جمهورية مصر العربية
جامعة القاهرة
كلية الحقوق
إدارة الدراسات العليا – قسم القانون التجارى

دور التحكيم في مواجهة اختلال التوازن الاقتصادي في عقود التجارة الدولية طويلة الأجل نتيجة لتغير الظروف

رسالة دكتوراه مقدمة من

الباحث / شهاب الدين محمد سيد عطيه

لنيل درجة الدكتوراه في القانون

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

١-الأستاذ الدكتور/ رضا محمد عبيد
(أستاذ القانون التجارى بكلية حقوق جامعة بنى سويف)
(عميد كلية حقوق جامعة بنى سويف الاسبق)
(رئيساً)

٢-الأستاذ الدكتور / محمد فهمي الجوهرى
(أستاذ القانون التجارى بكلية الحقوق جامعة القاهرة)
(عضواً ومشرفاً)

٣-الأستاذ الدكتور/ احمد فاروق وشاحى
(أستاذ مساعد بقسم القانون التجارى بكلية حقوق جامعة القاهرة)
(عضواً)

٢٠١٦- ٢٠١٧

بسم الله الرحمن الرحيم

ج
لاَ خَيْرَ فِى كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ
بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ج

صدق الله العظيم

قلے

صلے النساء الآية ١١٤

إهـــداء

إذا كان الإهداء يعبر ولو بجزء من الوفاء

فالاهتداء إلى ... معلم البشرية ومنبع العلم نبينا محمد

"صلى الله عليه وعلى آله وصحبة أجمعين"

كما أهدي على استحياء هذا البحث المتواضع إلى من ذكرهما الله بعد ذكر اسمه تعالى وأمرني بالإحسان إليهما، وبرهما والعطف عليهما، إلى سبب وجودي في الحياة، إلى أصحاب الفضل بعد المولى عز وجل إلى والدي ووالدتي .

والي أساتذتي الأفاضل، والي كل من أضاء لي شمعة في طريق العلم، أو ذلل لي عقبة في طريق النجاح .

كلمة شكر

الحمد لله الذي بيده العون والتيسير، والصلاة والسلام على النبي المنير، وعلى آله وصحبه ذوي العقل البصير... وبعد ،،

بداية أتوجه بالشكر للجنة المناقشة على تفضلها بقراءة هذه الرسالة .. فلله كم تجهدون أنفسكم ... فلكم جزيل الشكر والعرفان

كما أتوجه بعظيم الشكر ووافر الامتنان إلى بحر المعرفة الواسع **الأستاذ الدكتور / محمد فهمي الجوهرى** الذي أفاض عليّ بعلمه ووقته وجهده، فكان لي خير ناصح ومرشد في كل ما بذلته لإبراز هذا البحث إلى حيز الوجود، فجزاه الله عني وعن زملائي من طلاب العلم خير الجزاء.

وختاما أدعو الله سبحانه وتعالى أن يكون هذا العمل صالحاً وأن يكون خالصاً لوجهه سبحانه وتعالى، وفقكم الله وسدد بالحق خطاكم. وبارك لكم بموفور الصحة والعافية. أنه سميع مجيب.

مقـــدمة

مقدمـــــة

تحتل المبادلات التجارية الدولية موقعاً مهماً في النشاط الاقتصادي لكل دولة ، حيث تلعب دوراً أساسياً و مؤثراً في تقرير و تقييم مستوى و حجم التبادل في هذا المجال ، و تتحقق هذه العلاقات التجارية من خلال معاملات المؤسسات أو الشركات تنفيذا لسياساتها التسويقية أو التحويلية ، بتسويق إنتاجها خارج حدود بلدها سواء كانت على شكل مواد زراعية ، أو صناعية ، أو إنشائية أم في نطاق الخدمات.

و لقد تطور سوق التبادل التجاري و تعقدت المعاملات بين الدول بسرعة متزايدة بسبب كثرة العروض التجارية و تنوعها ، و تضاعفت الحاجة للمواد الأجنبية لأغراض التنمية و الاستهلاك ، و أدى التحول الأخير في النظم الإقتصادية لكثير من الدول و تبنيها مبدأ إقتصاد السوق إلى إيجاد سوقاً جديداً واسعاً لهذا التبادل التجاري ، حيث يسمح هذا النظام الاقتصادي الحر للشركات في أن تتعامل و تطور علاقاتها التعاقدية ، و تمارس نشاطها الطبيعي باستقلالية داخل البلد و خارجها لتأمين حاجة السوق المحلية من البضائع و الخدمات .

و تنشأ العلاقات التجارية الدولية في الاتصال أولا بموردين لبضائع أو عقود نقل التكنولوجيا و التعدين .. الخ من خارج الدولة، و يتم بعد ذلك التفاوض la négociation على ثمن العقد contrat و تاريخ و مكان التنفيذ و معايير أخرى تتعلق بظروف تسليم المبيع و دفع الثمن ، و كذلك تحديد القضاء و القانون المختص عند النزاع ، و هذا يعني أنه لابد من إيجاد البنية القانونية لتحرير الرابطة العقدية بين الطرفين مستوفية شروط ملائمة لضمان حقوقهما .

و لكن ما هي أهم البنود التي ينبغي أن يتضمنها العقد الدولي لضمان التوازن المالي و القانوني بينهما؟ قد يتعرض تنفيذ العقد الدولي تبعا لخصوصياته إلى مخاطر و صعوبات تحول دون تنفيذه بالشروط التي وردت في العقد ، فهي قد تجعل أحيانا تنفيذ العقد مستحيلاً impossibilité d exécution du contrat ، بصورة نهائية ، أو أن تكون إستحالة التنفيذ حادث مؤقت يؤدى لإرهاق أحد الأطراف و لا تمنع تنفيذ العقد ، و في الحالتين يصبح عدم التنفيذ ضاراً بحقوق الدائن مما يؤدي إلى الإخلال بقاعدة التوازن العقدي بين الطرفين .

ينصب عدم التنفيذ في العقد التجاري الدولي غالباً على محل العقد أو محل الالتزام ، و هو لا يختلف في ذلك عن عقد البيع المحلي ، و معروف فقهياً بأن محل العقد هو المعقود عليه و هو الشيء الذي ورد عليه العقد و ثبت أثره فيه ، أما محل الالتزام فمعناه تنفيذ ما اتفق عليه

المتعاقدين ، فإن محل العقد هو الشيء المبيع و الثمن ، و محل التزام البائع هو ليس فقط تسليم المبيع و إنما أيضاً حمايته من العيوب الخفية و ضمان الاستحقاق .

أما محل التزام المشتري هو دفع الثمن واستلام المبيع ، و نحن هنا لسنا بصدد تحليل الالتزامات المتقابلة الناشئة عن العقد الدولي تجاه كل من الطرفين المتعاقدين ، غير أن طبيعة محل العقد الدولي و أهمية التزامات الطرفين في هذا العقد يستلزم الأخذ بعين الاعتبار كثير من المفاجئات التي قد تعترض تنفيذ العقد ، و نحن نعلم أن هذه الالتزامات تخضع في الأصل لمبدأ القوة الملزمة للعقد Le force obligatoire الذي يصعب التحلل عنها إلا عند استحالة التنفيذ لأسباب قاهرة و هى حالة القوة القاهرة ، أما حالة الحدث المفاجئ فهى ما يمكن الاستعانة بها .

فعندما يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً لسبب أو لآخر فنحن أمام حالة القوة القاهرة La force majeure ، و هذه الظاهرة التي تسمى أيضاً بالحادث الجبري أو المفاجيء تعبر عن مفهوم غير شخصي لأنه حدث لا يتصل بتصرف شخص ما أو مجموعة أشخاص .

و يتخذ الحادث هذه الصفة و هذا التكييف عندما يكون غير متوقعاً ، لا يمكن مقاومته و سببه أجنبي ، بمعنى أنه لا دخل لإرادة طرفي العقد فيه ، فهو يستبعد فكرة الخطأ في تنفيذ الالتزامات ، و قد حاول الفقه أن يقدم له تعريفاً عاماً و أعتبر ذلك الحادث الذي لا يمكن تجاوزه مطلقاً ، غير متوقع ، و غير منظور ، ينتج عن قوة أجنبية كالعاصفة او الانهيار أو الهزة الأرضية و كذلك الحرب و أحياناً قرار السلطة .

و من المتوقع كثيراً أن يتعرض طرفي العقد على السواء ، البائع أو المشتري ، لحالات القوة القاهرة ، و ينتج عن ذلك استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد بشكل مؤقت أو بصورة نهائية ، و إذا صح هذا الافتراض في العقود المحلية داخل البلد الواحد ، فإن إحتمال نشوء القوة القاهرة يتضاعف وقوعه في العقد الدولي لأسباب عديدة منها :

إن تنفيذ العقد الدولي تتجاوز تنفيذ عناصره حدود الدولة الواحدة جغرافياً سواء ما كان يتعلق بنوع و كمية المبيع ، أم في تنوع وسائل نقله ، عند ذلك تبرز مشاكل النقل الدولي و منها اجتياز الحدود و توفير الترخيص الرسمي الخاص بالاستيراد و التصدير و تحويل العملات اللازمة لتسديد الثمن و كذلك مراعاة المعايير الصحية و البيئية لجنس المبيع .

أضف إلى ذلك بأن العقد الدولي يتصف دائماً بطول الفترة التي تفصل بين وقت إبرامه و بين تاريخ التنفيذ ، فإذا كانت القاعدة العامة تقضي بتسليم المبيع و دفع الثمن حال انعقاد العقد و

اشتراط أن يكون المبيع محل العقد معيناً ومحدداً في هذا الوقت ، إلا أن طبيعة العقود نفسها تبرهن على وجود فترة قد تطول أو تقصر تفصل بين تاريخ انعقاد العقد ووقت التنفيذ الفعلي له .

و من الدارج أيضاً في العقود الدولية أن يحصل التعاقد على الشيء محل البيع ، و إن كان غير متوفراً وقت إبرام العقد على أن يتم صنعه في المستقبل طبقاً لنموذج متفق عليه حيث يجوز أن يكون محل العقد معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن وجوده في المستقبل و عين تعييناً نافياً للجهالة و الغرر ، و يكفي أن يتفق الطرفان على نموذج يمثل محل العقد و هو ما يطلق عليه (البيع بالعينة) ، و يجري تسليم المبيع في تاريخ لاحق على أن يكون مطابقاً للنموذج في جنسه و خصائصه التقنية المتفق عليها .

إن الصعوبات التي قد تعترض تنفيذ العقد الدولى لا تستهدف التزامات البائع فقط فتحول دون تنفيذها ، بل ما يتعرض إليها أيضا المشتري و تجعله غير قادر على الوفاء بالتزاماته العقدية و أهمها استلام المبيع أودفع الثمن وسواء كان المانع مؤقتاً أم نهائياً لنفس الأسباب التي وردت أعلاه ،ولكن هل تقترب القوة القاهرة إلى غيرها من الحوادث Les accidents المفاجئة التي تعيق تنفيذ العقد ؟

١- <u>موضوع الدراسة :-</u>

تتميز عقود التجارة الدولية عن تلك الداخلية بطول مدتها ، و يعود ذلك إما إلى اتفاق الأطراف و رغبتهم في تحقيق قدر من الإستقرار في معاملاتهم كما في عقود الإمتياز و عقود التوريد ، أو إلى طبيعة العقد و ضخامة الأعمال المطلوب القيام بها ، كما في عقود نقل التكنولوجيا و عقود إنشاء المصانع الجاهزة و الطرق الدولية .

و لا جدال في أن إرتباط العقد بمدة زمنية طويلة ، نسبياً ، سيجعله عرضة لبعض الظروف والأحداث التي قد تؤثر في قدرة الأطراف على تنفيذ إلتزاماتهم و إرهاق أحدهما دون الأخر مما يؤدى لاختلال التوازن الإقتصادى للعقد .

و يقصد بالتوازن المالى للعقد ، أن تكون حقوق و التزامات الأطراف obligations des parties وقت إنشاء العقدLe temps d'établissement de contrat ، قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة مالياً ، و تتجه الإرادة المشتركة للمتعاقدين منذ لحظة إبرام العقد إلي إستمرار هذا التوازن المالي حتي تمام تنفيذ العقد ، حيث إن من طبيعة العقود الدولية أنها تحقق بقدر الإمكان توازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقدين و بين المزايا التي ينتفعوا بها ، اعتباراً بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين".

و علي هذا إذا ما واجه أحد أطراف العقد التجارى الدولى أخطاراً سواء كانت اقتصادية أو طبيعية أو إدارية ، فإنه يكون له الحق في أن يلجأ إلي القضاء أو جهات التحكيم التجاري الدولي L'arbitrage commercial international لإعادة التوازن المالي للعقد لذلك ، و قد أوجد واقع عقود التجارة الدولية حلولاً قد اعترف من خلالها للأطراف بحرية واسعة في تنظيم عقودهم بمقتضى نوعين من الشروط :

النوع الأول : ويسمى شروط التعديل التلقائي للعقد ، و تهدف هذه الشروط إلى تعديل بنود العقد تلقائياً ، دون حاجة إلى تدخل الأطراف أثناء إجراء التعديل ، و من تلك الشروط شرط الإبقاء على القيمة على أساس مؤشر معين ، أو شرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة .

النوع الثاني : ويسمى شروط مراجعة العقد ، حيث تهدف هذه الشروط إلى مراجعة بنود العقد عن طريق إعادة التفاوض بين الأطراف ، و أهم هذه الشروط و أكثرها رواجاً في واقع العقود الدولية شرط إعادة التفاوض أو المراجعة بواسطة أعادة التفاوض Hardship .

كما أن مبادئ عقود التجارة الدولية قد أشارت إلى هذا الاختلال فى التوازن الاقتصادي لعقود التجارة الدولية وفقا لأحكام الظروف الشاقة و شروط انطباقها فى المادة السادسة ٦-٢-١، ٦-٢-٢ و بينت فى المادة ٦- ٢ - ٣ الآثار المترتبة على انطباق تلك الشروط .

إن إعادة النظر في العقود بسبب إختلال التوازن الإقتصادى للعقد يعد نتيجة مباشرة لتغير الظروف أو الظروف الطارئة و التى يمكن تعريفها بصورة أولية على أنها مراجعة الالتزامات العقدية بإرادة خارجية على التعاقد ، تتولى فرض التزامات غير إرادية في مكان الالتزامات الارادية المتفق عليها ، تجد مصدرها في إرادة المشرع أو القضاء أو التحكيم .

فهي نظرية تذهب في مقابل العقد و تخالف محتواه ، و هي رغم تعارضها مع المبادئ التقليدية التي تسود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين تعد نظرية شاملة أخذ بها المشرع المدني في حالات متعددة ، كما أعتمدها القضاء في بعض تطبيقاته العملية عند اصطدامه مع الواقع ، فكان في عمله مشرعاً في تلك الحالات الخاصة و المحددة ، فإعادة النظر في العقود قد برزت في تشريعات بعض الدول من خلال نصوص متفرقة كان الدافع إليها أولا: السياسة التشريعية التي تقوم على إرضاء حاجات معينة أو تحقيق مصلحة عليا اجتماعية واقتصادية ، و ثانياً مبدأ العدالة الذي يتحقق بإقامة الإنصاف و العدالة كأساس في التعامل ، و القضاء بتأثير من النزعات الإنسانية وبعض المبادئ غير العقدية لم يتوان عن مراجعة العقد و فرض الالتزامات على الإرادة ، و إن كان يعتمد في حلوله أسلوباً يتولى إخفاء تلك العملية تحت ستار تفسير الإرادة أو

إعمال القواعد المدنية ، لما تنطوي عليه من معالجة للعقد بإعادته إلى وضعه الصحيح ، و هو ما يقبله المنطق و ما لا تقبله الذهنية التقليدية في التشريع المدني .

و إذا كانت التغيرات في الظروف المحيطة بالعقد لها أثر واضح على المستوى الداخلي ، فإن هذا الأثر يتعاظم و يزداد على المستوى الدولي ، إذ غالباً ما تشهد حركة الأسواق العالمية تغيراً ملحوظاً في أسعار المواد الأولية و المواد المصنعة أو المنتجة بسبب بعض الأحداث و الظروف ، و قد أدى الواقع المذكور إلى خلق مفاهيم جديدة فرضتها ظروف و ملابسات التجارة الدولية Le Commerce international جعلت من الواضح عدم ملاءمة القواعد و النظم القانونية المختلفة في التشريعات الوطنية لمسايرة التطورات على مستوى التجارة الدولية .

فالحلول التي تتضمنها القوانين الوطنية تتصدى ، بالدرجة الأولى إلى المشكلات الناجمة عن العلاقات الداخلية تحديداً ، و تكون نظرتها إلى العلاقات التجارية الدولية و ما يصاحبها من مشكلات ناجمة عن تغير الظروف على سبيل الإستثناء ، فنظرية القوة القاهرة Théorie de la force majeure على سبيل المثال لا تستوعب في أغلب الأحيان ، الحالات ذات الطابع الإقتصادي و التكنولوجي في العقود الدولية ، أما نظرية الظروف الطارئة فإنها تعجز ، أيضاً عن معالجة ما ينجم عن تغير ظروف العقود الدولية بما تخوله من سلطة للقاضي في تعديل العقد في حين ، أن العقود الدولية تتضمن شرطاً باللجوء إلى التحكيم L'arbitrage لفض أي نزاع قد يثور بمناسبة تنفيذ العقد .

يتعلق موضوع بحثنا بدور التحكيم التجارى الدولى فى عقود التجارة الدولية طويلة الأجل بصفة عامة و لا يقف البحث عند دراسة تفصيلات دور التحكيم التجاري الدولي و إنما سيعالج بصفة خاصة أثر تغير الظروف و دور التحكيم التجاري الدولي في معالجة الاختلال الناتج عن هذا التغيير .

و ينصب البحث علي أهم مرحلة من مراحل حياة العقد ألا و هي مرحلة تنفيذ العقد و بالتالي يخرج عن مجال بحثنا مرحلتان من مراحل العقد هما : مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام هذه العقود و مرحلة تكوين هذه العقود و ما يصاحبهما من مشكلات و ما يثور بصددها من تساؤلات .

و ينصب بحثنا علي وجه الخصوص علي فرض عدم تنفيذ العقد بالشكل المتفق عليه بين الأطراف بسبب وقوع أحداث غير متوقعة منهم و مستقلة عن إرادة المدين و تؤثر علي هذا التنفيذ بجعله مرهقاً للمدين مع بقائه ممكناً كنتيجة لاختلال التوازن الاقتصادى للعقد .