T05-01181

تم تسجيل

جامعة عين شمس

كلية الحقوق

# اختيار قواعد العدالة والإنصاف لحل منازعات التجارة الدولية

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من

محمد توفيق على محمد فهمي

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

- أ.د. سميحة القليوبي: أستاذ القانون التجاري وكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة سابقاً
- أ.د. رضا السيد عبد الحميد: أستاذ القانون التجاري وكيل كلية الحقوق جامعة عين شمس
- أ.د. ناجي عبد المؤمن: رئيس قسم القانون التجاري بكلية الحقوق جامعة عين شمس

بالرجوع إلى نية هؤلاء المتعاقدين ، فلا يجوز إذاً نقض العقد أو تعديله إلا بتراض عاقديه ويكون هذا التراضى تعاقداً جديداً . " (١)

وكذلك :-

" ليس فى أحكام القانون المدنى ما يسوغ للقاضى نقض الإلتزامات التى يرتبها العقد ، بل أن هذا مناف للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين(٢)(٣).

هذا هو الحال عند فض النزاع بين الخصوم عن طريق القضاء الوطنى أو عن طريق تحكيم القانون.

ولكن ما هو الحال عند إتفاق الخصوم على حل نزاعهم عن طريق تحكيم العدالة؟

بدايةً لا يثور الخلاف عند إتفاق الخصوم الصريح على منح المحكم فى التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف سلطة تعديل الإلتزامات العقدية فهذا لا يصطدم مع الأصل العام السابق الإشارة إليه - وهو أن العقد شريعة المتعاقدين - فالمتعاقدون قد إتفقوا فيما بينهم على هذه الإلتزامات وهم أنفسهم من أعطى المحكم فى هذا التحكيم هذه السلطة.

---

(١) الحكم فى الدعوى التحكيمية رقم ١٧٣ لسنة ٢٠٠٠ والتى تم الفصل فيها فى ٢٠٠٠/١٢/١٤ برعاية مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى ، والمشار إليه فى مجلة التحكيم العربى العدد الرابع أغسطس ٢٠٠١ ، ص ٢١٢

(٢) حكم التحكيم فى الدعوى التحكيمية رقم ١٨٢ لسنة ٢٠٠٠ والتى تم الفصل فيها بجلسة ٢٠٠١/٤/١٥ برعاية المركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى والمشار إليه فى مجلة التحكيم العربى العدد الرابع أغسطس ٢٠٠١ ، ص٢١٣

(٣) فى سلطة القاضى الوطنى الإستثنائية بالنسبة للإلتزامات العقدية :- ما يلى ص ٢٩١ .

# فهرس الموضوعات


فصل تمهيدى ٩

**الباب الأول :**

**ماهية التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف** ٢٧

**الفصل الأول: تمييز قواعد العدالة والإنصاف** ٣١

المبحث الأول : ماهية قواعد العدالة والإنصاف ٣١

المطلب الأول : بحث صفة العدل فى عقود التجارة الدولية ٣٢

المطلب الثانى : ماهية قواعد العدالة و الإنصاف وماهية العدل فيها ٣٥

المبحث الثانى : تمييز قواعد العدالة والإنصاف عن غيرها من مجموعات القواعد الأخرى ٣٩

المطلب الأول : تمييزها عن قواعد القانون التجارى الدولى ٣٩

المطلب الثانى : تمييزها عن قواعد أعراف وعادات التجارة الدولية ٤٣

المطلب الثالث : تمييزها عن المبادئ العامة السائدة فى مجتمع التجارة الدولية والمتعارف عليها بين الدول ٥٤

المطلب الرابع : تمييزها عن بعض الشروط الإتفاقية الأخرى ٦٣

**الفصل الثانى : تمييز التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف عن الطرق الأخرى لفض وتسوية منازعات التجارة الدولية** ٦٧

المبحث الأول : تمييزه عن التوفيق ٦٩
المبحث الثانى : تمييزه عن الوساطة ٩٠
المبحث الثالث : تمييزه عن الخبرة الفنية ٩٩
المبحث الرابع : تمييزه عن الصلح ١٠٧
المبحث الخامس : تمييزه عن الوكالة ١١٣
المبحث السادس : تمييزه عن الحكم الصادر برضاء الأطراف أو بشروط متفق عليها ١١٥
المبحث السابع : تمييزه عن التسوية الودية ١١٩

**الفصل الثالث : صور تطبيق قواعد العدالة والإنصاف** ١٢٥

المبحث الأول : الإختيار الصريح للخصوم لتطبيق قواعد العدالة والإنصاف (تحكيم العدالة). ١٣٥
المطلب الأول : لمن يكون الحق فى إختيار تطبيق قواعد العدالة ١٤٠

والإنصاف ؟
المطلب الثانى : شروط صحة إختيار الخصوم لتطبيق قواعد العدالة والإنصاف ١٥٧
الفرع الأول : إشتراط الصراحة فى إختيار تطبيق قواعد العدالة والإنصاف ١٦٠
الفرع الثانى : إشتراط المشروعية القانونية لإختيار تطبيق قواعد العدالة والإنصاف ١٧٣
الفرع الثالث : عدم إشتراط الكتابة فى إختيار تطبيق قواعد العدالة والإنصاف ١٨٠
المبحث الثانى : تفويض المحكم فى إختيار تطبيق قواعد العدالة والإنصاف (التحكيم مع التفويض بالصلح) ١٨٨
المبحث الثالث : التطبيق المستتر لقواعد العدالة والإنصاف ١٩٥

**الفصل الرابع : سلطات وواجبات المحكم فى التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف** ٢٠٧

المبحث الأول : السلطات التى ينفرد بها المحكم فى التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف ٢٦٢

المطلب الأول : السلطات التى ينفرد بها المحكم فى التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف والتى تتعلق بالقواعد الواجبة التطبيق على النزاع ٢٦٣

الفرع الأول : سلطة إستبعاد أحكام القانون الوطنى واجب التطبيق ٢٦٤

الفرع الثانى : سلطة إختيار تطبيق قواعد العدالة والإنصاف ٢٦٩

الفرع الثالث : سلطة تطبيق القوانين الوطنية ٢٧٤

الفرع الرابع : مدى سلطة المحكم فى التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف فى الحكم وفقاً لضميره الشخصى ٢٧٧

المطلب الثانى : السلطات التى ينفرد بها المحكم فى التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف والتى تتعلق بالإلتزامات العقدية ٢٧٩

- بحث سلطة المحكم فى التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف والتى تتعلق بالإلتزامات العقدية فى عقود الغرر ٣٠٠

المبحث الثانى : الواجبات التى يلتزم بها المحكم فى التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف ٣٠٧

المطلب الأول : بحث مدى إلتزام المحكم فى التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف بتحديد القانون الوطنى واجب ٣١٤

التطبيق
المطلب الثانى : بحث واجبات المحكم فى التحكيم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف عند الفصل فى صحة إتفاق التحكيم ٣١٨

**الباب الثانى :**
**تقييم قواعد العدالة والإنصاف** ٣٢٣

**الفصل الأول : بحث عيوب قواعد العدالة والإنصاف** ٣٢٩

المبحث الأول : بحث الصفة القانونية فى قواعد العدالة والإنصاف والعيوب التى تؤثر على هذه الصفة ٣٣٣
المبحث الثانى : بحث عدم مشروعية تحكيم العدالة فى بعض التشريعات الوطنية ٣٤٣
المبحث الثالث : بحث العيوب التى تقلل من أهمية قواعد العدالة والإنصاف فى مجتمع التجارة الدولية ٣٥١

**الفصل الثانى : بحث ميزات قواعد العدالة والإنصاف** ٣٦١

المبحث الأول : تجنب العيوب المصاحبة لتطبيق القوانين الوطنية على المنازعات التى تتعلق بعمليات التجارة الدولية ٣٦٣
المطلب الأول : تجنب عيوب تطبيق ٣٦٥

القوانين الوطنية على
منازعات التجارة الدولية
والتى تتعلق بمضمون
هذه القوانين
المطلب الثانى : تجنب عيوب تطبيق ٣٧١
القوانين الوطنية على
منازعات التجارة الدولية
والتى لا تتعلق بمضمون
هذه القوانين
المطلب الثالث : تجنب عيوب تطبيق ٣٧٥
القوانين الوطنية على
منازعات التجارة الدولية
والتى تتعلق بالوسيلة
المتبعة لتطبيقها
المبحث الثانى : تجنب العيوب المصاحبة لتطبيق ٣٨٥
عادات وأعراف التجارة الدولية
على المنازعات التى تتعلق
بعمليات التجارة الدولية
المبحث الثالث : مدى مناسبة قواعد العدالة ٣٨٧
والإنصاف لحكم المنازعات التى
تنشأ بمناسبة العمليات التجارية
الأكثر أهميةً فى المجتمع التجارى
المعاصر
المبحث الرابع : دور قواعد العدالة والإنصاف فى ٣٩٥

التقليل من سيطرة وقسوة بعض
الأطراف على العلاقة التجارية
المبحث الخامس : دور قواعد العدالة والإنصاف فى ٣٩٨
الحفاظ على التوازن العقدى
المبحث السادس : أثر قواعد العدالة والإنصاف على ٤٢٦
مفهوم وآثار القوة القاهرة

**الفصل الثالث : أثر تطبيق قواعد العدالة والإنصاف على** ٤٤٥
**عيوب وميزات التحكيم ذاته**

المبحث الأول : أثر تطبيق قواعد العدالة والإنصاف ٤٤٧
على عيوب التحكيم
المطلب الأول : العيوب التى يتساوى فيها ٤٤٨
تحكيم العدالة مع تحكيم
القانون
- إعتبار التحكيم تنازلاً مسبقاً ٤٤٨
عن ولاية القضاء الوطنى
- إعتبار التحكيم تنازلاً مسبقاً عن ٤٤٩
إمكانية الطعن فى أحكام
التحكيم بطرق الطعن المقررة
فى قوانين المرافعات الوطنية
المختلفة
- إعتبار التحكيم تنازلاً عن بعض ٤٥٣
الضمانات الشكلية لحسن سير
عملية فض المنازعات

- الرد على إعتبار التحكيم تنازلاً مسبقاً عن ولاية القضاء الوطنى ٤٥٤

- الرد على إعتبار التحكيم تنازلاً مسبقاً عن إمكانية الطعن فى أحكام التحكيم بطرق الطعن المقررة فى قوانين المرافعات الوطنية المختلفة ٤٧٣

- الرد على إعتبار التحكيم تنازلاً عن بعض الضمانات الشكلية لحسن سير عملية فض المنازعات ٤٨٩

المطلب الثانى : العيوب التى يعمل تحكيم القانون على تخفيف أثرها مقارنةً بتحكيم العدالة ٤٩٣

- إمكانية تعرض المحكم لضغوط مادية ونفسية من جانب الخصوم ٤٩٣

- المراهنة على ثقافة المحكم ٤٩٤

المطلب الثالث : العيوب التى يعمل تحكيم العدالة على تخفيف أثرها مقارنةً بتحكيم القانون ٤٩٦

المبحث الثانى : أثر تطبيق قواعد العدالة والإنصاف على ميزات التحكيم ٤٩٨

المطلب الأول : الميزات التى يتساوى فيها تحكيم العدالة مع تحكيم القانون ٥٠٠
- تجنب العيوب المصاحبة لعملية فض النزاع عن طريق القضاء الوطنى ٥٠٠
- إمكانية إختيار المحكمين من ذوى الخبرة الفنية ٥٠٦
- الحفاظ على سرية الخصومة ٥٠٨
- عدم إلتزام المحكم بتطبيق قواعد تنازع للقوانين محددة سلفاً ٥١٠
- عدم إلتزام المحكم بتطبيق أى قوانين توصف بأنها قوانين بوليس أو أمن مدنى أو القوانين ذات التطبيق الضرورى ٥١١
- تمتع حكم التحكيم بصفة القبول من الخصوم ٥١٢
المطلب الثانى : الميزات التى يعمل فيها تحكيم القانون على إنماء أثرها مقارنةً بتحكيم العدالة ٥١٤
- العلم المسبق بالإطار القانونى الذى يحكم النزاع ٥١٥
المطلب الثالث : الميزات التى يعمل فيها تحكيم العدالة على إنماء أثرها مقارنة بتحكيم القانون ٥١٨
- عدم التقيد الجامد بالتشريعات الوطنية ٥١٨
- الحفاظ على العلاقة الودية بين الخصوم ٥١٩

- إعتبار التحكيم أداة ائتمان للأجنبى لدخوله في عمليات تجارية مع الوطنين ٥٢٠

**الفصل الرابع : تقييم تطبيق قواعد العدالة والإنصاف** ٥٢٣

المبحث الأول : أثر تطبيق قواعد العدالة والإنصاف على مصالح المشتغلين بالتجارة الدولية ٥٢٥

المبحث الثانى : أثر تطبيق قواعد العدالة والإنصاف على مصالح الدول النامية ٥٣١

**خاتمة** ٥٥٥

**قائمة المراجع العربية** ٥٦٠

**قائمة المراجع الأجنبية** ٥٧٥

**الفهرس** ٥٨١