سلطة المحكم بالصلح في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد دراسة في عقود التجارة الدولية

أ.م.د. ميثاق طالب عبد حمادي م.د. نهى خالد عيسى

كلية القانون/ جامعة بابل

The arbitrator's power to reform the economic balance of the contract is a study of international trade contracts

D. The Charter of Talib Abdul Hammadi d. Noha Khaled Issa

College of Law\ University of Babylon

methaqLaw@gmail.com

Abstract

International trade contracts are of great importance, not only to their constituents but also to their countries, but often to the interests of the contracting parties and the economy of the States of which they are nationals to the economies of countries in the neighboring geographical area, Prefabricated roads, international roads, oil projects, electric power, etc., which affects the economies of these countries very much the implementation or non-implementation of these contracts.

Keywords: power, arbitrator, reconciliation, balance, economy, contract, international trade.

الكلمات المفتاحية: سلطة، محكم، صلح، توازن، اقتصاد، عقد، تجارة دولية.

المقدمة:

تحتل عقود التجارة الدولية أهمية كبيرة، ليس فقط بالنسبة إلى عاقديها بل إلى الدول التي يتبعونها، بل في كثيرٍ من الأحيان تتعدى تلك الأهمية مصالح الأطراف المتعاقدة واقتصاد الدول التي يعدون من رعاياها إلى اقتصاديات الدول الواقعة في المنطقة الجغرافية المجاورة، كما في عقود إنشاء المصانع العملاقة الجاهزة، وإنشاء الطرق الدولية، أو مشروعات البترول، أو الطاقة الكهربائية، ونحو ذلك، مما يؤثر في اقتصاديات هذه الدول كثيرًا تنفيذ أو عدم تنفيذ هذه العقود.

هذه الأهمية الكبيرة التي تحتلها عقود التجارة الدولية أعطت أولوية كبيرة للتمسك بالأصل الذي يقضي وجوب التنفيذ العيني لها، وإنقاذها من حالات التلكؤ بالتنفيذ واختلال التوازن وربما الإنهاء والفسخ، فهذه العقود أبرمت كي يتم تنفيذها؛ ومن ثم فإن عدم تنفيذها وترتيب الآثار المقصودة منها، سيؤدي بلا شك إلى الإخلال في استقرار المراكز التعاقدية أو ضياع الوقت والجهد والنفقات، فضلًا عن مساسه بجوهر الوظيفة الاقتصادية للعقود.

وبالنظر لما يحتله التوازن الاقتصادي للعقد من أهمية كبيرة في مجال العقود بشكل عام، وعقود التجارة الدولية بشكل خاص، فكل عملية تجارية دولية يجب أن تقوم وتؤسس على مبدأ التوازن والتناسب بين الأداءات التعاقدية المتقابلة، وهذا ما حدا ببعض الفقه إلى القول بأن مبدأ التوازن الاقتصادي للعقد يشكل عصب قانون التجارة الدولية.

لذلك فأن الأطراف المتعاقدة سيكونون حريصون كل الحرص على البحث عن وسائل ناجعة تعالج المشكلات التي تحصل خلال فترة تنفيذ العقد وتتسبب باختلال توازنه الاقتصادي، ولاشك أن من بين أهم تلك الوسائل هو عرض موضوع النزاع على التحكيم لما يتسم به الأخير من سرعة ودقة في الأحكام التي يصدرها.

وإذا كان الأصل يقتضي أن يتم الفصل في النزاع المحال على التحكيم وفقًا لأحكام القانون، ويمارس المحكم بذلك سلطة القاضي في تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، فضلًا عن التزامه بالحدود المرسومة لهذه السلطة، ومع ذلك فقد فوض القانون أطراف النزاع الحق في تخويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفقًا لما يراه محققًا للعدالة للوصول إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالحهم ولو كان مخالفًا لأحكام القانون الذي يفترض أن يحكم وقائع النزاع، حيث أشار أغلب التشريعات الوطنية، والاتفاقيات والأعمال التجارية الدولية، إلى منح الأطراف الحق في تخويل المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقًا لقواعد العدل والإنصاف، واستبعاد القواعد القانونية بقدر ما يتطلبه شعورهم بالعدالة.

وبذلك يكون المحكم المفوض بالصلح أو المحكم بالعدالة متمتعًا بسلطة تقديرية واسعة يستطيع من خلالها اختيار أي قاعدة قانونية مناسبة لموضوع النزاع، يمكن من خلال تطبيقها أن تتحقق العدالة بالنسبة إلى أطراف النزاع، كما له أن يستخدم أي بدائل أخرى لتسوية منازعات العقود التجارية؛ كالتوفيق أو الوساطة أو الخبرة ونحو ذلك، حيث يستخدم إحدى هذه الوسائل للوصول إلى فهم طبيعة النزاع من وجهة نظر أطرافه، فضلًا عن التعرف على نقاط الاختلاف والاتفاق بينهما.

وما يجعل لجوء الأطراف إلى هذا النوع من التحكيم، الوسيلة الأمثل والأقرب لتوقعات الأطراف المشروعة والحفاظ على مصالحهم، هو إمكانية إعطاء المحكم المفوض بالصلح سلطة أوسع تجاه العقد، حيث يكون له تعديل بعض شروطه أو التخفيف من حدة النتائج المترتبة على التطبيق الصارم لها، على الرغم من الجدل الفقهي والقضائي الكبيرين بهذا الخصوص، إلّا أن الرأي الراجح كما سنلاحظ خلال البحث يذهب إلى منحه هذه المكنة ولو لم يتفق الأطراف صراحة على ذلك.

وعليه سنخصص هذا البحث لتسليط الضوء على سلطة المحكم المفوض بالصلح في التدخل بالعلاقة العقدية وتعديل العقد لغرض أعادة توازنه الاقتصادي مجددًا، وسيتحدد نطاق الدراسة في إطار عقود التجارة الدولية، كونها أكثر من غيرها عرضةً لمشكلة تغيّر الظروف واختلال التوازن من جانب، وهي تشكل المجال الأكثر تطبيقًا للتحكيم بالصلح من جانب آخر، وسنعرض هذا الموضوع بمنهج الدراسة المقارنة، باستعراض موقف التشريعات الوطنية المقارنة المتخصصة بمجال التحكيم، فضلًا عن موقف الاتفاقيات الدولية المهتمة بهذا الجانب، مع توضيح موقف القضاء والتحكيم كلما كانت هنالك حاجة لذلك.

وعليه سنقسم موضوع البحث إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول مفهوم التحكيم مع التفويض بالصلح، والمبحث الثاني لسلطة المحكم المفوض بالصلح في أعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم مع التفويض بالصلح

يطلق على هذا النظام الخاص بتسوية منازعات عقود التجارة الدولية عبارة التحكيم مع التفويض بالصلح (L'amiable Composition)، أو يسمى بالتحكيم وفقًا للعدالة (L'arbitrage enequite)، وفي كلا الحالتين يفصل المحكم في النزاع المعروض عليه مغلبًا على أي اعتبار آخر إحساسه بما تقتضيه العدالة في القضية المعروضة عليه[1].

وتتباين الآراء الفقهية حول اعتماد تسمية معينة للدلالة عليه، فيذهب البعض إلى اعتماد تسمية التحكيم وفقًا للعدالة، كونه يعتمد بالفصل في النزاع المعروض عليه على اعتبارات العدالة والإنصاف[2].

ويسمى أيضًا بالتحكيم الطليق أو مطلق الصلاحية، وذلك بالنظر للصلاحيات الواسعة التي يمتلكها المحكم، فضلًا عن إطلاق يده من الخضوع إلى قواعد قانونية معينة [3].

في حين تذهب غالبية الفقه القانوني إلى اعتماد تسمية التحكيم مع التفويض بالصلح؛ وذلك لأنه ينهي النزاع والخلاف بين الأطراف المتعاقدة وهم على صلات حسنة فيما بينهم غالبًا[4].

وسنحاول أن نسلط الضوء في هذا المبحث على مفهوم التحكيم مع التفويض بالصلح من خلال تقسيمه إلى مطلبين؛ الأول سنخصصه لموقف الأنظمة القانونية المختلفة من التحكيم مع التفويض بالصلح، أما المطلب الثاني فسيكون لتعريفه على مستوى الفقه والقضاء.

المطلب الأول

التعبير عن التحكيم مع التفويض بالصلح في الأنظمة القانونية المختلفة

على الرغم من أن نظام التحكيم مع التفويض بالصلح معترف به من قبل عدد كبير من التشريعات الوطنية المقارنة والاتفاقيات والأعمال التجارية الدولية، إلا أنها بخلت بتعريفه وإظهار شروطه وتحديد آثاره، ومن ثم لم تحدد محتواه بصورة كافية، فعلى مستوى التشريعات الوطنية أشار المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم (500/81) في 12 مايو 1981، المعدل

بالمرسوم رقم (48) لسنة 2011 وفي المادة (1512) منه إلى إمكانية أن يحكم المحكم كمفوض بالصلح إذا خوله اتفاق التحكيم ذلك، وأكد المشرع الفرنسي ذلك المبدأ في المادة (1497) من القانون ذاته، والخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، التي نصت على أنه (يفصل المحكم في النزاع كمحكم مفوض بالصلح إذا منحه اتفاق الأطراف هذه المهمة)[5].

فهذه المادة تؤسس مشروعية وفاعلية شرط التحكيم مع التفويض بالصلح على اتفاق الأطراف وحده، أي إن إرادة الأطراف هي الأساس في سلطة المحكم المفوض بالصلح، فذات الطريقة التي يستطيع فيها الأطراف إخضاع تسوية منازعاتهم إلى قانون وطني أو إلى قانون التجارة الدولية (Lexmercatoria)، يمكنهم إعطاء المحكمين سلطات التحكيم مع التفويض بالصلح[6].

كما يشير جانب من الفقه إلى أن المادة (1497) من قانون المرافعات الفرنسي مستوحاة من نص المادة السابعة من اتفاقية جنيف لسنة 1961، إلّا أنها آثرت عدم الأخذ بالشرط الذي تتطلبه تلك المادة، وهو أن يجيز القانون الواجب التطبيق نظام التحكيم مع التفويض بالصلح[7].

وهذا الموقف ذاته قد تبناه المشرع المصري في قانون التحكيم، وذلك في المادة (4/39) التي نصت على أنه (يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون)[8].

ويشير بعض الفقه إلى أن المشرع المصري قد عمد إلى تعريف التحكيم مع التفويض بالصلح من خلال هذه المادة بطريقة سلبية، حيث عرفه بما معناه ذلك النظام الذي لا يتقيّد فيه المحكم عند حسمه للنزاع بقواعد القانون، وبعبارة أخرى أن المحكم المفوض بالصلح معفي من أن يحسم النزاع على مقتضى قواعد القانون واجب التطبيق[9].

وهو المعنى ذاته الذي أكدته المادة (265) من قانون المرافعات المدنية العراقي، التي نصت على أنه (2- إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيّد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلّا ما تعلق منها بالنظام العام)[10].

والموقف نفسه نلاحظه في قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996، والذي أصبح ساريًا المفعول اعتبارًا من 31 يناير 1997، حيث أكد في المادة (3/46) منه على أنه (على هيئة التحكيم ان تفصل كمحكم بالعدالة أو كمحكم مفوض بالصلح فقط إذا أعطاها الأطراف سلطة القيام بذلك)[11].

هذا ويتبع أغلب التشريعات العربية المقارنة هذا المنهج في تنظيم التحكيم مع التفويض بالصلح وجعله يستند على الإرادة التعاقدية كأساس له، كما في القانون الأردني[12]، والجزائري[13]، والإماراتي[14].

أما على مستوى الاتفاقيات والأعمال التجارية الدولية فنلاحظ أنها قد أولت نظام التحكيم مع التفويض بالصلح اهتمامًا بالغًا، ففي البدء أشارت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي بجنيف لسنة 1961 في المادة (3/7) منها إلى أنه (يفصل المحكمون في النزاع كمحكمين مفوضين بالصلح إذا رغب الأطراف في ذلك وكان القانون الذي يحكم التحكيم يجيز)[15].

وكذلك الحال بالنسبة إلى اتفاقية واشنطن بشأن إنشاء مركز فض منازعات الاستثمار، حيث أكدت وفي المادة (3/42) على أنه (يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في النزاع طبقًا لقواعد العدل والإنصاف إذا ما اتفق الأطراف على ذلك)[16].

فضلًا عن قانون التحكيم النموذجي الذي نص في المادة (3/28) منه على أنه (لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي إلّا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة)، ووفقًا للتعديل المعتمد في 2006 أصبح النص بالشكل الآتي (لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى أو كمحكم عادل منصف إلّا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة)[17].

وأيضًا أكدت قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة (3/17) منها أنه (لا تقضي محكمة التحكيم بصفتها مفوضة بالصلح، أو وفقًا لقواعد العدل والإنصاف إلّا إذا اتفق الأطراف على منحها هذه السلطات)[18].

ولا يفوتنا أن نذكر أن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قد أشار إلى (التحكيم مع التفويض بالصلح)، في المادة (2/35) من القواعد التي أعدها، والتي نصت على أنه (لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع كمحكم مفوض بالصلح أو وفقًا لمبادئ العدالة والإنصاف إلّا إذا فوضها الأطراف صراحة بذلك)[19].

وبذلك يتضح لنا أن أغلب التشريعات الوطنية المقارنة والاتفاقيات والأعمال التجارية، تجيز نظام التحكيم مع التفويض بالصلح، وتتفق جميعها على أن الإرادة التعاقدية هي الأساس الذي يستند عليه المحكم المفوض بالصلح باستبعاد القواعد القانونية الواجبة التطبيق وفقًا لقواعد الإسناد، ويطبق بدلًا عنها القواعد القانونية التي يراها أكثر تحقيقًا للعدالة، سواءً تمثلت في نصوص قانونية وطنية أم نصوص واردة في الاتفاقيات والأعمال الدولية أم بأعراف وعادات تجارية دولية أو مبادئ القانون العامة ونحو ذلك، حيث يمكن أن تشكل هذه الإرادة التعاقدية لوحدها الأساس القانوني لمنح المحكم المفوض بالصلح الصلاحية في انتقاء القانون المناسب والأكثر عدالة وتطبيقه على موضوع النزاع[20].

كما نود أن نشير هنا إلى أن التحكيم مع التفويض بالصلح يتسم بالطابع القضائي شأنه في ذلك شأن التحكيم بالقانون، فهو ليس إجراء منافس أو مزاحم للتحكيم، بل هو نوع منه[21].

وما يؤكد ذلك، التزام المحكم المفوض بالصلح باحترام المبادئ المتصلة بأي عمل قضائي، وهذا ما أكده العديد من الأحكام القضائية الفرنسية، منها ما فرضت على المحكم المفوض بالصلح وجوب احترام حقوق الدفاع[22]، واحترام مبدأ المواجهة في القضية، على اعتبار أن هذا المبدأ هو أحد المبادئ الأساسية لأي إجراء قضائي[23].

فضلًا عن ذلك فقد قضت المحكمة ذاتها أنه لا يمكن للمحكم المفوض بالصلح أن يثير من تلقاء نفسه أي وسيلة قانونية دون أن يطرحها في خصومة يتحقق فيها مبدأ المواجهة بين الأطراف[24].

إضافة إلى ذلك فقد قضي بضرورة أن تكون القرارات التحكيمية الصادرة من المحكم المفوض بالصلح مسببة[25].

المطلب الثاني

تعريف التحكيم مع التفويض بالصلح في الفقه والقضاء

أولى الفقه القانوني والقضاء سواءً أكان قضاءً وطنيًا أم تحكيمياً اهتمامًا متزايدًا بنظام التحكيم مع التفويض بالصلح، ومن نافلة هذا الاهتمام أنهما أوردا تعريفًا له، خلافًا لما رأيناه في موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات والأعمال الدولية المهتمة بالتحكيم التجاري الدولي، فعلى صعيد الفقه القانوني عرف البعض منهم التحكيم مع التفويض بالصلح بأنه نظام قضائي خاص أو نوع من التحكيم يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط صحيح مهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم في خصوص علاقتهم التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم، وفقًا لمبادئ العدالة ودون التقيّد بقواعد القانون، وإصدار حكم قضائي ملزم لهم[26].

ونستخلص من هذا التعريف أنه أوضح أبرز ملامح التحكيم مع التفويض بالصلح، والتي تتمثل بضرورة اتفاق الأطراف عليه، سواءً أكان بصيغة شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم، وصفته القضائية، وتحرره من التقيّد بنصوص قانونية بعينها، فضلًا عن القوة الملزمة للقرار الذي يصدره، إلّا أنه أغفل الطبيعة القانونية لعمل المحكم المفوض بالصلح، وهو الذي تنبه له بعض الفقه عندما عرفوا التحكيم مع التفويض بالصلح بأنه اتفاق مشترك، بموجبه يتنازل الأطراف عن الحقوق الشخصية التي يمكنهم المطالبة بالإقرار بها أمام هيئة أو محكمة التحكيم، وبعبارة أخرى بموجب شرط التحكيم مع التفويض بالصلح يتنازل الأطراف عن تطبيق القواعد القانونية من جانب الهيئة أو محكمة التحكيم[27].

حيث أوضح هذا التعريف جليًا طبيعة السلطة المخولة للمحكم المفوض بالصلح على أساس أنها تنازل عن الحق الشخصي في الحماية القانونية للحقوق الناشئة عن العقد وفقًا لنصوص القانون الواجب التطبيق[28].

كما عرف التحكيم مع التفويض بالصلح بأنه إعطاء الأطراف للمحكم سلطات واسعة للخروج عن نطاق القانون أو قواعد الـ (Lex mercatoria) المسماة بقواعد قانون التجارة الدولية؛ وذلك للوصول إلى حلٍّ عادل للنزاع، فالمحكم لا يأخذ في اعتباره إلّا ما يراه عادلًا ومنصفًا دون التقيّد بالقانون بوجه عام[29].

وعرف أيضًا بأنه قضاء يفصل في النزاع على أساس احترام المبادئ الأساسية للتقاضي، وأهمها مبدأ المواجهة وحق الدفاع والمساواة بين الخصوم، وينتهي بحكم ملزم للأطراف، وذلك بناءً على اتفاق الأطراف صراحة على تخويل هيئة التحكيم الفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيّد بأحكام القانون[30].

هذا وقد ذهب جانب من الفقه القانوني إلى تعريف سلطة المحكم المفوض بالصلح، بأنها السلطة التي تُمنح إلى المحكمين من قبل الأطراف وتسمح لهم في استبعاد نصوص القانون المطبق لصالح قواعد العدالة والإنصاف أو المبادئ العامة للقانون[31].

وهذا الموقف الفقهي من الاهتمام بإيراد تعريف للتحكيم مع التفويض بالصلح نلاحظه ذاته على مستوى القضاء، سواءً أكان ذلك القضاء الوطني أم القضاء التحكيمي، فعلى صعيد القضاء الوطني عرف من قبل محكمة استئناف باريس بأنه تنازل اتفاقي عن الاستفادة من تطبيق قواعد القانون، وبسبب هذا الشرط يُحرم الأطراف من التمسك بالتطبيق الصارم لتلك القواعد، ويترتب على هذا التنازل أن المحكم يملك سلطة تعديل أو تخفيف الشروط التعاقدية، وذلك ما دامت العدالة أو المصلحة المشتركة للأطراف تقتضي ذلك[32].

أما على مستوى قضاء التحكيم التجاري الدولي فقد عرف التحكيم مع التفويض بالصلح بأنه منح المحكمين سلطة استبعاد نصوص قانون معين لصالح عوامل أخرى، كقواعد العدالة والإنصاف، ويسمح لهم في أن يأخذوا في اعتبارهم ظروف الواقع التي قد تكون سياسية أو اقتصادية[33].

وبذلك يتضح لنا أن الموقف القضائي بنوعيه يتفق وموقف الفقه القانوني بخصوص تعريف التحكيم مع التفويض بالصلح تعريفًا سلبيًّا يعتمد بشكل أساسي على استبعاد أحكام القانون واجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد، إلّا أنه جدير بالذكر هنا أن سلطة المحكم المفوض بالصلح لا تعني بالضرورة أن هذا المحكم سيستبعد أحكام القانون المطبق على العقد؛ لأنه قد ينتهي هذا المحكم إلى أن نصوص هذا القانون تتماشى مع العدالة، ومن ثم يقوم بتطبيقها من هذا المنظور، وقد ينتهي بالمقابل إلى أن هذه القواعد التي يتضمنها هذا القانون تجافي العدالة، مما يقتضي استبعادها[34].

فمهمة المحكم المفوض بالصلح تتمثل بمنحه رخصة وليس التزامًا ملقًى على عاتقه بالخروج على أحكام القانون واجب التطبيق، فله أن يستخدم هذه الرخصة وله أن يطرحها جانبًا؛ متى اتضح له أن الحل العادل يكمن في تطبيق قواعد القانون[35].

فعلى الرغم من أن هنالك جانبًا من الفقه يرى ضرورة التزام المحكم المفوض بالصلح بأن يفصل في النزاع وفقًا للعدالة[36]، إلّا أن القضاء الوطني لاسيما الفرنسي لم يكن يُعيب على المحكم المفوض بالصلح تطبيقه الدقيق للقانون بدلًا من تبرير حكمه على اعتبارات مستمدة من العدالة[37].

فطبيعة عمل المحكم المفوض بالصلح إذا كانت بحسب الأصل هي تحرره من التقيّد الصارم للقاعدة القانونية واجبة التطبيق، إلّا أن هذا التحرر لا يشكل التزامًا على عاتقه، بل له الحق في اختيار ما يراه ملائمًا لموضوع النزاع ومحققًا للعدالة بين الأطراف، سواءً أكان ذلك بتطبيقه للقواعد القانونية التشريعية أم لقواعد العدل والإنصاف أم لقواعد أخرى، سواءً أكانت وطنية أم دولية، فالعبرة بحسب اعتقادنا هي تسبيب المحكم لقراره على أن هذا النص أو تلك القاعدة القانونية أو العرفية هي الأقرب لتحقيق العدالة[38].

كما نود أن نضيف هنا أن المحكم المفوض بالصلح يسترشد بنصوص العقد أو بالقواعد الموضوعية الواردة في القانون الواجب التطبيق غالبًا؛ لغرض الاستعانة بها للوصول إلى تسوية تلطف من آثار العقد، وتتلاءم مع القصد المشترك للأطراف، وهو ما ترمي إلى تحقيقه قواعد العدل والإنصاف، لاسيما أن فكرة العدل والإنصاف هي فكرة ذات مدلول شخصي لا تخضع إلى التحديد أو إلى التعريف أو إلى ضوابط محددة، فضلًا عن كونها متطورة بشكل دائم، ومتغيرة بتغيّر المكان والزمان[39].

المبحث الثاني

سلطة المحكم المفوض بالصلح في أعادة التوازن الاقتصادي للعقد

تتسم عقود التجارة الدولية – في الغالب الأعم – بأنها عقود ممتدة طويلة الأجل، حيث يوجد فيها فاصل زمني طويل نسبيًّا بين إبرام تلك العقود وتنفيذها، فضلًا عن طبيعة هذه العقود التي يتجاوز عناصر تنفيذها للحدود الدولية، نظرًا إلى تنفيذها خارج نطاق الدولة الواحدة، الأمر الذي يجعلها أكثر عرضة إلى المتغيّرات الاقتصادية والسياسية والطبيعية التي قد تحول دون تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، من خلال خلق نوع من الاضطراب والاختلال في التوازن الاقتصادي لهذه العقود، وهنا تبرز أهمية التحكيم مع التفويض بالصلح، الذي يمثل الوسيلة الأفضل في معالجة ذلك الاختلال والحفاظ على بقاء العقد واستمراره في ترتيب آثاره، عن طريق الصلاحية التي يمتلكها المحكم بالصلح في إعادة التوازن الاقتصادي فيما بين الأداءات التعاقدية المختلفة، وبطريقة تحقق المصالح المشروعة للأطراف المتعاقدة وتضمن عدم الإضرار بأحدهم.

وعليه سنتناول بالبحث في هذا المبحث سلطة المحكم مع التفويض بالصلح في أعادة التوازن الاقتصادي للعقد من خلال تقسيمه إلى مطلبين: الأول للتعريف بالتوازن الاقتصادي للعقد، والثاني لصلاحية المحكم بالصلح في تعديل العقد وإعادة توازنه الاقتصادي.

المطلب الأول

التعريف بالتوازن الاقتصادي للعقد

يمثل التوازن الاقتصادي للعقد النقطة التي التقت عندها إرادة الأطراف المتعاقدة وقت إبرام العقد، والتي تدخل في تحديدها الظروف والحيثيات التي كانت تحيط بالعقد في ذلك الوقت، سواءً أكانت ظروفًا شخصية أم موضوعية.

لذلك فإن مفهوم التوازن الاقتصادي للعقد يتسع ليشمل التوازن المالي بالمعنى الحسابي، لكنه لا يقتصر عليه؛ لأن البحث عن ذلك التوازن يقتضي أن يتخطى مجرد النظر إلى البنود والشروط العقدية التي تحدد المقابل المادي لأداء الالتزام التعاقدي، بل يجب أن يشمل إضافة إلى ذلك البنود والشروط التعاقدية كافة، والتي تحدد التزامات كل طرفٍ تجاه الطرف الآخر.

كما إن التوازن الاقتصادي للعقد لا يعني مجرد تساوي الحقوق والواجبات بين أطراف العقد، بل هو مفهوم يعبر عن التقاء إرادة هؤلاء الأطراف في نقطةٍ تحقق لهم جميعًا المنفعة المقصودة من إبرامهم العقد.

هذا ويعد مبدأ التوازن العقدي من المبادئ المسلم بها، والتي شغلت فكر الفقه القانوني منذ زمن بعيد، سواءً أكان على مستوى العقود الوطنية أم الدولية، إلّا أنه وعلى الرغم من ذلك لم تتعدد تعريفاته لدى شراح القانون، وقليلًا ما نلاحظ إيراد تعريف يبيّن ويحدد مضمونه كغيره من المبادئ القانونية المستقرة[40].

فالتوازن العقدي يتحقق في العقود بشكل عام عندما تكون التزامات أحد الأطراف متعادلة مع التزامات الطرف الآخر، تعادلًا ينتفي معه الاختلال الفادح بين التزامات الطرفين[41].

وقد عرف التوازن الاقتصادي للعقد من قبل البعض بأنه تحقيق شيء من التعادل بين أداءات المتعاقدين التي يفترض فيها التباين، ولا يتقبل فيها الغبن الذي لا يؤثر في صحة العقد كأصل عام، ويجب أن ينظر إلى التوازن الاقتصادي للعقد من خلال جميع شروطه وبنوده، فلا يفصل عنصر من العناصر المكونة لمضمون العقد[42].

وبالمعنى ذاته عرفه البعض من الفقه بأنه التوزيع العادل لعناصر العقد كافة التي تمثلها الالتزامات المتقابلة والمترابطة بين المتعاقدين، فالتوازن العقدي يتمثل في التكوين المتناسق والمتكافئ للعناصر المكونة لمضمون العقد[43].

في حين عرفه جانب آخر من الفقه بأنه التناسب والتعادل بين الأداء المقدم والمنفعة المتحصلة من العقد، أي بين قيمة ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه من العقد، فإذا لم يوجد هذا التناسب أو التعادل فإنه يمكن إبطال العقد أو مراجعته[44].

كما عرفه البعض من الفقه بأنه التناسب في محتوى الحقوق والالتزامات التي يكتسبها أو يتحمل بها كل طرف، بعبارة أخرى هو التناسب والتكافؤ في الأداءات التي ينشئها العقد منظورًا اليها من حيث نتائجها النهائية[45].

إضافة إلى ذلك فقد عرف التوازن الاقتصادي للعقد بأنه التعادل بين الأداءات المالية المتقابلة في العقد، أو هو التعادل والمساواة في المقابل والأعباء الملقاة على عاتق الطرفين[46].

وبعد هذا العرض الذي تناولنا فيه مختلف الآراء الفقهية في تعريف مبدأ التوازن الاقتصادي للعقد، يتبيّن لنا أن أغلب هذه التعاريف تكاد تتفق فيما بينها حول جوهر فكرة التوازن التي تقوم على أساس التناسب والتكافؤ بين الأداءات والالتزامات التعاقدية المختلفة، وهذا يتطلب أن تكون تلك العلاقة العقدية ملزمة للجانبين، حيث يشكل التقابل في الالتزامات العقدية أساسًا لبزوغ فكرة التوازن العقدي.

ويذهب جانب من الفقه وبحق إلى الإشارة بأن تعبير التوازن الاقتصادي للعقد يكون أكثر دلالة ودقة من عبارة (التوازن العقدي) وإن كانتا في الغالب تشيران إلى المعنى والمقصد ذاته، حيث يرى هذا الرأي أن التوازن الاقتصادي للعقد لا يُمثل المعنى الحرفي للعقد فقط، بل يمثل روح ومضمون العقد، الذي يمكن أن يتحدد بشكل شخصي أو موضوعي، لاسيما أن القرارات التحكيمية تستخدم مفهوم اقتصاديات العقد عادةً، لتفسير البنود الغامضة في عقود التجارة الدولية؛ لأن المحكم لا يأخذ فقط بالمعنى الحرفي للعقد، ولكنه يأخذ في اعتباره كل ما هو ضروري لبنية العقد التي ترتبط بطبيعته وروحه والغاية المقصودة منه[47].

ونضيف إلى ذلك أن ما يعنينا في مشكلة تغيّر الظروف، هو إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، الذي يرتكز بالجانب الأساسي على التناسب بين الأداءات والالتزامات التعاقدية المختلفة، التي تعرضت إلى الاختلال والاضطراب بسبب تغيّر الظروف، لذلك فإنه سيكون من الأنسب استخدام عبارة التوازن الاقتصادي للعقد، بدلًا عن التوازن العقدي، وذلك لأن العبارة الأخيرة تتسع لتشمل التوازن في جانب موضوع العقد وأداءاته التي يتضمنها، فضلًا عن التوازن في جانب أطرافه، لاسيما في عقود الاستهلاك وعقود الإذعان[48]، أما عبارة التوازن الاقتصادي للعقد، فإنها تقتصر بحسب اعتقادنا على التوازن بين الأداءات التعاقدية، بمعنى آخر فإن عبارة (التوازن العقدي) تشير إلى توازن العقد بدءًا من إبرامه حتى إتمام تنفيذه، أما التوازن الاقتصادي للعقد فإنه يهتم بشكل خاص في مرحلة تنفيذ العقد، ورغم ذلك فإننا لا نرى ما يمنع من استخدام أي من العبارتين للدلالة على الأخرى، لاسيما أن جانبًا كبيرًا من الفقه قد تبنى هذا الاتجاه، واستخدم كلتا العبارتين بشكل مترادف ومتساوي في الأثر[49].

كما نود أن نضيف هنا أن أصول فكرة التوازن الاقتصادي للعقد تستمد من فكرة التوازن المالي للعقد المعمول بها في العقود الإدارية، كونهما يعدان تطبيقًا من تطبيقات العدالة العقدية، التي يراد بها توافر التناسب والتعادل بين الأداءات التعاقدية المتقابلة لأطراف العلاقة العقدية[50]، إذ إن جوهر هذه الفكرة (التوازن المالي للعقد) يستهدف الإبقاء على طبيعة العقد على النحو الذي اتفق عليه الأطراف وقت التعاقد، فضلًا عن عدم الإضرار بطرف دون الطرف الآخر[51].

هذا ويعرف التوازن المالي للعقد بأنه التوازن الشريف العادل بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد[52].

ومن جانبنا يمكن أن نعرف التوازن الاقتصادي للعقد بأنه التناسب والتكافؤ بين الحقوق والالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد على نحوٍ متقاربٍ لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف وقت إبرام العقد.

ومن خلال هذا التعريف يمكن لنا أن نستخلص النتائج الآتية:

1- إن التوازن الاقتصادي للعقد بين الأداءات التعاقدية لا يعني بأي حال من الأحوال المساواة الواقعية والفعلية بين تلك الأداءات، بل يعني التناسب والتكافؤ فيما بينها، لاسيما أن هامشي الربح والخسارة يعدان من المبادئ التي تقوم عليها العقود التجارية بشكل عام، وعقود التجارة الدولية بشكل خاص.

2- لا ينبغي التحقق من وجود التوازن الاقتصادي للعقد أو عدم وجوده من خلال النظر إلى أطراف العلاقة العقدية في ذاتهم وظروفهم ومراكزهم المالية فحسب، بل يجب النظر إضافة إلى ذلك لمحتوى تلك العلاقة العقدية عن طريق مدى توافر التناسب والتكافؤ بين الأداءات التعاقدية ذاتها.

3- للتوصل إلى تحقيق مبدأ التوازن الاقتصادي للعقد يجب أن تتم الإحاطة والتدقيق في جميع عناصر العلاقة العقدية والغاية المنشودة منها، فضلًا عن توقعات الأطراف المعقولة، وليس النظر إلى عنصر دون آخر، بل أكثر من ذلك، يذهب بعض الفقه إلى أن العلاقة العقدية الدولية إذا كانت تتضمن عدة عقود مرتبطة مع بعضها وتنفذ دفعة واحدة، فيجب النظر إليها كدفعة واحدة، ما دام يجمع هذه العقود وحدة الغرض الاقتصادي، لذلك فالتوازن الاقتصادي يمكن أن يتحقق عن طريق تكافؤ الأداءات التعاقدية بالنظر إلى مجموع هذه العقود التي تتداخل فيما بينها لإنجاز وإتمام عملية اقتصادية أو تجارية واحدة[53].

4- تقوم فكرة التوازن الاقتصادي للعقد على أساس التقابل بين الأداءات التعاقدية الموجودة في العقود الملزمة للجانبين، ففي حال عدم توافر هذا التقابل في الالتزامات فإنه لا يوجد أي مسوغ لبحث فكرة التوازن، حيث تفترض أن يكون أداء كل متعاقد يتناسب مع الأداء المقابل الذي يلتزم به الطرف الآخر.

المطلب الثاني

صلاحية المحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد وإعادة توازنه الاقتصادي

لا جدال في أن سلطة المحكم المفوض بالصلح تختلف عن سلطة المحكم بالقانون، حيث يتميز الأول بمنحه الحق في استبعاد قواعد القانون الواجب التطبيق والخروج عنها، واعتماد القواعد القانونية التي يرى أنها الاقرب لتحقيق العدالة، فضلًا عن تخويله سلطة واسعة في تفسير وتخفيف حدة الشروط العقدية التي اتفق الأطراف عليها، شريطة أن لا يصل الأمر إلى حد إنشاء علاقة أو عقد جديد لم تتجه إليه إرادتهم، فهو يفسر شروط العقد ويتحقق من التزامات أطرافه أو الضمانات المقدمة من قبلهم، فضلًا عن إعادة النظر في ما قد يتضمنه العقد من شروط تعسفية أو مخلة بالتوازن[54].

وتزداد أهمية دراسة السلطات الممنوحة إليه إذا كان النزاع المعروض عليه يتعلق بمشكلة التغيّر في الظروف، واختلال التوازن الاقتصادي للعقد، فهنا سيثار التساؤل عن مدى إمكانية اتساع السلطات الممنوحة إلى المحكم المفوض بالصلح لتصل إلى درجة تعديل العقد وتطويع أحكامه وأداءاته، وجعلها تتلاءم مع حالة التغيّر في الظروف، للحد الذي يمكن معه أن يعود التوازن الاقتصادي إلى العقد مجددًا، وفي الواقع إذا كان الفقه القانوني يكاد يكون يتفق على أن المحكم المفوض بالصلح يمتلك صلاحيات استثنائية واسعة تختلف عما يمتلكه المحكم بالقانون، إلّا أنهم اختلفوا في مدى هذه الصلاحيات ونطاقها، ومدى إمكانية استيعابها لسلطة تعديل العقد وإعادة النظر بأداءاته، فذهب البعض إلى رفض ذلك والتمسك بعدم منحه هذه الصلاحية، في حين ذهب الرأي الغالب إلى ضرورة منح المحكم هذه السلطة كي يستطيع أن يحقق الغايات التي يسعى الأطراف إلى تحقيقها من خلال الاتفاق على عرض النزاع على محكم مفوض بالصلح، وعليه سنتناول في هذا المطلب كِلا الاتجاهين أعلاه مع الإشارة قدر الإمكان إلى موقف القضاء الوطني والتحكيم، وعلى فرعين؛ الأول سنخصصه للاتجاه الرافض لسلطة المحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد، والفرع الثاني سيكون للاتجاه المؤيد لسلطة المحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد وإعادة توازنه الاقتصادي.

الفرع الأول

الاتجاه الرافض لمنح المحكم المفوض بالصلح سلطة تعديل العقد

حيث ذهب هذا الاتجاه إلى عدم منح المحكم المفوض بالصلح سلطة تعديل العقد وإعادة النظر في أداءاته لإعادة توازنها بشكل يتلاءم وحالة التغيّر في الظروف، واستندوا في ذلك على عدة حجج، أهمها أن المحكم مزود دائمًا بسلطة قضائية، مما يحظر عليه أي سلطة إنشائية وإن كان مفوضًا بالصلح، حيث إنه إذا كان بإمكانه البت في النزاع من خلال تلطيف التطبيق الضيق للعقد، فإنه لا يستطيع أن يحل محل الأطراف بالنسبة إلى المستقبل، والقيام بتلطيف العقد وتعديل أحكامه[55].

فضلًا عن ذلك فهم يبررون هذا الرأي على حجة أخرى مفادها ضرورة أن يكون تنازل الأطراف عن حقوقهم هو وليد إرادتهم، وأن النطاق الحقيقي لشرط التحكيم مع التفويض بالصلح وأثره في سلطة المحكم في تعديل الحقوق المتولدة عن العقد، لا يمكن أن يتسع ليشمل منح هذا المحكم سلطة تعديل الحقوق الناشئة عن العقد؛ وذلك لأنه لا يمكن الزعم بأي حال من الأحوال بأن شرط التحكيم مع التفويض بالصلح يحرر المحكم من الإرادة التعاقدية للأطراف، لاسيما أن هؤلاء الأطراف لا يمكن أن يقصدوا إعطاء شرط التحكيم مع التفويض بالصلح مثل هذا الاتساع من التنازل عن حقوقهم، بل من المنطقي القول بأن التفويض بالصلح يستوجب الاحترام الدقيق للعقد[56].

إضافة إلى ذلك يذكر أنصار هذا الاتجاه بأن طبيعة العقد يمكن أن تشير إلى المدى الحقيقي للتنازل الذي ينشأ عن التفويض بالصلح، إذ في بعض العقود كعقود الغرر يمكن للأطراف تحمل الربح والخسارة بناءً على الصدفة، وإذا تم اشتراط التفويض بالصلح في مثل هذه العقود، فلا يمكن أن يفسر هذا الشرط بأنه يسمح للمحكم او المفوض بالصلح باستبعاد بنود العقد، ولو كان تطبيقه الدقيق للعقد سيؤدي إلى نتيجة غير عادلة لأحد الأطراف، والعكس في بعض العقود الأخرى غير الاحتمالية، فإن الأطراف يكونون قد قبلوا تقاسم المخاطر، وفيها يمكن للمحكم المفوض بالصلح عند الضرورة أن يقوم بتخفيف نتائج تقاسم المخاطر، وسيكون بذلك ملتزمًا باحترام إرادة الأطراف وغير مخالف لها[57].

وبصدد ذلك أكد جانب من الفقه أنه لا يمكن منح المحكم المفوض بالصلح كل السلطة في الابتعاد عن مضمون العقد، ومخالفة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فشرط التحكيم مع التفويض بالصلح لا يمكن أن يكون سببًا للابتعاد عن مضمون العقد باسم العدل والإنصاف؛ لأنه سيترتب على ذلك إخلال متعمد بالقوة الملزمة للعقد، وهذا ما سيؤدي إلى الاصطدام بالنظام العام[58].

وبهذا المعنى يعبر الأستاذ (BREDIN) بأنه (المحكم المفوض بالصلح الذي يصعب عليه في بعض الحالات الغامضة الوصول إلى الإنصاف والعدالة، يتوجب عليه بعد كل ذلك....أن يرى العقد الشعاع الوحيد الذي يضيء له عتمة القانون)[59].

وهذا ما أكده صراحة الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس في4 نوفمبر 1997، الذي أكد أنه (لا يجوز للمحكم بالعدالة أن يغيّر اتفاق الأطراف، ولا أن يتجاوز السلطات المعهودة إليه)[60].

فضلًا عن ذلك فقد تأكد هذا الاتجاه بموجب القرار التحكيمي الصادر في القضية رقم 3938 لسنة 1982، إذ أعلت الهيئة التحكيمية في هذه القضية مبدأ القوة الملزمة للعقد فوق أي اعتبار آخر، حيث أشارت إلى إن (المحكم يجب أن يبقى مقيدًا بشروط العقد، وذلك لأن المادة (13) من لائحة غرفة التجارة الدولية تلقي التزامًا على عاتقه بأن يأخذ في اعتباره الاشتراطات التعاقدية، ويستوي في ذلك أن يكون محكمًا مفوضًا بالصلح أم محكمًا وفقًا للقانون)[61].

الأمر ذاته تأكد في القرار التحكيمي الصادر في القضية رقم 2794 لسنة 1977، التي أكد فيها المحكمون على أنه (يجب على المحكمين أن لا يجروا توازنًا تعاقديًا جديدًا ولا أن يحلوا أنفسهم محل الأطراف الذين فشلوا في المفاوضات حول تطويع العقد...، ولو بصفتهم محكمين بالعدالة، فلا يجوز لهم ان يجروا تعديلًا للعقد)[62].

وعلى الرغم من وجاهة الحجج التي ساقها أنصار هذا الرأي والتأييد الكبير الذي حظي به من قبل القضاء، سواءً أكان القضاء الوطني أم القضاء التحكيمي، إلّا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد، وأهم الانتقادات التي وجهت إليه، أنه لا يتلاءم وتوقعات الأطراف ومراعاة مصالحهم المشروعة التي كانوا يقصدونها من اتفاقهم على إحالة الموضوع على التحكيم مع التفويض بالصلح، ولاسيما إن قيام المحكم المفوض بالصلح بإجراء التعديلات والتغيّرات الضرورية على الأداءات التعاقدية فإنه لا يعني بأي حال من الأحوال إنشاء عقد جديد أو فسخ رباط العقد الحالي[63].

فضلًا عن ذلك فإن الطبيعة القضائية لعمل المحكم المفوض بالصلح لا يمكن لها أن تتعارض بأي شكل من الأشكال مع الدور الإنشائي الذي يمكن أن يقوم به عند تعديل العقد وتطويع أحكامه لإعادة توازنه الاقتصادي مجددًا، لاسيما أن هنالك العديد من

النصوص القانونية الصريحة التي تمنح القاضي هذه السلطة، وذلك في حالات تطبيق نظرية الظروف الطارئة[64]، لهذا فإن منح مثل هكذا سلطة للقاضي الوطني، يبرر من باب أولى أنه من الممكن تخويلها للمحكم المفوض بالصلح.

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد لمنح المحكم المفوض بالصلح سلطة تعديل العقد

وهو الاتجاه الغالب على مستوى الفقه والقضاء، حيث يذهب إلى إعطاء المحكم المفوض بالصلح سلطة أوسع تجاه العقد، حيث يكون له تعديل بعض شروطه أو التخفيف من حدة النتائج المترتبة على التطبيق الصارم لها[65].

فوفقًا لهذا الإتجاه يتمتع المحكم المفوض بالصلح بسلطة إعادة النظر في أحكام العقد وتعديله حتى في غياب بند صريح يجيز ذلك، ولو كان القانون الواجب التطبيق لا يتيح للقاضي أو المحكم الإقدام على ذلك بدون بند كهذا؛ وذلك لأن شرط التحكيم مع التفويض بالصلح يعادل شرطًا ضمنيًا لإعادة النظر بأحكام العقد وتطويعها، لاسيما في حالة التغيّر في الظروف، على أساس اعتبارات العدالة والإنصاف[66].

ويضيف أنصار هذا الرأي أن هذه السلطة الممنوحة إلى المحكم المفوض بالصلح ليست مطلقة وبدون أي حدود؛ لأنه إذا كان بإمكانه تطويع العقد وإعادة النظر في أحكامه، فإنه ليس له الحق في خلق عقد جديد[67].

فهذه السلطة تقود في المقام الأول إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد كما اتجهت إليه إرادة الأطراف، وهي سلطة لا تتصادم مع الوظيفة القضائية للمحكم، بل تتركز تمامًا في التحقق من الادعاء، فالمحكم وفقًا للعدالة يفصل في ادعاءين أحدهما يؤسس على حرفية العقد والآخر على روح العقد، وهنا يقوم المحكم هذا بالتحقيق من توافق المراجعة والتعديل مع التوازن الأصلي للعقد، وفي هذا الفرض فحسب سيعطي الحق في هذه المطالبة[68].

فالمحكم المفوض بالصلح يستطيع أن يزن الأمور بمعيار العدالة، وقد تقوده قواعد العدالة والإنصاف والمبادئ العامة للقانون إلى تعديل بعض شروط العقد حتى يتم رفع العنت وعدم الإنصاف الذي يتحمله أحد المتعاقدين، أثناء تنفيذ العقد من جراء تغيّر الظروف[69].

وقد أيد هذا الاتجاه العديد من الأحكام القضائية الوطنية، منها حكم محكمة استئناف باريس في 10 مارس 1981، التي أكدت فيه أن الحكم الصادر بتحميل طرفي العقد بالتساوي مبلغ الفائدة المقررة للبنك مع أنها وفقًا لشروط العقد تقع على عاتق أحد الأطراف فقط، يعد صحيحًا، وعللت ذلك بأنه (لم يفعلوا سوى استخدام سلطتهم كمفوضين بالصلح)[70].

وكذلك أيدت المحكمة ذاتها هذا الاتجاه في ثلاثة أحكام أخرى، أكدت فيها أن للمحكم المفوض بالصلح سلطة تعديل شروط العقد متى ما اقتضت اعتبارات العدالة ذلك[71].

ففي حكمها الصادر في 12 مارس 1985، أيدت هذه المحكمة حكم التحكيم الذي استبعد تطبيق بعض الشروط العقدية، وصاغت في هذا الحكم المبدأ الذي ينظم سلطة المحكم المفوض بالصلح تجاه الشروط العقدية بأنه (له المكنة أن يستبعد من التطبيق الصارم، ليس فقط قواعد القانون، ولكن له أيضًا بعض الشروط العقدية،... وكذلك بسلطة تعديل هذه الشروط والتلطيف من حدة نتائجها لاعتبارات العدالة)[72].

والموقف ذاته أكده الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في الأول من فبراير 2012، والذي أكدت فيه ضرورة استفادة المحكم الطليق من الصلاحيات الممنوحة له، وأن يعيد النظر بأحكام العقد وأداءاته من خلال تطبيقه لقواعد العدل والإنصاف، وذلك عندما نص هذا الحكم على أنه (يجب على المحكم المفوض بالصلح أن يبرز في حكمه أنه قد أخذ العدالة والإنصاف في اعتباره)[73].

والموقف ذاته نلاحظه في قضاء التحكيم التجاري الدولي، حيث أكدت هيئة التحكيم في قرارها الصادر في القضية رقم 2972 لسنة 1989، أنه (المحكم المكلف بصفة محكم طليق (مفوض بالصلح) يرفض أن يأخذ في اعتباره الحقوق القانونية التي كفلها القانون

الواجب التطبيق أو الاتفاقية التي ضمنتها الرابطة العقدية لأحد الأطراف عندما يكون الادعاء بالاستفادة منها سيعادل التعسف في استعمال الحق)[74].

وكذلك القرار التحكيمي الصادر في القضية رقم 3267 لسنة 1979، إذ أشارت الهيئة التحكيمية بعد أن اكدت على ضرورة احترام المحكمين لاتفاق الأطراف وعدم الخروج عليه وتعديل العقد، استدركت على منح المحكم المفوض بالصلح هذه السلطة في الفرض الذي تظهر فيه الشروط التعاقدية بشكل يخالف إرادة الأطراف ونيتهم الحقيقية[75].

ومن القضايا التحكيمية التي أشارت إلى تطبيق عملي بتعديل العقد وتطويع أحكامه مع حالة التغيّر في الظروف والقرار الصادر في قضية (Quintette) في 28/مايو/1991، فبعد أن فشل الأطراف في التوصل إلى حلٍّ مناسب لمشكلة التغيّر في الظروف واختلال التوازن الناتجة عن زيادة الإنتاج العالمي للفحم مما أدى إلى انخفاض أسعاره بشكل كبير، وبالاستناد على المادة (9) من العقد، تولت الهيئة التحكيمية مراجعة العقد وإعادة تحديد الأسعار الواجب سدادها للفترة من 1987 – 1991، طبقًا لترتيب تنازلي مناظر من الانخفاض العام لأسعار الفحم[76].

نستنتج من كل ما تقدم أن كلا الاتجاهين سواءً أكان الرافض لمنح المحكم المفوض بالصلح سلطة تعديل العقد، أم الاتجاه المؤيد لمنحه هذه السلطة، تم تأييدهما من جانب بعض الفقه القانوني والقضاء ممثلًا في قضاء التحكيم أم القضاء الوطني، ويبدو جليًّا أنه لا يمكن وضع قاعدة عامة مجردة تسري على النزاعات كافة التي تعرض أمام المحكم أو الهيئة التحكيمية المفوضة بالصلح، لأن استخدام سلطة التعديل لا شك أنها ستتحدد وفقًا لظروف وطبيعة كل حالة على حدة، وهو ما يدخل في إطار السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة إلى هكذا نوع من أنواع التحكيم.

وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة للنزاع الناشئ عن مشكلة تغير الظروف واختلال التوازن الاقتصادي للعقد،، وبالخصوص في حالات فشل الأطراف في التوصل إلى اتفاق بشأنها، فإننا نرى ضرورة تأييد الاتجاه الثاني، على اعتبار أن غاية المحكم بالصلح تتمثل في ضرورة إجراء التعديلات اللازمة لإعادة التوازن الاقتصادي إلى العقد والحفاظ عليه طوال مدة تنفيذه، وهي غاية لا شك أن جميع الأطراف المتعاقدة يسعون إلى تحقيقها، لذلك فإن تغليب الاتجاه الثاني والسماح للمحكم المفوض بالصلح في إجراء التعديلات التي يراها مناسبة وضرورية لإعادة التوازن العقدي، لا يتعارض وإرادة الأطراف المتعاقدة، لاسيما إذا اخذ المحكم في اعتباره قواعد العدل والإنصاف، فضلًا عن درجة التوازن الاقتصادي للعقد التي كانت موجودة قبل حصول حالة التغيّر في الظروف، فإذا كان الفقه والقضاء متفقًا على عدم منح المحكم وفقًا للقانون هذه السلطة، فإن الأمر يختلف جذريًّا بالنسبة إلى المحكم المفوض بالصلح، حيث يكون الأول مقيدًا بالنص القانوني، فضلًا عن الشروط التعاقدية، ولا يستطيع الخروج عنها بأي حال من الأحوال، خلافًا للمحكم المفوض بالصلح، الذي يكون لديه الأفق الواسع في اختيار أفضل الحلول وأنسبها وأكثرها توافقًا ومصالح الأطراف المشروعة، خاصة أنه لا يتقيد بنظام قانوني معين أو نصوص تشريعية محددة، فله أن يستعين بقواعد العدل والإنصاف والمبادئ العامة للقانون، إضافة إلى ما يراه مناسبًا من القواعد القانونية الموضوعية، سواءً أكانت من القانون الواجب التطبيق أم من أي قانون آخر، فضلًا عن الاستعانة بالعقد وبنوده، كل ذلك يوسع من احتمالية التوصل إلى حلول ناجعة لمشكلة التغيّر في الظروف التي اعترضت تنفيذ العقد، وبالتالي أعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وهو ما يجعل خيار الأطراف في اللجوء إلى التحكيم ومنحه صلاحية التفويض بالصلح هو الحل الأمثل لضمان تحقق استمرار التوازن الاقتصادي بين الأداءات التعاقدية طوال مدة تنفيذ العقد على الرغم من احتمالية تعرض ذلك العقد لمشكلة التغير في الظروف.

الخاتمة

سنعرض فيها لأهم النتائج التي تم التوصل إليها خلال البحث، فضلًا عن أبرز التوصيات التي نأمل الأخذ بها من الجهات المستفيدة من هذا البحث لاسيما المشرع العراقي والمتعاملين بالتجارة لدولية، وعلى النحو الآتي:

أولاً: النتائج

حيث خلصنا من خلال البحث إلى النتائج الآتية:

1-يعرف التحكيم مع التفويض بالصلح بأنه نظام قضائي خاص يتفق فيه الأطراف على تخويل هيئة التحكيم سلطة البحث عن حل عادل ومنصف يلاءم النزاع، حيث يعهد الأطراف إلى المحكم أو المحكمين بمقتضى أتفاق أو شرط صريح بمهمة تسوية النزاع الذي قد ينشأ أو نشأ بينهم، ويجوز تسويته بطريق التحكيم وفقً لمبادئ العدالة والأنصاف دون التقيد بقواعد القانون، وإصدار قرار ملزم لهم.

2- أتضح لنا أن أغلب التشريعات الوطنية المقارنة والاتفاقيات والأعمال التجارية الدولية، تجيز نظام التحكيم مع التفويض بالصلح، وتتفق جميعها على أن الإرادة التعاقدية هي الأساس الذي يستند عليه المحكم المفوض بالصلح باستبعاد القواعد القانونية الواجبة التطبيق وفقًا لقواعد الإسناد، ويطبق بدلًا عنها القواعد القانونية التي يراها أكثر تحقيقًا للعدالة، سواءً تمثلت في نصوص قانونية وطنية أم نصوص واردة في الاتفاقيات والأعمال الدولية أم بأعراف وعادات تجارية دولية أو مبادئ القانون العامة ونحو ذلك، حيث يمكن أن تشكل هذه الإرادة التعاقدية لوحدها الأساس القانوني لمنح المحكم المفوض بالصلح الصلاحية في انتقاء القانون المناسب والأكثر عدالة وتطبيقه على موضوع النزاع.

3-خلصنا إلى أن التوازن الاقتصادي للعقد يعرف بأنه التناسب والتكافؤ بين الحقوق والالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد على نحو متقارب لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف وقت أبرام العقد.

4-تبين لنا أن المواقف الفقهية تتباين بشأن أمكانية السماح للمحكم المفوض بالصلح بتعديل العقد وإعادة توازنه الاقتصادي الذي أختل بسبب مشكلة تغيّر الظروف، فالبعض رفض ذلك بشكل مطلق بحجة أن المحكم المفوض بالصلح لا يمكن له بأي حال من الأحوال أن يحل محل الإرادة التعاقدية للأطراف ويقوم بتعديل العقد، احترامًا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أن الرأي الراجح ذهب إلى أمكانية منح المحكم هذه الصلاحية على اعتبار أنه مخول بذلك من أطراف العقد، لأن اتفاقهم على إحالة النزاع على هيئة تحكيمية مفوضة بالصلح، يعد بمثابة شرط ضمني لإعادة النظر بأحكام العقد وأداءاته وتطويعها لغرض إعادة توازنها مجددًا على أساس اعتبارات العدل والأنصاف.

5-أتضح لنا من خلال البحث أن سلطة المحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد وإعادة توازنه الاقتصادي لا تكون مطلقة، بل تكون مقيدة بمعيار درجة التوازن الاقتصادي التي كانت موجودة قبل حصول حالة التغيّر في الظروف.

ثانيًا: التوصيات

إذ نرى ضرورة الأخذ بالتوصيات الآتية من قبل المشرع العراقي والمتعاملين بعقود التجارة الدولية، والتي تتمثل بالآتي:-

1-نقترح على المشرع العراقي ضرورة تضمين مشروع قانون التحكيم المزمع تشريعه، نصًا صريحًا يجيز للأطراف أمكانية عرض نزاعاتهم العقدية على محكم أو هيئة تحكيمية مع تفويضها بالصلح، بالإضافة إلى تضمين ذلك في التشريعات ذات العلاقة بعقود التجارة الدولية كقانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006.

2-ضرورة تقيّد صلاحيات المحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد وإعادة توازنه الاقتصادي، بأن يكون هنالك معياراً موضوعيًا لذلك التعديل يتمثل بدرجة التوازن الاقتصادي الذي كان موجودًا وقت التعاقد.

المصادر

أولاً: الكتب العربية

1) د. إبراهيم عبد العزيز داوود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص7
2) د. إبراهيم نجار، التحكيم بالعدل والإنصاف أمام قضاء الدولة، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد9، أغسطس 2006.
3) أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم، دراسة تحليلية لتطبيق قواعد العدالة في التحكيم بالصلح، بحث مقدم إلى مركز التحكيم، حقوق عين شمس، دورة معمقة لإعداد المحكم، في الفترة من 5 مايو الى 16 مايو، 2001.
4) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
5) د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص363.
6) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
7) د. أيمن عبد الملاك مسيحة، التفويض بالصلح والتحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013.
8) د. بهاء هلال دسوقي، بهاء الدين دسوقي: قانون التجار الدولي الجديد، دراسة تحليلية، القاهرة، بدون سنة طبع.
9) د. جاك غستان، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2000.
10) د. حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين في شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
11) د. ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
12) د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998.
13) د. سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية، بدون مكان طبع، 2000.
14) د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2000.
15) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط4، مطبعة جامعة عين شمس، 1984.
16) د. سميحة القليوبي، ضوابط التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد 3، 1987.
17) د. شريف محمد غنام، أثر تغيّر الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
18) د. عبد الحميد الأحدب، التحكيم بالصلح، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي،العدد3،أكتوبر2000.
19) د. عبد الحميد الأحدب، التحكيم بالصلح، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، ع3، أكتوبر 2000.
20) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص147.
21) د. عصمت عبد المجيد، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 1978.
22) د. علي عبد الحميد تركي، التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
23) د. عمرو طاحون، تأثير الهيمنة الاقتصادية على التوازن العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2010.
24) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1992.
25) د. محمد توفيق علي فهمي، اختيار قواعد العدالة والإنصاف لحل منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.

26) د. محمد عبد الظاهر حسين، الدور القضائي إزاء الرغبة في إنهاء الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
27) د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2007.
28) د. مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات، بدون ناشر، 2003.
29) د. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بدون مكان أو سنة طبع.
30) د. نرمين الصبح: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2003.

ثانياً: المصادر الأجنبية

(1 FOUCHARD (PH.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.): Traité de L'arbitrage commercial international, Paris, Litec,1996.
(2) B.) BRAMBAN: Le principe Pacta Sunt Servanda en droit du commerce international: Etude critique d'un principe de droit transnational, Thèse, Université de NICE, 2014.
(3 LOQUIN (E.): L'amiable composition en droit comparé et international, Contribution à l'étude du non – droit dans I'arbitrage commercial, Librairies Techniques, Paris, 1980.
(4 GOLDMAN (B.): GOLDMAN (B.): La lexmercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux: Réalité et perspective, J. D. I., 1979.
(5) E.) GAILLARD et PIERRE de LAPASSE: Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil DALLOZ, 2011.
(6 FOUCHARD (PH.), GAILLARD (E) et GOLDMAN (B.): Traité de L'arbitrage commercial international, Paris, Litec,1996 .
(7 VEEDER (Q.): La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, La naissance d'un magnifique éléphant, Rev. Arb., 1997.
(8) E.) MEZGER: La distinction entre l'arbitre dispensé d'observer la loi et l'arbitre statuant sans appel, Liber amicorum pour M. Domke.
(9 FINLANGER (L.): L'équilibre contractuel, (L.G.D.J.), Tome 366, 2002.
(10) N.) NASSAR: Sanctity of contracts Revisited: A study in the theory and practice of long – term international commercial transactions, Martinus, nijhoff publishes, Kluwer Academic Publishers, 1995.
(11) P.) LEVEL: L'amiable composition dans le décret du 14 Mai 1980, relatifà l'arbitrage, Rev. Arb., 1980.
(12)J. D.) BREDIN: L'amiable composition et le contrat, Rev. Arb., 1984.
(13)PH.) KAHN: Force majeure et contrats internationaux de longue durée, J. D. I, 1975.
(14) J. D.) BREDIN: L'amiable composition et le contrat, Rev. Arb., 1984.

الهوامش

1) انظر في ذلك: FOUCHARD (PH.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.): Traité de L'arbitrage commercial international, Paris, Litec,1996, p. 848– 849.

حيث أشاروا إلى أن المسمى الأول يستخدم في فرنسا، أما الثاني فمعمول به في سويسرا، فضلًا عن ذلك فإن قانون اليونيسترال النموذجي الموحد قد أخذ بالمسميين معًا؛ وذلك لتلافي الخلاف المتوقع بصدد اعتماد أحدهما دون الآخر، وكذلك هو موقف القانون الانجليزي وفقًا لقانون التحكيم لسنة 1996، أما القانون الأمريكي فيسمي هذا التحكيم بأنه التحكيم بالضمير، وهو لا يفرق بينه وبين التحكيم بالقانون، أي أن التحكيم فيه موحدًا وليس ثنائيًا، فلا يجيز التحكيم بالصلح ولا يمنعه، كما أنه لا يعتمد التحكيم بالقانون حصرًا، والموقف ذاته فيما يخص القانون الألماني علمًا أنه يسميه التحكيم بالعدل، للتفصيل أكثر أنظر:د. عبد الحميد الأحدب، التحكيم بالصلح، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد3، أكتوبر2000، ص52 ومابعدها.

2) انظر في ذلك الرأي: د. نرمين الصبح: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2003، ص180، وكذلك د. إبراهيم نجار، التحكيم بالعدل والإنصاف أمام قضاء الدولة، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد9، أغسطس 2006، ص 23، أو يسمى بالتحكيم بالعدل والإنصاف،على الرغم من أن العدل والإنصاف صفة واحدة،فلا فرق بين صفة العدالة وصفة الإنصاف بالنسبة لهذه القواعد، ولا توجد قواعد عادلة وقواعد أخرى منصفة، انظر في ذلك:د. محمد توفيق علي فهمي، اختيار قواعد العدالة والإنصاف لحل منازعات التجارة الدولية،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة عين شمس، 2006، ص35وما بعدها.

3) انظر في ذلك الرأي: (B.) BRAMBAN: Le principe Pacta Sunt Servanda en droit du commerce international: Etude critique d'un principe de droit transnational, Thèse, Université de NICE, 2014, p. 237.

وكذلك: د. جاك غستان، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2000، ص376.

4) انظر في هذا الرأي: LOQUIN (E.): L'amiable composition en droit comparé et international, Contribution à l'étude du non – droit dans I'arbitrage commercial, Librairies Techniques, Paris, 1980,p. 8

وكذلك: GOLDMAN (B.): GOLDMAN (B.): La lexmercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux: Réalité et perspective, J. D. I., 1979,, p. 480.

وأيضًا: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص235، ود. بهاء هلال دسوقي: قانون التجار الدولي الجديد, دراسة تحليلية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص146، وكذلك: د. عبد الحميد الأحدب، التحكيم بالصلح، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، ع3، أكتوبر 2000، ص 50.

وهذه التسمية هي التي سنعتمدها خلال البحث؛ وذلك لأنها بحسب اعتقادنا الأقرب لطبيعة عمل المحكم المفوض بالصلح، وتدل على اتساع نطاق الصلاحيات الممنوحة إليه وأساسها القانوني، والذي يتمثل في التفويض الإرادي الصادر من قبل الأطراف، من خلال اتفاقهم على أن يكون هذا المحكم أو الهيئة التحكيمية مفوضة بالصلح، على الرغم من أن هذه التسمية قد تعرضت إلى انتقاد من قبل جانب من الفقه، وعدها البعض تسمية غير موفقة، كونها تثير الخلط بين التحكيم والصلح على الرغم من التمايز فيما بينهما، فضلًا عن أن المحكم لايجري صلحًا في حالة تفويضه، بل يصدر حكمًا ملزمًا، ويقترح أنصار هذا الرأي تسميته "بالتحكيم المنشئ للموائمة الودية"، أنظر في ذلك: د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2007، ص143–144، ونحن لا نتفق وهذا الرأي، لاسيما وأن هنالك بونًا كبيرًا بين نظام التحكيم وبين الصلح، كما أن الصلح المقصود هنا لا يراد به عدم وجود قرار ملزم من الهيئة التحكيمية المفوضة بالصلح، كما هو مقرر وفقًا للقواعد العامة المنظمة للصلح القضائي، بل على العكس من ذلك، يراد وجود مثل هكذا قرار ملزم، وإضافة لذلك فإن هذا القرار يتصف بمقبوليه كبيرة من قبل الأطراف جميعًا، حتى يضحى وكأنه قد تم إجراء صلح فيما بين الأطراف المتخاصمة، وبذلك سيترتب على هذا النوع من التحكيم إزالة الخصومة وإنهاء النزاع بشكل نهائي بين الأطراف في غالب الأمر.

5) وقد عدلت هذه المادة بالمرسوم رقم 48 لسنة،2011 والذي دخل حيز النفاذ بدءًا من 2011/11/24، وتضمن هذا التعديل استعمال المشرع الفرنسي مصطلح (محكمة التحكيم) بدلًا من مصطلح (المحكم)، وللتفصيل حول ذلك انظر:

(E.) GAILLARD et PIERRE de LAPASSE: Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil DALLOZ, 2011, p. 153.

كما وتأكد هذا المبدأ في المادة (1478) من القانون ذاته، التي أشارت إلى أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع وفقًا لقواعد القانون، ما لم يخولها الأطراف مهمة الفصل بالنزاع كمفوضة بالصلح، وتقابلها المادة (1/4) من قانون التحكيم الإسباني رقم (26) لسنة 1988، التي نصت على أنه (يفصل المحكمون في النزاع بموجب قواعد القانون أو قواعد العدالة، وذلك بحسب اختيار الأطراف...)

6) انظر في ذلك: د. نرمين الصبح، مصدر سابق، ص187 – 188.

7) انظر في ذلك الرأي: FOUCHARD (PH.), GAILLARD (E) et GOLDMAN (B.): Traité de L'arbitrage commercial international, Paris, Litec,1996, p. 847.

8) انظر نص المادة (4/39) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

9) انظر في ذلك: د. سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية, بدون مكان طبع، 2000، ص724.

10) انظر نص المادة (2/265) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969، وللتفصيل حول هذه المادة انظر: د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1992، ص260 وما بعدها.

11) انظر في ذلك:

VEEDER (Q.): La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, La naissance d'un magnifique éléphant, Rev. Arb., 1997, p. 3.

مشار إليه لدى: د. نرمين الصبح، مصدر سابق، ص187، وأيضا انظر في ذلك القانون: د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص21.

12) وذلك في المادة (36/د) من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 المعدل للقانون رقم 18 لسنة 1953 التي نصت على أنه (يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيّد بأحكام القانون).

13) وذلك في المادة (458) مكرر من قانون الإجراءات المدنية الجزائري المعدل بالقانون رقم 93/9 بتاريخ 1993/4/25 التي نصت على أنه (تفصل محكمة التحكيم في النزاع كمحكم مفوض بالصلح إذا منحها الأطراف هذه السلطة).

14) وذلك في المادة (205) من قانون الإجراءات الإماراتي رقم 11 لسنة 1992 التي نصت على أنه (لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح إلّا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم أو في وثيقة لاحقة)، وكذلك المادة (2/212) من القانون ذاته التي نصت على أنه (ويكون حكم التحكيم على مقتضى قواعد القانون إلاّ إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما يتعلق منها بالنظام العام)، ونلاحظ أن المشرع الإماراتي قيّد اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح بضرورة تحديد الأطراف المحكمين بالاسم، سواءً أكان ذلك وقت الاتفاق أم بعد ذلك.

15) انظر نص المادة (3/7) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم بجنيف لسنة 1961.

16) انظر نص المادة (3/42) من اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير (B. I. R. D.) بواشنطن لسنة 1965.

17) انظر نص المادة (3/28) من قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المعدلة في العام 2006.

18) انظر نص المادة (3/17) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس.

19) انظر نص المادة (2/35) من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

20) ولمزيد من التفصيل حول موقف الاتفاقيات والأعمال الدولية بخصوص التحكيم مع التفويض بالصلح انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص237، وكذلك: د. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بدون مكان أو سنة طبع، ص21، ص92 وما بعدها، وأيضًا: د. سلامة فارس عرب، مصدر سابق، ص724،

وأيضًا: د. أيمن عبد الملاك مسيحة، التفويض بالصلح والتحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013، ص33 وما بعدها.

21) علي الرغم من تسليم أغلب الفقه على تأسيس الصلاحية الممنوحة إلى المحكم المفوض بالصلح وفقًا لإرادة الأطراف، إلّا أن هنالك رأيًا مخالفًا يرى ضرورة إجازة ذلك من قبل قانون وطني ما، حيث ذهب إلى أن إرادة الأطراف وحدها لا تكفي لجعل سلطة المحكم بالصلح شرعية، فهذه الإرادة يجب أن تتوافق مع إجازة قانون وطني ما، وهذا ما أكدته المادة (7) من الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961، وأيضًا المادة (39) من اللائحة الاختيارية للجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة، والمادة (4/7) من قواعد التحكيم الدولي للجنة الاقتصادية لآسيا، وللتفصيل أكثر حول ذلك انظر:

LOQUIN (E.): Op. Cit., p. 182 et s.

وأيضًا: د. نرمين الصبح، مصدر سابق، ص182 وما بعدها، والتي أكدت أن الرأي الراجح هو اعتبار الإرادة التعاقدية الأساس في صلاحية المحكم المفوض بالصلح.

22) وعلى الرغم من ذلك ذهب بعض الفقه إلى إنكار ذلك ونعته بأنه نظام تعاقدي محض، نتيجة لدور الإرادة الكبير في وجوده وتنظيم أحكامه، وتزعم هذا الرأي الأستاذ (G. RIPERT)، ولمزيد من التفصيل حول هذا الرأي والانتقادات الموجهة إليه انظر: د. علي عبد الحميد تركي، التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص64.

23) انظر حكم محكمة استئناف باريس في 13 نوفمبر 1997، منشور في مجلة التحكيم (Rev. Arb.) لسنة 1998، ص707، وكذلك حكم المحكمة ذاتها في 3 مارس 1992، منشور في المجلة ذاتها لسنة 1992، ص107.

24) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية / الغرفة المدنية الثانية، في 28 فبراير 1990، منشور في مجلة التحكيم (Rev. Arb.) لسنة 1991، ص949، حيث جاء في هذا الحكم أن المحكم المفوض بالصلح عليه احترام المادة (9) من قانون المرافعات، والتي تقضي بأنه يتعيّن على كل طرف أن يثبت وفقًا للقانون الوقائع الضرورية للحكم له بما يدعيه، وكذلك انظر حكم محكمة استئناف باريس في 11 أبريل 1957، منشور في المجلة أعلاه لسنة 1958، ص21،وفي هذا الصدد يشير بعض الفقه إلى أن مبدأ المواجهة بين الخصوم يعد حجر الأساس في تحديد الواجبات المفروضة لاحترام حقوق الدفاع للأطراف، إذ أن كل طرف له الحق في أن يعرض دفاعه أمام المحكم، ولكن في الوقت ذاته للطرف الآخر الحق في أن يعلم بهذا الدفاع، وأن تتاح له الفرصة للرد عليه وتفنيده، أنظر في ذلك: د. أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم، دراسة تحليلية لتطبيق قواعد العدالة في التحكيم بالصلح، بحث مقدم إلى مركز التحكيم، حقوق عين شمس، دورة معمقة لإعداد المحكم، في الفترة من 5 مايو الى 16 مايو، 2001، ص163.

25) انظر حكم محكمة استئناف باريس في 11 يوليو 1991، منشور في مجلة التحكيم (Rev. Arb.) لسنة 1991، ص671.

26) وهذا ما أكدته صراحة المادة (2/1482) من قانون المرافعات الفرنسي، والمعدل بالقانون رقم 48 لسنة 2011، وكذلك المادة (2/43) من قانون التحكيم المصري، وأيده القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه منها حكم محكمة استئناف باريس في 2 مارس 1992، منشور في مجلة التحكيم (Rev. Arb.) لسنة 1993، ص107، وكذلك حكم المحكمة ذاتها في 25 مارس 1982، منشور في المجلة أعلاه لسنة 1982، ص467.

27) انظر في ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص236.

28) انظر في ذلك: LOQUIN (E.): Op. Cit., p. 404.

29) انظر في توضيح الطبيعة القانونية للسلطة المخولة للمحكم وبشكل مفصل:

LOQUIN (E.): Op. Cit., p. 404et s.

وفي الفقه العربي انظر: د. ناجي عبد المؤمن، مصدر سابق، ص96 وما بعدها، وكذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص241 وما بعدها، وكذلك: د. علي عبد الحميد تركي، التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص45.

30) انظر في هذا التعريف: د. أيمن عبد الملاك مسيحة، مصدر سابق، ص15.

31) انظر: د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998، ص19.

32) انظر في ذلك: GOLDMAN (B.): La lex mercatoria ..., Op. Cit., p. 480.

33) انظر حكم محكمة استئناف باريس / الدائرة المدنية الأولى، في 3 يونيو 2004، منشور في مجلة التحكيم (Rev. Arb.) لسنة 2004، ص683.

وكذلك بالمعنى ذاته حكم المحكمة ذاتها في 28 نوفمبر 1996، منشور في ذات المجلة لسنة 1997، ص380، وأيضًا حكم المحكمة ذاتها في 4 سبتمبر 1997، منشور في المجلة أعلاه لسنة 2000، ص407.

34) انظر قرار غرفة التجارة الدولية (ICC) في القضية رقم 3327 لسنة 1981، منشور في مجلة القانون الدولي (Clunet) لسنة 1981، ص971.

35) انظر في ذلك المعنى: د. ناجي عبد المؤمن، مصدر سابق، ص91.

36) وهذا ما أكده القرار التحكيمي الصادر في القضية رقم 4467 لسنة 1982، منشور في مجلة القانون الدولي (Clunet) لسنة 1984، ص924، ولمزيد من التفصيل حول مهمة المحكم المفوض بالصلح وطبيعة السلطة الممنوحة إليه انظر: LOQUIN (E.): Op. Cit., p. 204 et s.

37) انظر في هذا الرأي:

(E.) MEZGER: La distinction entre l'arbitre dispensé d'observer la loi et l'arbitre statuant sans appel, Liber amicorum pour M. Domke, p. 157.

مشار إليه لدى: د. علي عبد الحميد تركي، مصدر سابق، ص112.

وقد أُيِّدَ هذا الرأي من قبل القضاء الإيطالي، انظر في ذلك: حكم محكمة النقض الإيطالية

Cass. ITALIE, 23 Sept., 1974, Rass, dell. Arb. 1976, somm, p. 73.

38) حكم محكمة استئناف باريس في 12 يوليو 1971، منشور في النشرة التحكيمية (Rev. Arb.) لسنة 1973، ص74، مع ملاحظات الأستاذ (FOUCHARD)، وفي هذا الحكم كان المحكم مفوض بالصلح ولم يفصل بالنزاع وفقًا لمقتضيات العدالة بل وفقًا للقانون، وعند الطعن بالحكم بناءً على هذا السبب، اكتفت محكمة استئناف باريس بالقول إن المحكم المفوض بالصلح قد رد على وسائل دفاع الأطراف وبرر حكمه بذات الطريقة التي يمكن أن يقوم بها المحكم بالقانون، ولم تشر لا من قريب ولا من بعيد بعدم صحة حكم هذا المحكم المفوض بالصلح، وهذا ما تأكد أيضًا بالقرار التحكيمي الصادر من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في 2009/8/10 في القضية رقم 590 لسنة 2008، منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد 13، ديسمبر 2009، ص240، وجاء في هذا القرار أن اتفاق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم بالصلح لا يمنع الهيئة التحكيمية من أن تفصل في النزاع وفقًا للقانون والعقد المبرم بين طرفي النزاع.

39) وهذا ما أكده صراحةً حكم محكمة استئناف باريس في 6 مايو 1988، منشور في مجلة التحكيم (Rev. Arb.) لسنة 1989، ص83، مع ملاحظات الأستاذ (LOQUIN) عليه، حيث أكد أن وظيفة المحكم المفوض بالصلح هي البحث عن الحل الأكثر عدالة بغض النظر عن القانون المطبق، وأيضًا تأكد ذلك بموجب حكم المحكمة ذاتها الصادر بتاريخ 10 مايو 2007، منشور في المجلة أعلاه لسنة 2007، ص821.

40) انظر في ذلك المعنى: (B.) BRAMBAN: Op. Cit., p. 229.

وكذلك: د. أيمن عبد الملاك مسيحة، مصدر سابق، ص17.

41) تستخدم كلمة التوازن في اللغة العربية لتدل على كل أو بعض المعاني الآتية: (التعادل – التناسب – المساواة – المضاهاة – المقابلة – الاستقرار – التكافؤ... ونحو ذلك)، فهو مبدأ مشتق من الفعل (وزن)، ويقال أوزن بين الشيئين موازنةً، ووزانًا، أي ساوى وعادل فيما بينهما، و(أوزن الشيء بالشيء)، أي ساواه في الوزن وعادله وقابله وحاداه...، انظر في تفصيل ذلك: معجم لسان العرب، للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، ط1، دار صادر، بيروت، ج13، ص446 وما بعدها.

هذا وإن فكرة التوازن العقدي تستمد جذورها من مصادر شتى، أبرزها الأديان السماوية التي تميل دائمًا نحو الاعتدال والوسطية والمساواة في كل الأمور، وأيضًا النظريات الطبيعية والجيولوجية التي تؤكد أن التوازن والميل نحوه هو أحد الخصائص الجوهرية لكل الكائنات، فضلًا عن آراء الفلاسفة الذين طالما كانوا ينظرون إلى فكرة التوازن العقدي بإعجاب، حيث حددوا معناها بـ(التناسب والتعادل بين الأداء الذي يقدمه أحد الأطراف مع مقابل الأداء المقدم من الطرف الآخر)، انظر في ذلك: د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2000،، ص153 – 154.

42) انظر في ذلك المعنى: د. عمرو طاحون، تأثير الهيمنة الاقتصادية على التوازن العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2010، ص62.

43) انظر في ذلك المعنى: (B.) BRAMBAN: Op. Cit., p. 230.

44) انظر في ذلك: د. ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص213.

45) انظر في ذلك: د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص363.

46) انظر: د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود، مصدر سابق، ص181.

47) انظر في ذلك: د. محمد عبد الظاهر حسين، الدور القضائي إزاء الرغبة في إنهاء الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص185، انظر في هذا الرأي وبمعنى قريب مما تم ذكره:

FINLANGER (L.): L'équilibre contractuel, (L.G.D.J.), Tome 366, 2002, No.237.

مشار إليه لدى: د. ريما فرج مكي، مصدر سابق، ص216.

48) انظر في تفصيل أنواع التوازن العقدي الذي يرتكز على مرحلة إبرام العقد وانعقاده، لاسيما في عقود الاستهلاك والإذعان: د. إبراهيم عبد العزيز داوود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص7 وما بعدها، وكذلك: د. حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين في شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص15 وما بعدها.

49) انظر في ذلك: . (B.) BRAMBAN: Op. Cit., p. 232

وأيضًا: . (N.) NASSAR: Sanctity of contracts Revisited: A study in the theory and practice of long – term international commercial transactions, Martinus, nijhoff publishes, Kluwer Academic Publishers, 1995, p. 182.

وكذلك انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص291، وكذلك: د. عصمت عبد المجيد، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 1978، ص11.

50) انظر في ذلك: د. عصمت عبد المجيد، المصدر السابق، ص12.

51) انظر في ذلك المعنى: د. مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات, بدون ناشر، 2003، ص19.

52) انظر في هذا التعريف: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط4، مطبعة جامعة عين شمس، 1984، ص614.

53) انظر بهذا المعنى: د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن، مصدر سابق، ص181.

54) انظر بهذا المعنى: د. سميحة القليوبي، ضوابط التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد 3، 1987، ص69.

55) انظر بهذا المعنى:

(P.) LEVEL: L'amiable composition dans le décret du 14 Mai 1980, relatifà l'arbitrage, Rev. Arb., 1980, p. 658.

مشار إليه لدى: د. جاك غستان، مصدر سابق، ص376.

وانظر أيضًا في تأييد هذا الاتجاه:

(J. D.) BREDIN: L'amiable composition et le contrat, Rev. Arb., 1984, p. 267.

(PH.) KAHN: Force majeure et contrats internationaux de longue durée, J. D. I, 1975, p.482. وكذلك انظر:

56) انظر في ذلك المعنى: (J. D.) BREDIN: L'amiable composition et le contrat, Rev. Arb., 198, p. 267.

57) انظر في ذلك المعنى: د. علي عبد الحميد تركي، مصدر سابق، ص149.

58) انظر في ذلك: (B.) BRAMBAN: Op. Cit., p. 237 – 238.

وكذلك: LOQUIN (E.): Op. Cit., p. 281.

59) انظر في ذلك: (J. D.) BREDIN: Op. Cit., p. 259.

60) هذا الحكم منشور في مجلة التحكيم (Rev. Arb.) لسنة 1998، ص704، وكذلك انظر حكم المحكمة ذاتها في 19 أبريل 1991، منشور في المجلة الفصلية للقانون التجاري (RTD. Com.) لسنة 1992، ص164.

61) هذا القرار منشور في مجلة القانون الدولي (Clunet) لسنة 1984، ص926، ولمزيد من التفصيل حول ملابسات هذا القرار انظر: د. ناجي عبد المؤمن، مصدر سابق، ص94.

62) هذا القرار منشور في مجلة القانون الدولي (Clunet) لسنة 1978، ص985، وكذلك القرار التحكيمي الصادر في القضية رقم 3267 لسنة 1979، منشور في مجلة القانون الدولي (Clunet) لسنة 1980، ص966.

63) لمزيد من التفصيل حول الانتقادات الموجهة إلى هذا الاتجاه انظر: د. جاك غستان، مصدر سابق، ص376 – 377، وكذلك انظر: (B.) BRAMBAN: Op. Cit., p. 239.

64) انظر على سبيل المثال المادة (2/147) من القانون المدني المصري، والمادة (2/146) من القانون المدني العراقي.

65) انظر في ذلك: د. ناجي عبد المؤمن، مصدر سابق، ص94 – 95، وبمعنى قريب انظر: د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص147، 151، وخلاف ذلك انظر: (PH.) KAHN: Op. Cit., p.482.

حيث يرى أن سلطات هيئة التحكيم في إعادة التوازن الاقتصادي إلى العقد في مجال العقود التجارية الدولية محدودة للغاية.

66) انظر في ذلك: د. جاك غستان، مصدر سابق، ص377، وبهذا المعنى انظر:

(B.) BRAMBAN: Op. Cit., p. 241.

67) انظر في ذلك:

(E.)MEZGER: L'arbitrage commercial et l'ordre public, RTD.Com.,1948, p.618.

مشار إليه لدى: د. جاك غستان، مصدر سابق، ص377.

68) انظر في ذلك المعنى: .(E.) LOQUIN: Op. Cit., p. 297

69) انظر في ذلك:

FOUCHARD (PH.): L'arbitrage commercial international, Thèse, LGDJ, 1965, p.81.

مشار إليه لدى: د. شريف محمد غنام، أثر تغيّر الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص457.

70) هذا الحكم منشور في مجلة التحكيم (.Rev. Arb) لسنة 1982، ص214.

71) وهذه الأحكام هي الحكم الصادر في 6 يناير 1984، و15 مارس 1984، و12 مارس 1985، وجميعًا تمت الإشارة إليها في مجلة التحكيم (.Rev. Arb) لسنة 1985، ص279 و285 و299.

72) هذا الحكم منشور في مجلة التحكيم لسنة 1985، ص299.

73) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية / الدائرة المدنية الأولى، في 1 فبراير 2012، منشور في مجلة التحكيم (.Rev. Arb) لسنة 2012، ص91، مع تعليق الأستاذ (LOQUIN) وكذلك الحكم الصادر من المحكمة ذاتها في 15 فبراير 2001، منشور في المجلة ذاتها لسنة 2001، ص35.

ويشير الأستاذ (LOQUIN)، في تعليقه على هذه الأحكام القضائية إلى أن (إمكانية مراجعة العقد وتعديله في حالة الطوارئ والتغيّر في الظروف هي جوهر عمل المحكم الطليق أو المفوض بالصلح)،ويضيف أيضًا (إن مراجعة العقد وتعديل بعض أحكامه لا يقصد به تغيّر أساسه أو اقتصادياته بل على العكس من ذلك، تتم إعادة التوازن العقدي كما أراده الأطراف وجعل الفعالية التي فقدها العقد نتيجة للتغيّر في الظروف مطابقة لإرادتهم المشتركة)، ولمزيد من التفصيل حول ذلك انظر:

(B.) BRAMBAN: Op. Cit., p. 244.

74) هذا القرار منشور في مجلة القانون الدولي (Clunet) لسنة 1989، ص1101.

75) هذا القرار منشور في مجلة القانون الدولي (Clunet) لسنة 1979، ص966، وانظر بالمعنى ذاته القرار التحكيمي الصادر في القضية رقم 7710 لسنة 1995، منشور في المجلة ذاتها لسنة 2001، ص1147.

76) هذه القضية التحكيمية مشار إليها في مجلة التحكيم (.Rev. Arb) لسنة 1991، ص611 وما بعدها.