كلية الحقوق

قسم القانون التجاري والبحري

دور قضاء الدولة في تفعيل التحكيم التجاري الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحث

فيصل طايل سلمان القضاه

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

أ.د/ سميحة القليوبي (رئيساً)

أستاذ القانون التجاري والبحري – كلية الحقوق – جامعة القاهرة

أ.د/ عصام الدين القصبي (عضـوا)

أستاذ القانون الدولي الخاص – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ سيد أحمد محمود (مشرفاً وعضـوا)

أستاذ قانون المرافعات – وكيل كلية الحقوق الأسبق – جامعة عين شمس

أ.د/ ناجي عبد المؤمن (مشرفاً وعضـوا)

أستاذ القانون التجاري والبحري– عميد كلية الحقوق – جامعة عين شمس

١٤٣٩هـ – ٢٠١٨م

كلية الحقوق

قسم القانون التجاري والبحري

صفحة العنوان

اسم الباحث: فيصل طايل سلمان القضاه

عنوان الرسالة: دور قضاء الدولة في تفعيل التحكيم التجاري الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية (دراسة مقارنة)

الدرجة العلمية: الدكتوراه.

القسم التابع له: القانون التجاري والبحري.

الكلية: الحقوق.

الجامعة: جامعة عين شمس.

سنة التخرج:

سنة المنح: ٢٠١٨ م

كلية الحقوق
قسم القانون التجاري والبحري

رسالة دكتوراه

اسم الباحث: فيصل طايل سلمان القضاه

عنوان الرسالة: دور قضاء الدولة في تفعيل التحكيم التجاري الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية (دراسة مقارنة)

الدرجة العلمية: الدكتوراه.

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د/ سميحة القليوبي (رئيساً)

أستاذ القانون التجاري والبحري – كلية الحقوق – جامعة القاهرة

أ.د/ عصام الدين القصبي (عضـوا)

أستاذ القانون الدولي الخاص – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ سيد أحمد محمود (مشرفاً وعضـوا)

أستاذ قانون المرافعات – وكيل كلية الحقوق الأسبق – جامعة عين شمس

أ.د/ ناجي عبد المؤمن (مشرفاً وعضـوا)

أستاذ القانون التجاري والبحري– عميد كلية الحقوق – جامعة عين شمس

الدراسات العليا

ختم الإجازة: أُجيزت الرسالة: بتاريخ / /

موافقة مجلس الكلية موافقة مجلس الجامعة

بتاريخ / / بتاريخ / /

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ
عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ
وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴾

(سورة النمل – الآية ١٩)

قال تعالى (وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمومنون) صدق الله العظيم
الهي لا يطيب الليل الا بشكرك.. ولا يطيب النهار إلا بطاعتك.. ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك. .
ولا تطيب الاخرة إلا بعفوك ...

لله جل جلاله..

الى حبيبنا فخراً واعتزازاً... الى سراج الامة المنير وشفيعها ...

سيدنا محمد صل الله عليه وسلم

الى من سهرت لتشهد مولد فجري ... الى من علمتني بأن المنال لا يستعصي عليك... الى القوة والحنان... الى التضحية والاخلاص... الى المدرسة والوطن... الى الحب والأمل ... الى التي كان دعائها سر نجاحي ... الى اغلى الحبابب...

أمي الحبيبة

الى من كلله الله بالهيبة والوقار ... الى من أحمل أسمه بكل أفتخار ...الى رمز الشموخ والرجولة.....الى من اعطاني الثقة بلا حدود ... الى الذي كلماته نجوم اهتدي بها اليوم وفي الغد والى الابد **...** الى القلب الكبير وعميد العائلة...

والدي العزيز

الى أملي وعزتي .. الى من يشاركوني لحظات عمري .. الى من هم داخل قلبي .. الى قوتي وفخري واعتزازي ... الى من كانوا دائما حافزاً لي ...

أخي محمد العزيز... وشقيقتي الغوالي

الى من فقدناه مبكراً ... الى من كان فراقه صعباً ومحفوراً في ذاكرتي ... الى من عشقته طفلاً...
أخي مشعل ... عليه رحمة الله ورضوانه

الى الساكنين في أعماق ذاتي واغوار ذاكرتي ووجداني ... الى فخري وشموخي ...
الى أحبابي وعزوتي ...

جدتي الغالية الحاجة (ام طايل)... وعمتي العزيزه... وأعمامي العزيزين...

وابناء أعمامي الغوالي

الى الذين ادعوا الله أن يدخلهم الفردوس الاعلى بواسع رحمته ومغفرته.. الى من كان لهم البصمة المؤثرة في حياة كل واحد من العائلة...الى من كان كلامهم حكمة ورايهم سديد.. الى التاريخ الحافل.. والسيرة الطيبة العطرة..

جدي سلمان (ابو طايل) ... وامي الثانية (عمتي سلوى)... عليهم رحمة الله ورضوانه

الى من ارى التفاؤل بعينيها والسعادة في ضحكتها...

بنت اختي هنوف الغالية

الى رفقا الدرب.. الاصدقاء الاوفياء.. الذين تعجز الكلمات بان تعطيهم حقهم

الدكتور ثامر ابو جريبان.. الاستاذ عماد الجازي.. المحامي محمد الفايز..
الدكتور جلال القهيوي..الدكتور احمد الشرايعة .. الدكتور عمر العرايشي

الحمد لله حمد الشاكرين، له الحمد في كل وقت وكل حين، الحمد لله الذي أعانني وأمدني بالصبر والتوفيق حتى خرجت هذه الرسالة إلى النور، ولله الفضل في أن جعلني ورسالتي بين أيدي أساتذة وعلماء أجلاء لهم عليَّ وعلى الكثير كل الفضل والعرفان ومني لهم خالص التقدير والإمتنان، **الحمد لله القائل {وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ۖ وَلَئِنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ}، والصلاة والسلام على نبي الهدى القائل (من لم يشكر الناس لا يشكر الله).**

واعتراف بالفضل لأهله فإنه يشرفني أن أتوجه بخالص الشكر والتقدير الى **سيادة العالم الجليل المرحوم الأستاذ الدكتور/ رضا السيد عبد الحميد** أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري والبحري ووكيل كلية الحقوق سابقا - جامعة عين شمس لقبول سيادته الاشراف على رسالتي والذي ما بخل علي بنصحه وإرشاده فلسيادته ارفع واجمل معاني الشكر والتقدير واسمى عبارات الامتنان والتوقير، على ما بذله معي من جهد ابتغاء وجه الله تعالى، ونسأل الله العلي القدير أن يرحمه رحمة واسعه وأن يدخله فسيح جناته وان يسكنه الفردوس الاعلى ان شاء الله .

واعتراف بالفضل لاهله أتقدم بخالص الشكر والتقدير الى **سيادة العالم الجليل الأستاذ الدكتور/ سيد أحمد محمود** أستاذ قانون المرافعات – ووكيل كلية الحقوق الاسبق– جامعة عين شمس على تفضل سيادته قبول الاشراف على رسالتي ، لذلك أقدم الى هذا العالم الجليل عظيم شكري وتقديري، وكامل اعتزازي ومودتي وعرفاني بالجميل على ما بذله معي من جهد ابتغاء وجه الله تعالى، والذي وسعني صدره وحلمه وكرمه فلمست منه تواضع العلماء وصدق الأوفياء، فسيادته لم يبخل علي بالنصح والارشاد، فلقد نهلت من علمه الكثير، فالى سيادته أرفع وأجمل معاني الشكر والتقدير ، لما أحاطني به من روح الأبوة وعطاء لم ينقطع فهذه سمة العلماء، واسأل الله أن يجزيه عني خير الجزاء ، وان يطيل الله في عمره بموفور الصحة والعافية.

واعتراف بالفضل لاهله أتقدم بخالص الشكر والتقدير الى **سيادة العالم الجليل الأستاذ الدكتور/ ناجي عبد المؤمن** أستاذ القانون التجاري والبحري وعميد كلية الحقوق – جامعة عين شمس، والذي أدين له بالفضل والعرفان على شموله لي بالرعاية والتوجيه، حيث كان لي الشرف بقبول سيادته على إستكمال الاشراف علي رسالتي، والذي وسع صدره وحلمه وكرمه فلمست فيه تواضع العلماء، فلهذا العالم الجليل عظيم شكري وتقديري وكامل اعتزازي ومودتي وعرفاني على ما بذله معي من نصح وارشاد وتوجيه من خلال إشراف سيادته على رسالتي رغم ضيق وقته وجسامة مسؤولياته، واسأل الله أن يجزيه عني خير الجزاء ، وان يطيل الله في عمره بموفور الصحة والعافية.

كما أتقدم بوافر الشكر والعرفان الى **العالمة الجليلة، أمي الغالية، سيادة الأستاذة الدكتورة / سميحة القليوبي** أستاذة القانون التجاري والبحري- كلية الحقوق- جامعة القاهرة، على تفضل سيادتها بالتكرم بقبول رئاسة لجنة الحكم على الرسالة وتحمل عناء قراءتها، بما يعنيه ذلك من إثراء للرسالة بملاحظاتها وتوجيهاتها، فسيادتها صاحبة مدرسة متميزة في القانون التجاري والبحري، والتي طالما نهلنا من علمها الغزير ومن كتبها القيمة على مدار السنين، واسأل الله أن يجزيها عني خير الجزاء، وان يطيل الله في عمرها بموفور الصحة والعافية.

كما أتقدم بوافر الشكر والعرفان **الى سيادة العالم الجليل الأستاذ الدكتور/ عصام الدين القصبي** أستاذ القانون الدولي الخاص – كلية الحقوق – جامعة عين شمس، على تفضل سيادته بالتكرم والمشاركة بعضوية لجنة الحكم على الرسالة وتحمل عناء قراءة الرسالة وتصويب اخطائها للاسهام في إثرائها رغم كثرة مشاغله، حيث نهلت من بحر وفيض علوم سيادته الكثير من خلال كتبه وابحاثه ومناقشاته العلمية لطلاب علمه، واسأل الله أن يجزيه عني خير الجزاء، وان يطيل الله في عمره بموفور الصحة والعافية.

والحمد لله رب العالمين

المقدمة

يمثل التحكيم أبرز الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، فهو بشكل عام اتفاق على عرض النزاع على أشخاص معينين يطلق عليهم محكمين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة، فهو يعد وسيلة لفض المنازعات، مصدره الاتفاق وقوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية للوصول إلى حكم يصدر عن هيئة التحكيم يتمتع بحجية الأمر المقضي به شأنه في ذلك شأن الحكم الصادر عن القضاء.

وقد شهد العالم في الأونة الاخيرة تطور تكنولوجي ومعلوماتي كان دافعا لإبرام العقود التجارية عبر شبكة الانترنت، مما يتبعه من التوفير على اطراف العقد التجاري من تكلفة الانتقال من بلد إلى بلد لإبرامها، فطبيعة العالم الافتراضي لا يعطي اعتباراً لعنصري المكان والزمان لأطراف العلاقة العقدية.

ونتيجة لذلك ظهر بما يسمى بالحكومات الإلكترونية، والشركات الإلكترونية، والبنوك الإلكترونية، وتزايد حجم عقود التجارة الإلكترونية، مما أدى إلى ازدهار التجارة الإلكترونية بشكل عام، وحيث إن هذا الواقع يحتم في طور هذا الازدهار للتجارة عبر القنوات الإلكترونية أن يتم تطوير واستغلال الأساليب التي تدعم هذه القنوات لتسوية المنازعات بين الأطراف المتباعدة مكانياً مما يسمح بحسمها سريعاً وبأقل النفقات، مع مراعاة الضمانات الاساسية للتقاضي خصوصاً حقوق الدفاع وتسبيب قرارات التسوية وغيرها.

ويترتب على ذلك تطوير نماذج جديدة لتسوية المنازعات التي تصدر عن التجارة الإلكترونية، وذلك لكون نطاق عملها لا بد أن يتجاوز الحدود الجغرافية للدول مما يجعل قواعد وإجراءات الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتسوية المنازعات غير ملائمة لطبيعة التجارة الإلكترونية، ولما كان تطوير مثل هذه الاتفاقيات في الاتجاه الذي يتطلبه إزدهار التجارة الإلكترونية يحتاج إلى وقت طويل ويخضع لإجراءات معقدة، فقد بادر أصحاب الشأن من

أطراف معاملات التجارة الإلكترونية والمؤسسات المعنية بأمورها، إلى إنشاء تنظيمات ذاتية تحكم تسوية منازعاتها.

قواعد وإجراءات التحكيم القائمة حالياً والمعمول بها في شأن تسوية المنازعات وبالأخص المنازعات التقليدية لا تتناسب مع طبيعة معاملات التجارة الإلكترونية، مما أدى إلى نشوء فكرة التحكيم عن بُعد عبر وسائل الاتصال الحديثة، والذي يعرف بأنه مباشرة إجراءات التحكيم بالوسائل الإلكترونية بداية من اتفاق الأطراف على إحالة النزاع الى التحكيم وحتى صدور حكم التحكيم، فضلا عما يتمتع به من مميزات مختلفة، وذلك على الرغم من أن نظام التحكيم عن بُعد يمثل التطور الطبيعي للتحكيم التقليدي إلا أنه لحداثة العهد به وقصور التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية الناظمة له، ظهرت العديد من التشريعات التي من الممكن أن تسهم في تطويره، فعلى المستوى الدولي قامت هيئة الأمم المتحدة، ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(اليونسترال)، بإصدار القانون النموذج للتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦ كقانون استرشادي يمكن الاستفادة منه كأساس عند إصدار التشريعات الوطنية للتجارة الإلكترونية، وهو قانون يقوم على مبدأ التناظر الوظيفي أو المعادل الوظيفي بمعنى التكافؤ بين الكتابة والمحررات الإلكترونية والكتابة والمحررات الورقية من حيث الوظائف، ويحتوي هذا القانون على مجموعة من القواعد والإرشادات التي تهدف إلى تهيئة بيئة قانونية أكثر ملاءمة للتجارة الإلكترونية من خلال الاعتراف بتبادل البيانات إلكترونياً وقبول الرسائل الإلكترونية والاعتراف بالإثبات الإلكتروني، كما صدر أيضًا قانون اليونسترال النموذج للتوقيع الإلكتروني لسنة ٢٠٠١ بهدف الاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني وبيان الشروط والمتطلبات اللازمة لذلك، بالإضافة إلى ذلك جاءت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة ٢٠٠٥ بهدف وضع قواعد لإزالة العقبات القانونية القائمة أمام استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

ولعل أبرز المزايا التي تميز التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي هي ملاءمة نظام التحكيم الإلكتروني لطبيعة العقود الإلكترونية، وبالتالي يعتبر الأسلوب المناسب والأمثل لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود التجارية الإلكترونية، وذلك كونه لا يتطلب انتقال أطراف النزاع لمقر التحكيم الذي يقع في مكان بعيد، بالإضافة إلى صفة الاستعجال التي تتمتع بها الإجراءات الخاصة بهذا النوع من التحكيم حيث يتم تبادل الوثائق والأدلة، والمستندات بطريقة شبه فورية عن طريق البريد الإلكتروني على سبيل المثال.

كما تم إقرار لوائح خاصة بنظام التحكيم الإلكتروني تم إقرارها من قبل مراكز التحكيم الرئيسية وبصفة خاصة وبما يتوافق مع لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام١٩٩٨، ولائحة تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام ١٩٨٥، ولائحة تحكيم جمعية التحكيم الأمريكية لعام١٩٩٢، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ بموجب اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥.

بالإضافة إلى الأخذ بعين الاعتبار اللوائح الخاصة بالتحكيم الإلكتروني التي تم إعدادها من قبل بعض التنظيمات مثل لائحة المحكمة الإلكترونية لجامعة مونترُيال بكندا، وقواعد مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO، وجمعية المحكمين الأمريكية التي طورت نظام القاضي الافتراضي virtual magistrate، وكذلك ما تم ابتكاره من قبل مراكز أخرى ، وهو عبارة عن نظام يعرف بالمفاوضات المباشرة direct–negotiation، وهذا النظام يستخدم أسلوب الوساطة عبر الإنترنت mediation on line الذي يساعد على حل العديد من النزاعات التي يتعذر توصل طرفي النزاع فيها لحل دون طرف ثالث فيقوم بعملية الوساطة والتوفيق بينهما، وفي فرنسا تم إنشاء هيئة تحكيم خاصة سنة ١٩٩٧ تعمل على تسوية المنازعات في المعاملات الإلكترونية صغيرة أو متوسطة القيمة.