، دار أبو المجد، القاهرة، ٢٠٠٢.

أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣.

حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩١.

محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين نطاقها
ومضمونها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣ .

مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة،
١٩٩٥ .

نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي،
منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ .

هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة
العربية، القاهرة، ١٩٩٧ .

٣- أوراق العمل والأبحاث:

إبراهيم علوش، نحو فهم منهجي للأزمة المالية الدولية، مقال منشور على
الإنترنت:

<http://www.aljazeera.net/NR/exeres/81912FE8-CA6C-4B4A-8FBD-C7A0EF377F6F.htm>, 6-11-2-2008.

عبد الله شحاتة، الأزمة المالية: المفهوم والأسباب، بحث منشور على الإنترنت:

www.pidegypt.org/arabic/azma.doc, 13-2-2008.

[pathways.cu.edu.eg/news/news/uf/٢٧٥٠_٤_٢٣٨١-REPORT-](http://pathways.cu.edu.eg/news/news/uf/٢٧٥٠_٤_٢٣٨١-REPORT-W٢٠٠٩.doc)
[W٢٠٠٩.doc](http://pathways.cu.edu.eg/news/news/uf/٢٧٥٠_٤_٢٣٨١-REPORT-W٢٠٠٩.doc), 2-2-2009.

عبد المنعم حسون عنوز، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، ص ٢، بحث منشور على الإنترنت:

www.aljazylaw.com/arabic/pdf/3-ar10.pdf, 13-2- 2008.

عصام الدين القصبى، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، تحت عنوان "التحكيم التجاري الدولي"، ٢٠٠٨.

عمر مشهور حديثة الغازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مجلة نقابة المحامين، الأردن، العدد التاسع، سبتمبر ٢٠٠٢.

محمود سمير الشرقاوي، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، ضمن أعمال مهدهاء إلي روح الأستاذ الدكتور محسن شفيق، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

٤- رسائل الدكتوراه والماجستير:

بهاء هلال دسوقي، قانون التجارة الدولي الجديد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٣.

خالد محمد القاضي، النظرية العامة لدور التحكيم الدولي والقضاء في تسوية منازعات المشروعات الدولية المشتركة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسبوط.

شريف محمد غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه،
كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٠ .

علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة،
رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٥ .

عمرو محمد إبراهيم خليفة، سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق
على موضوع النزاع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس.

ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية،
رسالة دكتوراه، كلية حقوق، عين شمس، ٢٠٠٤ .

ثانياً: المراجع الفرنسية:

BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Droit Internationale Privé*, 7 éd., 1983.

BREDIN(J.D), *L'amiable Composition et le contact*, *Revue de L'arbitrage*, 1984.

DEBOURG (C.), *Imprévision*, voir à, http://france-jus.ru/upload/fiches_fr/Imprevision.pdf..

FOUCHARD (P.) & GAILLARD (E.), *Traite de l'arbitrage Commercial International*, Paris.

SZALEWKI (J.S.), *Le force obligatoire a l'épreuve des avant contrats, Dalloz, Paris, 2000.*

TADDEO (I.), *La Notion De Force Majeure, 2005, voir à www.m2-dmi.com/spip/IMG/pdf/71_forcemajeure.pdf.*

ثالثاً: المراجع الإنجليزية:

A.DIMITRIOS, *Law applicable to merits of the arbitration dispute, an overview of the English, Swiss and French arbitration laws, Munich Personal RePEc Archive, Paper No. 10334, 1/9/2008, See at, http://mpra.ub.uni-muenchen.de/10334/1/MPRA_paper_10334.pdf.*

A.R.PARRA, *Applicable Law in Investor-State Arbitration, See at, http://www.arbitrationicca.org/media/0/12112009316810/applicable_law_in_investor_state_arbitration.doc.*

A.SHAH, *Global Financial Crisis 2008, <http://www.globalissues.org/article/768/global-financial-crisis>.*

E.SALPIUS, *Arbitration in Eastern Europe*, *International Arbitration Journal*, Issue 2, 2006.

E.SHACKELFORD, *Arbitration Law in Eastern Europe*, *Chicago-Kent Journal Of International & Comparative Law*, Vol. 7, 2007.

G.VERVENITTIS, *Arbitrators and Contractual Gaps*, *Journal of international Arbitration*, Vol.5, Issue 3, 1988.

J.H.C. MORRIS, *The Conflict of Law*, London, 2000.

J.Y.GOTANDA, *Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.36, 2003, See at: <http://works.bepress.com/gotanda/8>.

M. WIRTH, *Best Practices in International Arbitration*, ASA Swiss Arbitration Association Conference of 27 – 1 – 2006, Zurich, See at, <http://www.lk-k.com/data/document/the-governing-law-fact-law-transnational-rule-establishing-its-content-best-practice.pdf>.

P.SWANSON, *Arbitration Clauses, What Law Governs And Who Decides?*, See at, www.bernardpartners.com/images2005/pdfs/Harbour&ShippingArticleArbitrationClauses.pdf.

R.V.MEHREN & P.N.KOURIDES, *International Arbitration between States and Foreign Private Parties, The Libyan Nationalization Case, American Journal of International Law, Vol.75, 1981.*

W. MELIS, *Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration*, See at, <http://www1.fidic.org/resources/contracts/melis.pdf>.

W.W.PARK, *Arbitration of International Contract Disputes, the Business Lawyer, Vol. 39, August 1984.*

رابعاً: مواقع الإنترنت:

www.arbitrationicca.org/media/0/12326338887130/final_list_of_awards.pdf.

http://www.adrforum.com/adr_CaseDetails.aspx?caseid=2007

[http://www.aua.am/aua/masters/law/pdf/International%20Arbitration%20-%20The%20Fundamentals%20\(1\).pdf](http://www.aua.am/aua/masters/law/pdf/International%20Arbitration%20-%20The%20Fundamentals%20(1).pdf), 20-3-2008

<http://www.ribeiradasgalinhas.com/paulabbiati.com/WordDocs/UK%20law%20%20Civil%20Code%20system%20main%20differences%20-%20Mark%20Lane.doc>.

<http://www.jus.uio.no/lm/un.conventions.membership.status/un.arbitration.model.law.1985.html>.

www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html.

<http://www.ajcci.gov.ae/information/The%20Arbitration%20and%20its%20Importance.pdf>.

http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/browse_case.pl?court=5th&month=28year=07,12-3-226

http://ar.wikipedia.org/wiki/الأزمة_المالية_العالمية_٢٠٠٨.

http://jasem.reefnet.gov.sy/index.php?option=com_content&view=article&id=191:2008-11-30-12-49-48&catid=4:2008-10-25-14-38-37&Itemid=60.