مجلة

تعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية المتعلقة بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة

مجلة علمية محكمة | العدد (3) | السنة الثانية | ذي القعدة 1434 هـ | سبتمبر 2013 م

معهد دبي القضائي

عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص

أ.د. أحمد محمد الهواري

«حماية المستهلك الإلكتروني في العقد الإلكتروني

أ.د. ماجدة شلبي

الرقابة على محتوى الإنترنت

د. طاهر شوقي مؤمن

باكورة الأحكام القضائية لمحكمة تمييز دبي في تطبيق تقنيات الاتصالات في قضايا الأحوال الشخصية

أ.د.محمد محمد محمد أبو زيد

حُكم المحكمة الأمريكية العليا تسريب معلومات سرية للتحايل في سوق الأوراق المالية

Carpenter v. U.S., 434 U.S.19 (1987)

www.dji.gov.ae

معهد دبي القضائي

مجلة علمية محكمة | العدد (3) | السنة الثانية | ذي القعدة 1434 هـ | سبتمبر 2013م

الهيئة الاستشارية

الأستاذ الدكتور حسام الدين كامل الأهواني

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور عبد الخالق حسن أحمد

جامعة الأزهر - طنطا

القاضي الدكتور علي ابراهيم الإمام

رئيس محكمة التمييز بدبي

الأستاذ الدكتور أحمد عوض بلال

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور عكاشة محمد عبد العال مصطفى

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

الأستاذ الدكتور سعد الدين مسعد هلالي

جامعة الأزهر - القاهرة

رئيس التحرير

القاضي الدكتور جمال حسين السميطي

مدير التحرير

الأستاذ الدكتور محمد محمد محمد أبوزيد

هيئة التحرير

الدكتور محمد عبد الرحمن الضويني
الدكتور عبد الرازق الموافـــي عبد اللطيف
القاضي الدكتور عبد الله سيف الشامسي
الدكتور خالد خلفان المنصوري
الدكتور سلطان عبد الحميد الجمال
الأستاذة نورة عبيد بن عمير الرميثي

سكرتير التحرير

الأستاذ كامل محمود إبراهيم

التعريف بالمجلة وأهدافها وقواعد النشر فيها

«مجلة معهد دبي القضائي» تعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية المتعلقة بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة، مجلة علمية محكمة تقبل النشر باللغة العربية، والإنجليزية، والفرنسية. وهي مجلة يلفت مجال اهتمامها إلى طبيعة موضوعاتها حيث أضيفت عبارة تقنية المعلومات والعلوم الحديثة إلى كلمة قانونية بهدف الدلالة على طبيعة الموضوعات المكونة للبنيان الداخلي للمجلة.

وهذه الموضوعات هي المشكلات القانونية المعاصرة التي يتحتم بحثها في ضوء التقدم العلمي بطفرتيه: طفرة التقدم في مجال المعلومات وشبكة الاتصال، وطفرة التقدم في المجال البيولوجي.

إذن فعنوان المجلة جاء من السعة والشمول إلى حد كبير. فحصيلة التطورات العلمية سريعة ومتنوعة، وأبعادها وانعكاساتها على كافة فروع القانون لا فكاك منها.

والمجلة تتضمن الأبواب الآتية:

- البحوث والدراسات القانونية.
- الاجتهادات القضائية وتشمل:
  - التعليق على الأحكام.
  - المبادئ القانونية التي يرسيها القضاء الإماراتي والقضاء المقارن.
- النصوص القانونية المستحدثة.
- التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات وورش العمل.
- عرض الرسائل الجامعية والكتب.

أهداف المجلة:

1 - تعزيز وتكريس ثقافة ومنهجية إجراء البحوث والدراسات القانونية المتعلقة بالعلوم والتقنية المتقدمة.

2 - إثراء العمل القضائي بالبحوث والدراسات القانونية التي تعكس التطور التشريعي المواكب للتقدم العلمي، ما يعين القاضي في أداء عمله وتوسيع مداركه وزيادة حصيلته المعلوماتية.

3 - العمل على تنشيط الاجتهاد في مجال الفقه والقضاء من خلال نشر الدراسات والبحوث والمقالات المعمقة والتعليقات على الأحكام ذات الصلة بانعكاسات التقدم العلمي.

4 - إمداد المحاكم والنيابات العامة بالبحوث والدراسات التي تسهم في تطوير القضاء في إطار تعاون مثمر بين الفقه والقضاء.

5 - الاهتمام بالدراسة القانونية المقارنة للقوانين وأحكام القضاء للاطلاع على الخبرات الأجنبية وطريقة معالجتها للمشكلات القانونية الناتجة عن انعكاسات وتأثير التقدم العلمي، مع مراعاة قيم المجتمع ومصالحه.

6 - الاهتمام بدراسة التشريعات المكملة التي تعكس تجاوب المشرع مع التقدم العلمي بغرض رفع ما قد يكون من تناقض بين نصوصها أو بينها وبين غيرها من تشريعات، فالتحديث التشريعي لأي قانون يجب أن يكون نتاج تركيب علمي متناسق.

7 - قيام المعهد بإحدى مهامه على وجه فعال وسريع في إمداد الدوائر المعنية بنتائج الدراسات والبحوث التي يمكن أن تفيد تلك الدوائر في تشخيص المشكلات التي يعكسها التقدم العلمي وتقديم الحلول المقترحة.. وخاصة في حالات الاستعجال، حيث يلزم سرعة التدخل التشريعي تحت تأثير هذا الاستعجال.

8 - إثراء المكتبة القانونية بصفة خاصة والمكتبة العربية بصفة عامة، ليس فقط بالبحوث والدراسات المتعلقة بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة، بل وبنتائج وتقويم هذه الدراسات في ضوء ما يسفر عنه التطبيق العملي.

قواعد النشر في المجلة

النشر بالمجلة يتم وفقاً للقواعد التالية :

1 - أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والثراء المعرفي.

2 - الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة، ومراعاة التوثيق العلمي الدقيق.

3 - يجب أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط، وتقوم هيئة التحرير بالمراجعة اللغوية والتعديل بما لا يخل بمحتوى البحث أو مضمونه.

4 - أن لا يكون البحث قد سبق نشره على أي نحو كان، أو تم إرساله للنشر في غير المعهد، ويثبت ذلك بإقرار من الباحث.

5 - يقدم البحث مطبوعاً في نسختين، ويرفق به نسخة من الوعاء الإلكتروني المطبوع من خلاله.

6 - ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة على 40 صفحة من الحجم العادي (A4) ويجوز في بعض الحالات التغاضي عن هذا الشرط إذا كان تقسيم البحث إلى قسمين أو أكثر يؤدي إلى الإخلال بوحدة البحث.

7 - يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه لأي جهة أخرى للنشر حتى يصله رد المجلة.

8 - يرفق الباحث بحثه بنبذة عن سيرته العلمية، وعنوانه بالتفصيل ورقم الهاتف، والفاكس (إن وجد) والبريد الإلكتروني.

9 - تخضع البحوث التي ترد إلى المعهد للتقويم والتحكيم من قبل المختصين للحكم على أصالتها وجديتها وقيمتها وسلامة طريقة عرضها، ومن ثم صلاحيتها للنشر من عدمه.

10 - يمنح كل باحث خمس نسخ من العدد المنشور فيه بحثه.

11 - يمنح المعهد مكافأة مالية للأبحاث التي تقرر صلاحيتها للنشر ويقوم المعهد بنشرها.

12 - تصبح البحوث والدراسات المنشورة ملكاً لمعهد دبي القضائي، ولا يحق للباحث إعادة نشرها في مكان آخر دون الحصول على موافقة كتابية من المعهد.

13 - للمعهد الحق في ترجمة البحث أو أجزاء منه وبما لا يخل بمحتوى البحث أو مضمونه متى اقتضت الظروف ذلك، وبما لا يخل بفحوى المادة العلمية.

14 - أصول البحوث التي تصل إلى المجلة لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر.

15 - ترسل البحوث بعنوان رئيس تحرير المجلة ص ب 28552 دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، أو على البريد الإلكتروني research@dji.gov.ae .

أولوية وترتيب النشر:

- الموضوعات المرتبطة بدولة الإمارات العربية المتحدة.
- تاريخ وصول البحث لرئيس تحرير المجلة.
- تنوع موضوعات البحث.
- ترتيب البحوث في المجلة يخضع لاعتبارات فنية.

المحتويات

تقديم
القاضي الدكتور جمال حسين السميطي 08

كلمة العدد
أ.د. محمد محمد محمد أبو زيد 10

عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص
أ.د. أحمد محمد الهواري 14

«حماية المستهلك الإلكتروني في العقد الإلكتروني
أ.د. ماجدة شلبي 74

الرقابة على محتوى الإنترنت
د. طاهر شوقي مؤمن 166

باكورة الأحكام القضائية لمحكمة تمييز دبي في تطبيق تقنيات وسائل الاتصال العصرية في قضايا الأحوال الشخصية
أ.د. محمد محمد محمد أبو زيد 209

حُكم المحكمة الأمريكية العليا رقم (108) في قضية تسريب معلومات سرية للتحايل في سوق الأوراق المالية
حكم مترجم عن اللغة الإنجليزية 219

تقديم

بقلم: القاضي الدكتور جمال حسين السميطي
المدير العام رئيس التحرير

alsumaitijh@dji.gov.ae

«تنمية البحث العلمي وتعميقه في المجالات القانونية والقضائية» هذا واحد من الأهداف الرئيسة التي أنشئ المعهد لتحقيقها، وإن تشابهت الأهداف مع العديد من الدوائر والمراكز ولكن يبقى الاختلاف والتميز في آليات التنفيذ ووسائل التحقيق ومعطيات المخرجات.

ونحن في معهد دبي القضائي آثرنا على أنفسنا أن نسلك دروباً جديدة وغير ممهدة وغير مطروقة من قبل، فنمهدها ونستخلص من بستان بحوثها ودراساتها رحيقها نقياً ونقدمه للقانونيين الإماراتيين والعرب عسلاً خالصاً فيه المزيد من العلم والمعرفة.

هكذا صغنا هدفنا عندما شرعنا في رفد القارئ الإماراتي خاصة والعربي عامة بسلاسل البحوث والدراسات، فاعتمدنا في بحوثنا ودراساتنا على المزج بين الفكر القانوني الفقهي والقضائي، كما سعينا لتنويع إصداراتنا لتخدم كافة شرائح المجتمع، حتى أصبحت في أعوام قليلة سبع سلاسل متنوعة ومختلفة، تحتوي كل سلسلة منها على مجموعة متكاملة من الإصدارات.

وهذا العدد الثالث المستقر بين أيديكم من «مجلة معهد دبي القضائي» العلمية المحكمة التي تعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية المتعلقة بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة، بما يحوي بين دفتيه من أبحاث ودراسات، وحكم قضائي صادر عن المحكمة الأمريكية العليا في قضية تسريب معلومات سرية للتحايل في سوق الأوراق المالية، وقد رأينا أن ننشر، عزيزي القارئ، هذا الحكم بلغته الأم الأصلية الإنجليزية مع ترجمة عربية ليتسنى للكافة قراءته والاطلاع عليه والاستفادة منه، خاصة وأن هذه الأحكام تعد من الأحكام المتخصصة ذات الندرة لموضوعها ووقائعها. وبذلك نعزز رؤيتنا بنشر الأحكام باللغة العربية واللغات الأخرى، وقريباً ستبدأ المجلة في نشر دراسات وبحوث بلغات أخرى هي اللغات الأم لمؤلفيها.

وإن كانت رؤيتنا هي «أن نكون مركزاً إقليمياً للتميز القانوني والعدلي»، فنحن نسعى بإذن الله لأن نحقق تلك الرؤية بمبادرات تنقل روائع تشريعاتنا الوطنية واجتهاداتنا القضائية الإماراتية إلى العالم أجمع ليتأكد الجميع أننا نسير في مسار التميز الحضاري والإنساني جنباً إلى جنب مع التميز القانوني والقضائي، فالدربان متلازمان لا ينفصلان.

كلمة أخيرة: إن هذا الجهد الذي بين أيديكم، وراءه فريق عمل يؤمن بما يعمل، ويعمل ليتميز، ويجتهد في التميز ليرتقي، ولا يرضى بغير المركز الأول، فشكراً للهيئة الاستشارية للمجلة التي تضم كبار أساتذة القانون والقضاء في عالمنا العربي، وشكراً لهيئة التحرير التي تضم أساتذة وقضاة من المشهود لهم بالكفاءة والتميز، وشكر خاص للأستاذ الدكتور محمد محمد محمد أبو زيد مدير التحرير الذي أدار دفة العمل بنجاح واقتدار متواصل، وشكراً لفريق العمل بقسم الدراسات والبحوث الذين يبذلون الغالي والنفيس ليخرج هذا العمل بتلك الصورة الطيبة التي ترضيكم وتعبر عن المعهد ومنظومة العمل فيه والتي هي جزء من آلة التميز والإبداع الدائم والمستمر في بلادنا حفظها الله، وحفظ حكامها وقيادتها وشعبها العزيز.

بقلم أ. د. محمد محمد محمد أبو زيد
أستاذ القانون المدني
بمعهد دبي القضائي

كلمة العدد

نحو الوصول إلى الرقم واحد [1]

الحمد لله فاتحة كل خير وتمام كل نعمة، والصلاة والسلام على خاتم النبيين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم المبعوث للعالمين رحمة، وعلى آله وصحبه ومن دعا بدعوته إلى يوم الدين..

وبعد...

ومع إشراقة صباح جديد بصدور العدد الثالث من مجلة معهد دبي القضائي التي تعنى بالبحوث العلمية الرصينة المتعلقة بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة تكون المجلة في متناول القراء والباحثين الكرام ينهلون من معينها، ويقتبسون منها وتكون لهم مرجعاً في دراستهم فيستنيروا وينيروا..

يصدر هذا العدد في ثوبه القشيب شكلاً وموضوعاً وأسرة التحرير تسعى بجهد دائب، وعمل صائب، وعزيمة قوية، وإصرار متواصل، وإدارة رشيدة إلى الرقي نحو الأفضل والوصول إلى الرقم واحد في إطار من التنافس على المستوى الإقليمي والعربي والعالمي.

ولما لا؟ ودولة الإمارات اليوم هي الأولى في مجالات عديدة

(1) ومضات من فكر ص 42.

وسنظل نسعى - والكلمات لصاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم نائب رئيس الدولة رئيس مجلس الوزراء حاكم دبي، حفظه الله، لأن نكون الأفضل عالمياً في المجالات كافة، لأننا شعب لا يرضى إلا بالمركز الأول[1] ولا بد أن تكون لدينا الروح التنافسية القوية مع الدول والأمم الأخرى[2]. فالمنافسة دائماً تجعلك أقوى وأفضل ولا يخاف منها إلا الضعيف[3].

في هذا السياق من الإصرار على مواجهة التحدي الذي تقدمه القيادة الرشيدة توجهاً لأبناء الوطن في جميع المجالات، تسعى أسرة تحرير مجلة معهد دبي القضائي إلى تحقيق الهدف والوصول إلى المراد (المركز الأول ولا بديل) والحقيقة أن المجلة قد بدأت تتركز دعائمها ويستقيم أمرها إذ تتبنى المشكلات والمعضلات القانونية بحثاً وتأصيلاً وتضع لها حلولاً تتفق ومواكبة العصر، وتواصل متابعة هذه الدراسات بالمراجعة والتقويم في ضوء ما يسفر عنه التطبيق العملي، وكل ذلك في إطار نظام قانوني يتسم بالتناسق والانسجام والتوافق، وهي بذلك تتخذ الموضوعية والأصالة مَعْلَماً، فترتقي بتوزيعها من المجال الإقليمي، إلى المجال العربي، إلى المجال العالمي فتسهم في توسيع المعرفة والثقافة القانونية.

وفي إطار سعي أسرة التحرير في تشكيلها الجديد [4] للوصول إلى المركز الأول تعنى عناية فائقة باختيار البحوث، وتهتم بوضع الضوابط التي على أساسها يتم اختيار المحكمين الذين يستعان بهم في تحكيم البحوث وذلك لتحديث قواعد البيانات الخاصة بالمحكمين من مختلف الجهات والجامعات ومختلف التخصصات.

(1) ومضات من فكر ص 43.

(2) ومضات من فكر ص 78.

(3) ومضات من فكر ص 86.

(4) نقصد بالتشكيل الجديد انضمام عضو جديد نراه فاعلاً وهو الأستاذة/ نورة الرميثي.

كما وتسعى أسرة التحرير إلى مخاطبة رجال القانون [1] بغرض التواصل مع المجلة لنشر بحوثهم أو لقيامهم بالتحكيم الجاد أو الاشتراك للحصول على عدد المجلة فور صدوره.

وبهذه المناسبة تدعو أسرة التحرير السادة المهتمين بالبحوث الشرعية والقانونية وخاصة العاملين بالسلك القضائي إلى التواصل مع المجلة وتزويدها برؤاهم وملاحظاتهم وآرائهم التي ستكون بلا ريب مغنماً للمجلة..

كما يسر أسرة التحرير وهي تقف دائماً لمراجعة رصيد العام المنصرم لتقييم الحصيلة، أن تتلقى الاقتراحات البناءة التي ترتقي بالمجلة إلى أن تتبوأ (الرقم واحد).

وبعد؛ فهذا العدد يزدان بلمسة تبرهن على السعي نحو الأفضل ومحاولة الوصول إلى الرقم واحد وهو أنه فضلاً عن تضمن العدد ثلة من البحوث القيمة فإنه يتضمن عرضاً لأحد الأحكام الصادرة عن القضاء الأمريكي وهو حكم للمحكمة الأمريكية العليا.

كما يأتي العدد شاملاً نخبة من البحوث القانونية في مجال تقنية المعلومات نتناول فيها عقود التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك في تلك العقود. كما نتطرق لأسس الرقابة على محتوى الإنترنت ونستعرض باكورة أحكام تمييز دبي في قضايا الأحوال الشخصية.

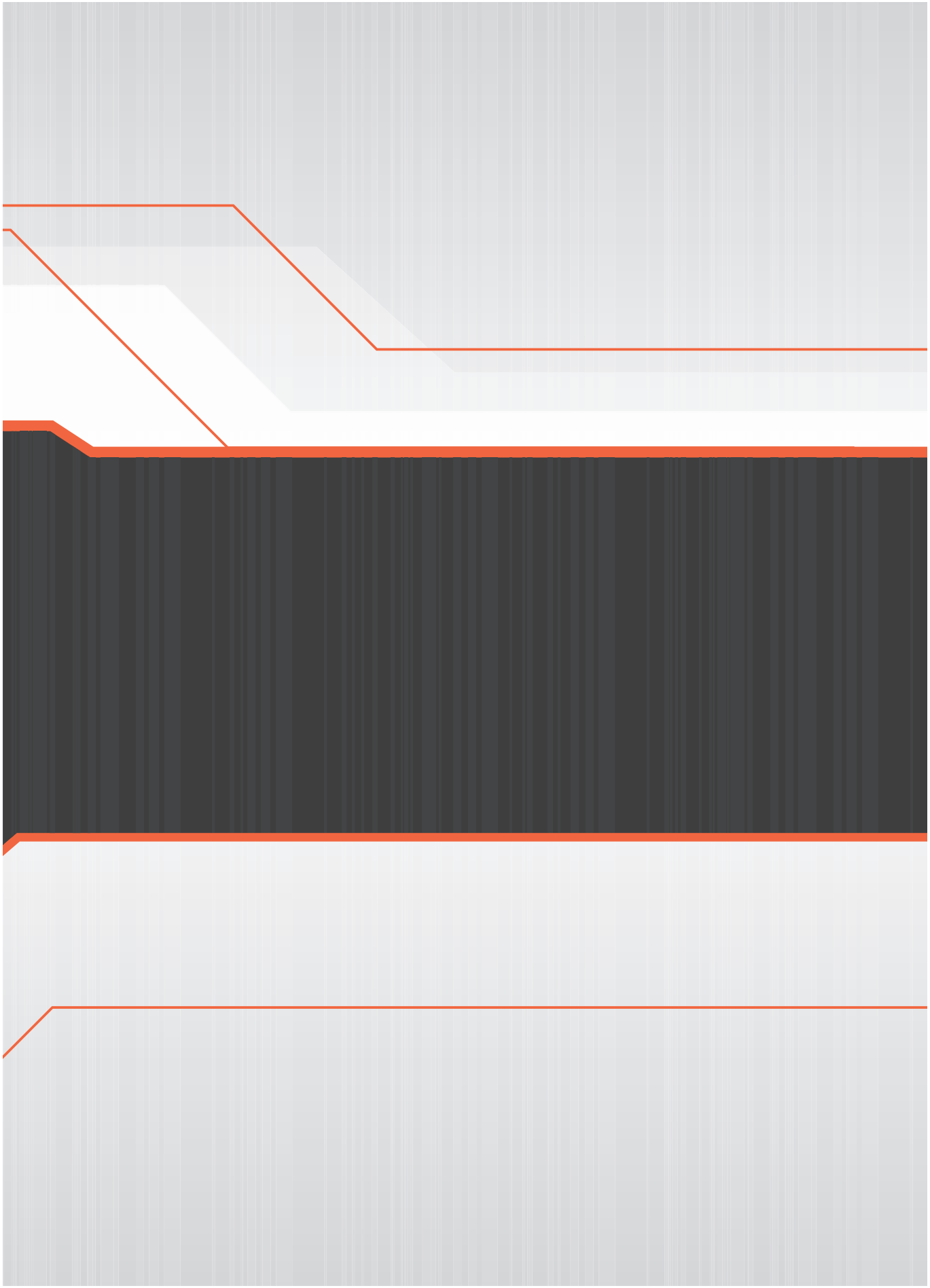
وفي الختام فإن الفضل لأهله واجب، والشكر لمستحقيه موصول وعلى رأسهم سعادة القاضي الدكتور جمال السميطي رئيس التحرير مدير عام معهد دبي القضائي للجهد المبذول والطموح الكبير والصبر الدائب لتخطي الصعاب سعياً لتطوير المجلة.

والله عز وجل نسأله الرشد والسداد وأن تتحقق الفوائد العلمية المرجوة من بحوث هذا العدد، وأن يتحقق المراد إن شاء الله لهذه المجلة بتبوئها المركز الأول.

وإلى لقاء متجدد إن شاء الله تعالى في العدد التالي كقارئ وباحث.

(1) وندلل على ذلك بجهد رئيس التحرير في الحصول على بعض الأحكام الأجنبية المنشورة بهذا العدد.

معهد دبي القضائي



عقود التجارة الإلكترونية
في القانون الدولي الخاص

الأستاذ الدكتور أحمد محمد الهواري

كلية القانون - جامعة الشارقة

مقدمة:

القانون في ركاب التقدم التقني

لم تعرف البشرية تسارعاً في نمو العلاقات بين بني البشر كما يحدث اليوم مع شبكة الإنترنت التي أدخلت العالم في عصر «الوقت الحقيقي - temps réel»[1]، الذي يلغي الزمان والمكان، ويسمح بالحصول على جميع أنواع المعلومات بشكل فوري في مختلف بقاع المعمورة. وقد دفعت هذه الحقيقة بعض المفكرين إلى القول بأن التطور المتسارع لشبكة الإنترنت في سبيله لأن يحدث تحوّلاً مجتمعياً سوف يصم القرن الحادي والعشرين، بحيث يمكن مقارنته بالتحول الذي أحدثته الثورة الصناعية. بل إن البعض الآخر يذهب إلى أبعد من ذلك بتقريره أنها ثورة أكثر عمقاً، يمكن مقارنة آثارها بآثار اكتشاف حروف الأبجدية في تطور الحضارة الإنسانية [2]. وأياً ما كانت درجة الحقيقة أو المبالغة في هذا القول فإن المؤكد أن الإنترنت هي إحدى الوسائل المعدودة التي اخترعها الإنسان لإشباع حاجاته وزيادة سطوته على الحياة وعلى الطبيعة، والتي تحولت في زمن قصير نسبياً إلى عامل حاسم يؤثر في نمط حياته ووجهة نموه [3].

وبالرغم من أن الشبكة صممت في الأصل لكي تستخدم على نطاق محدود لنقل وتبادل المعلومات، فقد اتسع نطاق استخدامها على نحو كبير منذ مطلع تسعينيات القرن الماضي. ولا يقتصر هذا الاستخدام على تبادل المعلومات بكافة أشكالها على النطاق الكوني بل إنها تحولت إلى سوق عالمية هائلة، يتم من خلالها إبرام الصفقات التجارية وكذلك تسويق وترويج السلع والخدمات. وهكذا تتعايش داخل الشبكة العالمية للمعلومات مواقع مجانية غالباً ذات طابع علمي وبحثي، ومواقع أخرى ذات طابع تجاري. وهكذا أوجدت الأنشطة التي تمارس على شبكة المعلومات العالمية مشكلات قانونية لم يَخْبُرْها رجال القانون من قبل وباتت تشكل تحدياً لفكر هؤلاء، ولا تلقي هذه المشكلات بظلالها فقط في مجال القانون الجنائي [4]، ولكنها تلقي بظلالها أيضاً على

---

(1) انظر: Bouyssonie(J.P), Edetorial , Revue Echange Internationaux du CCI. N.32, avril 1994.

(2) انظر:

Queau (P.) . Inforoutes et societé, Doc. Ass. Nat. et Senat n. 232 9 mars1980 ; Thery (G.) ,Les autoroutes de l' information , La Documentation Française , oct .194 ; Benssoussan (A.) , Internet : aspects juridiques, Hermes, 195,p.15.

(3) انظر طوني ميشال عيسى: التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت. دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية . الطبعة الأولى 2001، بيروت، ص 15 .

(4) ذهب البعض إلى حد القول بأن الإنترنت قد أدت إلى عولمة مسرح الجريمة حيث أن جل الجرائم أو الاشتراك فيها يمكن أن ترتكب عن طريق هذه الشبكة، وهو ما يظهر خطورتها بوصفها مصدراً جديداً من مصادر الإجرام يصعب السيطرة عليه.

انظر في الفقه العربي: د. عمر عبيد محمد الغول، نطاق تطبيق القانون الجنائي من حيث المكان في ظل المعطيات التكنولوجية المعاصرة. دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة القاهرة 2006، د. هشام رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات

تنظيم علاقات قانونية تندرج في مجال القانون المدني [1]، والقانون التجاري [2] أو قانون الأعمال.

الحديثة، 1992، د. جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، 1992، ولنفس المؤلف أيضاً انظر: الإنترنت والقانون الجنائي «الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالإنترنت»، دار النهضة العربية، 2001، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة. دراسة تطبيقية في القضاء المصري والفرنسي، د. مدحت رمضان، جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت، دار النهضة العربية، 2000، د. السيد عتيق، جرائم الإنترنت، دار النهضة العربية، 2002، د. محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1994، د. عمر سالم، الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1995، د. أسامة قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1989.

وانظر في الفقه الغربي على سبيل المثال:

Chamoux (F.): La loi sur la fraude informatique; des nouvelles incriminations; J. C. P. 1998 – 1 – 3321
Martin (D.): La criminalité informatique, Press universtaire de France, 1997; Champy (G.) , Fraude informatique, thése, univesité Aix Marseille, 1990; Guichenx (N. A.): Les infractions pénales favorisées par l› informatique, thése, Montpelier 1, 1996 .

(1) ومن هذه المشكلات مشكلة الوفاء الإلكتروني راجع على سبيل المثال:

Beaure D› augéres (G.), Breese (P.), Thuilier, paiment numérique sur internet, état de l› art, aspects juridique et impact sur les metiers, Paris, Thomson Publishing, 1997;
Costes (L.) : Transactions en ligne, Paiement électronique, galeries marchands virtuelles, Bulltin d› actualité, lamy droit de l› informantique, no 97, novembre 1997;
Reed (ch.) ; Davies (L): Digital Cash – the legal implication, IT Law units, Center for commercial law studies, Queen Mary westfield college, The Internet research project, 1995;
Tyree (A.) Virtual Cash – Payment on the internet, Part I, Journal of banking and finance law and practice, vol 7, 1996; = = Vasseur (M.): La paiement électronique, aspects juridiques, J. C. P. 1985, I, 320 b.

ومن هذه المشكلات أيضاً مشكلة إثبات التصرفات. راجع على سبيل المثال:

Caprioli (E): Preuve et signature dans le commerce électronique, Droit et Patrimoine, No 55, décembre 1997, p 57.
Bensoussan (A) Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique: Aspects techniques et solutions juridiques, Gaz Pal, 1991, 2, P 361.

وكذلك مشكلة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة راجع د. حسام الدين كامل الأهواني: الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير ويوليو 1990، العددان الأول والثاني، السنة الثانية والثلاثون، مطبعة جامعة عين شمس 1990.

وفي الفقه الغربي على سبيل المثال:

Chenaux (J. L.) Le droit de la personnalité face aux médias internationaux; Geneve; Droz, 1990;
Foscaneau: La protection des données à caractére personnel contre l› utilisation abusive de l› informatique, clunet, 1982, p 55:
Frayssinet (J.) : Informatique, Fichiers et libertés: Les régles, les sanctions, la doctrine de CNIL, Litéc, 1992:
Kirby, Transbonder flows and basic rules of data privacy, 16 Stan . J. inter. l, 1980, p 27;
Lucas (A), Résumé des colloque: «Program copyright and moral rights: a culture clash?› Symposium de l› OMPI, Paris, 1996: Computer and law and security report 1994.
Mole (A.); Donneés nouvelles et réseaux ouverts: Une directive peut en cacher une autre, Gaz. Pal. 29/30 juillet 1998 – p. 20:
Turin, Privacy protection and security in transnational data processing systems, 16 Stanf. J. Int. L. 1980, p 67.

(2) حول المشاكل التي يثيرها الحاسب الآلي والإنترنت في مجال القانون التجاري انظر في الفقه العربي: د. نوري حمد خاطر، مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون والذي عقدته كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة في 10 . 12 مايو 2003 المجلد الرابع. ص 1797 . 1838.

ومما لا شك فيه أن القانون الدولي الخاص [1] مطالب أكثر من غيره من فروع القانون بتقديم الحلول لهذه المشاكل، ولما لا؟ وهي تنشأ في غالب الأحيان عن علاقات قانونية ذات طابع دولي، بحسبان أن شبكة المعلومات العالمية هي أداة للاتصال بين الأشخاص عبر حدود الدول.

الإنترنت وعولمة الاقتصاد

أدى التقدم التقني الهائل في مجال الاتصالات إلى طرح مشكلات قانونية لم يَخْبُرْها رجال القانون من قبل، وبات لزاماً عليهم وضع الحلول المناسبة لها، فالواقع العملي يظهر أن عولمة وسائل الاتصال والمعلومات la mondialisation قد أدى إلى عولمة الاقتصاد [2] حيث أتاحت هذه الوسائل - ومما لاشك أن أهمها شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) - سوقاً هائلة أمام

وانظر في الفقه الغربي على سبيل المثال:

Hance (O.), Business et Droit d› Internet, The Best of Mc Graw Hill, 1996;
Huet (J.), Le secret commercial et la transparance de l'information, in les petites affiches, No 20, 15 fevrier 1988, p 12;
Bensoussan (A) le commerce électronique sur les autoroutes de l› information, Cahiers Juridiques et Fiscaux de l› Exportation, No 1/96;
Costes (L.) Vers un droit de commerce international «sans papier»? R Daff; 1994, n 66, P 741;
Costes (L.) Aperçu sur le droit du commerce électronique aux Etats - Unis, Droit et patrimoine, No 55, décembre 1997;
Clech (ph.), la preuve en matiere de cartes bancaires, banque à domicile et télematique, informatique et droit de la preuve, Travaux de l› A. F. D. I, 1987; p 53;
Poiter (I.), le commerce électronique sur internet, Gaz. Pal. 4 avril 1997, p 298.

(1) راجع في الفقه العربي:

د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني . السياحي . البيئي) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- د. أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمر كلية الشريعة والقانون حول الأعمال المصرفية، 2003، ص 1575 - 1609.

- د. أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية، المرجع السابق، ص 1645 - 1664.

- د. عصام الدين القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية، المرجع السابق، ص 1611 - 1644.

- د. عزت محمد البحيري، القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية (نظرة عامة) بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية، المرجع السابق، ص 1665 - 1678.

وفي الفقه الغربي على سبيل المثال:

Itanau (O.), Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique Paris, éd Eyrolles, 1996;
Van Overstraeten, Droit applicable et juridiction competente sur internet, R. Daff int., 1998; No 3, p. 373;
Vivant (M), Cybermonde: Droit rt droit des réseaux, JCP. Ed. G 1996, I, n. 8.1.
Vivant (M.) Droit national? Droit transnational,? Colloque de l› Union des avocats européens, Monaco, 10 – 11 avril, Bruylant 1997;
Vivant (M.) Internet et mode de régulation, Rapport du Colloque de Namur sur l'Internet, novembre, 1996, Cahiers, du CRID, 1997.

(2) انظر: Itanau (O.), Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique Paris, éd Eyrolles, 1996,p.35.

الملايين من التجار والمستهلكين، الذين بات بمقدورهم، ودون حاجة للالتقاء ودون حاجة لأية وسائل مادية، الحصول على السلع والخدمات المتاحة في هذه السوق. وتتسم غالبية المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات بطابعها الدولي، لأنها تتم بين أفراد يقيمون أو ينتمون إلى دول مختلفة. فالعقود التي تبرم عبر الإنترنت غالباً ما يكون أحد أطرافها مستخدم للشبكة internet user يقيم في دولة وطرفها الثاني مورد لسلعة أو مقدم لخدمة - مثل خدمة الاشتراك في الشبكة fournisseur d'acce's - وقد يكون مقيماً في دولة ثانية، وأخيراً قد تكون الشركة التي تقوم بمعالجة البيانات وإدخالها عبر الشبكة internet service provider مقيمة في دولة ثالثة [1]. وهكذا يتوافر لهذه المعاملات كل من المعيارين اللازمين لتمييز العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي. فاتصال هذه العلاقات من خلال جنسية أو موطن أو مركز أعمال أطرافها بأكثر من دولة يجعلها مستوفية للمعيار القانوني لدوليتها، كذلك فهي تستوفي المعيار الاقتصادي الذي يصمها بهذا الطابع حيث تؤدي إلى انتقال القيم الاقتصادية بين الدول، أي تتضمن مداً fleux وجزراً refleux لهذه القيم عبر الحدود.

تعريف التجارة الإلكترونية

يمكن أن نميز بوجه عام بين ثلاثة اتجاهات رئيسة بخصوص تعريف التجارة الإلكترونية:

الاتجاه الأول موسع يُدخل في التجارة الإلكترونية جميع الأنشطة التي تتم عن طريق تبادل المعلومات بوسائل إلكترونية أياً ما كانت هذه الوسيلة. وهذا الاتجاه منتقد لأنه يؤدي إلى اتساع نطاق هذه التجارة بحيث يشمل معاملات غير تجارية. مثل الأنشطة الثقافية والاجتماعية - مما يفقد التجارة الإلكترونية ذاتيتها، ويثير صعوبات تتعلق بتحديد القواعد القانونية التي تحكم أنشطتها.

أما الاتجاه الثاني فهو يضيق مفهوم التجارة الإلكترونية فيجعلها تقتصر فقط على المعاملات ذات الطبيعة التجارية التي تتم عبر شبكة الإنترنت بين شخصين كلاهما يستعمل حاسباً متصلاً بشبكة الإنترنت، أو بين شخص يستعمل حاسباً متصلاً بهذه الشبكة والحاسب المبرمج لشخص آخر. وهذا الاتجاه منتقد أيضاً لأنه يقصر الوسط الذي تمارس من خلاله هذه التجارة على شبكة الإنترنت. فهذه الأخيرة، وإن كانت الأشهر لكونها شبكة مفتوحة ويُتاح للكافة الدخول إليها، فهي ليست الشبكة الوحيدة التي يمكن من خلالها ممارسة الأنشطة التجارية، إذ يوجد إلى جانبها شبكات أخرى مغلقة تقتصر على المشتركين فيها.

(1) انظر:

Van Overstraeten, Droit applicable et juridiction competente sur internet, R. Daff int., 1998; No 3, p. 373; Vivant (M.), Informatique:Repertaire Dalloz de droit international , 2e'd 1999TZ.

والاتجاه الأخير هو اتجاه وسط، فهو لا يحصر التجارة الإلكترونية في الإطار الضيق لمفهوم العمل التجاري كما تعرفه القوانين ذات التراث اللاتيني، ولكنه يجعلها تشمل أعمال ذات طبيعة مدنية في مفهوم هذه القوانين. من ناحية أخرى فإن هذا الاتجاه لا يقصر الوسط الإلكتروني الذي يمارس هذه التجارة من خلاله على شبكة الانترنت، ولكنه يجعله يشمل أية شبكة أخرى مماثلة من حيث قدرتها على تبادل المعلومات إلكترونياً.

تعريف عقود التجارة الإلكترونية

تعتمد عمليات التجارة الإلكترونية بوجه عام على الترويج بالنسبة للسلع والخدمات، وعلى التعاقد بخصوصها، على وسائل وتقنيات تبادل المعلومات عن بعد، وهي في هذا الصدد تعتمد بصفة أساسية على الشبكة الدولية للمعلومات «الإنترنت»، وتوفر هذه التقنيات على الأطراف مؤنة الانتقال والالتقاء في مكان معين لإجراء هذه التعاقدات، يستوي في ذلك إمكان تنفيذ هؤلاء الأطراف لالتزاماتهم بذات الوسائل التقنية، أي إلكترونياً، أو ضرورة تنفيذها بشكل مادي ملموس.

ومن ذلك يتضح أن عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي تتميز بأن الإيجاب والقبول فيها يتم التعبير عنهما من خلال وسائط تقنية متعددة Multimedia أهمها شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، بين أشخاص يسعون إلى إشباع حاجاتهم المتبادلة بإبرام عقودهم من خلال هذه الوسائط. فشبكة الإنترنت تحولت إلى واجهة عرض عالمية وناقلاً جديداً للتجارة الدولية [1]. وهكذا يتسم عقد التجارة الإلكترونية ذو الطابع الدولي بعدم ضرورة التواجد المادي لأطرافه لحظة تبادل التعبير عن الإرادة، فالإيجاب والقبول في هذا العقد يتم عبر شبكة المعلومات الدولية - الإنترنت بين أطراف تتواجد في دول مختلفة وإن كان يضمّهم مجلس عقد حكمي واحد أي أن عقد التجارة الإلكترونية وإن كان يبرم بين غائبين من حيث المكان إلا أن أطرافه قد تكون حاضرة في الزمان. وأخيراً يتسم عقد التجارة الإلكترونية بعدم ثباته بصفة دائمة على دعامة مادية ملموسة [2]. وإذا كان أحد طرفي العقد الدولي عن طريق التعاقد عبر الإنترنت يسعى إلى إشباع احتياجاته الشخصية والعائلية كنا بصدد عقد استهلاك إلكتروني ذي طابع دولي.

(1) انظر: Bréhan (Y.). Surfer sur le droit, Solutions Télématiques, n' 42, janvier 1996.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني. السياحي. البيئي) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ، ص 68، 69 .

تعريف عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي

يمكن تعريف عقد الاستهلاك بوجه عام بأنه العقد الذي يبرمه أحد الأطراف من أجل الحصول على السلع والخدمات لإشباع احتياجاته الشخصية أو المنزلية أو العائلية متى كان الطرف الآخر مهنياً يتعاقد في إطار أنشطته المهنية [1]. ويكتسب هذا العقد طابعاً دولياً استناداً

(1) وقد اعتنقت العديد من التشريعات الوطنية هذا التعريف، سواء تعلقت هذه التشريعات بحماية المستهلك عندما يرتبط بعلاقة استهلاك وطنية أو بعلاقة استهلاك ذات طابع دولي. ففي فرنسا، نذكر على سبيل المثال المادة رقم (2) من القانون رقم 22-78 الصادر في 10 يناير 1978 والمتعلق بحماية المستهلك في مجال بعض عمليات الائتمان، حيث نصت هذه المادة على أنه «يطبق القانون الحالي على كل عمليات الائتمان (القروض) التي تمنح عادة للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين والتي لا تكون مخصصة لتموين نشاط مهني.» وفي النمسا، تنص المادة رقم (1) من القانون النمساوي في 1 أكتوبر 1979 بشأن حماية المستهلك في فقرتها الأولى على أن المستهلك هو الشخص الذي لا يتصرف في إطار نشاط مهني، وبالتالي تنتفي صفة المستهلك في مفهوم هذه المادة عن الشخص الذي يتصرف في إطار نشاط مهني أو يحصل على السلعة أو الخدمة لهدف مهني وليس الاستعمال الشخصي أو العائلي. وفي بلجيكا، تنص المادة رقم (2) من القانون الصادر في 9 يوليو 1957 بشأن البيع والقرض بالتقسيط في فقرتها الأولى على أنه «لا يطبق هذا القانون على البيوع بالتقسيط التي تتم مع تجار المنقولات المادية من أجل إعادة بيعه» وفي سويسرا، تنص المادة رقم (120) من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18 ديسمبر 1987 على تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك على العقود التي تتعلق بأداء استهلاكي معد للاستعمال الشخصي أو العائلي للمستهلك والتي لا ترتبط بالنشاط المهني أو التجاري له. وقد ورد هذا التعريف في العديد من الاتفاقيات الدولية مثال ذلك، ما جاء في اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر 1968 والمتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية المدنية والتجارية. والتي عرفت المادة 13 منها بأنه «الشخص الذي يتعاقد في إطار نشاط غير نشاطه المهني. كذلك تبنت اتفاقية روما المبرمة في 19 يونيو 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية نفس هذا التعريف للمستهلك حيث عرفت المادة الخامسة منها في فقرتها الأولى عقود الاستهلاك بأنها «العقود التي يكون موضوعها توريد منقولات مادية أو خدمات إلى شخص المستهلك من أجل استعمال يخرج عن إطار نشاطه المهني»، وكذلك العقود المخصصة لتموين هذا التوريد. وبالرغم من استبعاد اتفاقية فيينا المبرمة في 11 أبريل 1980 والمتعلقة بالبيع الدولي للبضائع بيوع المستهلكين من نطاق تطبيقها إلا أنها تعرضت لتعريف المستهلك عندما نصت على استبعاد هذه البيوع. وتنص المادة (2) من هذه الاتفاقية على أنه « لا تسري هذه الاتفاقية على:

البضائع التي تشتري للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد ولا يفترض فيه أنه يعلم بأن البضائع اشتريت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة. ويتضح من هذا النص أن الاتفاقية استبعدت من تطبيقها البيوع التي يكون المشتري فيها مستهلكاً، ويقصد بالمستهلك في مفهوم الاتفاقية الشخص الذي يتصرف في إطار نشاط غير مهني، أو الشخص الذي يشتري البضائع من أجل الاستعمال الشخصي العائلي أو المنزلي. وبذلك أخذت الاتفاقية بعنصر النشاط أو الاستعمال الشخصي لتحديد مفهوم المستهلك.

ويجب أن يعلم البائع أن البضائع التي اشتريت بواسطة المستهلك بقصد الاستعمال الشخصي، أما إذا كان البائع يجهل ذلك فإن البيع يخضع للاتفاقية حتى ولو كان المشتري مستهلكاً. ولكن يلاحظ أن المعيار الذي استخدمته هذه الاتفاقية يبدو غامضاً، حيث إن المشتري وحده هو الذي يعرف جيداً الاستخدام المخصص للبضائع التي اشتراها. وعلى نفس المنوال سارت المادة السادسة و السابعة من مشروع اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين، والذي تم تبنيه في الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في 25 أكتوبر 1980 والذي تضمن نصوصاً حمائية للمستهلك في علاقاته التعاقدية الدولية، وهذا أيضاً نهج التوجيه الأوروبي رقم 93/13 الصادر في 5 أبريل 1993 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين حيث عرفت المادة الأولى 2/أ المستهلك بأنه «كل شخص طبيعي يتصرف من أجل غايات أو أهداف لا ترتبط بنشاطه المهني».

وقد جاء تعريف المستهلك في التوجيه الأوروبي رقم 144/99 الصادر في 25 مايو 1999 بشأن البيع وضمانات الأموال الاستهلاكية بتعريف للمستهلك مطابق تماماً للتعريف الوارد في التوجيه السابق المتعلق بالشروط التعسفية.

وقد سبق للقضاء أن تبنى هذا المفهوم للمستهلك والذي اعتنقه الفقه وكرسته التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية على النحو السابق، وعلى صعيد القضاء الوطني ذهبت محكمة باريس الجزئية في حكمها بتاريخ 4 أكتوبر 1979 إلى تعريف المستهلك بأنه « الشخص الذي يصبح طرفاً في العقد من أجل الحصول على السلع والخدمات لإشباع احتياجاته». ويتبين من ذلك أن المحكمة وضعت في اعتبارها الغرض من التعاقد وهو الحصول على السلعة أو الخدمات بهدف الاستعمال الشخصي، وبذلك يعد الهدف من إبرام العقد والحصول على السلعة أو الخدمة

للمعيار القانوني إذا ما ارتبط بأكثر من نظام قانوني لأكثر من دولة أو استناداً للمعيار الاقتصادي لأنه يؤدي إلى انتقال قيم اقتصادية عبر الحدود أو لتعلقه بمصالح التجارة الدولية. وعلى ذلك يمكن تعريف عقد الاستهلاك ذو الطابع الدولي والذي يتم عبر الإنترنت بأنه عقد من عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، ويتميز هذا العقد بأن الإيجاب والقبول يتمّان فيه عبر شبكة المعلومات الدولية بين مستهلك - يسعى من وراء التعاقد، من خلال هذا الوسط التقني، إلى إشباع حاجة شخصية أو عائلية أو منزلية خارج نشاطه المهني - وبين طرف آخر مهني يدخل هذا التعاقد في إطار نشاطه المهني.

وتثير عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي - شأنها شأن أية عقود دولية، وسواء أكان أحد أطرافها مستهلكاً أو لم يكن كذلك - مشكلة تحديد المحكمة المختصة بالفصل فيما ينشب بشأنها من منازعات وكذلك مشكلة تحديد القانون الذي يحكمها.

عنصرين محددين لمفهوم المستهلك. وعلى صعيد القضاء الدولي تصدت محكمة العدل الأوروبية في حكمها الصادر في 3 يوليو 1997 هذا المفهوم للمستهلك بما يتعلق بتحديد الاختصاص القضائي في مجال العقود المبرمة بواسطة مستهلكين، وتطبيق المواد من 13:15 في اتفاقية بروكسل. لمزيد من التفصيلات انظر: خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. القاهرة، 2002. وانظر أيضا حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين. القاهرة، دار النهضة العربية 2004. وكذلك عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. القاهرة، دار النهضة العربية، 1997، أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي. القاهرة، دار النهضة العربية، 1998. ولنفس المؤلف توجه الحماية الأوربية نحو حماية المستهلك في مجال تنازع القوانين. القاهرة، دار النهضة العربية، 1997. وأيضا أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص. القاهرة، دار النهضة العربية، 1995. وانظر أيضاً، أشرف وفا، التنافسية المشروعة في القانون الدولي الخاص القاهرة. دار النهضة العربية، 2000.

المبحث الأول
الاختصاص القضائي الدولي بعقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي

نتعرض أولاً للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم بالفصل في المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية بوجه عام ثم نتناول عقب ذلك الاختصاص القضائي الدولي بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية التي يبرمها المستهلكون.

المطلب الأول
الاختصاص القضائي بعقود التجارة الإلكترونية بوجه عام

تحدد مختلف الدول اختصاص محاكمها بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي استناداً إلى عدد من الضوابط العامة المعمول بها في مختلف النظم القانونية، وهي ضوابط تصلح بدورها لتحديد الاختصاص القضائي بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية بالرغم من تميز وخصوصية هذه العقود.

ولعل أهم الضوابط وأكثرها شيوعاً والتي يمكن اللجوء إليها في هذا الصدد هو ضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه. فإذا ما أبرم عقداً دولياً عبر شبكة الإنترنت، سواء تعلق بسلع أو خدمات، فليس هنالك ما يمنع من إعمال القاعدة الأساسية في الاختصاص الدولي للمحاكم، ورفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته. وهذا الضابط للاختصاص أخذ به المشرع المصري في المادة (29) من قانون المرافعات، ويسنده الفقه الراجح إلى اعتبارات العدالة وحاجة المعاملات الدولية التي تقتضي توفير الرعاية للمدعى عليه بمقاضاته أمام محكمة موطنه [1]، وكذلك إلى مبدأ الفعالية وقوة النفاذ التي يجب أن تتوافر للأحكام الصادرة من القضاء الوطني، بحسبان أن توطن المدعى عليه أو إقامته في مصر يسهل اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته وعلى أمواله الموجودة بمصر. وقد أُخذت بهذا الضابط معظم التشريعات العربية وآخرها مجموعة القانون الدولي الخاص التونسي الساري اعتباراً من أول مارس 1999، وكذلك أخذت به العديد من التشريعات الأوروبية (م1/42 من قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1955 م، 1/أ/640 من قانون المرافعات الألماني لسنة 1986، م 2 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987، م149 من القانون الإيطالي لسنة 1992)،

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص: فراق أم تلاق، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت والذي نظمته جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة بين 1 - 3 مايو 2000 ، ص 3 .

كما أخذت به العديد من تشريعات الدول الأنجلوسكسونية مثل إنجلترا [1] وأستراليا [2] ونيوزلندا. يؤيد الفقه الأخذ بهذا الضابط للاختصاص القضائي بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي.

كذلك يمكن عقد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية منازعات عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي استناداً إلى ضابطي محل إبرام ومحل تنفيذ هذه العقود. وقد أخذت العديد من النظم القانونية الوطنية باختصاص محاكم دولة محل إبرام العقد أو تنفيذه. ومن هذه النظم نظام القانون المصري الذي كرس هذا الضابط في المادة 2/30 من قانون المرافعات، وقد تبعه في ذلك معظم القوانين العربية.

ولما كانت عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي تبرم بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان، فإن تحديد مكان إبرام العقد يتم وفقاً للمعايير المتبعة في هذا الصدد. وقد اعتد المشرع المصري بنظرية العلم بالقبول معتبراً أن العقد أبرم في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك (م97 من التقنين المدني المصري). ويعتبر الموجب، في عقود التجارة الإلكترونية، موجوداً دائماً في بلد الطرف الآخر بحسبان أن عرض السلعة أو الخدمة يكون قائماً دائماً وصالحاً لأن يقترن به القبول في بلد هذا الطرف، وهو ما يتحقق بالقبول الذي يثبته هذا الطرف على صفحة موقع الموجب بشبكة الإنترنت. وإذا ما تحدد محل إبرام العقد مع هذا النحو اختصت محكمة محل الإبرام بالدعوى الناشئة عن العقد بغض النظر عن محل تنفيذ هذا العقد.

غير أنه يمكن أن تختص المحاكم في دولة تنفيذ العقد بصرف النظر عن مكان إبرامه. ويرجع في تحديد معنى تنفيذ الالتزامات العقدية إلى قانون القاضي بحسبان أن الأمر يتعلق بتفسير إحدى قواعد الاختصاص الوطنية، وللقاضي أن يسترشد في هذا الصدد بنية الأطراف وطبيعة العقد وعادات التجارة.وتثور الصعوبة بالنسبة لتحديد محل تنفيذ العقد في حالة تنفيذ كل من طرفيه لالتزاماته تنفيذاً إلكترونيا من خلال شبكة الإنترنت كما لو قام مقدم الاستشارة القانونية أو الطبية أو الاقتصادية بتقديم هذه الاستشارة عبر الإنترنت Via internet أو قام مشتري السلع بالدفع إلكترونياً عن طريق تقديم بطاقة الائتمان الخاصة ورقمها الإلكتروني إلى البائع.

(1) راجع: Morris : The conflict of laws ,2ed London , Stevens ,1980,P.65

(2) راجع: NYGH. Conflict of laws in Australia , 2ed Butter worth,Sedny, 1976,p.36.

وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقه العربي [1] والغربي [2] بحق إلى أنه من الصعب تصور تركيز تنفيذ العقد في دولة مقدم الخدمة أو بائع السلعة، وأن حقيقة تلقي الطرف الآخر لهذه الخدمة أو السلعة في دولته يرجح تركيز هذا التنفيذ في دولة المستفيد. ويتعزز هذا النظر في ضوء قيام المستفيد بالوفاء بثمن هذه الخدمة أو السلعة إلكترونيا حيث يتم هذا الوفاء الإلكتروني في دولته، في الوقت الذي قد يقوم فيه مقدم الخدمة أو السلعة بتنفيذ التزاماته تنفيذاً مادياً وليس افتراضياً. وأخيراً فإن اعتبارات حماية المستفيد بوصفه مستهلكاً وبالتالي بوصفه الطرف الضعيف اقتصادياً في عقود الاستهلاك تنحو نحو عقد الاختصاص لمحاكم دولة المستفيد وهو ما سنفصله فيما بعد.

كذلك يمكن أن ينعقد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية استناداً إلى إرادة أطراف عقود التجارة الإلكترونية، فهؤلاء الأطراف يمكن لهم أن يتفقوا على اختيار محكمة بعينها للفصل فيما سينشب بينهم في المستقبل من نزاع بخصوص تفسير أو تنفيذ هذه العقود [3]. وعموماً لا يعد الاعتراف لإرادة الخصوم بدور إيجابي فيما يتعلق بتحديد الاختصاص القضائي للدول أمر غير طبيعي، إذ إن هذا الدور يتماشى مع ما تمارسه تلك الإرادة من دور مهم فيما يتعلق باختيار القانون المطبق على الكثير من مواد تنازع القوانين وليست فقط الالتزامات العقدية.

وقد اعتد المشرع المصري، وتبعه في ذلك مشرعو العديد من الدول العربية، بإرادة الخصوم لعقد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية. وفي هذا الصدد تنص المادة 32 من قانون المرافعات لسنة 1968 بأنه «تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً». وتأخذ العديد من التشريعات الأوربية بهذا الضابط ونذكر منها القانون الفرنسي (م48 مرافعات) والقانون السويسري (م5 من القانون الدولي الخاص الصادر في 1987)، والقانون الإيطالي لسنة 1995 (م4). كذلك أخذ بهذا الضابط للاختصاص التنظيم الأوروبي رقم 44/ 2001 والذي تضمن في هذ الصدد نفس أحكام المادتين 17،18 من اتفاقية بروكسل بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوروبي لسنة 1968، وكذلك اتفاقية لوجانو المبرمة في 16 سبتمبر 1988 فيما بين دول اتحاد

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق ص 76.

(2) انظر Kessedjian، Rapport de syntèse، Mélénges Pelichet، p. 44 .

(3) انظر:

KAUFMMAN – 1980 KOHLER,la clause d' élection de for dans les s contrats internationaux . Bale ,Swisse,1980 .

التبادل الحر المنضمة إلى الاتحاد الأوروبي. كذلك يأخذ القانون الإنجليزي بالخضوع الإرادي أو الاتفاق على الاختصاص كسبب لعقد الاختصاص للمحاكم الإنجليزية [1]. وينوه الفقه في هذا الصدد بضرورة إثبات الاتفاق المانح للاختصاص إلكترونياً بطريقة تجنب إمكانية إنكار أحد أطرافه له، وهذا ما يقتضي وفقاً لهذا الفقه ضرورة التوقيع على إعلان بقبول شرط الاختصاص القضائي، وهو ما يمكن عمله بطباعة صفحة مخصصة لهذا الغرض بشبكة الإنترنت. ولعل هذا الاقتضاء يوضح بجلاء أن الشروط التعاقدية التي يتم الاتفاق عليها عبر الإنترنت تظل غير مؤكدة وتبقى - وكما يقرر د. أحمد عبد الكريم فإن الوسيلة التقليدية وهي الدليل الكتابي هي الأصل لإثبات الاتفاق، وذلك بالرغم من المحاولات الدؤوبة من جانب رجال تكنولوجيا المعلومات لوضع النظم الكفيلة بالتحقق من صحة التوقيع الإلكتروني signature électronique كوسيلة لتوثيق الاتفاقات المبرمة بين المتعاملين عبر شبكة الإنترنت.

المطلب الثاني

الاختصاص القضائي الدولي لعقود التجارة الإلكترونية التي أبرمها المستهلكون

سبق أن عرّفنا عقود الاستهلاك عموماً بأنها العقود التي يبرمها المستهلك للحصول على سلعة أو خدمة من أجل استخدامه الشخصي أو العائلي خارج نطاق نشاطه المهني أو التجاري. وهكذا فإن تعريف عقود الاستهلاك يستند إلى معيار شخصي ينظر فيه إلى صفة بعض أطرافها - أي كونهم مستهلكين- وذلك بغض النظر عن أنواع هذه العقود وطبيعة الالتزامات الناشئة عنها. لذلك فإن قواعد القانون الدولي الخاصة بتلك العقود وسواء كانت قواعد إسناد أو قواعد اختصاص قضائي لا تسميها بأنواعها دائماً وإنما تشير إليها بطريقة عامة تحت مسمى عقود الاستهلاك.

وتقدر التشريعات الحديثة، ضرورة حماية المستهلك عند إبرامه لهذه العقود من الضغوط التي يمارسها عليه مقدمو السلع والخدمات، بطرق الإبهار والإغراء التي تقدمها وسائل الإعلام الحديثة كالتلفزيون وشبكة الإنترنت وغيرها، بما يدفعه إلى شراء أشياء لا تلزمه أو تؤدي إلى تحمله التزامات مالية لا قبل له لها. وتشير الإحصائيات التي تجريها جمعيات حماية المستهلكين في الدول المتقدمة إلى أن عقود الاستهلاك تمثل نسبة كبيرة من عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم بوجه عام بواسطة شبكة الإنترنت، وهي نسبة آخذة في

(1) ALBA MAYSS Principales of conflict of laws ,3rd ed.London,Cavendish Reb.1999.P10.

التزايد بسبب تطور وسائل تأمين المعاملات على هذه الشبكة ولاسيما فيما يخص وسائل الدفع والوفاء الإلكتروني. ومما لاشك فيه أن حماية المستهلك تتطلب عقد الاختصاص لمحكمة موطنه أو محل إقامته بالمنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك. والواقع أن اختصاص محكمة موطن المستهلك أو محل إقامته بمنازعات عقود الاستهلاك التي يبرمها إلكترونياً يبدو اختصاصاً منطقياً ومبرراً. ذلك أن عارضي السلع والخدمات ازداد عددهم وانتشروا في جميع أرجاء العالم، وإلى جانب ذلك فقد أصبح الاتصال بهم والتعاقد معهم أيسر من خلال شبكة الإنترنت، ولا يتصور - والحال كذلك - أن يكلف المستهلك بأن يتتبع مورد السلعة الاستهلاكية أو مقدم الخدمة أمام محكمة موطن هذا الأخير، وقد يكون في آخر العالم. فمن شأن ذلك أن يقعده عن طلب حماية حقه وهذا ضرب من ضروب إنكار العدالة يجب تفاديه.

ولا تقتصر حماية المستهلك على عقوده ذات الطابع المحلي ولكن تمتد هذه الحماية إلى ما يبرمه من عقود ذات طابع دولي. وهي حماية لا تقدمها فقط قواعد الإسناد ولكن تقدمها أيضاً قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

فبالنسبة لعقود الاستهلاك، شأنها في ذلك شأن أية عقود تتسم بحاجة خاصة لحماية بعض أطرافها - يتم تحديد المحكمة المخصصة بالفصل فيما تولده من منازعات وفقاً لضوابط تختلف عن تلك المستخدمة بالنسبة لبقية العقود بوجه عام. فعلى سبيل المثال يتضمن القانون الدولي الخاص السويسري قواعد تسمح للمستهلك برفع دعواه على المورد أمام محكمة موطن الأول أو محكمة محل إقامته (م114)، وذلك خلافاً للأصل العام الذي ينعقد بمقتضاه الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو محكمة محل تنفيذ الالتزام إذا لم يكن للمدعى عليه موطن في سويسرا ولا يسمح هذا القانون للمستهلك بأن يتنازل مقدماً عن اختصاص محكمة موطنه أو محل إقامته. كذلك فإن هذا القانون وبعد أن سمح للأطراف باختيار المحكمة المختصة. يقرر بعدم صحة هذا الاختيار إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى حرمان أحد الأطراف بطريقة تعسفية من الحماية التي كانت ستوفرها له المحكمة التي ينعقد الاختصاص لها وفقاً للقانون السويسري (م5). كذلك يذهب القضاء في الولايات المتحدة إلى إعلان بطلان شرط اختيار المحكمة في جميع الأحوال التي تجب فيها حماية الطرف الضعيف من محاولات الطرف الآخر حرمانه من قاضيه الطبيعي.

وعلى صعيد الاتفاقات الدولية. فقد سارت الاتفاقية المبرمة بين الدول أعضاء الجماعة الأوروبية في 28 سبتمبر 1968 على نفس المنوال بالنسبة لعقود التأمين. فهذه الاتفاقية تعطي المؤمن له الخيار في رفع دعواه ضد المؤمن أمام محكمة موطنه أو محكمة موطن المؤمن أو

محكمة مكان وقوع الفعل الضار أو المحكمة التي تنظر الدعوى التي يرفعها المتضرر ضد المؤمن له في حالة التأمين على المسؤولية. كذلك الأمر بالنسبة لعقدي البيع والقرض إذ يكون لكل من المشتري أو المقترض أن يختار أن يرفع دعواه أمام محكمة موطنه أو محكمة موطن البائع أو المقترض، بينما لا يكون لهذين الأخيرين إلا أن يرفعا دعواهما أمام محكمة موطن المشتري أو المقترض.

وعلى نفس المنوال سار التنظيم رقم 2001/44 [1] بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام وتنفيذها في إطار الاتحاد الأوروبي، والذي حل محل اتفاقيتي بروكسل ولوجانو. فقد أفسح مكاناً هاماً لموطن المدعى عليه. وفي هذا الصدد تنص المادة الثانية من التنظيم على اختصاص محاكم الدولة العضو التي يوجد بها موطن المدعى عليه [2]. كذلك فإن وجود موطن للمدعى عليه بإحدى الدول الأعضاء هو شرط إعمال الضوابط الخاصة للاختصاص التي يتضمنها التنظيم. فإذا لم يكن للمدعى عليه موطن في إحدى الدول الأعضاء كان لها أن تحدد الاختصاص الدولي لمحاكمها وفقاً لتشريعها الوطني. ويصبح هذا الاختصاص إلزامياً أو خالصاً، وفقاً للمادة 2/16 من التنظيم [3]، إذا كان المدعى عليه مستهلكاً، وهذا وفقاً لتعريف المادة 15 للمستهلك [4]. وإذا كانت المادة 5 من اتفاقية روما قد تطلبت شروطاً لعقد الاختصاص التشريعي لقانون محل إقامة المستهلك، فإن المادة 15 من التنظيم تتطلب نفس الشروط لعقد الاختصاص القضائي الإلزامي لمحكمة موطنه أو محل إقامته [5]. ويهدف هذا الاختصاص الإلزامي إلى حماية المستهلك عن طريق تجنيبه مشقة

(1) انظر بالتفصيل:

A. Stadler, «From the Brussles convention to Regulation 44/2001: cornerston of A European law of civil procedure. Common Market law Review 2005 t-42 pp 1631 - 1661. E.Gamaro&L.Niccolo, Consumer Contracts and Jurisdiction,Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Common Market law Review 2006,pp.1355ss.

(2) «Subject to …. Persons domiciled in a Contracting State shall whatever their nationality, be sued in the courts of that state

(3) «…. Proceeding may be brought against a consumer b/ the other party to the contract only in the court of the contracting State in which he is himself domiciled».

(4) «In proceeding concerning a contract concluded by a person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession …. called the consumer …….
Jurisdiction shall be determined …. If it is:
a contract of sale of goods on instalment credit terms; or
a contract for a loan repayable by instalment or any other forme of credit made to finance the sale of goods or any other contract for the supply of goods or a contract for the supply of service».

(5) وهذه الشروط هي:

«…. A) in the State of the consumer›s domicile the conclusion of the contract was preceeded by a specific invitation adressed to him or by advertising, and b) the consumer took in that State the steps necessary for the conclusion of the contract».

السفر خارج الدولة محل إقامته، وتحمله لمصاريف طائلة للدفاع عن نفسه والتعامل مع نظام قضائي أجنبي قد يجهله تماماً. كذلك يقرر التنظيم اختصاصاً يستند إلى موطن المستهلك حتى عندما يكون هذا الأخير مدعياً. ويثبت هذا الاختصاص غير الإلزامي، وفقاً للمادة 1/16 من التنظيم الأوروبي، بالنسبة للدعاوى الناشئة عن عقود الاستهلاك - كما عرفتها المادة 15 - لصالح المستهلك، ووفقاً لذات الشروط التي حددتها للاختصاص الإلزامي لمحكمة موطن هذا الأخير إذا كان مدعياً عليه. فوفقاً للمادة 1/16 من التنظيم يكون للمستهلك خيار رفع دعواه ضد الطرف الآخر إما أمام محكمة موطن هذا الطرف أو أمام محكمة موطن المستهلك نفسه.

وهكذا تحقق حماية المستهلك عن طريق إعطائه ما يشبه مكنة تسوق الاختصاص forum shopping الأفضل له. بعبارة أخرى يكون للمستهلك أن يختار من بين عدة محاكم مختصة أكثرها تحقيقاً لمصلحته لرفع دعواه أمامها. وقد تكون هذه المحكمة أقرب المحاكم إلى محل إقامته: الأمر الذي يمكنه من التوفير في النفقات ويسهل عليه عبء الدفاع. وقد تكون المحكمة التي يختارها المستهلك أكثر المحاكم تحقيقاً لمصلحته لأن قاعدة الإسناد التي تطبقها تعقد الاختصاص لأكثر القوانين حماية له. وأخيراً قد تكتسب المحكمة المختارة هذا الوصف لأن تشريع دولة هذه المحكمة قد وصل إلى درجة كبيرة من التطور في حماية المستهلك في نفس الوقت الذي تمثل فيه هذه الحماية إحدى مقتضيات النظام العام في هذه الدولة. ويترتب على ذلك أنه بالرغم من أن قانون القاضي لا يكون واجباً التطبيق فإن من شأن إعمال الدفع بالنظام العام التوصل لحلول توفر هذه الحماية. من ذلك يتضح أن هذه القواعد تسهل لدرجة كبيرة لجوء المستهلك للعدالة. كذلك فإنها تمارس دوراً جوهرياً - وإن كان غير مباشر - في التوصل لحلول موضوعية وفقاً لأصلح القوانين له.

المبحث الثاني
القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي

يجب التفرقة عند تحديد هذا القانون بين عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي التي لا يكون أحد أطرافها مستهلكاً وتلك التي يبرمها المستهلكون.

المطلب الأول
القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية بوجه عام

قد يكون هذا القانون قانوناً وطنياً ينعقد له الاختصاص في إطار منهج الإسناد، وقد يكون غير وطني نشأ تلقائياً عن سلوك وممارسات المشتغلين بالتجارة الإلكترونية.

الفرع الأول
تطبيق القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للمعاملات عبر الإنترنت Lex Electronica

إذا كانت خصوصية علاقات التجارة الدولية قد دعت، منذ منتصف القرن الماضي، بعض الفقهاء إلى المناداة بعدم استجابة منهج الإسناد التقليدي، القائم على فلسفة تركيز العلاقات القانونية التي قال بها الفقيه سافيني، لمقتضيات هذه العلاقات[1]، واقتراح منهج يقوم على استخدام قواعد موضوعية تتفق وهذه المقتضيات، فقد ذهب حديثاً جانب من الفقه [2] إلى القول بأن هذا المنهج القائم على ضوابط أو مرتكزات مكانية وجغرافية لا يتلاءم مع طبيعة المعاملات والعمليات التي تتم عبر الإلكترون[3] أو من خلال شبكة الإنترنت، ومن بعض هذه المعاملات بالطبع عقود التجارة الإلكترونية. فهذه الشبكات خلقت مجتمعاً افتراضياً عالمياً ينقسم إلى شبكات networks ومجالات domaines ومواقع sites [4]، مجتمع له أشخاصه وأدواتـه، يعج بأجهزة الحاسب الآلي والكوابل التليفونية، والألياف الضوئية وهو مجتمع

(1) انظر بالتفصيل في عرض هذا الاتجاه وتقييمه، المؤلف الجامع للدكتور أحمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية : دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، 1989،ص 36 وما بعدها .

(2) SIRNLLY. L'adequation entre le village virtuel et la création normative remise, en cause du rôle de l'Etat, Mélanges Pelichet,p.5.

(3) Bariatti (S.) :Internet: Aspects relatifs aux conflits de lois. Le droit au défi d' Internet, acte de colloque du Loussan, libraire Droz S.A,1997,p.64.

(4) Zanobetti (A) , Contract law in international electronic commerce, R.D.A.I. 2002, n.3 p.537.

متصل لا تحده حدود سياسية أو جغرافية ويبدو كما لو كان يعلو الأقاليم الجغرافية لكل الدول [1]. وهكذا يظهر هذا المجتمع وكما لو كان عدواً لفكرة الحدود أو فكرة السيادة وهي الأفكار التي تعد سبباً لوجود القانون الدولي الخاص ولوجود مناهجه وأهمها منهج الإسناد، وهي الأفكار التي أدت أيضاً ببعض الفقه إلى القول بأن قواعد هذا القانون لها وظيفة سياسية أكثر منها قانونية، تتمثل في فض التنازع بين سيادات الدول صاحبة الاختصاص التشريعي والقضائي [2]. وهو الأمر الذي يقتضي عقد الاختصاص التشريعي أو القضائي للدولة التي ترتبط بالعلاقة القانونية أو بالنزاع الناشب عنها بأكثر الروابط قوة بما يحقق في نهاية الأمر أكبر قدر من الاحترام المتبادل لسيادات الدول.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن أنصار هذا المجتمع الافتراضي للمتعاملين عبر الإلكترون لا يجدون صعوبة في تقرير عدم صلاحية منهج الإسناد لتنظيم وحكم العلاقات القانونية التي تتم عبر الإنترنت، وإن من شأن ذلك أن يُوجد فراغاً قانونياً Vacuum Juries بالنسبة لهذه العلاقات. بل إن بعض الفقه لا يجد حرجاً من التقرير بأنه قد حان الوقت لإعلان استقلال هذا المجتمع الافتراضي عن أي تدخل أو رقابة من قبل الدولة واستعصائه عن الخضوع لأي قانون وطني، فإذا كانت الإنترنت تتجاوز منهج الإسناد فيجب استبعاد هذا المنهج.

وعوضاً عن هذا المنهج الأخير، يجب تطبيق القانون الموضوعي الإلكتروني Lex Electronica أو قانون العالم الافتراضي Lex vertualis أو القانون الموضوعي المعلوماتي Lex informatica [3]، والذي يتكون من قواعد موضوعية تستجيب للخصوصية التقنية سريعة التطور للإنترنت [4]. فالقانون الموضوعي الإلكتروني الدولي هو تنظيم قانوني ذو طبيعة موضوعية وذاتية خاص بالعمليات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية Lex Mercatoria، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنت وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة، وحكومات الدول في مجال الاتصال والمعلومات [5]. وهكذا يتميز هذا القانون بتلقائية

(1) Cachard (O), La régulation internationale du marché électronique, Thèse Paris II, L.G.D.J 2001,p.12.

(2) BONNICHON,La notion de conflit de souverainete dans la science des conflit de lois. Rev.crit.de Dip.1949,p.11 et ss.

(3) حول الفرق بين التسميات المختلفة انظر:

Graham :Les aspects internationaux des contrats conclus et executes dans l' espace virtuel,These,Paris I,2001,p.305 et spec.p.323.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، 2000/2001.

(5) BUENSTIEN : A Global network in compartmentalized legal environment Melanges Pelichet, Klumer law international, The Hauge, 1998.

نشأته لأنه لم يصدر عن سلطة وطنية لأن شبكة الإنترنت لا تقوم على تنظيمها جهة رسمية مركزية، ولأنه لا يحتاج لتدخل السلطة العامة لتطبيقه. وتتيح هذه الطبيعة التلقائية للقانون الموضوعي الإلكتروني أن يتطور باستمرار مع تطور حاجات المتعاملين عبر الشبكة الدولية للمعلومات، كما يتيح له التوافق مع توقعات المتعاملين مع الشبكة لأنه ينشأ من خلال ممارساتهم وعاداتهم المقبولة وهو يجنبهم قصور القواعد القانونية الوطنية عن مجاراة أنماط معاملاتهم.

ويستمد هذا القانون قواعده الموضوعية من مصادر عديدة تتمثل في الممارسات التعاقدية التي تهيمن على المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت التي تهدف إلى احترام قواعد السلوك المستقرة في مجال التعامل عبر الشبكة والقواعد الحاكمة لسياسة استعمال الشبكة وكذلك احترام القانون واحترام سرية المعلومات وحقوق الملكية الفكرية. وإلى جانب ذلك تأتي الأعراف والعادات والممارسات المستقرة في الأوساط المهنية لذلك المجتمع الافتراضي لتمثل مصدراً من مصادر القواعد التي تحكمه [1].

كذلك تعتبر مدونات السلوك التي تم وضعها بمعرفة الهيئات والمؤسسات والتي تسعى إلى الحفاظ على نظام أخلاقي قويم عند التعامل عبر شبكة المعلومات الدولية أحد المصادر الهامة لقواعد القانون الموضوعي الإلكتروني. ويعود ذلك إلى أن تنوع الأنشطة التي تتم عبر شبكة الإنترنت يتنافى مع وضع تنظيم تفصيلي يتسم بإلزاميته. ويترتب على ذلك ضرورة وجود قواعد السلوك التي تتضمن حداً أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها جميع المشتغلين والمستفيدين من التعامل في هذا المجتمع الافتراضي [2]. وتتمثل أهم هذه المبادئ والأحكام في عدم استخدام الحاسب في إلحاق الأذى بالآخرين أو التدخل مع العمل المعلوماتي للآخرين، أو استخدامه في التغرير بالمستهلكين والإجحاف بحقوقهم، أو في ارتكاب الجرائم مثل السرقة أو انتحال مصنفات الغير أو التفتيش والبحث في البطاقات الخاصة بالآخرين أو الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية للآخرين مثل تصوير برامج الآخرين دون مقابل[3]. كذلك يرى أنصار القانون

(1) Deprey (P.) ,Fauchaux (V.) : Lois, contrats, et usages du multimédia, dixit, 1997,p.12.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص 18 – 19 .

(3) ونستطيع أن نذكر من هذه المجهودات ما تم في فرنسا من وضع ميثاق تقوم مبادؤه على خلق كيان أو هيكل ينهض باستقبال شكاوى مستعملي الإنترنت، كي يتولى بعد ذلك اتخاذ اللازم للوساطة لوقف بث المواد والإعلانات غير المشروعة. وفي هولندا، أنشئت علم 1996 مؤسسة تجمع مقدمي خدمات الإنترنت يكون من مهامها إدارة خط ساخن يسمح لكل مواطن أن يبلغ عن أية صور تخل بالآداب وبوجه خاص المواقع التي يوجد عليها أفعال مخلة بالحياء مع الصغار. وفي إنجلترا ، أنشئت جمعية مقدمي خدمات الإنترنت ونشرت تقنيناً للسلوك يشمل مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات بين المتعاملين على الشبكة الدولية للمعلومات، وقد ورد بها الالتزام بعدم

الموضوعي للتجارة الإلكترونية أن أحد أهم مصادره هو الأحكام التي تصدر في إطار ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني، وهو عبارة عن قضاء من نوع خاص، يتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد (مقدم خدمة التسوية الإلكترونية) لتعين شخص أو عدة أشخاص (هيئة التحكيم الإلكتروني) لتسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصال الحديثة وفقاً لقواعد تنظمية ملائمة لموضوع النزاع، بنية إصدار حكم ملزم للأطراف [1].

وأخيراً فإن هناك عدداً من القواعد الموضوعية لهذا القانون ذات نشأة اتفاقية حيث تم تكريسها بواسطة اتفاقيات دولية. ولعل أهم هذه القواعد نجدها في القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في يونيو 1996، والذي يتضمن تنظيماً للتجارة الإلكترونية يشمل الاعتراف القانوني برسائل البيانات، وكتابة المعلومات، والتوقيع الإلكتروني، والقوة الثبوتية لرسائل المعلومات وقبولها وحفظها وتبادلها، والتجارة الإلكترونية في مجال نقل البضائع [2]. وفي ديسمبر 1997 أعدت نفس اللجنة مشروع توجيه يتعلق بحقوق المؤلف في مجتمع المعلومات، كما تم التوقيع في جنيف عام 1996 م تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية (ompi)، على اتفاقية تتعلق بالملكية الأدبية والفنية في العالم الرقمي، شريطة أن تكون الدول الأعضاء في اتفاقية برن أعضاء في هذه الاتفاقية. أضف إلى ذلك أن منظمة التعاون

تقديم أية خدمات مخالفة للقانون، أو تتضمن مواد تحض على العنف، أو القسوة أو الكراهية العنصرية، أو الشذوذ الجنسي. ويرى جانب من الفقه (د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 51-53.) أن الاتجاه نحو تحبيذ إرساء تقنيات للسلوك، يعد تمهيداً طبيعياً لوضع قواعد تشريعية وطنية ودولية حاكمة للتعامل عبر شبكة الإنترنت. انظر:

Bensoussan (A) : Informatique et télecome,Réglementations. Contrats, fiscalité,réseaux, éd. Française KLEFEBEVER, 1997.

وانظر أيضا عادل أبو هشيمة محمود. عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية 2004 ، ص147.

(1) الحديث عن التحكيم الإلكتروني ليس مجرد حديث نظري بحت ، إذ يوجد العديد من مراكز التحكيم الإلكتروني نذكر منها على سبيل المثال: مركزCyber Tribunal التابع لجامعة مونتريال بكندا، الذي يقوم بمهمة فض المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية التي يتم إبرامها عبر شبكات الاتصال الإلكتروني، كما يوجد في الولايات المتحدة الأمريكية مركز للتحكيم الإلكتروني يطلق عليه تسمية Virtual Magistrate. ومن ثم لا يوجد مانع قانوني يمنع أطراف عقود التجارة الإلكترونية وغير الإلكترونية من اللجوء إليه، بغية الحصول على قرار تحكيمي قابل للتنفيذ إلكترونياً أو مادياً، طوعاً أو كرهاً.

وإذا كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية فإنه لا يوجد مانع من أن يتم بأكمله أو جزء منه إلكترونياً ، ومن ثم تتم مراحله الأخرى بالطرق التقليدية التي تتمثل في ضرورة التواجد المادي لأطراف العملية التحكيمية.

انظر حول التحكيم الإلكتروني بوجه عام، حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية. دار النهضة العربية، القاهرة 2007.

(2) راجع:

Caprioli (E.A.) – Sorieul (R.) : Le commerce international electronique . Vers l' emergence de regles juridiques transnationales. J.d.I,1997,p. 323 et ss.

والتنمية الاقتصادية (ocde) قامت بوضع العديد من القوانين الواجبة التطبيق على عملية انسياب المعلومات عبر الحدود الدولية [1].

وبالرغم من الحماس الشديد الذي يبديه أنصار هذا القانون الموضوعي الإلكتروني، إلا أن هذا القانون يستهدف عدداً من الملاحظات، التي تقدح في إمكانية حلوله محل قواعد القانون الدولي الخاص في حل مشكلات علاقات التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي. وأولى هذه الملاحظات هي أن هذا القانون يقوم على افتراض وجود مجتمع متجانس قادر على خلق قواعد سلوك ملزمة لأعضائه. من المتعاملين عبر الإلكترون. وهو فرض يخالف حقيقة الواقع. فهذا المجتمع - وبفرض وجوده - يتسم بعدم تجانسه وتماسكه لتعارض مصالح أفراده. فمن ناحية لا يمكن التأكيد بأن هناك مجتمعاً عضوياً - أي منظم ومتجانس ومتماسك - يجمع كل المتعاملين مع شبكة المعلومات الدولية، ومن ثم قادر على خلق قواعد سلوكية ملزمة لهم، وهذا هو نفس النقد الذي وجهه جانب من الفقه إلى ما وُصِفَ «بمجتمع التجار» أو «مجتمع الباعة والمشترين» والمشتغلين بالتجارة الدولية، فهو مجتمع غير موحد تتعدد قطاعاته بتعدد قطاعات التجارة الدولية، ومن ثم فهو مجتمع غير متجانس تتعارض مصالح أشخاصه. فمصالح منتجي السلع تتعارض مع مصالح مستهلكي هذه السلع، ومصالح بائعي المواد الأولية تتعارض مع مصالح مشتريها.....إلخ. وتطبيقاً لنفس المنطق لا يمكن الكلام عن مجتمع للمتعاملين عبر الإلكترون لأن مصالح موردي السلع عبر الإنترنت تختلف عن مصالح المستهلكين، ومصالح مزودي الخدمات الإلكترونية تتعارض مع مصالح الباحثين عنها.

ومن ناحية ثانية، فإن التعاون الدولي لم يصل في هذا المجال إلى الحد المأمول لأن الدول

(1) انظر: عادل أبو هشيمة محمود. عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص144. غير أن المتأمل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وأدواتها، يدرك أن عدد الاتفاقيات الدولية المبرمة لا يتجاوز أصابع اليد الواحدة. ويكفي أن نذكر الاتفاقية المبرمة في 28 أبريل 1981 فيما بين مجلس أوروبا حول حماية الأشخاص من المعالجة الآلية للبيانات ذات الطابع الشخصي. إلا أن هناك العديد من الأعمال والتوصيات والتوجيهات الجماعية التي يمكن أن تكون نواة لإبرام اتفاقيات دولية لاحقة، خصوصاً وأن لتلك الأعمال والتوصيات قيمة علمية عالية، واتجاهاً نحو الالتزام بها. ونذكر منها: من ناحية، توصيات منظمة التعاون والتنمية الأوروبية OCDE حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود لعام 1980 وقد نصت التوصية رقم 16 منها على أن « تتخذ الدول الأعضاء كل الإجراءات المعقولة والمناسبة لضمان أن يكون تدفق البيانات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود، ومروراً بدولة عضو، دون انقطاع وبكل أمان». ومن ناحية، التوجيه الأوروبي رقم 46/95 حول حماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتدفق الحر للبيانات. ويلاحظ أن توصيات منظمة OCDE والتوجيه الأوروبي قد قررا عدة مبادئ هامة منها: 1. مبدأ تخصيص البيانات للغرض الذي جمعت من أجله.2. مبدأ ضمان السرية. 3. مبدأ الشفافية. 4. مبدأ المساهمة الفردية في جمع البيانات 5. مبدأ المسؤولية.... ومن ناحية، نضيف توصيات الأمم المتحدة حول المبادئ المتعلقة بنظم تصنيف البيانات . راجع:
Gautier (P.Y.), Les aspects internationaux de l' Internet, T.C.F.D.I.P.1997-1998,p.251 et ss.

ليست مستعدة بعد لترك المنازعات التي يكون مواطنوها أطرافاً فيها كي يحكمها ذلك القانون. كما أن اختلاف المصالح الاقتصادية والسياسية لكل دولة سوف يعوق كل محاولة لوجود واكتمال مثل هذا القانون الموضوعي [1]. فمن غير المتصور مثلاً أن دولة كالصين مثلاً، سوف ترتضي وتساهم في وضع قانون موضوعي للإنترنت تسمح قواعده بالانتشار الحر للأفكار والثقافات. كما أنه من المستبعد أن تتوافق الدول المتقدمة مع الدول الفقيرة أو النامية حول تدابير حماية الملكية الفكرية في مجال الإنترنت. كذلك فإن الولايات المتحدة تعارض معارضة شديدة كل محاولة لتنظيم شبكة الإنترنت من خلال الاتفاقيات الدولية، وهو أمر غير مستغرب بحسبان أن الشركات الأمريكية العملاقة هي التي تتحكم في نشاطها، وهي بالطبع لا ترغب في الخضوع لغير القانون الأمريكي الذي يكفل تطبيقه تحقيق مصالحها.

من ناحية ثالثة، فإن هذا المجتمع الافتراضي لا يمكن تصور استقلاله التام عن الدول الوطنية لأن أعضاءه في نهاية الأمر هم أشخاص حقيقيون من لحم ودم لهم مواطن ومقار إقامة حقيقية، ويقومون بدفع التزامات مالية من خلال حسابات حقيقية لدى بنوك لها مواقع جغرافية معروفة، ويستخدمون وسائل اتصال مادية لا يمكن إلا أن تتمركز في إقليم دولة محددة يكون لقانونها - والحال كذلك - سبب للتدخل.

كذلك فإنه من المعلوم على صعيد نظرية القانون أن مجرد السلوك المتواتر أو العادة habit لا تشكل عرفاً ملزماً إلا إذا اقترن هذا السلوك بالاعتقاد بإلزاميته وهو ما يكون العنصر النفسي أو المعنوي للقاعدة العرفية. والمتأمل في بعض قواعد القانون الموضوعي للإنترنت lex electronica، يدرك أنها ليست سوى مجموعة من قواعد السلوك المحدودة في نشأتها، وفي مضمونها، ولا يتوفر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعتبر ضرورياً لتحول السلوك أوالعادة إلى قاعدة عرفية واجبة الاحترام. بعبارة أخرى، فإن قواعد هذا القانون تفتقد لعنصر الإلزام لعدم اقترانها بجزاء توقعه سلطة عامة عند مخالفتها، ويعتمد تطبيقها على إرادة الأطراف [2].

---

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الإنترنت والقانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 25 . وانظر أيضاً :
Reinhard Schu : Consumer Protection and Private International Law in internet Contracts, (1997) 5 Int J L & IT 192,p.65:
" Attempts to promote a «cyber law», based on self-regulation or creation of new authorities within the net, and hence replacing the national borders by a border dividing the «online world» from the outside world are, at least at present, not practicable. Nation states will insist on their powers and, with regard to consumer protection, will always purport to have their consumer protection legislation applied to their residents unless substantial international consumer protection legislation is made or national consumer protection laws are harmonized. "

(2) انظر : Cathrine Kessedjian المرجع السابق ، ص 148 .

وأخيراً فإن هذا القانون لا يزال في بدايته الأولى، أي في طور التكوين، ومن ثم لا يمكن أن يكون نظاماً قانونياً كاملاً ومستقلاً وقادراً على تقديم الحلول لجميع مشكلات التجارة الإلكترونية التي يمكن تثار. فقواعد هذا القانون لا تزال بعيدة عن أن تشكل نظاماً قانونياً كاملاً ومستقلاً خالياً من الثغرات. فهناك العديد من المسائل التي يحتاج تنظيمها للرجوع إلى القانون الداخلي كالأحكام المتعلقة بأهلية أطراف المعاملات عبر الإنترنت، أو تلك الخاصة بالتراضي، أو التقادم المسقط أومقدار التعويض المستحق للمتضرر. ولا يمكن سد فجوات هذا القانون، وتغطية كل ما يثير التعامل على الشبكة الدولية للمعلومات من المشكلات، لا يمكن تلافيه إلا بالرجوع إلى النظم الوضعية في الدول المختلفة [1]. ومما لا شك فيه أن هذا النقص والقصور له مساوئه، لأن من شأنه إعطاء سلطة تقدير واسعة للمحكم أو القاضي الذي سيفصل في منازعات العمليات الإلكترونية، وهو تقدير قد يتأثر بمفاهيم هذا الأخير الشخصية عن العدالة، بما قد يباعد بين أحكامه وبين تحقيق العدالة بمفهومها الموضوعي كما تحدده نصوص التشريعات الوطنية التي تتسم بالوضوح والانضباط. أضف إلى ذلك أنه إذا كانت قواعد القانون الموضوعي للإنترنت تستجيب للمعطيات الذاتية والحاجات الخاصة للمتعاملين عبر شبكة الإنترنت وتحقيق العدالة بينهم، إلا أن ذلك لا يجب أن يصرف النظر عن أن تلك العدالة ليست سوى عدالة نسبية وقد لا يكون لها وجود في غالب الأحيان. فدائماً هناك طرف يفرض تلك القواعد، وهو ليس أي طرف بل الطرف الأقوى اقتصادياً عادة والذي يستغل قوته في فرض ما يحقق مصالحه على الطرف الضعيف، ولا فارق في ذلك بين المعاملات التي تتم داخل المجتمع الرقمي أو خارجه.

وعلى فرض أن القانون الموضوعي المشار إليه يؤدي إلى تحقيق العدالة، إلا أنه «يجب ألا ننسى أن الهدف الجوهري للقانون الدولي الخاص هو اليقين أو الأمن القانوني وليس العدالة. فهو يقدم التنظيم ليس الأكثر عدالة، أو الأحسن توافقاً، ولكن التنظيم الذي يكون تطبيقه في القضية، هو الأكثر اتفاقاً مع توقعات الأطراف». وهذا العجز والقصور في ذلك القانون هو الذي يجعل الحاجة قائمة إلى تدخل النظم القانونية الوطنية لتقديم هذه الحلول.

(1) انظر في نقد القانون الموضوعي التلقائي بوجه عام أو ما يطلق عليه قانون التجار:
M.MUSTILL,» THE New Lex Mercatoria», in Bos&Brownlie,eds, Libre Amicorum for Lord Wilberforce149(1987).
M.Highet, the Enigma of the Lex Mercatoria ,,63, Tulane L. Review,(1989),p.613.

الفرع الثاني

خضوع عقود التجارة الإلكترونية بوجه عام لقانون وطني بوصفه قانون الإرادة

تعتبر قاعدة خضوع العقد الدولي من حيث موضوعه لقانون الإرادة lex voluntatis إحدى أشهر وأرسخ قواعد القانون الدولي الخاص التي تكرسها جل النظم القانونية الوطنية. وتستند هذه القاعدة إلى عدة مبررات أهمها احترام توقعات المتعاقدين وتحقيق الأمن القانوني لهم وهو هدف أساسي من أهداف القانون الدولي الخاص [1].

فعلى حين أن الإسناد الموضوعي لا يجعل تحديد القانون الواجب التطبيق أمراً واضحاً في جميع الأحوال ويجعل الأطراف، في الغالب جاهلين بالقانون الواجب التطبيق على عقدهم أو على الأقل تكتنف الشكوك هذا القانون فإن مبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى تمكينهم من توقع وتحديد القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية [2]. وإذا كانت مختلف أنظمة القانون الوضعي قد فضلت في مجال العقد الدولي القانون المختار بواسطة الأطراف على القانون المفروض عليهم بواسطة قاعدة الإسناد، فإن ذلك يرجع إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لإسناد موضوعي، في حين أن الإسناد الشخصي، أو تحديد هذا القانون وفقاً لإرادة الأطراف، يعد الأفضل لأنه يتوافق مع رغبات الأطراف ويتوافق أيضاً مع العقد. وهذا التوافق لقانون الإرادة مع العقد هو في الحقيقة سبب وأساس تطبيق القانون المختار. فالإسناد الشخصي لقانون الإرادة يختلف عن الإسناد الموضوعي لأنه لا يمثل تركيزاً للعلاقة القانونية، ولكنه يرتبط بتحقيق الأثر القانوني الموضوعي فيما يتعلق بمصلحة الأطراف، وذلك بالسماح لهم باختيار القانون الأكثر توافقاً مع مصالحهم، أما منهج تنازع القوانين فهو يتسم بحيدته الموضوعية بالنسبة لنتائج تطبيقه، فهو عندما يحدد القانون الواجب التطبيق بأنه مكان إبرام العقد أو قانون موطن أحد الأطراف فإنه لا يأخذ في الحسبان مضمون هذا القانون، وقد يكون هذا المضمون غير ملائم على الإطلاق لحكم هذا العقد.

كذلك يحقق مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي مصالح التجارة الدولية بسماحه للأطراف باستبعاد القوانين التي يؤدي تطبيقها إلى إعاقة حركة تلك التجارة، والتي لا تصلح إلا لتنظيم العلاقات الوطنية. وإذا كان العقد هو أداة تداول

---

(1) انظر:

YNTEMA: Les objectifs du droit international privé , Rev.Crit..1959, P. 23 et24 .

BATIFFOL. "The Objectives of Private International Law" A.I. CL. 1966- 1967. P. 159. Ss

(2) انظر: M.PELICHET; la vente intermational de merchandises , rec .des cours 1987 vol 201 .p.17

الثروات والخدمات والأطراف في هذا العقد هم الأدرى بالقانون الذي لا يعرقل ذلك التداول ويستجيب لحركة التجارة الدولية وازدهارها عبر الحدود، فيجب إذاً أن يترك للأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وهو ما يمكن معه اختيار قانون دولة على درجة كبيرة من التطور، خاصة وأنه توجد قوانين في بعض الدول، ومن ثم لا تصلح إلا للمبادلات الزراعية والتجارية المتواضعة [1].

ونذكر من النظم القانونية الوطنية التي كرست مبدأ ذاتية الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص القانون المصري (م1/19 مدني) وقوانين جميع الدول العربية وأحدثها القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 27 نوفمبر 1998[2] (م 62)، وقانون التحكيم الأردني رقم 31/ 2001 (م 36/أ) [3]، وكذلك قوانين الدول الأوروبية مثل الألماني لسنة 1986 (1/27 مدني) والقانون السويسري لعام1987 (م1/116) [4] والقانون النمساوي لعام 1979 (م1/35) [5] والقانون الإسباني لعام 1974(م5/10 مدني) [6] والقانون المجري لعام 1979 (م24) [7] والقانون التركي لعام 1982 (م24)، والقانون الدولي الخاص الروماني لعام 1992 (م 73) [8] والقانون الاتحادي الروسي رقم 146 الصادر في 26 نوفمبر 2001[9]، كذلك القانون

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعد التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً، المرجع السابق. ص 1065.

(2) انظر في التعليق على نصوص هذا القانون :

Mohmed El Arabi Hachim, Le code Tunisien de droit international privé, Rev. Crit,1999,p.227.

(3) د. أحمد الهواري: موقف التشريعات العربية من الاتجاهات الحديثة في التحكيم مع التركيز على موقف قانون الإجراءات المدنية الإماراتي ومشروع القانون الاتحادي للتحكيم. بحث مقدم لمؤتمر التحكيم كأهم الوسائل البديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية والذي نظمته جامعة الإمارات العربية المتحدة في إبريل 2008، الجزء الثاني ص 619 - 652.

(4) انظر نصوص القانون منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي سنة 1988 ص409 وانظر بصدد هذا القانون:

KNOEPFLER – SCHWEIZER:"La nouvelle loi fédérale suisse sur le DIP. Partie générale Rev. Critique, 1988, p.207 et ss.

STOJANOVIC:"Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le DIP, Rev.Critique, p261 et ss.

(5) انظر نصوص هذا القانون مترجمة للفرنسية ومنشورة في المجلة الانتقادية سنة 1979، ص 177 مع تعليق للأستاذ Schwind .

(6) نصوص القانون مترجمة للفرنسية و منشورة في المجلة الانتقادية سنة 1976- وانظر حول هذا القانون :

IGLESIAS BUIGES:"Le nouveau système de règles de conflit du DIP espagnol", Rev.Critique, 1976, p.397;CARILLO:"Le nouveau DIP espagnol", ASDL, 1970, p.9.

(7) نصوص هذا القانون مترجمة للفرنسية و منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي سنة 1981، ص161 مع تعليق للأستاذ Majoros – وانظر بخصوص هذا القانون:

MADL:"Le premier code sur le DIP en Hongrie", Rev.Dr. Hongrois, 1981, p.4

SZIGETI:"Codification du DIP en Hongrie", Clunet, 1980, p.336

(8) نصوص هذا القانون مترجمة للفرنسية و منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي سنة 1994 ص167 وما بعدها.

(9) انظر:

Bogdanova (N.), Litvinski (D.) : Note sur les nouvelles règles de conflits du droit international privé russe, Rev.Critique 2002, p.193.

الدولي الخاص الفنزويلي لعام 1998[1]، وأيضاً بعض القوانين الأنجلوأمريكية. هذه القاعدة نذكر منها القانون الأمريكي [2] والأسترالي [3] والكندي [4] والقانون الإنجليزي [5].

كذلك فقد كرست هذه القاعدة العديد من الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي لسنة1955 حول القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية (م1/2)، واتفاقية لاهاي لعام 1978 حول القانون الواجب التطبيق عن عقود الوساطة التجارية (م1/5) وكذلك اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (م1/13)، وأيضاً الاتفاقية المبرمة في 17 مارس 1994 بين الدول الأمريكية بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وجميعها تنص في مجال العقود الدولية على تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف.

وتخضع عقود التجارة الإلكترونية الدولية كغيرها من العقود لمبدأ ذاتية الإرادة، ومهما كانت طبيعة العقد وطبيعة الالتزامات الناشئة عنه [6]. ويرجع ذلك إلى أن شبكة الإنترنت لا يقتصر دورها على تسهيل اتصال المشتغلين بالتجارة الدولية فيما بينهم من خلالها، ولكنها تمكنهم من التعبير عن إراداتهم، بحيث أصبحت فضاءً فسيحاً لممارسة هؤلاء المشتغلين لحريتهم العقدية. ويصدق هذا بوجه خاص بالنسبة لعقود الخدمات المعلوماتية. ويرجع ذلك إلى أن الإرادة، وبسبب طبيعتها غير المادية، هي الأقدر على الاستجابة للطبيعة الافتراضية لمحل هذه العقود ولمكان إبرامها وتنفيذها [7].

واختيار قانون العقد قد يكون صريحاً يتم من خلال إدراج شرط في العقد يحدد الأطراف

---

(1) انظر:

Ganzalo (P.A.) : La loi venezueliane de 1998 sur le droit international privé ,Rev.Critique ,1999, p383..

(2) انظر الفقرة 187 /2 من التقنين الأهلي الثاني الأمريكي لتنازع القوانين.

"…that the local law of the state chosen by the parties will be applied even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement."

وانظر (1) 1 - 105من التقنين التجاري الأمريكي:

"the parties may agree that the law of the state or nation of their choice shall govern their rights and duties"

وانظر بالتفصيل:

Scoles & Hay , Conflict of Laws (2nd ed. 1992), , p.661.

(3) NYGH. Conflict of laws in Australia , 2ed Butter worth,Sedny, 1976, P36.

(4) CASTEL.Conflit of laws. Toronto, Butterworth,1976, p.721.

(5) انظر في تكريس المبدأ في القضاء الإنجليزي :

Lord Atkin in R v. International Trustee [1937] A.C. 500, 529; per Lord Wright in Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. [1939] A.C. 277, 289; per Lord Diplock in Amin Rasheed v. Kuwait Insurance Co. [1984] 1 A.C. 50, 61.

(6) Huet (J.), Le droit applicable dans les réseaux numériques, JDI,2002,p. 754.

(7) انظر: عادل أبو هشيمة محمود، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة 2004. ص72.

فيه القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ويسمى بشرط الاختصاص التشريعي. وقد جرى العمل في عقود الخدمات المعلوماتية على إدراج هذا الشرط في نهايتها [1]. وإذا كان الأصل أن يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد الدولي لحظة إبرام العقد فإن هذا الاتفاق يمكن أن يتراخى لما بعد الإبرام وعند نشوء النزاع ويكون للأطراف تعديل اتفاقهم بخصوص القانون الذي اختاروه دون الإضرار بحقوق الغير حسن النية.

وإذا كان اختيار قانون العقد صريحاً فان الفقه الراجح يجمع على ضرورة توافر صلة بين القانون المختار والعقد [2]، ويكفي أن تتأتى هذه الصلة من حاجة التجارة الدولية؛ كأن يجري العقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال تجارة سلعة معينة وتقبله أوساط التجارة الدولية، وهو أمر مألوف في مجال التجارة الإلكترونية [3].

وكذلك قد يكون هذا الاختيار ضمنياً يستفاد بوجه عام من ظروف العقد مثل اختيار المتعاقدين للغة معينة لتحرير العقد أو تحريره أمام موثق من دولة معينة، أو استعمال مصطلحات قانونية معروفة في قانون معين، أو اختيار عمله دولة معينة للوفاء، أو اشتراط تنفيذ العقد في دولة معينة، أو جعل الاختصاص بنظر المنازعات المتولدة عن العقد بمحاكم دولة معينة مما يفيد انصراف نية المتعاقدين إلى إخضاع العقد لقانون دولة هذه المحكمة. ولكن يلاحظ أن هناك عدداً من هذه الظروف أو القرائن التي يمكن الاستناد إليها لاستخلاص الإرادة الضمنية تصبح عديمة الجدوى في مجال التجارة الإلكترونية، مثال ذلك لغة العقد باعتبار أن اللغة الإنجليزية هي اللغة المهيمنة في المجتمع الافتراضي، وفي حالة استخدام أية لغة أخرى غير الإنجليزية فإنه يتم ترجمتها بطريقة آلية إلى اللغة الإنجليزية بواسطة برنامج خاص.كذلك فإن عملة الوفاء تفقد أهميتها إذا تم هذا الوفاء بالنقود الإلكترونية، فضلاً أنه لا يتصور تحرير العقد الإلكتروني أمام موثق للعقود.

---

(1) انظر على سبيل المثال الشرط الوارد في عقد الاستهلاك الإلكتروني النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة والصناعة بباريس. مشار إليه في؛
Vivant (M.) , Les contrats du commerce électronique, Litec,1999,p.173.

(2) انظر في الفقه المصري د. أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع ، المرجع السابق، ص 1097، د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص. الجزء الثاني، تنازع القوانين - الاختصاص القضائي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، 1986 ص443، د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، أصول تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 1997، ص 301، د. هشام صادق ، تنازع القوانين: دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص 66.وهذا أيضاً هو موقف بعض التشريعات الوطنية مثل القانون الإسباني الصادر في 13 مايو 1974 (م 5/10) والقانون البولندي الصادر في 12 نوفمبر 1965 (م 1/25). وانظر عكس ذلك المادة 1/3 من اتفاقية روما. ويفضل البعض من الفقه منح المتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار قانون العقد شريطة ألا ينطوي على غش نحو القانون أو تعارض مع النظام العام. انظر :
Rigaux(F.), Droit international privé, Bruxelles,1968.n.352p.418.

(3) راجع HOEDEL المرجع السابق، ص 285.

ومن جميع ما تقدم يتضح أن عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي المبرمة إلكترونياً أو عبر شبكة الإنترنت يمكن أن تخضع لقانون الإرادة، وسواء أبرمت هذه العقود من مستخدمي الشبكة وشركات تقديم المواقع أو شركات خدمات الاشتراك في الشبكة أو أبرمت هذه العقود بين التجار والمستهلكين. ويقتضي جانب في الفقه بالنسبة لهذه العقود أن يتفق الطرفان على القانون المطبق على صفحة الشاشة المستقلة [1].

وإذا انعدمت الإرادة الصريحة للمتعاقدين حول اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ذي الطابع الدولي المبرم عبر الإنترنت وتعذر على القاضي الكشف عن نيتهم الضمنية، يقوم القاضي بتجديد القانون الذي يحكم هذا العقد عن طريق تركيز العقد la localisation du contrat في دولة معينة، وهي على وجه التحديد الدولة التي ترتبط بالعقد بروابطه الأكثر وقوفاً. لينتهي إلى اعتبار قانون هذه الدولة هو قانون العقد.

وتعتبر كثير من النظم الوطنية وكذلك الاتفاقات الدولية أن الدولة التي يرتبط بها العقد بروابطه الأكثر وثوقاً هي الدول التي يوجد بها محل الإقامة العادية لطرف العقد المدين بالالتزام المميز له [2].

(1) راجع KESSEDJIAN المرجع السابق، ص 153.

(2) انظر بالنسبة لمفهوم الأداء المميز بوجه عام:

SCHNITZER “Handbuch des internationalen Privatrecht.”.

الطبعة الرابعة، ج2، بال، 1958 ص639 ومابعدها، وانظر لنفس المؤلف:

“Les contrats internationaux en droit international privé suisse” Rec. des cours, t 123 (1968-1) pp.541 ss.

ويرى هذا الفقه أن هناك كثيراً من الأسباب التي تقتضي الأخذ بفكرة الأداء المميز للعقد أول هذه الأسباب هو بساطته المتناهية بالنسبة لأي ضابط موضوعي آخر مثل محل إبرام العقد أو محل تنفيذه واللذين قد يصعب تحديدهما في بعض الأحيان كذلك لما كان الالتزام المميز للعقد هو إلتزاماً واحداً، فإن الاستناد إليه لتحديد قانون العقد يمنع تجزئة العقد depeçage du contrat وبالتالي يحول دون إخضاع تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه لعدة قوانين قد تتسم بتعارض وتضارب حلولها. وأخيراً فإن هناك سبباً ذا طابع اقتصادي واجتماعي يعزز الأخذ بهذا الضابط ويؤكده، ففي ظل أنظمة التبادل الاقتصادي القائمة على التعامل بالنقود، فإن الالتزام الذي يرتبه العقد على عاتق أحد طرفيه بدفع مبلغ من المال، لا ينطوي في حد ذاته علي ما يمكن أن يميز العقد. على العكس من ذلك فإن الالتزام المقابل للطرف الآخر هو الذي يسمح بتمييز العقد عن أي عقد آخر، وبالتالي يكون معبراً عن الوظيفة الاقتصادية للعقد. فالمشتري والمستأجر يشتركان في الالتزام بدفع مبلغ من المال في صورة ثمن أو أجرة ومع ذلك فإن هذا الالتزام لايمكن الاستناد إليه لتمييز عقد البيع عن عقد الإيجار، فهذا التمايز لا يتضح إلا بالنظر إلى اختلاف التزام البائع عن التزام المؤجر.

وفي تكريس هذا الضابط في القضاء قبل تكريسه تشريعياً، انظر: حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية في قضية chevally c. Genimportex S. A. عام 1952 (منشور في BGE سنة 1978 الجزء الثاني ص 74 وما بعدها.) وانظر في صدد تكريس القضاء الفرنسي لهذا الضابط حكم محكمة استئناف باريس في 27 يناير 1955 في قضية Jansen C. Heuntey منشور في المجلة الانتقادية سنة 1955. ص 32 وما بعدها.

وانظر في نقد هذا الضابط :

JESSURUN D’OLIVEIRA “Charcteristic obligation in the draft EEC obligation convention”, AJCL, 1977, p.313;

JUENGER “The European convention on the law applicable by contractual obligations. Some critical observations. Virginia Journal of International law, 1981, p.133. 197; Lasok & Stone, Conflict of Laws in the European Community

ومن هذه النظم القانون الدولي الخاص السويسري الجديد والذي تقرر المادة 117منه أن العقد يرتبط بالدولة التي يوجد بها محل إقامة أو منشأة الطرف الذي يلتزم بالأداء المميز للعقد بأكثر روابطه وثوقاً. وتورد هذه المادة أمثلة لما يعد أداء مميزاً في عدد من العقود [1].

وعلى صعيد القانون الدولي الخاص الاتفاقي للعقود أخذت بفكرة الأداء المميز prestation caracteristique اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو سنة 1955 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية، والتي اعتدت محل الإقامة المعتادة للبائع، بوصفه الملتزم بالأداء المميز للعقد، كضابط إسناد رئيسي لتعيين قانون العقد [2]. كذلك فقد تبنت اتفاقية روما [3] ضابط الأداء المميز للعقد وهي تضع في هذا الصدد قرينة مفادها أن العقد يرتبط بالدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز للعقد بأكثر روابطه قوة ووثوقاً. فإذا كان هذا الطرف شخصاً معنوياً وكان قد أبرم العقد أثناء ممارسته لنشاطه المهني، كانت الدولة التي يرتبط بها العقد بأكثر روابطه وثوقاً هي الدولة التي بها المنشأة الرئيسة لهذا الشخص أو المنشأة التي تلتزم بالأداء المميز للعقد.

ويبرر واضعو هذه الاتفاقية تكريسها لمفهوم الأداء المميز للعقد بأن هذا المفهوم يسمح بإسناد العقد للوسط الاجتماعي والاقتصادي الذي سينفذ فيه وبالتالي يسمح بإدماج العقد في هذا الوسط [4].

وعلى ذلك ففي مجال العقود الدولية التي تبرم عبر شبكة الإنترنت، إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، يكون هذا القانون هو قانون الدولة محل إقامة أو مقر الطرف الملتزم بالأداء المميز في العقد. فإذا كان العقد قد أبرم بين مقدم المادة المراد إدخالها على شبكة

(1987)pp.362-363; Cheshire & North, Cheshire and North›s Private International Law (12th ed. 1992 by North and Fawcett) pp.491-492; Morse The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, (1982) 2 Ybk. Eur.L. 107, 126-132; Juenger in Contract Conflicts, pp.300-302; Kaye, The new Private International Law of Cantract of the European Community (1993) pp.187-191.198 Art.4(2).

(1) انظر:

STOJANOVIC:"Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le DIP, Rev.Critique, p261 et ss.

(2) انظر م 3 من الاتفاقية. ومع ذلك فإن فكرة الإداء المميز للعقد لم يتم ماقشتها أو طرحها بطريقة رسمية أمام المؤتمر الذي أعد هذه الاتفاقية. انظر في هذا الصدد مجموعة وثائق فصل الانعقاد السابق لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص. سنة 1952 ص 25 وما بعدها.

(3) انظر انظر م 4/2 من الاتفاقية. وانظر بالنسبة للحلول التي أخذت بها هذه الاتفاقية بوجه عام:

Lando (O.): "The EC Draft convention on the law Applicable to contractual and Non-contractual obligations", RabelsZ 1974, pp.20 ss ; GUILIANO et LAGARDE:"Rapports sur la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles".JOCE, no C282, du 31 Octobre, 1980, p9.

(4) "de rattacher le contrat au milieu socio- économique dans lequel il va s'insérer."

الإنترنت وبين شركة تتولى معالجة هذه المادة إلكترونياً وتحميلها على موقع بالإنترنت فإن القانون الذي يحكم هذا العقد في غيبة اختيار صريح للأطراف يكون هو قانون الدولة التي بها مقر أو مركز هذه الشركة الأخيرة.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، وخلافاً لنهج اتفاقية روما وبقية الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بعقود التجارة الدولية، والذي يستند إلى إيراد قواعد إسناد واستثناءات عليها، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، حال عدم وجود اختيار صريح للأطراف يتم وفقاً لمنهج أكثر مرونة rule-selection approach، جسدته المادة 188 [1] من التقنين الأهلي الثاني لتنازع القوانين، يؤدي إلى تطبيق أكثر القوانين صلة بالعقد في كل حالة على حدة [2]، وهو قانون الدولة التي بها مركز ثقل العقد، وفقاً للمعطيات الواقعية المحيطة، وبما يحقق الاعتبارات التي تهيمن على حلول مشاكل تنازع القوانين [3].

ولكن إذا كانت عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي تخضع لقانون الإرادة، فهل يحكم هذا القانون أيضاً تلك العقود حال إبرامها بواسطة مستهلكين؟

---

(1) وتنص هذه المادة في فقرتها الأولى على أنه:

«[t]he rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in § 6»

بينما تحدد الفقرة الثانية مختلف الضوابط التي يمكن للقاضي أن يستند اليها لتحديد القانون الذي يحكم العقد وبما يتفق مع المعطيات الواقعية لكل حالة على حدة على النحو التالي:

In the absence of an effective choice of law…., the contracts to be taken into account in applying the principles of section 6 to determine the law applicable to an issue include:

the place of contracting ;

the pace of negotiations of the contract ;

the place of performance ;

the location of the subject matter of the contract and

the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties. These contracts are to be evaluated according to their effective importance with respect to the paricular issue."

وانظر أيضا الفقرة § 1-105(1) من التقنين التجاري الموحد . وانظر بالتفصيل في هذا الصدد:

Morris, The Conflict of Laws (4th ed. 1993 by David McClean) p.447; Cheshire and North, Cheshire and North›s Private International Law (12th ed. 1992 by North and Fawcett) p.31; Blom, Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract (1979) 18 Can.Ybk.Int.L. 161, pp.212-226

(2) انظر : 1)188 § Restatement 2nd، p.688; Scoles & Hay.).

(3) انظر2/6 من التقنين الأهلي الثاني :

the factors relevant to the choice of the applicable law include the needs of the interstate and international systems, the relevant policies of the forum and other interested states, the protection of justified expectations, the basic policies underlying the particular field of law, certainty predictability and uniformity of result, and ease in the determination and application of the law to be applied.

المطلب الثاني
القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي التي يبرمها المستهلكون.

سبق أن بينا أن القانون الموضوعي الإلكتروني لا يصلح في المرحلة الراهنة رغم تطوره لتقديم حلول لجميع المشاكل التي تثيرها علاقات التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي. فهذا القانون لا يزال قاصراً يتسم بعدم شموليته كما يتسم بعدم وضوح قواعده التي لا تزال في مرحلة التطور[1]. لذلك فهو لا يقدم لنا فائدة كبيرة عند تطبيقه على عقود الاستهلاك ذات الطابع الدولي عندما تبرم عن طريق الإنترنت. ومن ثم يصبح لزاماً أن نعود مرة أخرى إلى قواعد القانون الدولي الخاص التي تحدد القانون الواجب التطبيق على المستهلك بوجه عام، وترتكز على ضوابط تقليدية ذات طبيعة مكانية أو جغرافية. وتبين دراسة التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية تكريس قاعدة إسناد خاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق على علاقات الاستهلاك العادية، أي التي لا يتم إبرامها من خلال شبكة الإنترنت. وهي قاعدة تسعى إلى حماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.والسؤال الذي يثور هنا هو معرفة ما إذا كانت هذه القاعدة يمكن استخدامها أيضا لتحديد القانون الواجب على عقود الاستهلاك التي تبرم عبر الإلكترون.

الفرع الأول
قاعدة الإسناد الخاصة بعقود الاستهلاك التقليدية

يعد مبدأ سلطان الإرادة، وما يعنيه على صعيد القانون الدولي الخاص، من منح المتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم عقودهم، مبدأ جوهرياً تكرسه جميع النظم القانونية كما سبق أن ذكرنا [2]، إلا أن هذا المبدأ في نفس الوقت يعد السبب الرئيس لإجحاف الطرف القوي في العقد بالطرف الضعيف. ذلك لأن حرية المتعاقدين في تنظيم عقودهم لا تتصور إلا بين الأنداد الذين لهم نفس القوة وذات المقدرة [3]. لذلك تنطلق التشريعات الحديثة من فكرة جوهرية قوامها أنه إذا كان عدم التكافؤ الواقعي بين أطراف العلاقة في الناحية الاقتصادية

(1) انظر ما قبله 30 .

(2) انظر ما قبله فقرة 31.

(3) انظر في هذا المعنى:

GILLIERON: ‘‘La protection du faible dans les contrats.” Revue de droit suisse, 1979. I. p. 237.

حيث يقرر:

“La liberté contractuelle repose sur la prémise de deux partenaires également capables“

والاجتماعية يقتضي وضع بعض القيود على حرية الطرف الأقوى في العلاقة العقدية، تكون عوضاً لضعف الطرف الآخر، حيث تعمل على الحد من عدم التكافؤ بينهما، وإذا كانت مهمة التنظيم الحمائي الواقعي ترجع إلى القانون الموضوعي ومهمة تحديد القانون الواجب التطبيق ترجع للقانون الدولي الخاص، فإن هذا القانون يجب، عند تعيينه للقانون الواجب التطبيق على العقود التي تتسم بالحاجة لحماية بعض أطرافها [1] – وأهمها عقود الاستهلاك – أن تتجنب أن يؤدي اختلاف مستويات الحماية في النظم القانونية التي ترتبط بها هذه العقود إلى تقرير حلول جائرة بالنسبة للمستهلك [2].

وتعمل بعض النظم القانونية على حماية المستهلك بوصفه العاقد الضعيف في عقود الاستهلاك عن طريق الاستبعاد الكلي لمبدأ سلطان الإرادة وتعيين القانون الواجب التطبيق بواسطة ضابط إسناد موضوعي.

وقد تبنى المشرع السويسري هذا النهج في المادة 120 من القانون الدولي الخاص الجديد، والتي تسند عقود الاستهلاك لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك وذلك:

أ – إذا كان المورد قد تلقى الطلب من المستهلك في هذه الدولة.

ب – إذا كان إبرام العقد قد سبقه عرض خاص أو دعاية في هذه الدولة وقام المستهلك باتخاذ

(1) انظر بوجه عام: أحمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 1995،بند 70ومابعده ص 63 وما بعدها .

(2) انظر في حماية المستهلك في الفقه الغربي:

Pocar(F.): La protection de la partie faible en droit international privé". Rec.des Cours pp.349 ss.Pélichet (M.): "Mémoire sur les ventes aux Conférence de la Haye de DIP Actes et documents de la quatorzième session, II. Ventes aux consommateurs, la Haye , 1982.Imhoff-Scheier (A.C.): "Protection du consommateurs et contrats internationaux", Genéve, 1981. Imhoff-Scheier (A. C.): "Quelques observations sur le projet de convention de la Haye sur la loi applicable a certians ventes aux consommateurs. A.S.D.I., 1981, pp. 129 ss.; Hartly (T.C.) Cosumer protection provesions in the EEC convention . . in north : contract conflicts . Amesterdam , New York , Oxford 1982 p 111 ss. ; Gilliero: " La protection du faible dans les contrats" Revue de droit suisse 1979 I., P. 234. ; Leclerc: La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, étude de conflits de lois, L› utilisation des Techniques du droit de la consommation dans les rapports internationaux inégaux, thése Bourgogne, Dijon, 1998. ; Fallon: Le droit des rapports internationaux de consommation, clunet, 1984, p. 765 et ss. ; Vareille – Sommieres : La protection du contrractant non professionel dans le droit de conflit de lois, in collection: aprés le code de la consommation, Paris, Litec, 1996, P. 7& et ss . ; Mayer: La protection de la partie faible en droit international privé, in collection la protection de la partie faible dans les rapports contractuel, Paris, LGSJ, 1996, p. 513.

وانظر في الفقه المصري: أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي. القاهرة، دار النهضة العربية، 1998. ولنفس المؤلف توجه الحماية الأوربية نحو حماية المستهلك في مجال تنازع القوانين. القاهرة، دار النهضة العربية، 1997. وأيضا أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص. القاهرة، دار النهضة العربية، 1995. وانظر أيضا أشرف وفا، المنافسة غيرالمشروعة في القانون الدولي الخاص القاهرة. دار النهضة العربية 2000. وانظر أيضا خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. القاهرة، 2002. وانظر أيضا حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين. القاهرة، دار النهضة العربية 2004. ، عبد الحكيم مصطفى ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. القاهرة، دار النهضة العربية، 1997.

الإجراءات الضرورية لإبرام العقد فيها.

جـ - إذا تم حث المستهلك بواسطة المورد للانتقال إلى دولة أجنبية لإبرام العقد.

وتحرم هذه المادة الأطراف كلية من أية مكنة لاختيار القانون الذي يحكم هذه العقود [1].

وكان مشروع هذا القانون والمعد بواسطة المجلس الفيدرالي عام 1982 قد تبنى نفس الحل فالمادة الخاصة من المشروع وبعد أن عينت القانون الذي ينعقد له الاختصاص لحكم هذه العقود استبعدت كلية أي دور لإرادة الأطراف في هذا الصدد. وقد جاء في الأعمال التحضيرية بصدد هذه المادة أن هذا الاستبعاد قد اقتضته ضرورة تطبيق القانون الذي ارتكن إليه الطرف الضعيف بحسن نية وعلى ضوء جميع الظروف التي أحاطت بالعقد [2].

ويستند عقد الاختصاص لقانون محل إقامة المستهلك إلى أن هذا القانون هو أقدر القوانين على حمايته، لأنه القانون الذي يعرفه أكثر من سواه، والذي اعتاد أن ينظم سلوكه فى ضوء قواعده، وبالتالي يكون بمقدوره أن يتوقع ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية أو إيجابية بالنسبة له. بعبارة موجزة يحقق هذا القانون حماية المستهلك عن طريق تجنيبه أية مفاجأة قد يحملها له تطبيق قانون يجهله.

وقد دفعت هذه الاعتبارات واضعي اتفاقية روما وكذلك واضعي القانون الدولي الخاص السويسري الجديد إلى تبني هذا الإسناد بالنسبة للعقود التي يبرمها المستهلكون، بالرغم من النقد الموجه إليه [3].

---

(1) م3/120 والتي تنص على أن «l'élection d'un droit est exclue»

(2) انظر:

Message concernant une loi federale sur le droit international privé du Conseil fédéral suisse . . Novembre. 1982. No 282- 25.

وانظر في الدفاع عن هذا الحل بقصد حماية العاقد الضعيف في عقود الاستهلاك:

IMHOFF- SCHEIER: “Protection du consommateur en DIP..” op cit. pp. 202p 205.

وانظر أيضاً لنفس المؤلف:

Quelques observations sur le projet de la convention de la Haye sur la loi applicable a certaines ventes aux consommateurs A.S.D.I. 37. 1981. P. 129.

وانظر أيضاً: Consumer contracts and Party Autonomy «LANDO» في مجموعة الأعمال المهداة للعميد Matmstrom استكهولم 1972، ص141 – 158.

(3) ويتلخص النقد الموجه لهذا الحل في ضرورة الاحتفاظ بضابط سلطان الإرادة كضابط عام لتحديد القانون الواجب التطبيق على معظم عقود التجارة الدولية لما يحققه من أمن ويقين قانونيين لا غنى عنهما لازدهار واطراد هذه العقود. ومن ناحية أخرى قد يكون استبعاد كل دور للإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك غير مجدٍ عندما يكون طرفا هذا العقد على قدم المساواة وبالتالي لا تقوم الحاجة لحماية أحدهما في مواجهة الآخر. وهذا ما يحدث عندما يكون من تعاقد مع المستهلك غير مهني أو حتى عندما يكون مهني أو تاجر ولكن التعاقد يخرج عن إطار نشاطه التجاري أو المهني . من ناحية ثانية قد يؤدي الاستبعاد التام لمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود المبرمة بواسطة مستهلكين إلى الإضرار بمصالح هذا الأخير وبمقتضيات حمايته. ويحدث هذا عندما يكون قانون مورد السلعة أو مقدم الخدمة أصلح للمستهلك من قانون محل إقامته ، ومع ذلك فإن من يتعاقد مع المستهلك قد لايجد غضاضة في اختيار

وعلى ذات المنوال سارت إتفاقية لاهاي بخصوص القانون الواجب التطبيق على بعض عقود البيع التي يبرمها المستهلكون لسنة 1980، الأمر الذي يؤكد عجز ضابط الأداء المميز للعقد عن تحقيق حماية العاقد الضعيف، فهذه الحماية لا تتحقق بإخضاع العقد لقانون العاقد المدين بالأداء المميز وإنما بإخضاعه لقانون العاقد الدائن بهذا الأداء [1].

وهذا هو أيضاً نهج قانون مقاطعة كيبك الكندية الخاص بحماية المستهلك الصادر في 14 يوليو 1970. وتقضي المادة الثامنة من هذا القانون على أن «كل شرط في العقد يخضع كلياً أو جزئياً لقانون آخر... غير قانون مقاطعة كيبك يكون باطلاً». ويطبق هذا النص بشأن عقود الاستهلاك التي تُبرم في إقليم كيبك أو التي يتم الدعاية لها في هذا الإقليم حتى ولو تم إبرامها في مكان آخر أو دولة أخرى طالما كان للمستهلك محل إقامة معتادة على إقليم مقاطعة كيبك [2].

ونجد اتجاهاً مماثلاً في المادة 27 من القانون الإنجليزي بخصوص الشروط العقدية التعسفية Unfair contract terms act الصادر عام 1977 وذلك في الفقرة الثانية من هذه المادة التي تنص على تطبيق هذا القانون بالرغم من اختيار الأطراف لقانون أجنبي إذا كان أحد المتعاقدين له صفة المستهلك وله محل إقامة معتادة في المملكة المتحدة، وأتم في هذا البلد التصرفات أو الإجراءات الضرورية لإبرام العقد [3].

كذلك تبنى القانون البرتغالي ذات النهج من إسناد عقود الاستهلاك - وإن لم يسمها - إلى قانون محل الإقامة المعتادة - وفي هذا الصدد تنص المادة 33 من المرسوم بقانون رقم 446/85 والصادر في 25 أكتوبر 1985 بشأن الشروط العامة للعقود على تطبيق هذا المرسوم بقانون على كل العقود المبرمة بموجب اقتراح أو عرض عام على الجمهور تم في البرتغال إذا كان للمتعاقد طالب السلعة محل إقامة معتادة في هذا البلد، وعبّر عن إرادته في التعاقد فيها، حتى ولو كان

هذا القانون لحكم عقد الاستهلاك بحسبان أنه يحقق مصلحته في إخضاع جميع عقوده لنفس القانون وبغض النظر عن جنسية المستهلك وطنياً كان أم أجنبياً. انظر أحمد الهواري، المرجع السابق، ص 100.

(1) انظر Hartley in Contract Conflicts، المرجع السابق ص 122-123، Quelques observations، IMHOFF-SCHEIER، المرجع السابق ص 202-205.

(2) Nabhan(V.) et Tapis(J.A.) : La Protection du consommateur en droit international privé québecois et canadien, Trav,Asso.Henri Capitant,1973,p.414 et spéc.p.422.

(3) :»[t]his Act has effect notwithstanding any contract term which applies or purports to apply the law of some country outside the UK, where (either or both) (a) the term appears [...] to have been imposed [...] for the purpose of enabling the party imposing it to evade the operation of the Act; or (b) in the making of the contract one of the parties dealt as consumer, and he was then habitually resident in the UK, and the essential steps necessary for the making of the contract were taken there».

انظر : Consumer Protection and Private International Law in internet Contracts، المرجع السابق ص 32.

قانون العقد lex contractus قانوناً أجنبياً [1].

ويلاحظ أن جميع التشريعات التي أسندت عقود الاستهلاك لقانون محل إقامة المستهلك تتطلب لذلك عدداً من الشروط، التي تختلف من تشريع لآخر، ولكنها تظهر ارتباط العقد بدولة محل إقامة المستهلك. وبهذه الطريقة تقيم قاعدة الإسناد نوعاً من التوازن بين مصلحة المستهلك التي تقتضي عقد الاختصاص لقانونه، ومصلحة مورد السلعة أو مقدم الخدمة التي تتطلب أن يكون قادراً، شأنه في ذلك شأن المستهلك، على توقع تطبيق هذا القانون [2] والسؤال الذي يجب طرحه بعد تناول قاعدة الإسناد التقليدية هو ما إذا كانت تصلح أيضاً لتحديد القانون الذي يحكم عقود الاستهلاك عبر الإنترنت.

الفرع الثاني

مدى إمكانية إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بعقود الاستهلاك التقليدية على عقود الاستهلاك عبر الإنترنت

بينا فيما سبق كيف أن العديد من النصوص التشريعية الوطنية التي تسعى لحماية المستهلك عن طريق عقد الاختصاص لقانون محل إقامته تشترط لذلك شروط معينة مثل أن يكون العقد قد تم إبرامه في هذا البلد أو يكون المستهلك قد تلقى فيها رسائل إعلانية أو دعائية تكون دفعته للتعاقد، أو أن تكون قد وُجهت له في هذا المكان دعوة خاصة للتعاقد. ومن هذه النصوص نص المادة (2/5) من اتفاقية روما لسنة 1980 والمبرمة بين الدول الأعضاء في الجماعة الاقتصادية الأوروبية بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والمادة (1/3/13) من اتفاقية بروكسل المبرمة في 28 سبتمبر 1968 بخصوص الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية بين دول أعضاء الجماعة الاقتصادية الأوربية، والمادة 15 من التنظيم الأوروبي رقم 44 لسنة 2001، والمادة (3/5) من مشروع اتفاقية لاهاي

(1) انظر بشأن هذه المادة:

Moura – Ramos: Aspects recents du droit international privé, portugais rev. crit. 1988, p 479.

(2) راجع في هذا المعنى Schu ،المرجع السابق ،ص 5 حيث يكتب :

Parties will have reasonable expectations to which law applies to their transaction. The closer a contract is connected to a particular jurisdiction the more justified is the expectation of either party that the law of that jurisdiction apply. But distance selling contracts and contracts for the supply of services across borders are usually not unequivocally most closely connected to one jurisdiction, thus parties expectations might conflict: the consumer expects the protection of the law of the country where he is habitually resident whereas the supplier relies on the application of the law of the country where he has his place of business. The prime example for a solution to that problem in private international law is art.5(2) of the EC contractual obligations Convention, which makes mandatory consumer protection rules of the consumer›s country of residence applicable in situations where the consumer can reasonable expect them to apply.

بخصوص القانون الواجب التطبيق على بيوع المستهلكين. كل هذه النصوص المشار إليها تتطلب أن يكون المستهلك قد قام في الدولة التي فيها محل إقامته بالخطوات الضرورية لإبرام العقد إلى جانب تلقيه في هذا الدولة لدعاية أو دعوة.

أما القانون الإنجليزي الخاص بالشروط العقدية غير المنصفة (Unfair Contract Terms Act) الصادر 1977 فقد اكتفى في البند 2/27 بأن يتخذ المستهلك في دولة محل إقامته لخطوات إبرام العقد ولم يتطلب إلى ذلك دعوة أو دعاية في ذلك البلد.

والهدف من تلك الشروط التي تتضمنها تلك النصوص، وكما سبق أن أوضحنا، هو إبراز الصلة الوثيقة (close connection)، أو الرابطة الجدية، بين العقد وبين دولة محل إقامة الإقامة المعتادة للمستهلك، بما يبرر تطبيق قانون هذه الدولة بما في ذلك القواعد الآمرة في هذا القانون، وبما يبرر عقد الاختصاص لمحاكمها. فعندما يقوم مورد السلعة أو مزود الخدمة بتسويق السلعة أو تقديم الخدمة، في بلد إقامة المستهلك وعندما يقوم المستهلك بطلب هذه السلعة أو الخدمة من دولته فإنه يحق له بطريقة مشروعة أن يتوقع أن تشمله الحماية التي يقدمها هذا القانون. وهكذا كما بينا فإن جميع هذه النصوص تسعى إلى حماية التوقعات المشروعة لأطراف العقد. لذلك، إذا أردنا معرفة ما إذا كان ممكناً استخدام قاعدة الإسناد الخاصة بعقود الاستهلاك التقليدية، أو أية قاعدة إسناد ترتكز على ضوابط مكانية، لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك التي تبرم عبر الإنترنت، يجب أن نقوم بالتعرض لمختلف هذه الضوابط وبيان ما إذا كانت ذات أثر في تحديد توقعات الأطراف بالنسبة للقانون الواجب التطبيق، وكذلك مدى ملاءمة أو عدم ملاءمة إعمالها في بيئة الإنترنت، نظراً لما قد يثيره هذا الإعمال من صعوبات.

أولاً: مكان استقبال الإعلان أو تلقي الدعوة للتعاقد أو مكان اتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام عقد الاستهلاك.

سنتعرض أولا لمفهوم مكان الدعوة الخاصة للتعاقد وكيف يحدد مكان استقبالها بالنسبة للعقود ذات الطابع الدولي التي تبرم عبر الإنترنت، وبعد ذلك نتعرض لمكان تلقي الدعاية السابقة للتعاقد، ثم ننتهي لبيان مكان اتخاذ الخطوات اللازمة لإبرام العقد. بمعنى آخر إذا كان المستهلك العادي يتم حمايته عن طريق تطبيق قانون محل إقامته المعتادة إذا كان تلقى في هذا المحل الدعوة للتعاقد، فإننا هنا نتساءل متى يعتبر المستهلك الذي أبرم عقد الاستهلاك ذا الطابع الدولي عبر الإنترنت قد تلقى هذه الدعوة في محل إقامته؟. كذلك إذا كان المستهلك العادي يتم حمايته عن طريق تطبيق نفس القانون إذا كان استقبل في محل إقامته رسالة

إعلانية أو دعائية فمتى يكون المستهلك الذي أبرم عقد الاستهلاك ذا الطابع الدولي عبر الإنترنت قد استقبل هذه الرسالة محل إقامته؟. وإذا كان المستهلك العادي يتم حمايته عن طريق تطبيق قانون محل إقامته المعتادة إذا كان قد قام بإجراءات التعاقد الضرورية في الدولة التي فيها محل إقامته فإن السؤال الذي يجب الإجابة عليه هو متى يكون المستهلك الإلكتروني قد اتخذ هذه الإجراءات في تلك الدولة؟

1. مكان تلقي المستهلك الإلكتروني الدعوة للتعاقد

في بيئة لها المعطيات الخاصة بشبكة الإنترنت، أي البيئة الإلكترونية، حيث يتواصل موردو السلعة ومقدمو الخدمات مع المستهلكين دون أن يجتمعوا مادياً في مكان واحد، فإن الدعوة للتعاقد غالباً ما ترسل إلى المستهلك عن طريق البريد الإلكتروني electronic mail. وهنا ينبغي لنا أن نحدد متى يعتبر المستهلك قد تلقى الدعوة للتعاقد في محل إقامته المعتادة ، وهو ما اقتضته النصوص التشريعية التي تعرضنا لها والتي تطلبت لاختصاص محل إقامته أن يتلقى في هذا المحل الدعوة للتعاقد. وجلاء هذه المسألة يتطلب أن نفهم كيف يتم إرسال الرسائل الإلكترونية واستقبالها والاطلاع عليها في الشبكة.

وفي تفصيل ذلك نقول أن رسائل البريد الإلكترونية عادة ما يتم استقبالها وأيضاً تخزينها في خوادم خاصة بالبريد الإلكتروني، حيث يمكن للمستهلك الذي له حساب بريد إلكتروني الدخول إلى هذا الخادم آليا automatically أو بطريقة غير آلية manually. وغالباً ما يكون موقع هذا الخادم server بالقرب من أماكن تواجد المستهلك، كالخوادم الخاصة بالمؤسسات التعليمية كجامعة الشارقة والتي لها خادم يقع بمقر الجامعة لخدمة أساتذتها وطلبتها وإداريها ولكل من هؤلاء حساب خاص في هذا الخادم، وقد يوجد هذا الخادم أيضاً في مؤسسة المزود المحلي للإنترنت. وفي هذه الأحوال يكون موقع الحاسب الخادم في بلد إقامة المستهلك.

إلا أن هذا الفرض، أي وجود الحاسب الخادم في الدولة التي بها محل إقامة المستهلك لا يتحقق دائماً، وهذا ما يحدث لشركات تقديم خدمات الإنترنت العملاقة، التي لا تعمل فقط على مستوى دولة واحدة، بل تعمل أحياناً على مستوى قارّي أي تقدم خدماتها لمستهلكين في عدة قارات مثل شركة جوجل أو ياهو أو كمبوسيرفر التي تخزن البريد الإلكتروني لجميع عملائها في خادم مركزي والذي قد يوجد في دولة أخرى غير دولة المستهلك وفي هذه الحالة يتعين التحديد أين تلقى المستهلك الدعوة للتعاقد.

ومن الفروض التي ينبغي الإجابة فيها على نفس السؤال حالة ما إذا انتقل المستهلك إلى دولة أخرى غير تلك التي يوجد فيها محل إقامته، وقام في هذه الدولة الأخرى بالاطلاع على

بريده الإلكتروني. في جميع هذه الفروض التي ذكرناها آنفاً يجب تحديد ما إذا كان المستهلك قد تلقى الدعوة للتعاقد في المكان الذي يوجد فيه خادم البريد الإلكتروني والذي حفظت فيه رسالة البريد الإلكتروني التي تضمنت الدعوة للتعاقد؟ أو تلقى هذه الدعوة - في المكان الذي اطلع فيه فعلاً على هذه الرسالة؟

ربما يكون مفيداً في هذا الصدد الاسترشاد بالحلول التي تأخذ بها النظم القانونية في ما يتعلق بتحديد مكان تلقي التعبير عن الإرادة حال التعاقد بين غائبين، سواء اتخذ هذا التعبير شكل الإيجاب أو القبول. وهنا نجد أن كثيراً من النظم القانونية تفترض أن التعبير عن الإرادة يتم استلامه في المكان الذي يصبح فيه متاحاً لمن وجه إليه. وإذا أعملنا نفس الحكم بالنسبة للرسالة الإلكترونية فإنها تكون قد تم استلامها في المكان وفي الوقت الذي أصبحت فيه متاحة على خادم البريد الإلكتروني.

إلا أن هذا الحل الذي يقصد منه تمكين من وُجّه إليه التعبير من تجاهله وبالتالي تجنب استلامه [1]. لا يتسم بملاءمته بالنسبة لتحديد مكان تلقي الدعوة للتعاقد كشرط لتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بعقود الاستهلاك السابق الإشارة إليها، ويرجع ذلك أن عنصراً هاماً من عناصر التسويق يقوم على علم المستهلك الفعلي بالدعوة الموجهة إليه وليس مجرد إتاحة الفرصة له للعلم بهذه الدعوة. وهكذا وفي ضوء هذا الفهم فإن رسالة البريد الإلكتروني التي تتضمن دعوة للتعاقد يفترض أن تكون قد تم استلامها في المكان والزمان اللذين اطلع المستهلك فيهما فعلاً عليها، وذلك بغض النظر عن المكان الذي تم تخزينها مادياً فيه [2].

بالطبع غالباً ما يقوم المستهلك بالدخول إلى بريده الإلكتروني من مقر إقامته، بمعنى أنه يتلقى الدعوة هناك. ومع ذلك قد يصعب الأمر بعض الشيء عندما يطلع المستهلك على بريده الإلكتروني - أثناء سفره - من دولة غير دولته أو محل إقامته. فلو افترضنا أن مستهلكاً من الجنسية الألمانية سافر إلى فرنسا وقام هناك بفتح بريده الإلكتروني المخزن على حاسب خادم بالولايات المتحدة، وكان يحتوي على رسالة بها دعوة للتعاقد، ثم قام هذا المستهلك بأخذ معلومات من تلك الرسالة التي تتعلق بعنوان مورد السلعة وقام بعد ذلك بمسحها، وبعد

(1) انظر Schu المرجع السابق هامش 250 حيث يشير إلى المادة 1335 من التقنين المدني الإيطالي والمادة 56 من التقنين الأمريكي الأهلي الثاني للعقود .

(2) This rule, meant to prevent the recipient from avoiding reception by ignorance, is not appropriate for an invitation as required in the mentioned provisions, because it is an essential part of marketing that the recipient actually become aware of the invitation. Thus, for these purposes, an email invitation is received when it is actually accessed by the consumer, regardless of where it is physically stored. .

المرجع السابق ص 33.

عودته إلى ألمانيا قام بإرسال موافقته على التعاقد مع هذا المورد، فهنا يصعب القول بأن تلقي الدعوة للتعاقد قد وقع في ألمانيا. ومع ذلك فإن هناك اعتبارين يجب عدم إغفالهما ويمكن الاعتداد بهما عند تحديد مكان تلقي الدعوة للتعاقد في الفرضية السابقة الإشارة إليها. أما الاعتبار الأول فهو ما جرى عليه العمل لدى مستخدمي البريد الإلكتروني من أنهم في حالة اهتمامهم برسالة إلكترونية معينة لا يقومون بمسحها لاستشعارهم باحتمال الحاجة إليها مستقبلاً، لذلك يقومون بتركها في الحاسب أو الخادم الرئيس أو يقومون بتخزينها في جهاز الحاسوب الشخصي. وبناء عليه يمكن للمستهلك الألماني في المثال السابق أن يعيد قراءة الرسالة الإلكترونية للنظر في تفاصيلها بعد عودته إلى ألمانيا، وهذا الأمر يتحقق كذلك لو قام المستهلك بحفظ الرسالة الإلكترونية على قرص مدمج أو طباعتها على دعامة ورقية وكان ذلك في الخارج. في كل من الفرضين السابقين يمكن للمستهلك الألماني أن يطلع على محتوى الرسالة الإلكترونية مرة أخرى بعد عودته إلى ألمانيا، فإذا ما أرسل طلبه بعد هذا الاطلاع فإنه يمكن أن نعتبر أنه تلقى الدعوة في محل إقامته، ولا أهمية في ذلك لطبيعة الوسط المادي medium الذي تجسدت فيه هذه الرسالة. أما الاعتبار الثاني فهو يتعلق بالإثبات حيث إنه يمكن للمورد أن يتخذ من إرسال المستهلك الألماني طلب التعاقد من ألمانيا قرينة على تلقيه لدعوة التعاقد في ألمانيا. وبمفهوم المخالفة يمكن لهذا المورد - إذا ما أراد أن يتمسك بعدم توافر هذا الشرط لاختصاص قانون محل إقامة المستهلك - أن يستند إلى أن إرسال المستهلك طلبه للتعاقد من خارج الدولة محل إقامته يقوم قرينة على أن هذا الأخير قد تلقى الدعوة للتعاقد خارج هذه الدولة.

(2). مكان تلقي الدعاية الإعلانية السابقة للتعاقد.

تثور مسألة تحديد مكان تلقي الدعاية الإعلانية السابقة على التعاقد في سياق الإنترنت عندما يظهر المورد بطريقة ما على الشبكة العالمية (www). وتعتبر الشبكة العالمية قاعدة بيانات database غير منسقة non-coordinated وغير منظمة non-organized تتوزع في كل أنحاء العالم، ويمكن لأي شخص أن يضيف معلومات إليها من خلال أي جهاز حاسب آلي متصل بهذه الشبكة، ويمكن لأي مستخدم أن يستدعي المعلومات التي يطلبها باستخدام برنامج المتصفح والذي يسمح - من أية نقطة على الشبكة - بتتبع الروابط وتنفيذ عمليات البحث. وعند استخدام هذه البرامج browser software[1] لا يعرف المستخدم عادة - ولا

(1) وتعد (Netscape) أشهرها.

يكون مهتماً بذلك - أين يتم تخزين المعلومات التي يحصل عليها.

من الضروري إذن في هذا الصدد أن نحدد متى يعتبر الموقع الذي ينشئه المورد على شبكة الإنترنت بمثابة إعلان. من أجل دراسة هذه المسألة فإننا نفترض أن المورد قد قام بوضع المعلومات حول منتجاته أو خدماته على موقع له على الشبكة العالمية عارضاً بذلك هذه الخدمات أو السلع على أي مستهلك محتمل يكون بإمكانه طلبها من خلال الشبكة العالمية أو عن طريق البريد الإلكتروني أو الهاتف أو البريد العادي أو أي وسائل اتصال أخرى.

في سياق حماية المستهلك خارج الإنترنت فإن حدوث الدعاية في محل إقامة المستهلك كشرط لاختصاص قانون محل إقامة المستهلك - والذي يفترض تطبيقه تحقيق هذه الحماية يثير سؤالين: أما السؤال الأول فهو ما هي الأعمال التي تعتبر دعاية؟ أما السؤال الثاني فهو أين تتحقق هذه الأعمال؟

بالنسبة للسؤال الأول فإن التعليقات التي صاحبت نص المادة الخامسة لاتفاقية روما والمادة الثالثة عشرة من اتفاقية بروكسل لم تتضمن تعريفاً لمفهوم الدعاية ولكنها اقتصرت على تسمية بعض الأعمال مثل الإعلان في الصحف والإذاعة والتلفاز ودور السينما ومن خلال الكتالوجات المصورة [1].

إذا تركنا جانباً لوهلة شبكة الإنترنت وتعرضنا لمسألة تحديد مكان استقبال الدعاية لكان من الواجب أن يحدث هذا الاستقبال في دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك بمعنى أنه يجب أن يتلقى المستهلك الرسالة الإعلانية في هذا المكان، بمعنى آخر يجب التفرقة بين المكان الذي أرسلت الرسالة الإعلانية منه وبين المكان الذي استقبلها فيه المستهلك. وقد أثارت هذه المسألة خلافاً بالنسبة للدعاية التي تتم من خلال القنوات الفضائية satellite television[2] والتي يتم فيها إرسال الدعاية من الفضاء الخارجي حيث يوجد القمر الصناعي. بالطبع في هذه الحالة لا يمكن القول بأن المستهلك قد استقبل الإعلان في هذا الفضاء الذي لا يسكنه أحد، ويكون محل تلقي الدعاية كمفترض لتطبيق المادة الخامسة من اتفاقية روما والمادة الثالثة عشرة من اتفاقية بروكسل هو محل مشاهدة هذه الدعاية على شاشة التلفاز حيث يقيم المستهلك [3]. في عبارة وجيزة حين يختلف مكان إرسال الدعاية عن مكان تلقيها، فإنه

(1) انظر

Report, p.24; Lasok & Stone, p.383; Morse, (1992) 41 I.C.L.Q. 1, 6.; art.5(3) of the draft Consumer Sales Convention also mentions «other marketing activities».

(2) انظر: Kaye، p.216..

(3) انظر: Report, p.24; Kaye, p.216; Anton & Beaumont, Civil Jurisdiction in Scotland (2nd ed. 1995), p.139.

لدواعي تطبيق المادتين السالفتين الذكر يعتبر المستهلك قد تلقى الدعاية في محل إقامته عندما يستقبلها في هذا المحل وإن تم بثها من مكان آخر بدولة أخرى.

ومع ذلك فإنه قد لا يكون كافياً تماماً مجرد استقبال المستهلك للدعاية في مكان محل إقامته لعقد الاختصاص لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك. وتفصيل ذلك أن التعليقات المصاحبة لهاتين المادتين يمكن أن يستشف منها وجوب توجيه الدعاية بوجه خاص إلى دولة محل إقامة المستهلك أو على الأقل أن يكون بمقدور المورد أن يتوقع بطريقة معقولة وصول دعايته إلى بلد محل إقامة المستهلك[1]، وبدون ذلك لا ينعقد الاختصاص لقانون هذا البلد. وهكذا وكما يقول الأستاذ Reinhard Schu في أطروحته حول حماية المستهلك عبر الإنترنت في القانون الدولي الخاص إن المسألة الحاسمة ليست هي نوع النشاط التسويقي The kind of marketing activity وهو في حالتنا هذه نشاط دعائي، ولكن الهام هو وجهة هذا النشاط. وهنا تكمن المشكلة الأساسية بالنسبة لمسألة تحديد مكان تلقي الدعاية السابقة على شبكة الإنترنت. ذلك أن الشبكة العالمية تمثل شكلاً جديداً من الوسائط التي لا تقارن بأي وسائط أخرى، لأن صفحة الشبكة (A web page) تكون متاحة ويمكن الوصول إليها من أي مكان في العالم. بل إنه حتى لو قصد المورد أن يوجه صفحة الويب التي تحتوي على الرسالة الدعائية لمنتجاته أو خدماته إلى المستهلكين في بلدان محددة - وهو ما يقوم به عادة من خلال استخدام لغة معينة - فإنه من الممكن دائماً أن تحصل هذه الرسالة الدعائية أو الإعلانية على اهتمام مستهلكين في بلدان أخرى ممن يفهمون تلك اللغة. وهكذا يمكن القول إن أي نشاط تسويقي يتم عبر الشبكة العالمية يبدو وكأنه موجه لكل الناس وفي كل مكان في المعمورة. ويمكن أن نجد تشابهاً بين تلك الحقيقة وهي عالمية الرسائل الإعلانية عبر الإنترنت، مع نظرية تدفق التجارة (stream of commerce) والتي تعني أن أي منتج وبمجرد طرحه في الأسواق، أو بعبارة أخرى بمجرد وضعه في قناة التجارة، فإنه يمكن أن يتصل بروابط كافية مع جميع النظم القانونية للدول التي يحتمل أن يتم تسويق هذا المنتج فيها [2].

---

(1) انظر:

Morse, (Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention, 41 Int.Comp.L.Q. 11992) 41 , pp.6-7; Morse, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, (1982) 2 Ybk.Eur.L. 107 ., pp.135-136; Lasok & Stone, Conflict of Laws in the European Community (1987)p. 383.

(2) انظر في هذا المعنى :

Perritt، Henry H. Jr. Jurisdiction in Cyberspace: http://www.law.vill.edu/harvard/article/harv96k.htm (unpublished manuscript on file with the Stanford Law Review (October 28، 1995)) ، وانظر Schu المرجع السابق هامش 295 حيث يشير إلى تكريس هذا المفهوم في بعض الأحكام في الولايات المتحدة (Asahi v. Superior Court، 480 US 102، 117 (1987) Brennan J، White J، Marshall J، Blackmun J concurring)

وحيث إن كل شيء يعلن عنه في الإنترنت يمكن اعتباره موجهاً إلى كل الناس في كل مكان، فإن الأمر يقتضي نظرة متأنية وتحليلاً متعمقاً لمعرفة النشاط أو الأنشطة التي تتم عبر الشبكة العالمية ويمكن اعتبارها دعائية أو إعلانية بمفهوم النصوص السالفة الذكر. قد يرى البعض أو يقترح أن مجرد وجود موقع أعمال أو موقع تجاري business site على الشبكة يكفي في حد ذاته لأن يعتبر دعاية أو إعلاناً في مفهوم المادة الخامسة لاتفاقية روما أو المادة الثالثة عشر لاتفاقية بروكسل. إلا أن النظرة المدققة تظهر خطأ هذا الرأي. لذلك يكون من الضروري تقييم مختلف الآثار المترتبة على إنشاء الموقع بالنسبة لعلم المستهلكين وإعلانهم بالمنتجات أو الخدمات المعنية، وبعبارة أخرى يجب تقييم الفرص المحتملة لاتصال علم المستهلكين بهذه السلعة والخدمات ولاطلاعهم على خصائصها ومزاياها - وهو في حقيقة الأمر جوهر ومضمون الرسالة الدعائية - المترتبة على إنشاء الموقع التجاري على الشبكة العالمية. ويمكننا في هذا الصدد أن نميز بين عدة فروض.

- الفرض الأول وهو فرض نظري وغير حقيقي ويتحقق بإنشاء المورد موقعاً له على الويب ولكنه لا يبذل أي جهود لربط هذا الموقع بمواقع أخرى عليه. وحيث إن هيكل الشبكة العالمي وبنيتها structure يتكون من روابط links يتتبعها المستخدم فإن هذا الموقع المعزول للمورد لن يصل إليه أحد من المستهلكين، ويمكن القول إن الأثر الدعائي الذي يحدثه هذا الموقع المجرد على العملاء المحتملين يكون منعدماً، وبعبارة أخرى لا يؤدي وجود الموقع بهذه الكيفية إلى وجود أي إعلان أو أي رسالة إعلانية. ويمكننا أن نوضح هذه الفكرة بطريقة بسيطة إذا ما شبهنا شبكة الإنترنت بمنطقة تسوق shopping area، فيكون موقع المورد في هذه المنطقة بمثابة محل تجاري حقيقي يحتوي على واجهة عرض وهي لا تعتبر إعلاناً بطبيعة الحال [1].

- في الفرض الثاني قد يسعى المورد إلى جعل موقعه معلوماً لدى جمهور المستخدمين للشبكة العالمية وذلك عن طريق إضافة موقعه إلى بعض قوائم العناوين المختلفة (directories) الموجودة على الشبكة العالمية [2]. مثل هذه القوائم تربط العديد من المواقع الإلكترونية

(1) انظر المرجع السابق ص 30 حيث يرى أن مجرد إنشاء موقع للمورد على الشبكة لا يعتبر نشاطاً دعائياً:
. " It has been suggested that the mere presence of a business site on the World Wide Web is per se to be seen as advertising in the sense of arts.5 and 13. This must, on close scrutiny, be wrong. It is necessary to evaluate the possible levels of communication of the existence of an Internet business to the world. In an unreal scenario, a supplier sets up a web site, but does not make any efforts to be get that site linked to by another site. Since the whole structure of the World Wide Web consists of links the user follows, nobody would ever reach the supplier›s site. This imaginary zero level of communication can hardly be called advertising, thus the mere presence of a WWW-site is certainly not the decisive factor in constituting advertising. Since the website is the shopping area itself, it can be compared to a real shop having a display window, which would not normally be considered as advertising."

(2) مثل ياهو، إنفوسيك ، وجوجل.

الخاصة بموردي نفس السلعة أو مقدمي ذات الخدمات. وتسهل مواقع العناوين للمستهلك الحصول على المعلومات التي يسعى إليها عن طريق تصنيف هذه المعلومات حسب موضوعها listing by subject أو حسب أي طريقة منطقية أخرى. وعلى ذلك يؤدي ارتباط موقع المورد بقائمة من هذه القوائم إلى ظهوره بمجرد استحضار القائمة المتخصصة والتي تضم بقية المواقع الأخرى لموردين يتعاملون في نفس السلعة. وهكذا يظهر موقع المورد بمجرد قيام مستخدم الشبكة باستخدام محفزات البحث بعد تحديد موضوع هذا البحث. ويمكن تشبيه تلك القوائم للعناوين بدليل الهاتف الخاص بالأنشطة التجارية أو المهن الحرة yellow Pages حيث تفهرس صفحاته بحسب النشاط أو المهنة.

كذلك ولتحقيق نفس الهدف - أي جعل الموقع معلوماً لجمهور مستخدمي الشبكة أو لطائفة معينة - يمكن للمورد أن يربط موقعه بأحد الأسواق الافتراضية الموجودة على الشبكة Virtual market. وتشبه هذه الأسواق الافتراضية الأسواق الحقيقية أو مراكز التسوق أو سلسلة المتاجر التي يمكن للمستهلك أن يدخل إليها ويطلع على ما بها من سلع تهمه [1]. والأسواق الافتراضية هي إحدى صور قوائم العناوين المتخصصة التي تضم مواقع عدد من الموردين ويتم تصميمها وعرض المنتجات عليها بطريقة أكثر تشويقاً وأكثر جاذبية للمستهلك، وقد تضم معلومات عن الموردين أنفسهم أو معلومات عن كيفية طلب السلعة من الباعة.

والواقع أنه يصعب إلى حد كبير الجزم بأن هذه الأنشطة تعد أنشطة دعائية أو لا تعد كذلك. ويرجع ذلك لعدم وجود معيار حاسم يمكن الاستناد إليه في هذا الصدد، ولعدم وجود مفهوم واحد للدور الذي تقوم به الشبكة العالمية للمعلومات بالنسبة لعقود التجارة الدولية التي تبرم من خلالها. فالقول إن قيام مورد السلعة أو مقدم الخدمة بربط موقعه ببعض قوائم العناوين الأخرى، أو بربطه بسوق افتراضي، يمثل دعاية قَصَدَها هذا المهني من خلال سلوك من جانبه، ومن خلال تحمله لكلفته المالية، يمكن الرد عليه بأن هذا الربط قد يكون مجانياً في بعض الأحيان، كذلك فإن الأثر الدعائي لا يتحقق إلا من خلال السلوك الإيجابي للمستهلك والذي يتمثل في تصفحه لهذه القوائم أو تجوله في تلك الأسواق الافتراضية [2].

(1) انظر

Perritt, Henry H. Jr. Jurisdiction in Cyberspace http://www.law.vill.edu/harvard/article/harv96k.htm (October 28, 1995) (unpublished manuscript on file with the Stanford Law Review).

(2) راجع المرجع السابق ص31:

It is very difficult to say whether these activities constitute advertising. Whether the supplier has paid for the directory entry cannot be decisive, because some of these services are free on the Internet while others are not. Nor can it be argued that the mere presence in directories or virtual malls is passive with the consumer taking the first step towards the supplier.

كذلك فإن هذا الربط قد يتم دون تدخل من جانب هذا الأخير نظراً لطبيعة بنية الإنترنت غير المنسقة (non-coordinated) وغير المنظمة (non-organized) والتي تمكن أي شخص من أن يضيف معلومات إليها من خلال أي جهاز حاسب آلي متصل بها [1].

كذلك قد لا يمكن القول إن هذه الأنشطة تمثل دعاية لو اعتبرنا أن الشبكة ليست سوى وسيلة تمكن أطراف العقود من الالتقاء والتعاقد دون حاجة للتواجد المادي معاً، وأن الالتقاء في هذا المجتمع الافتراضي لا يختلف عن الالتقاء في المجتمع العام الحقيقي. فالعقود التي يتم إبرامها عبر الأسواق أو المعارض الافتراضية لا تكون مسبوقة بدعاية شأنها في ذلك شأن العقود التي تبرم في الأسواق أو المعارض الحقيقية. أما لو اعتبرنا أن الشبكة هي في المقام الأول وسيلة لتداول المعلومات والبيانات، ومنها ما يتعلق بالسلع والخدمات، مثلها في ذلك مثل بقية وسائل الإعلان الأخرى كالمجلات المتخصصة والصفحات الصفراء في دليل الهاتف، يكون التعاقد من خلال قوائم العناوين والمعارض الافتراضية المنتشرة على الشبكة قد سبقته هذه الدعاية التي تطلبتها النصوص التي تحمي المستهلك [2].

(3) . اتخاذ الخطوات اللازمة لإبرام العقد في بلد محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

إلى جانب كل من مكان استقبال الإعلان ومكان تلقي الدعوة المحددة للتعاقد فإنه يجب

(1) المرجع السابق ص 31:

Another factor should be taken into consideration: Once the site of the supplier is listed in some Internet directories, the information about that site will spread further in the Internet without the supplier›s contribution. This is due to the structure of the Internet, where anybody can place a link to another site on his own page. This could be done by individuals, who, for instance, find that the offers presented on the supplier›s web pages are attractive and who place a link to them on their own sites. The vendor›s pages, once linked into the Internet, will also be caught by so-called «web-rawlers»which systematically scan the Internet and save all information in a database, which can, again, be browsed by Internet-users for information and offers they are looking for. This is a dynamic process over which the vendor loses control, once the site is linked into the World Wide Web .

(2) المرجع السابق ص 32:

“the World Wide Web…. could be seen as a virtual world, where supplier and customer are not physically but virtually present, and compare it to the real world. If that view were taken, the supplier›s presence on Internet directories and virtual shopping malls could be compared with a real shopping mall or high street which is entered by the consumer, who pops into shops he finds interesting. ……[it is] conceded that an order placed at a fair or exhibition does not fall under the first indent of art.5(2) requiring previous advertising. The World Wide Web could, on the other hand, in a more restrictive view be seen as a mere means of transportation of information, a medium like any other. Taking that view, the Internet directory entry would be comparable with an entry in Yellow Pages or an advertisement in specialised magazines such as Exchange & Mart or Loot. Despite the interactivity and the virtually instantaneous communication in the World Wide Web, the second view seems to be more realistic and is more likely to be taken by the courts, which will probably very reluctant to adopt a «virtual world» view. It is also questionable what would constitute the element making the Internet different from other media in that respect. A consumer can open a magazine, see an advert, call the company and place an order. Not too much of a difference seems to be there to a mouseclick in the Internet. “

وفقاً لما ورد في البند 27(2) من قانون شروط العقود الإنجليزي لسنة 1977 أن يتخذ المستهلك الخطوات اللازمة من جانبه لإبرام العقد. وقد تم تبني هذه الصيغة في اتفاقية روما لتجنب مشكلة تحديد محل إبرام العقد [1]. ويوضح التقرير المصاحب للاتفاقية بجلاء، عندما يشيرإلى كتابة العقد أو أي عمل آخر يتخذه المستهلك «writing or any action taken»، أنه يجب على المستهلك أن يتخذ خطوات لإبرام العقد في بلد محل إقامته [2] وليس ضرورياً أن تكون هذه الخطوات قانونية. ومن ثم لا يهم بالنسبة لهذا الشرط تحديد الزمان والمكان الذي يصبح فيه إيجاب المستهلك ساري المفعول قانوناً [3].

ويستطيع المستهلك في الشبكة العالمية أن يضع عرضه إما عن طريق البريد الإلكتروني أو بملء بيانات استمارة وإرسال استمارة الطلب بالبريد مباشرة على خادم أو مشغل الويب الخاص بالمورد. والأمر الأخير لا يختلف عن إرسال العرض أو الإيجاب عن طريق البريد العادي، وهذا ما يمكن أن ينظر إليه كخطوات لازمة يجب أن يتخذها المستهلك. وعلى الرغم من إرسال استمارة الطلب إلى خادم المورد على الشبكة العالمية يتضمن تغيرات فعلية وفورية في هذا الخادم، فإن هذا العمل لا يختلف كثيراً عن إرسال الطلب بواسطة البريد الإلكتروني، لأن موقع خادم أو مشغل المورد يكون عرضياً ومن ثم غير متوقع، الأمر الذي يعني عدم إعطاء أية أهمية لكيفية وصول الطلب إليه. فالمهم عند تقدير قيام المستهلك باتخاذ خطوات في محل إقامته هو أن يقوم بكتابة الرسالة الإلكترونية مستعملاً لوحة مفاتيحه وأن يرسلها بعد ذلك أو أن يقوم بإرسال الاستمارة المعدة بمعرفة المورد بعد ملئها عن طريق الضغط على الزر المناسب شريطة أن يقوم بهذا أو ذاك في محل إقامته [4]. ولكن يمكن أن تنشأ صعوبة إذا قام المستهلك بإرسال العرض إلكترونياً من بلد آخر أثناء وجوده مؤقتاً هناك. فإذا قام المستهلك الألماني - في المثال المذكور سابقاً بإرسال طلبه بالبريد من فرنسا أثناء إقامته بها مؤقتاً لا يمكن القول إنه اتخذ الخطوات اللازمة للتوصل إلى العقد في ألمانيا، حتى لو كان استخدم مشغل البريد الإلكتروني الخاص به هناك.

(1) انظر التقرير المصاحب للاتفاقية ص24، وانظر أيضاً Morse (1982) 2 Ybk.Eur.L. 107،135

(2) انظر التقرير المصاحب للاتفاقية ص 24.

(3) وهي مسألة تختلف فيها التشريعات بين الأخذ بنظرية إرسال التعبير عن الإرادة أو العلم به.

(4) انظر: Reinhard schu: Consumer Protection and Private Internal law in ، المرجع السابق 35:
«the emphasis concerning the issue of steps taken by the consumer is to be put on his typing on the keyboard and posting the mail or form by pressing the appropriate button,»

ثانياً: استلام الطلب في بلد محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

يمكن أن نجد هذا الشرط في المادة 5 (2) من اتفاقية روما [1] والمادة 5 (2) من مشروع اتفاقية لاهاي بخصوص مبيعات المستهلك لعام 1980 والمادة 3 (2) من اتفاقية لاهاي لعام 1955، ولكن لا نجده في المادة 13 من اتفاقية بروكسل والمادة 15 من التنظيم الأوربي رقم 44 لسنة 2001.

والحكمة من تطلب هذه النصوص لذلك الشرط هو أن تكون هناك صلة وثيقة تربط العقد بالبلد التي يقيم فيها المستهلك بما يبرر أن يصبح قانون هذا البلد أو القواعد الآمرة فيه هي الواجبة التطبيق على عقد الاستهلاك، وأن تصبح محاكمها مختصة بالفصل فيما ينشب عنه من منازعات. وقد قصد من هذا الشرط أن يطبق أساساً في الحالات التي يتعامل فيها المستهلك مع شركة أجنبية في سوق أو معرض أو مع فروعها الموجودة في بلد المستهلك [2]. إلا أن تطبيق هذا الشرط في البيئة الخاصة بالمجتمع الافتراضي يسبب الكثير من الصعوبات ويقتضي أولاً تحديد المقصود باستلام طلب المستهلك في ضوء المادتين 3 و5 والهدف منهما.

وفي الواقع فإن الطلب قد يرسله المستهلك بالبريد الإلكتروني حيث يحفظ على خادم البريد ويتم الدخول إلى هذا البريد ومعالجته فيما بعد من مكان مختلف بواسطة المورد. كذلك فقد يقوم المستهلك بوضع استمارة طلبه مباشرة على موقع المورد حيث يحفظ أيضاً ويتم التعامل معه لاحقاً يدوياً أو آلياً من مكان مختلف. وقد رأينا فيما تقدم عند تحديد مكان استلام الدعوة الخاصة للتعاقد أن هذا الاستلام لا يكون بالضرورة في المكان الذي أصبح فيه العرض ملزماً قانوناً، وعليه يجب تفسير المادة 5 من اتفاقية روما والمادة 3 من مشروع اتفاقية لاهاي على النحو الذي يحدد مكان استلام الطلب (أو الإيجاب) بأنه المكان الذي قام المستهلك بإرسال طلبه فعلاً إليه [3]. ويستند هذا التفسير إلى أن الهدف أو الغاية من هذه النصوص - وهو حماية المستهلك وحماية توقعات الأطراف - يتطلب أن يرتبط العقد بدولة محل إقامة المستهلك برابطة وثيقة وهذا ما يتحقق إذا أرسل طلبه للمورد أو وكيله المتواجد

(1) «اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يتم بواسطة الأطراف لا تكون من نتائجه حرمان المستهلك من الحماية المقررة له بواسطة القواعد الإجبارية لقانون الدولة التي يوجد بها محل إقامته:

- إذا تم في هذه الدولة إبرام العقد.
- إذا تلقى الطرف الآخر أو وكيله أمر المستهلك في هذه الدولة.
- إذا كان العقد لبيع بضائع، وسافر المستهلك من بلد إلى بلد آخر، وأصدر أمره من هناك ، شرط أن تكون رحلة المستهلك منظمة بواسطة البائع بهدف حث المستهلك على الشراء.

(2) انظر Report، p.24.

(3) انظر ريتشارد شو المرجع السابق ص33.

«reception is not necessarily the point where the order becomes legally effective, but for the purpose of construction of art.5 and 3 the place of reception must be the location to which the consumer addresses the order.»

في هذه الدولة. أما أين وكيف يقوم المورد أو وكيله بالتعامل مع هذا الطلب لاحقاً فهو أمر لا يتحكم فيه المستهلك ويخرج عن نطاق سيطرته، ومن ثم لا يجب أخذه في الحسبان عند تحديد مكان استلام الطلب. ومما لا شك فيه أن المستهلك يجهل في أغلب الأحيان أين يوجد موقع خادم البريد الإلكتروني للمورد أو الموقع الذي أرسل إليه طلبه. بل إنه في الغالب يكون هذا الموقع عرضياً. وهذا ما يظهر صعوبة إعمال هذا الضابط وغيره لتحديد القانون الذي يحكم عقود الاستهلاك عبر الإنترنت وأن التغلب على هذه الصعوبة لا يكون عن طريق تفسير هذه النصوص، ولكن يأتي هذا الحل فقط من خلال البحث عن قواعد إسناد ملائمة لبيئة المجتمع الافتراضي، الذي تقل فيه لحد كبير أهمية فكرة المكان. وفي جميع الأحوال يتحقق شرط استلام طلب المستهلك في دولة محل إقامته المعتادة وفقاً للمادتين 3 و5 سالفتي الذكر عندما يتم استلام الطلب المرسل عن طريق البريد الإلكتروني من قبل المورد في الخادم الذي يخزن عليه البريد الإلكتروني إذا تصادف أن كان مكان هذا الخادم في دولة محل إقامة المستهلك. كذلك يتحقق هذا الشرط وبصورة مماثلة عندما يتم إرسال الطلب مباشرة إلى موقع المورد على الشبكة العالمية للمورد واستقباله على هذا الموقع حال تركز هذا الموقع مكانياً في بلد المستهلك بالرغم من وجود مقر عمل المورد في مكان آخر. وأخيراً وإذا قام المورد بالتجارة من خلال سوق تخيلي أو افتراضي virtual، تتم به الصفقة التجارية من جانب المستهلك، ويتم إرسال الطلبات للمورد عن طريق مقدم هذه الخدمة provider (أي من مزود المورد بموقع له في هذا السوق الافتراضي)، يتم استلام الطلب من قبل مزود موقع السوق - كوكيل للمورد - في مكان موقع السوق التخيلي.

ثالثاً: مقر أعمال المورد

يعتبر مقر أعمال المورد place of business ذا أهمية بالغة في تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً للفقرة الثامنة من المادة الرابعة لاتفاقية روما وهي المادة التي تطبق عند عدم قيام الأطراف باختيار القانون الذي يحكم العقد، وإذا كان هذا العقد لا يدخل في مجال تطبيق المادة الخامسة والمتعلقة ببعض عقود المستهلكين. بالمثل فإن اتفاقية لاهاي لسنة 1955م والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيع المنقول المادي تقرر اختصاص قانون البلد الذي يوجد به منشأة البائع أومحل الإقامة المعتادة له. وأيضاً فإن مقر مزود الخدمة licensor، يحدد القانون الواجب التطبيق، وفقاً للمادة (2B- 106 -b) من التقنين التجاري الأمريكي الموحد، على عقود الخدمات ومنها عقود الخدمات المعلوماتية.

والسؤال الرئيسي الذي يثور في هذا الصدد هو ما إذا كان مقر أو مكان الموقع الإلكتروني

World Wide Web location الذي تم من خلاله إبرام العقد أو أداء الخدمة يمكن اعتباره - بهذه الصفة- مقراً لمنشأة أو أعمال مورداً لسلعة أو مقدم الخدمة؟

والإجابة على هذا السؤال يجب أن يكون بالنفي. وذلك لأن مقر الأعمال أو منشأة الأعمال أو مركز الأعمال يفترض فيه كضابط إسناد أن يحقق نوعاً من اليقين القانوني، ويتجنب المصاعب المرتبطة بتحديد مكان تنفيذ العقد [1]. في إحدى القضايا التي طرحت على القضاء الإنجليزي (Cleveland Museum of Art v. Capricorn Arti) [2] تقرر أنه للقول بوجود مقر أعمال لمورد السلعة أو مقدم الخدمة في بريطانيا يجب أن يكون له بها مقر مكاني محدد، وأن يتم في هذا المقر إدارة أعماله وأن يكون واضحاً ارتباط هذه الأعمال بذلك المقر، وأن هذه الشروط لا تتحقق لمقر الأعمال الافتراضي virtual place of business الذي يوجد على الشبكة العالمية للمعلومات [3].

ويتفرع مما سبق نتيجتان، الأولى أن الموقع الإلكتروني الذي تم من خلاله تزويد الخدمة والذي لا يوجد في مكان منشأة الأعمال الرئيسة لمورد هذه الخدمة لا يمكن اعتباره فرعاً أو مقر أعمال فرعي، وبالتالي لا يكون له أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة 3 و4، ويترتب على ذلك أن مقر الأعمال الفرعي بمفهومه المادي المكاني والذي تم تنفيذ العقد من خلاله يمكن أخذه في الاعتبار عند تحديد القانون الواجب التطبيق. والنتيجة الثانية أنه من الممكن أن لا يكون لمقدم الخدمة أو مورد السلعة عبر الإنترنت مقراً لأعماله لأن توريد الخدمات الإلكترونية على الشبكة العالمية يمكن أن يتم دون الحاجة لأي مكاتب أو مقار للأعمال لها طبيعة مكانية.

وقد تعرضت المادة (2B-106-e) من التقنين التجاري الموحد الأمريكي لهذا الفرض حيث تشير عند عدم وجود مقر مكاني للأعمال إلى مكان مركز الإدارة place of incorporation أو مكان أي جهاز آخر له صلاحية إدارة الأعمال أو في غيبة ذلك إلى محل الإقامة المعتادة لمورد السلعة أو مقدم الخدمة والذي يقوم فيه بإدارة أعماله بصفة رئيسة. أما بالنسبة للمادة (4) الفقرة (2) من اتفاقية روما أنها تفترض أنه إذا كان العقد قد أبرم في إطار تجارة أحد

(1) انظر Report، p.21; UCC § 2B-106 comment 2

(2) انظر Lloyd›s Rep. 166، 169 2 [1990]

(3) it was held that an established place of business in Great Britain requires an identifiable place at which - the business is carried on with some physical indication that the business has a connection with particular premises, a condition which could not be fulfilled by a virtual place of business in the World Wide Web.

وانظر في نفس المعنى أيضاً التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يونيو 2000 والذي أشار في مادته الثانية إلى أن الوسائل التقنية أو الفنية الموجودة والمستخدمة لتزويد الخدمات المعلوماتية (المواقع) لا تمثل منشأة لمزود هذه الخدمات.

الأطراف أو نشاطه المهني فإنه دائماً يجب أن يكون هنالك مقر للأعمال قابل للتحديد. وعليه يقرر الفقه أنه يجب فهم الفقرة الثانية من المادة (4) السابقة الذكر على نحو مماثل لفهم الجملة (2B- 106-e) بمعنى أنها تشير عند عدم وجود مقر أو للأعمال إلى محل الإقامة المعتادة لمورد السلعة أو مقدم الخدمة.

رابعاً: مكان تنفيذ الخدمات الإلكترونية

يتسم المكان المحدد لأداء الخدمات بأهمية كبرى عند تطبيق الفقرة 196 § من التقنين الأمريكي الثاني Second Restatement والتي تقرر اختصاص قانون محل التنفيذ في غيبة اختيار صريح من قبل الأطراف للقانون الذي يحكم العقد أو عند عدم وجود إسناد أقوى لهذا العقد. وهو له أهمية أيضاً فيما يتعلق بتطبيق الجملة (ب) للفقرة الرابعة من المادة الخامسة من اتفاقية روما. هذا النص الأخير يجعل المادة الخامسة والمتعلقة بحماية المستهلك غير مطبقة على عقد الخدمات عندما يتم إدارة هذه الخدمات بطريقة خالصة exclusively في بلد آخر غير البلد الذي يوجد به محل الإقامة المعتادة للمستهلك. فهذا النص يفترض أنه في مثل هذه الحالة يرتبط العقد بالرابطة الأكثر وثوقاً بالبلد الذي يتم فيه تنفيذه [1]، ومن ثم فإن المستهلك لا يمكن له أن يتوقع بطريقة معقولة تطبيق القواعد الآمرة لقانون محل الإقامة [2]. وقد خلت اتفاقية بروكسل لسنة 1968م، وأيضاً اتفاقية لاهاي في بيوع المستهلكين من نص مماثل.

وتتسم الخدمات الإلكترونية التي تنفذها الشبكة العالمية بالتنوع والتعدد، وتتضمن تزويد المستهلك بالمعلومات كما هو الحال بالنسبة لبعض البيانات database التي تعطيه الخدمة حق الاطلاع عليها أو الصحف الإلكترونية online journals، أو تزويد المستهلك ببرامج software أو أي مواد يتم تخزينها على ملفات الحاسوب. ويتم تزويد المستهلك طرف عقد الخدمة الإلكترونية بهذه الخدمة من خلال السماح له بالولوج إلى حواسب التحميل download، أو تزويده بالمصادر أو المواد التي يرغب بها، أو عمل حيز له في الخادم لإنشاء موقع إلكتروني له يكون متاحاً على الشبكة العالمية. وخلافاً للخدمات ذات الطبيعة المادية فإنه يصعب تحديد مكان تنفيذ الخدمة الإلكترونية.

وفي هذا الصدد فإن هنالك ثلاثة ضوابط رئيسة يمكن الأخذ بها لتحديد مكان تنفيذ

(1) انظر Lloyd`s Rep. 166، 169 2 (1990).

(2) انظر: Kaye، p.208 وقارن Morse، (1992) 41 I.C.L.Q. 1، 5.

الخدمة الإلكترونية. الأول هو مكان وجود المعلومات أو المصادر المعلوماتية المختلفة the physical location of the database، وهو نفس مكان الحاسب الخادم (web server). والضابط الثاني هو مكان وجود المستهلك أو المكان الذي يحصل فيه العميل فعلياً على الخدمة، أما الضابط الأخير فهو المكان الذي يقوم به مورد الخدمة بإدارة وتنظيم الخدمة [1].

وفي حالة ما إذا كانت الخدمة تتمثل في إتاحة إطلاع المستهلك على معلومات مخزنة على شبكة الإنترنت أو استخدام أي مصادر معلوماتية يقوم المورد بتزويده بها، فإن بعض الفقه يأخذ بالضابط الأول ويذهب إلى القول إن مكان تنفيذ العقد في هذه الحالة يتحدد في الموقع الذي تم فيه تخزين هذه المعلومات أو حفظ هذه المصادر [2]. وعليه فإن على المستهلك نقل (transfer) هذه المعلومات إلى حاسوبه من أجل استخدامها.

بينما يرى البعض الآخر أن الخدمة لا تكون قد تمت كاملة إلا في المكان الذي أمكن فيه فعلاً للمستهلك الحصول عليها، الأمر الذي دفعهم إلى القول إن مكان محل التنفيذ ليس هو مكان وجود المعلومات أو المصادر المخزنة ولكنه المكان الذي يطلع فيه المستهلك عليها.

ولا يمكن الأخذ بأي من هذين الرأيين. فمن ناحية لا يلتزم مقدم الخدمة في الأغلب الأعم بتقديم المعلومات أو المصادر المعلوماتية للمستعمل أو المستهلك ولكنه يلتزم فقط بجعل هذه المعلومات أو المصادر متاحة فعلاً للاطلاع عليها على الشبكة العالمية؛ وذلك لأن مقدم الخدمة الإلكترونية ليست له القدرة على التحكم في نقل البيانات أو المصادر المعلوماتية على الشبكة إلى الحاسوب الشخصي للمستهلك. والواقع إذا استندنا للمثال الذي ساقه الأستاذ Schu فإننا من الممكن أن نشبه وضع مقدم الخدمة الإلكترونية بوضع مالك محل تأجير أشرطة الفيديو فالأخير لا يلتزم إلا بأن يجعل مجموعات هذه الأشرطة متاحة فعلاً للمشاهدة، ولكن يجب على المستهلك والذي لا يستطيع مشاهدة شريط الفيديو في المحل، أن يتوجه إليه لاستعارته والعودة به للمنزل حيث يمكن مشاهدة الفيلم. وحتى في الأحوال التي يقوم بها مقدم الخدمة بإرسال المادة المعلوماتية بالبريد الإلكتروني فإنه لا يتعهد إلا بتصدير الرسالة الإلكترونية أما الاستقبال الفعلي لهذه الرسالة فإنه لا يمثل جزءاً من الخدمة التي التزم بتقديمها.

ومن ناحية أخرى فإن المكان الذي يحصل فيه المستهلك فعلاً على الخدمة الإلكترونية يتسم بطبيعته العرضية، لأن الخدمة نفسها قد يحصل عليها مستهلك في مكان ويحصل عليها

(1) انظر: draft UCC § 2B-106 comment 2 .

(2) انظر:
Plus System v. New England Network, 804 F.Supp. 111, 119; Pres-Kap v. System One, Direct Access, 636 So.2d 1351, 1354 (1994) Barkdull J, dissenting.

مستهلك آخر في مكان آخر، ولا شك أن هذا يضر تماماً بمصلحة مقدم هذا الخدمة لأنه يؤدي إلى خضوع العقود المتعلقة بها لقوانين مختلفة. ونفس النقد يوجه أيضاً لضابط مكان الحاسب المخزن به المادة أو المصدر المعلوماتي والذي تحدده في الغالب اعتبارات تقنية لا شأن للمستهلك بها. كذلك فإن المورد قد يغير المواقع التي يضع فيها خوادمه والتي يخزن المادة المعلوماتية بها، فضلاً على أنه يمكنه أن يخزن نفس المادة المعلوماتية في عدة خوادم تقع في مناطق مختلفة [1].

في ضوء ما سبق قد يمكن القول إن محل تنفيذ عقد الخدمات الإلكترونية هو المكان الذي يقوم فيه مقدم الخدمات بتنظيم organize هذه الخدمات ورقابتها control. هذا المكان قد يختلف عن المكان الذي تحفظ أو تخزن فيه المادة المعلوماتية على الحواسب الآلية. وهذا ما يحدث عندما يقوم مقدم الخدمة الإلكترونية باستئجار مساحة شاغرة على موقع إلكتروني يديره ويتحكم فيه طرف ثالث هو مؤجر هذه المساحة، وفي هذه الحالة فإن مقدم الخدمة الإلكترونية يقتصر دوره فقط على تزويد الطرف الثالث بتلك المادة المعلوماتية ويقوم الأخير بمفرده بجعلها متاحة على الشبكة. في هذا الفرض فإن أداء الخدمة يتضمن قيام مقدم الخدمة بمعالجة المادة المعلوماتية وإعدادها وتزويدها وجعلها متاحة على موقع الشبكة، يتحكم فيها فنياً طرف آخر. وفي جميع الأحوال فإن المستخدم أو المستهلك لا يكون في أغلب الأحيان واعياً بالبنية الداخلية للشبكة أو كيفية تزويده بهذه الخدمة. ومن هذا المنظور فإن المهم فقط بالنسبة للمستخدم هو حصوله على الخدمة في المكان وفي الوقت اللذين حددهما مقدم الخدمة لتزويده بها.

ومن شأن تركيز تنفيذ الخدمة الإلكترونية في المكان الذي يتم فيه تنظيم هذه الخدمة ومراقبتها أن يحل مقر أعمال المورد محل مكان تنفيذ العقد كضابط إسناد ولاشك أن هذا لا يتفق مع صياغة القاعدة التي تستند إلى محل تنفيذ العقد كضابط إسناد.

وفي ضوء ذلك يتضح عدم ملاءمة ضابط محل تنفيذ العقد أو بمعنى آخر محل تنفيذ الخدمة الإلكترونية كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي تتم وتنفذ في محيط الشبكة العالمية [2]، وقد أدرك هذا واضعو المادة (2) الفقرة (ب) من التقنين

(1) والتي تسمى الخوادم المرايا ('mirror' servers).

(2) انظر:

draft UCC § 2B-106 comment 2 and Pres-Kap v. System One, Direct Access, 636 So.2d 1351, 1353 (1994),.

وقد جاء في هذا الحكم أن:

«the defendant›s use of a database in Florida did not provide sufficient contact to exercise personal jurisdiction over him there.»

التجاري الموحد الأمريكي فاستعانوا بمقر مزود الخدمة كضابط إسناد أما عن التقنين الأهلي الأمريكي الثاني لتنازع القوانين فإن منهجه المرن فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عند غيبة اختيار صريح لهذا القانون وفقاً للفقرة 196 منه يسمح بإغفال محل تنفيذ العقد لصالح إسناد أكثر ملاءمة مثل محل إقامة المستهلك.

وإذا كان تطبيق الجملة (ب) من الفقرة الخامسة من اتفاقية روما - والتي تتعرض للفرض الذي يسافر فيه المستهلك لبلد آخر لتلقي الخدمة بها [1] - يؤدي إلى نتائج غير ملائمة، فإن ذلك يمكن تجنبه من خلال تفسير هذا النص تفسيراً ضيقاً والقول بضرورة تقديم الخدمة الإلكترونية بطريقة خالصة خارج الدولة إلى محل إقامة المستهلك، ولأن أقل أو أضعف رابطة لعقد الاستهلاك بدولة محل إقامة المستهلك تجعل نص المادة 5/4/ب غير مطبق فإنه يمكن أن يقال إن هذا النص لا يكون واجب التطبيق عندما يحصل المستهلك على الخدمة في البلد محل إقامته.

ويتضح مما سبق أن إعمال ضوابط الإسناد التقليدية المستخدمة في صياغة قواعد الإسناد الخاصة بعقود الاستهلاك تعترضها الكثير من الصعوبات عند إعمالها على عقود الاستهلاك ذات الطابع الدولي التي تتم عبر شبكة الإنترنت، ويرجع ذلك بصفة أساسية إلى أن الكثير من هذه الضوابط تصبح ذات طبيعة عرضية. والواقع أن هذه الطبيعة العرضية تنشأ نتيجة لاستناد الشبكة في أعمالها إلى أسس افتراضية، رقمية أو منطقية، ولا تستند إلى محددات مكانية أو جغرافية (Logical geographical location) وهو ما يستتبع صعوبة تركيز أو تحديد أماكن أطراف العقد أو مكان إبرامه أو مكان تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه.

الفرع الثالث

الاستعانة بفكرة توقعات الأطراف عند تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي

سبق أن رأينا أن محاولة الاعتماد على قانون موضوعي إلكتروني يستند إلى نوع من التنظيم الذاتي لأعضاء المجتمع الإلكتروني أو تقوم بوضعه سلطات جديدة تنشأ داخل هذا المجتمع لم تحقق نجاحاً مبشراً لعجز هذا القانون وقصوره، ومن ثم فإن فكرة تجاهل الحدود الوطنية والاستعاضة عنها بحدود أخرى تفصل العالم الافتراضي عن العالم الخارجي عنه

(1) انظر: Lasok & Stone، p.383; Morse، (1992) 41 I.C.L.Q. 1، 5; Report، p.24.

ما زالت في مهدها حيث إن الدول ما زالت تتمسك بسلطاتها السيادية عندما تسعى إلى حماية مستهلكيها الذين يعيشون على إقليمها عن طريق إخضاع ما يبرمونه من عقود لقواعدها. كذلك فإن حماية المستهلك عن طريق اتفاقية دولية تحقق الانسجام بين القوانين الوطنية في هذا الصدد التي لم تحقق بعد.

كذلك سبق أن بينا أن الحلول المتبعة لحماية المستهلك في العقود ذات الطابع الدولي تمثل توفيقاً بين مصالح أطراف هذه العقود المتعارضة وتمثل أيضاً توفيقاً بين بين توقعاتهم المتعارضة بخصوص القانون الواجب التطبيق. فهي تؤدي إلى تطبيق قانون محل إقامة المستهلك بقصد حمايته عندما يكون لديه توقع مشروع ومعقول بالنسبة لهذا التطبيق أو ينشأ لديه ظن أن الغالب والأرجح أن يخضع عقد استهلاكه لهذا القانون. وعلى العكس من ذلك عندما لا يكون هذا التوقع مبرراً فإن المستهلك يقبل أن يخضع عقده لقانون آخر غير قانون محل إقامته.

وقد عنى القانون الدولي الخاص الأوروبي ولاسيما اتفاقية روما بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية لسنة 1980، ومشروع اتفاقية لاهاي لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلك بتحديد الفروض المختلفة التي تكون فيها توقعات المستهلك لتطبيق قانونه معقولاً ومبرراً [1].

وعليه فإن الحماية التي يحصل عليها المستهلك من جراء تطبيق القواعد الآمرة في قانون محل إقامته لا يمكن توقعها من قبل هذا المستهلك في حال ما إذا انتقل إلى دولة أخرى للحصول فيها على الخدمة محل عقد الاستهلاك، وبالمثل فإن المستهلك المتواجد في دولته ولكنه يطلب السلعة أو الخدمة من مورد أجنبي لا بد حتماً وأن يفكر بأن القانون الأجنبي قد يحكم عقده مع هذا الأخير. فقط إذا كان العقد أبرم في دولة المستهلك أو كان قد سبق إبرام العقد إتمام بعض الأنشطة التسويقية في بلد المستهلك في هذه الأحوال فقط يكون للمستهلك أن يتوقع بطريقة معقولة تطبيق قانون محل إقامته.

وإذا كان التوفيق بين هذه التوقعات المتعارضة والمصالح المتنازعة هو الأساس التي تبنى عليه الحلول الحمائية للمستهلك العادي بوجه عام، فإن هذا الأساس أيضاً ينبغي الاعتماد عليه عندما يتعلق الأمر بحماية المستهلك عبر الإنترنت. بمعنى آخر يجب وضع قاعدة إسناد تهدف إلى حماية المستهلك عبر الإنترنت في نفس الوقت الذي تسعى فيه إلى التوفيق بين هذه المصالح المتعارضة من خلال احترام التوقعات المشروعة لكل من طرفي عقد الاستهلاك فيما

(1) انظر: Art.5(2) of the Rome Convention; art.13 of the Brussels Convention; art. 5 of the draft 1980 Convention.

يتعلق بالقانون الذي يحكمه.

وإذا كان هذا هو مفهوم حماية المستهلك بوجه عام فإن هذا المفهوم يكون قابلاً للنقل في بيئة الإنترنت إذا ما تولدت للأطراف نفس التوقعات، وبالتالي يثور السؤال الهام الذي يتعين الإجابة عليه وهو إذا ما كانت توقعات أطراف عقود الاستهلاك الإلكترونية هي ذاتها توقعات أطراف عقود الاستهلاك بوجه عام أو ما إذا كانت هذه التوقعات تختلف في محيط الإنترنت؟

مما لاشك فيه أن هذه التوقعات ستختلف ولن تتطابق، وهذا ما تظهره لنا الصعوبات التي قابلناها فيما سبق عند محاولة تطبيق ضوابط الإسناد التقليدية على العقود التي تبرم عبر الشبكة العالمية. فكما سبق أن قلنا تستند شبكة الإنترنت على بنية افتراضية رقمية لا مكانية ولا تستند إلى مفاهيم أو محددات جغرافية أو مكانية geographical location، وبالتالي فإن مفاهيم مثل إبرام المستهلك للعقد في دولة محل إقامته المعتادة، أو قيام المورد بأنشطة تسويقية في بلد محل إقامة المستهلك، أو تنفيذ العقد وأداء الخدمات الإلكترونية داخل أو خارج دولة محل إقامة المستهلك تصبح بلا مضمون أو بلا معنى فيما يتعلق بتحديد توقعات الأطراف. فالمستهلك الذي يدخل هذا العالم الافتراضي وهو يعلم أن الشبكة العنكبوتية تعمل في أركان الدنيا الأربع وعلى صعيد كوني، هذا المستهلك الذي لن يؤثر في توقعاته بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على معاملته الإلكترونية مجرد مشاهدته إعلاناً على الشبكة، أو تلقى دعاية أو عرضاً عن طريق البريد الإلكتروني كذلك فإن هذا المستهلك لن يؤثر في توقعاته مكان الموقع الذي يزوده بالخدمات الإلكترونية.

على العكس من ذلك فإن تلك التوقعات تتحدد عندما تحمل الأنشطة التسويقية التي تتم عبر الشبكة - ومن خلال مضمونها content وليس من خلال شكلها أو المكان الذي صدرت منه - المستهلك على الاعتقاد بأن مورد السلعة أو مقدم الخدمة الإلكترونية يدخل نفسه في مجال فعالية القواعد الحمائية الآمرة لقانون محل إقامة المستهلك وهذا ما يمكن أن يحدث مثلاً عند قيام مورد سلعة أو مقدم خدمة بتصميم موقع إلكتروني ويوجهه لمستهلكي دولة معينة، وذلك من خلال استخدام لغة هذه الدولة أو من خلال تحديد فرع أو مقر مكاني له في هذه الدولة، أو من خلال تسعير منتجاته وخدماته بعمله هذه الدولة. وهكذا يمكن القول إن مضمون وفحوى الأنشطة التي تتم عبر شبكة الإنترنت، هي التي تؤثر على توقعات أطراف العلاقات العقدية والتي تبرم وتنفذ في هذا المجتمع الافتراضي، وليس لأماكن هذه الأنشطة أي أثر في هذا الصدد.

وتختلف توقعات المستهلكين والموردين داخل عالم الشبكة الإلكترونية عن توقعاتهم عند

تعاملهم في العالم الحقيقي، فالمستهلك الذي يتسوق في هذا الفضاء الرقمي يعلم أن من يتعاقد معه في الأعم الأغلب طرف أجنبي، لذلك لو لم يقم المورد بتزويد المستهلك بالعنوان الجغرافي لمقر أعماله لن يكون بمقدور المستهلك أن يتوقع تطبيق قانون آخر غير قانون محل إقامته، فهذا القانون هو الذي يحتمل تطبيقه وفقاً لتوقعات المستهلك. ولا يمكن لهذا الأخير أن يتوقع، بطريقة معقولة، تطبيق قانون آخر. لذلك يكون على عاتق المورد الالتزام بأن يعلم المستهلك على الأقل بمكان أو مقر منشأة أعماله، فإذا لم يقم بذلك فإنه لا يمكن له أيضاً أن يتوقع تطبيق قانون آخر.

من ناحية أخرى فإن المورد تصادفه صعوبات مماثلة في توقع تطبيق قانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك إذا كانت معاملاته الإلكترونية [1] معه لا تتطلب إرسال البضائع المشتراة إلى محل إقامة هذا المستهلك. فمن الصعب على المورد في هذه الحالة معرفة الدولة التي يوجد بها هذا المحل، وبالتالي لا يمكن القول بتوقعه تطبيق قانونها. ولكن إذا كانت مشكلة عدم معرفة كل من الطرفين لمحل إقامة أو مقر أعمال الطرف الآخر أي محل إقامة المستهلك أو مقر منشأة البائع - تواجه طرفي عقد الاستهلاك، فإنه يمكن للمورد أن يتعامل معها بسهولة أكثر من تعامل المستهلك معها، فالمورد يكون بمقدوره دائماً أن يعلم المستهلك بمكان مقر أعماله كما يمكنه أن يطلب من المستهلك أن يحدد في نموذج الطلب الإلكتروني عنوان محل إقامته المعتاد.

صعوبة أخرى تثور بالنسبة للمورد الذي قد يجد نفسه مضطراً للتعامل مع قوانين جميع الدول والتي يقيم فيها مستهلكون تعاقدوا معه عبر الإنترنت، ولكن هذه المشكلة يتعرض لها المستهلك. ولكن في جميع الأحوال فإنه مما لا شك فيه أن من يقرر أن يتعامل من خلال الشبكة العالمية، وسواء أكان مورداً لسلعة أو مزوداً لخدمة أم أكان مستهلكاً، يكون في وضع يمكنه من تقدير نتائج تطبيق مختلف القوانين، ومن ثم أن يرفض ما يصل إليه من عروض من دول يجهل قوانينها أو لا يرغب في التعامل مع من يقوم بتوريد السلعة أو تقديم الخدمات فيها.

(1) انظر: draft UCC § 2B-106 comment 2.

خاتمة

تظهر دراستنا للحلول التي يقدمها القانون الدولي الخاص لمشاكل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين بشأن الالتزامات العقدية التي تنشأ عبر الإنترنت نتيجتين هامتين. أما النتيجة الأولى فهي ذات طبيعة عامة ومفادها أن كثيراً من هذه الحلول تتشابه مع تلك المعمول بها بالنسبة للالتزامات الناشئة عن عقود التجارة الدولية التي تبرم خارج الشبكة العالمية للمعلومات. ولعل هذه الملاحظة تصدق بوجه خاص فيما يتعلق بدور الإرادة. فعقود التجارة الإلكترونية الدولية، ومهما كانت طبيعة العقد وطبيعة الالتزامات الناشئة عنه، تخضع كغيرها من العقود، لمبدأ ذاتية الإرادة، ويظل لأطرافها تحديد القانون الذي يحكمها. ويرجع ذلك إلى أن شبكة الإنترنت لا يقتصر دورها على تسهيل اتصال المشتغلين بالتجارة الدولية فيما بينهم من خلالها، ولكنها تمكنهم من التعبير عن إراداتهم، بحيث أصبحت فضاءً فسيحاً لممارسة هؤلاء المشتغلين لحريتهم العقدية. ويصدق هذا بوجه خاص بالنسبة لعقود الخدمات المعلوماتية ويرجع ذلك، وكما سبق أن بينا، إلى أن الإرادة، وبسبب طبيعتها غير المادية، هي الأقدر على الاستجابة للطبيعة الافتراضية لمحل هذه العقود ولمكان إبرامها وتنفيذها. كما يظل لأطرافها أيضاً، ولنفس السبب، حرية تحديد المحكمة التي تفصل فيما ينشب عن عقود التجارة الإلكترونية من منازعات.

كذلك أظهرت الدراسة أن القواعد الموضوعية، غير الوطنية، للقانون الإلكتروني مازالت قاصرة، في الوضع الحالي لتطورها، عن تقديم حلول لجميع المشكلات التي يمكن أن تنشأ عن عقود التجارة الإلكترونية الدولية. ومن ثم يصبح تضافر هذه القواعد، مع قواعد القانون الوطني المختص وفقاً لمنهج الإسناد، أمراً ضرورياً من أجل حل هذه المشكلات.

أما النتيجة الثانية فهي خاصة بعقود الاستهلاك ذات الطابع الدولي والتي تنشأ وتنفذ عبر الشبكة العالمية للمعلومات ومفادها عدم ملاءمة الحلول التقليدية، المعمول بها في العديد من النظم القانونية الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية، بالنسبة لعقود الاستهلاك العادية، عليها. فقد رأينا فيما سبق عدم ملاءمة محل تنفيذ الخدمات الإلكترونية أو محل الأنشطة التسويقية على الشبكة للاستخدام كضوابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق أو لعدم الاعتداد بالقانون الذي اختاره الأطراف. أما ضوابط الإسناد الملائمة فهي مقر أعمال الذي يتعامل مع المستهلك أو محل إقامة المستهلك بالإضافة إلى المضمون الموضوعي substantial content للتسويق على الشبكة.

واستناداً إلى هذه الضوابط يمكن صياغة القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك عبر الإنترنت، والتي تحقق أيضاً حماية المستهلك، عندما تكون هناك حاجة لهذه الحماية.

فعندما يرتب العقد التزاماً على عاتق من يتعامل مع المستهلك بتوريد سلعة لهذا الأخير في دولة محل إقامته[1] أو عندما لا يكون المستهلك عالماً بمقر أعمال من يتعامل معه أو بعنوانه الجغرافي، يمكن القول بأن قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك هو قانون الدولة التي ترتبط بالعقد بالرابطة الأكثر وثوقاً closest connection، والذي يحترم توقعات طرفي العقد، ومن ثم يكون هو القانون الواجب التطبيق في غيبة الاختيار الصحيح للقانون بمعرفة الأطراف.

وعلى ذلك إذا تضمن عقد توريد البضائع شرطاً صريحاً يقضي باختيار قانون الدولة التي بها منشأة أعمال المورد فإن هذا الشرط يكون صحيحاً ويجب إعماله دون منافسة من جانب قانون محل إقامة المستهلك بما يتضمنه من قواعد آمرة تحميه. ويستند هذا الرأي إلى عدة أسباب أما السبب الأول فهو يتلخص في أن الشبكة العالمية تتيح للمستهلك إمكانية كبيرة للاطلاع على أكبر قدر ممكن من المعلومات التي تتعلق بعقده، فهي تتيح له أن يتعرف على معلومات خاصة بجميع الموردين المنافسين، والشروط التي يضعها كل منهم لتنظيم معاملاته مع المستهلكين، ومنها القانون الواجب التطبيق الذي يكون ميسوراً على المستهلك معرفته. وفي هذه البيئة كتلك، لا يكون المستهلك مضطراً للاختيار بين قبول الشرط الذي يتضمنه العقد والخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق أو عدم قبول التعاقد بصفة عامة (take it or leave it)، فالمستهلك في جميع الأحوال يملك أن يرفض التعاقد، وأن يبحث عن موردين آخرين في دول أخرى أو دولة محل إقامته، ليجد من يوافق على خضوع العقد لقانون هذه الدولة، أضف إلى ذلك أن المستهلك عبر الإنترنت يكون بمقدوره دائماً الإحاطة بالمعلومات التي تتعلق بحماية المستهلك، أو بالتعرف على الجمعيات والمؤسسات التي تهدف إلى حماية المستهلك أو أي مؤسسات أخرى تنشغل بهذا الشأن. وأخيراً واستناداً للتحليل السابق حول توقعات الأطراف وأهمية الاعتداد بها عند تحديد القانون الواجب التطبيق، فإنه يمكن القول إن المستهلك الذي يدخل هذا العالم الافتراضي virtual world لا يمكن له بطريقة معقولة أن يتوقع أن يحصل على الحماية التي يمنحها له قانون محل إقامته، أو أن يحل هذا القانون محل أي قانون آخر يتم الاتفاق عليه، إلا إذا أخضع المورد نفسه لهذا القانون من خلال مضمون النشاط التسويقي الذي قام به على النحو السابق بيانه. فقط في هذا الفرض ينعقد الاختصاص لقانون محل إقامة المستهلك ولا يمكن استبعاد ذلك الاختصاص وتطبيق القانون الذي اتفقت عليه الأطراف.

(1) انظر: draft UCC § 2B-106 comment 3.

أما بالنسبة للعقود التي يكون موضوعها تقديم خدمات على الشبكة نفسها فإن ارتباط هذه العقود بدولة محل إقامة المستهلك يكون ضعيفاً، لأنه لم يتحدد عنوان جغرافي معين تقدم فيه هذه الخدمات، ولأنها لا تتطلب تسليم مادي physical delivery في هذا العنوان. وفي الوقت نفسه لا يمكن القول إن محل أداء الخدمات وهو المكان الذي به مصدر المادة المعلوماتية، نظراً لما يتسم به هذا المكان من طبيعة عرضية. لذلك تكون الدولة التي بها منشأة مزود الخدمة أو مقر أعماله هي الدولة التي تحتفظ بالرابطة الأكثر وثوقاً مع العقد، ومن ثم الدولة التي ينعقد الاختصاص لقانونها في غيبة اختيار صريح لهذا القانون بمعرفة أطراف عقد الاستهلاك، وذلك كله بشرط أن يكون المورد قد أعلم المستهلك بعنوان هذه المنشأة أو هذا المقر. فإذا ما فشل في ذلك فإنه لا يمكن افتراض علم المستهلك بهذا المكان ويكون قانون دولة محل إقامة المستهلك هو القانون الواجب التطبيق بالرغم من ضعف ارتباط العقد بهذه الدولة.

ولكن مرة أخرى يجب الإشارة إلى أنه إذا كان المورد ومن خلال المضمون الموضوعي لنشاطه التسويقي قد ولد الاعتقاد بأنه يخضع نفسه أو يلزم نفسه بقانون محل إقامة المستهلك، فإن هذا القانون يكون هو القانون الواجب التطبيق، ولا يمكن استبعاده بالاتفاق الصريح.

هذا النهج يتفق وينسجم مع نهج التقنين الأهلي الأمريكي الثاني الذي يتسم بمرونته الشديدة، بما يسمح للقاضي بممارسة حرية كبيرة عند تحديد مركز ثقل عقد الاستهلاك الإلكتروني (center gravity)، وبالتالي يسمح بعقد الاختصاص لقانون آخر غير الذي حددته القواعد العامة.

وهذا النهج نجده أيضاً في التقنين التجاري الأمريكي الموحد في الفقرة (UCC-12B-106) والتي تقيم التفرقة بين عقود الترخيص المعلوماتية التي تستلزم تسليم نسخة مادية physical copy من المادة المعلوماتية للمرخص له والعقود التي يتم بمقتضاها تزويد المستهلك بهذه المادة المعلوماتية على الشبكة فقط online. في الحالة الأولى يكون القانون الواجب التطبيق وفقاً للقانون الموحد هو قانون محل إقامة المرخص له (أو المستهلك) licensee location، أما في الحالة الثانية حيث لا تكون المادة المعلوماتية مثبتة على دعامة مادية ومسلمة للمستهلك يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان منشأة مانح الترخيص licensor location وذلك من أجل تحقيق الأمن القانوني[1]، المادة (2B-106) لا تشير إلى الأنشطة التسويقية لمانح الترخيص ولكنها تهدف إلى حماية المستهلكين المقيمين في الولايات المتحدة من تطبيق نصوص القانون الأجنبي لمانح الترخيص والتي قد لا تحمي هؤلاء المستهلكين بنفس درجة

(1) انظر Draft § 2B-106 comments 2.3.

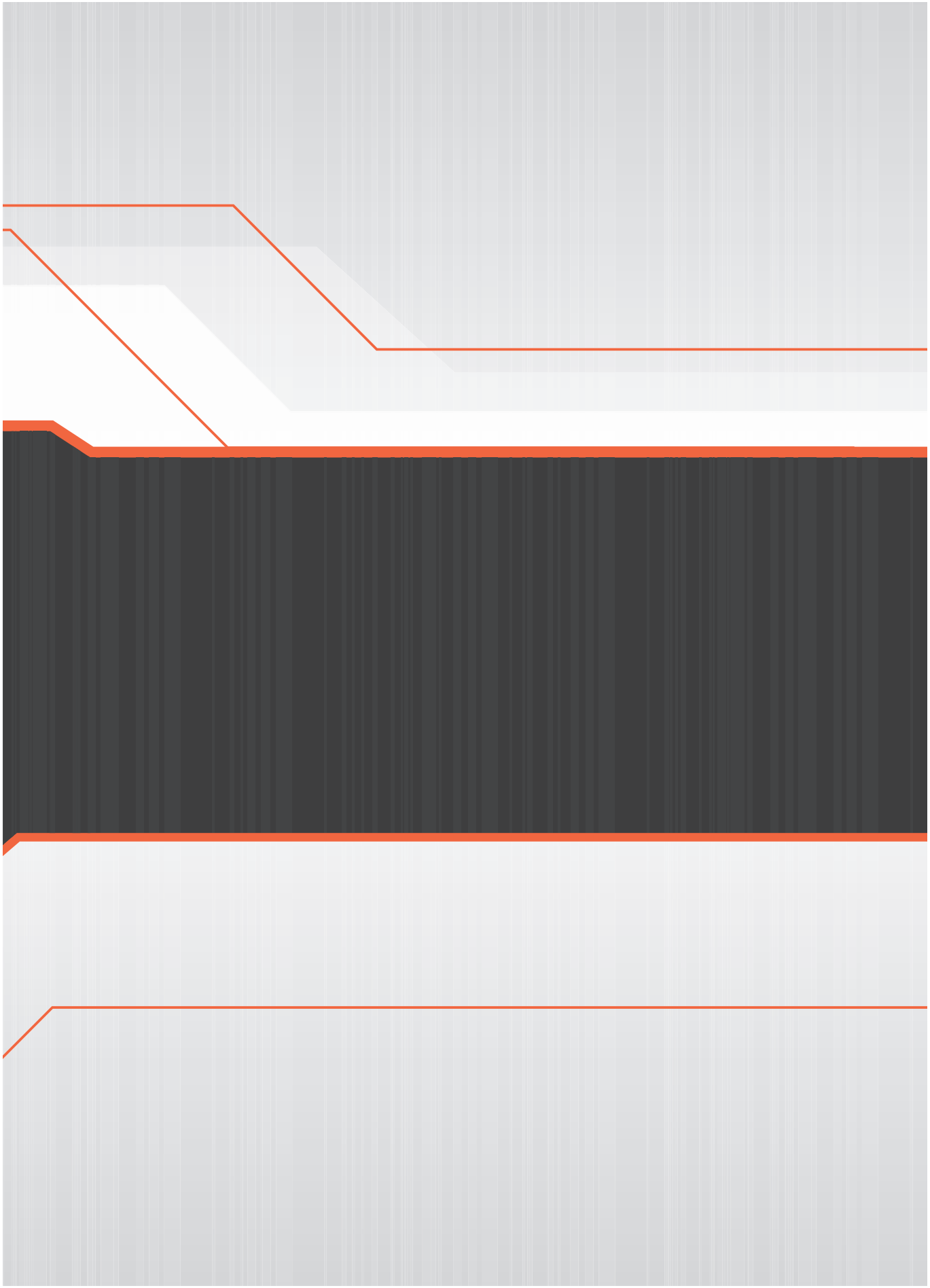
حماية القانون الأمريكي لهم[1].

وتبقى الاتفاقيات الأوروبية مثل اتفاقية روما غير متفقة مع هذا النهج لأنها تستند في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك وعلى ضوابط ذات طبيعة مكانية تتفق مع الأنشطة التسويقية المادية.

في ضوء كل ذلك يمكن أن نقول إن حلول تنازع القوانين المعمول بها في الولايات المتحدة تتسم بمرونة كافية بما يمكنها من مواجهة التحدي الذي فرضته الشبكة العالمية في مجال القانون الدولي الخاص، وعلى وجه الخصوص في مجال عقود الاستهلاك. وعلى العكس من ذلك يبدو نهج القانون الأوروبي الذي يرتكز على استخدام قواعد إسناد جامدة وذات طبيعة مكانية غير ملائم لبيئة الإنترنت.

(1) انظر Draft § 2B-106(d)63.

معهد دبي القضائي



«حماية المستهلك الإلكتروني في العقد الإلكتروني ومعاملات التجارة الإلكترونية والحجية في الإثبات»

الأستاذة الدكتورة ماجدة شلبي

أستاذ الاقتصاد – كلية الحقوق – جامعة بنها

وعضو هيئة التدريس بالقسم الفرنسي

بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية – جامعة القاهرة

ملخص

حمـاية المستهلك الإلكتروني في العقـد الإلكتروني ومعاملات التجارة الإلكترونية والحجية في الإثبات

شهدت الساحة العالمية خلال السنوات الأخيرة العديد من المتغيرات والتحديات في ظل العولمة والثورة العلمية في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وظهور الاقتصاد الرقمي Digital Economy واقتصاد المعرفة Knowledge Economy وظهور التجارة الإلكترونية Electronic Commerce التي غيّرت المفاهيم السائدة في المعاملات المدنية والتجارية خاصة في مجال نظم الإثبات. وقد بدأت الحاجة لحماية المستهلك في السوق الإلكترونية في ظل اختلال التوازن العقدي بين المستهلك والبائع أو المحترف باعتبار أن الأخير هو الطرف الأقوى اقتصادياً وهو الذي يفرض شروطه على المستهلك الذي هو الطرف الضعيف الواجب حمايته. وبالإضافة لما يحتاجه المستهلك من حماية مدنية لمعاملاته فإن الحماية الجنائية لا تقل أهمية بالنسبة إليه، إذ قد يقع ضحية لقراصنة الإنترنت بالتجسس على بياناته الشخصية والمصرفية وتزوير العلامات التجارية والغش التجاري. وحماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت تتطلب توفير الضمانات اللازمة له في إبرام العقد الإلكتروني وحماية حقه في العدول عن إبرام هذا العقد، وحقه في معرفة القانون الواجب التطبيق، وتعد الحماية القانونية للمستهلك في التعاقد الإلكتروني من أهم القضايا الجديرة بالبحث في ظل التكتلات الاقتصادية العملاقة في السوق الإلكترونية، ما يتطلب في العديد من الدول الإسراع في وضع تشريعات تقوم على حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية. ويعد إثبات المعاملات الإلكترونية في مجال التجارة الإلكترونية من أهم الجوانب القانونية، حيث تدعم نظرية الإثبات

التجارة الإلكترونية بالقدر اللازم من الحماية والأمان. لذلك كان لزاماً على رجال القانون العمل على تطويع القواعد التقليدية في الإثبات وفقاً للوسائل الإلكترونية. وذلك ما تم من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL اليونسترال، التي أقرت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (1996) الذي أعطى للمستندات الإلكترونية الحجية في الإثبات وألحقت به قانون التوقيع الإلكتروني (2001) الذي نظم الاعتراف بالشهادات والتوقيعات الإلكترونية.

Summary

"The Electronic Consumer Protection in the Electronic Contract and the Electronic Commerce Transactions and the Evidence Argument"

The international scene witnessed during the last years many changes and challenges within the globalization and the scientific revolution in the field of information technology and communications، and the appearance on the Digital Economy، the Knowledge Economy، and the Electronic Commerce. That changed the prevailing concepts in the civil and commercial transactions، especially in the field of the confirmation systems. The need for protecting the consumer in the E-commerce market started due the contracting imbalance between the consumer and the seller or the professional، considering that the later is the stronger party economically، and he imposes his conditions on the consumer، who is the weaker party that should be protected. And in addition to the needed protection for the consumer as a civil protection for his transactions، the criminal protection is not less important for him، as he is usually the victim of the internet hackers who spy on his personal and banking data، and falsify the trademarks and the commercial cheating. The consumer protection through the Internet requires providing the necessary guarantees for him in concluding the electronic contract، and to protect his right for revoking the concluding this contract، and his right for knowing the law that should be applied. The consumer's legal protection for the electronic contracting is considered as one of the most important cases that should be researched to face the gigantic economic conglomerations in the electronic market، and this requires

hastening the implementation in many countries of laws that rely on protecting the consumer in the electronic contracts and the electronic commerce. The confirmation of the electronic transactions in the field of the electronic commerce is considered as one of the most important legal aspects، as it will support the confirmation theory for the electronic commerce in a sufficient amount of protection and security. Therefore it is necessary for the lawmen to work on subduing the traditional principles for the confirmation in accordance with the electronic means، and the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) has performed this action and ratified the Exemplary Law for the Electronic Commerce (1996) that gave the electronic documents the argument for the confirmation، and this law was followed by the Electronic Signature Law (2001) the regulated the systems of recognizing and acknowledging the electronic certificates and signatures.

مقدمـــة:

شهد العالم خلال النصف الثاني من القرن العشرين ثورة كبيرة وتطورات متلاحقة وسريعة في عالم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ICT، كانت أبرز ملامحها ومظاهرها النمو السريع في التجارة الإلكترونية E-Trade أو E-Commerce، حيث تعتبر التجارة الإلكترونية من أهم التطبيقات العملية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، فقد أحدثت تطوراً كبيراً في طرق إجراء المعاملات التجارية إلكترونياً وعقد الصفقات في البيع والشراء لمختلف السلع في أي مكان وأي زمان، وهو ما ينعكس في التنامي المستمر في حجم تلك التجارة [1].

وتغير شكل الاقتصاد العالمي وتبدلت ملامحه الرئيسة خلال السنوات الماضية، ويرجع ذلك إلى تنامي دور العلوم والمعرفة والتقدم التكنولوجي وتزايد استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في شتى مجالات الحياة اليومية، وأصبحنا نعيش فيما يعرف بالاقتصاد الجديد New Economy أو الاقتصاد الرقمي Digital Economy أو اقتصاد المعرفة، والذي ظهر بداية في الولايات المتحدة من خلال ظاهرة التطور التقني الحديث.

وأهم ما يميز الاقتصاد الجديد أن تكنولوجيا المعلومات تمثل القوة الضاربة فيه، كما يتميز أيضاً ببعض الظواهر الرئيسة التي أصبحت من السمات الخاصة الدالة عليه وهي: تحقيق معدلات مرتفعة للنمو الاقتصادي، وتسجيل شركات التكنولوجيا الحديثة لأرباح كبيرة، ووجود ظواهر احتكارية في السوق تكون ضرورية وحتمية وفقاً لآليات الوصول إلى وفورات الحجم الكبير، وانتشار استخدام الإنترنت، والتوسع في التجارة الإلكترونية، وتطور أجهزة الاتصالات.

وشهد العالم خلال السنوات القليلة الماضية تنامي ظاهرة جديدة ومشكلة عالمية هي الفجوة الرقمية Digital Divide والتي تسمى أحياناً الفجوة التكنولوجية أو الفجوة العلمية والتي تتمثل في وجود فوارق واختلافات بين دول العالم فيما يتعلق بامتلاك تكنولوجيا المعلومات والاتصالات [2].

وشهدت الساحة العالمية منذ نهاية القرن العشرين ومع بداية الألفية الثالثة العديد من المتغيرات والتحديات في ظل العولمة والثورة العلمية الهائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. وظهور الاقتصاد الرقمي Digital Economy الذي يعتمد على الحاسبات

---

1) الأمم المتحدة، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا): «الملامح الإقليمية لمجتمع المعلومات في غربي آسيا»، 2003، ص57. وطبقاً لتعريف منظمة التجارة العالمية الإلكترونية تعني: «إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع أو توصيل السلع والخدمات بوسائل أو أدوات إلكترونية».

2) راجع: البنك الأهلي المصري: «تكنولوجيا المعلومات والاتصالات»، النشرة الاقتصادية، العدد الأول، المجلد الثامن والخمسون، 2005، ص23.

وشبكات المعلومات. واقتصاد المعرفة الذي تتضمن القيمة المضافة فيه مكوناً كبيراً من الإنتاج الذهني والمعلوماتي.

وبظهور شبكة الإنترنت واستخدام الكمبيوتر ازدادت التعاملات التجارية والمدنية عبر هذه الوسائل الحديثة، وظهرت أساليب حديثة لإبرام العقود لم تكن معروفة من قبل.

وظهرت التجارة من خلال الوسائط الإلكترونية Electronic Commerce والتي غيرت المفاهيم السائدة في المعاملات المدنية والتجارية خاصة في مجال نظم الإثبات.

وتقوم التجارة الإلكترونية على عدة مقومات، منها إبرام العقود عبر وسيط إلكتروني، والذي يعد نوعاً من أنواع التعاقد عن بعد بين البائع والمشتري، ورغم هذا البعد يربطهما اتصال مباشر.

وتقوم التجارة الإلكترونية على استبدال الوسائط الورقية بالوسائط الإلكترونية، ومن ثم فإنه لا توجد أوراق يتم التعامل بها. وهذا يعد إحدى مزايا التقنية العلمية الحديثة.

والمستهلك في نطاق تعاملات التجارة الإلكترونية هو المستهلك في نطاق العقد التقليدي، ولكنه يتعامل من خلال وسائط إلكترونية، ومؤدى ذلك أن له كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن عقده يتم بوسيلة إلكترونية [1].

واهتمام المشرع المصري بالمستهلك ليس بالمستوى اللازم بخلاف التشريعات المقارنة الأخرى، مثل القانون الفرنسي، والمستهلك العربي بصفة عامة يشغل مساحة ضئيلة من التعامل عبر شبكة الإنترنت، وهذه المساحة يجب تنميتها عن طريق الاهتمام بالتجارة الإلكترونية العربية، وسن التشريعات الملائمة وخلق البيئة الجذابة لهذا المستهلك حتى يتعامل عبر شبكة الإنترنت، من خلال تنمية الوعي المعلوماتي [2].

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. أسامة أحمد بدر: «حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني»، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص19.

وراجع كذلك:

- د. عبد الفتاح بيومي حجازي: «التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً»، ص137-154، 218-248 من ذات المؤلف.

- د. محمد شكري سرور: «التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك»، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية»، الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات القانونية، المنعقد في 26-28 أبريل 2003، الجزء الثاني، ص101.

- د. أسامة أحمد بدر: «حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني»، الطبعة الأولى، دار الجامعة الحديثة للنشر، 2005، ص21.

2) راجع في هذا السياق:

- د. هدى قشقوش: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت»، دار النهضة العربية»، القاهرة، 2000، ص65 وما بعدها.

- د. مدحت رمضان: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص48.

وقد بدأت الحاجة لحماية المستهلك في السوق الإلكترونية، نظراً لما تتمتع به شبكة الإنترنت والبريد الإلكتروني من سرعة فائقة في إبرام العقود وهذه السرعة قد يكون لها أثر كبير على رضا المستهلك، خصوصاً أمام الإمكانيات الهائلة التي يتمتع بها المهني صاحب المعرض الافتراضي، الذي يعرض سلعة أو خدمة على جمهور المستهلكين عبر هذه الشبكة، وهو ما يؤدي أحياناً إلى اختلال التوازن العقدي بين المستهلك والبائع أو المحترف باعتبار أن الأخير هو الطرف الأقوى اقتصادياً، وهو الذي يفرض شروطه على المستهلك الذي هو الطرف الضعيف الواجب حمايته.

بالإضافة إلى ذلك فإن السلعة محل التعاقد الإلكتروني لا تكون معروضة بحقيقتها أمام المستهلك ولا يلمسها بيده، بل يشاهد صورة لها عبر شاشة الحاسب الآلي.

وبالإضافة لما يحتاجه المستهلك من حماية مدنية لمعاملاته، فإن الحماية الجنائية [1] لا تقل أهمية بالنسبة إليه، إذ قد يقع المستهلك ضحية لقراصنة الإنترنت بالتجسس على بياناته الشخصية والمصرفية، وتزوير العلامات التجارية والغش التجاري في السلع والخدمات .. إلى آخره من جرائم المعلومات.

وبذلك فإن حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت تتطلب تحديد المشكلات التي تمثل ضعفاً لديه حال التعامل عبر الشبكة، ولعل أهمها ضمانات إبرام هذا العقد من حيث رضاء المستهلك عند إبرام العقد بطريق الإنترنت، وحماية حقه في العدول عن إبرام هذا العقد، وكذلك مراعاة الضمانات اللازمة لعدالة التنفيذ، ويدخل في عداد حماية المستهلك كذلك حقه في معرفة القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بالنزاع، وتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وكذلك تحديد المسؤولية سواء التعاقدية أو التقصيرية للأطراف المتعاقدة عبر التقنيات الحديثة.

كما يحتاج المستهلك للحماية القانونية بسبب تعدد المخاطر التي يواجهها، وقلة الأمان، فكثرة المخاطر عبر الشبكة الإلكترونية تحتاج إلى الدراسة والبحث. وتعد حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني من أهم القضايا الجديرة بالبحث، في ظل التكتلات الاقتصادية العملاقة في السوق الإلكترونية، ما يتطلب في العديد من الدول الإسراع في وضع تشريعات تقوم على حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية [2].

---

1) راجع: د. خالد المهيري: «حماية المستهلك الإلكترونية»، بحث مقدم لمؤتمر «الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية»، أكاديمية شرطة دبي، أبريل 2003، المجلد الثالث، ص487 وما بعدها.

2) راجع في هذا السياق:

- قدري محمد محمود: «حماية المستهلك في العقد الإلكتروني»، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012.
- حامد عبد العزيز الجمال: «التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة»، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005، ص3.
- أ. يونس عرب: «قانون الكمبيوتر»، منشورات اتحاد المصارف العربية، بيروت، 2001، ص40، منشور على الإنترنت.
- إبراهيم عبيد علي آل علي: «العقد الإلكتروني»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2010، ص465.

ويعد الإثبات عنصراً أساسياً في العلاقة التعاقدية فهو يثبت وجودها ومن ثم يحسم من النزاع ويسهم في الفصل فيها. لذلك كان لزاماً على رجال القانون أن يعملوا على تطويع القواعد التقليدية في الإثبات وفقاً للوسائل الإلكترونية [1].

وذلك ما تم من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNICTRAL اليونسترال، التي أقرت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في أول ديسمبر 1996 الذي أعطى للمستندات الإلكترونية الحجية في الإثبات، كما اعترف بالتوقيع الإلكتروني، وساوى بينه وبين التوقيع اليدوي.

كما ألحقت لجنة الأمم المتحدة ذلك القانون بقانون نموذجي آخر حول التوقيع الإلكتروني وذلك في دورتها الرابعة والثلاثين لعام 2001، وقد اهتم هذا القانون بتنظيم التوقيع الإلكتروني، والواجبات التي يتحملها الموقع، كما نظم هذا القانون مقدمي خدمات توثيق التوقيع الإلكتروني، ونظم الاعتراف بالشهادات والتوقيعات الإلكترونية الأجنبية.

ويعد إثبات المعاملات الإلكترونية التي تتم من خلال التجارة الإلكترونية من أهم الجوانب القانونية التي تحيط بهذه التجارة، حيث تدعم نظرية الإثبات التجارة الإلكترونية بالقدر اللازم من الحماية والأمان.

أهمية وأهداف الدراسة:

تعد التجارة الإلكترونية تجسيداً للثورة العلمية في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات واقتصاد المعرفة الذي يعتمد على الإبداع والبنية المعلوماتية. وفي ظل هذا العالم الإلكتروني؛ فإن حماية المستهلك الإلكتروني ما يزال يكتنفها الغموض لاسيما من الناحية القانونية في ظل تعدد استخدامات تقنيات الاتصال الحديثة. الأمر الذي أدى إلى خلق العديد من المشكلات القانونية، وأوجد فراغاً تشريعياً، مما يستلزم تدخل المشرع وفقهاء القانون. خاصة وأن منح الثقة في التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية يقتضي تحركاً تشريعياً لمنح الثقة في المحرر والتوقيع الإلكتروني وتنظيم عملية الإثبات من خلال الوسائل الإلكترونية.

1) راجع: نور خالد عبد المحسن: «حجية المحررات والتوقيع الإلكتروني في الإثبات عبر شبكة الإنترنت»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق جامعة عين شمس، عام 2009.

منهج البحث:

تعتمد الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي وعلى المنهج المقارن من خلال تناول القوانين الدولية والأجنبية والعربية بشأن العقود والتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وقانون اليونسترال والمشروع الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية والقانون الفرنسي بشأن المعاملات الإلكترونية والقانون التونسي والإماراتي والأردني ومقارنتها بالقانون المصري.

محتويات الدراسة

- **مقدمـــة**
- **القسم الأول: مفهوم وأهمية حماية المستهلك الإلكتروني:**

أولاً: التعريف الفقهي لمفهوم المستهلك الإلكتروني.

ثانياً: الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني.

ثالثاً: الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية.

رابعاً: الحماية الجنائية للمستهلك في مجال التجارة الإلكترونية.

خامساً: حماية المستهلك في مرحلة التفاوض.

- **القسم الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني وحق المستهلك في الرجوع في البيع:**

أولاً: تعريف العقد الإلكتروني Contrat Électronique.

ثانياً: خصائص العقد الإلكتروني.

ثالثاً: حماية العقد الإلكتروني.

رابعاً: حماية حقوق المستهلك عند التعاقد الإلكتروني وأثناء تنفيذ العقد.

خامساً: الحق في العدول عن العقد الإلكتروني والرجوع في البيع.

- **القسم الثالث: التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية والإعلانات الإلكترونية الخادعة وحماية المحررات الإلكترونية:**

أولاً: التعريف بالتجارة الإلكترونية.

ثانياً: الإطار القانوني والحماية الجنائية للمستهلك الإلكتروني في معاملات التجارة الإلكترونية.

ثالثاً: الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية.

رابعاً: الشروط التعسفية وفكرة الإذعان في عقود التجارة الإلكترونية.

خامساً: الإعلانات الإلكترونية المضللة أو الخداعة.

سادساً: حماية المحررات الإلكترونية من جرائم التزوير والتزييف وحماية التوقيع الإلكتروني.

- القسم الرابع: الحجية في الإثبات في مجال التعاقدات والمعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني:

أولاً: الإثبات في البيئة الإلكترونية.. التحديات والعقبات.

ثانياً: حجية المعاملات والتجارة الإلكترونية.

ثالثاً: التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات.

رابعاً: التنظيم التشريعي لحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

خامساً: الأحكام المتعلقة بالتصديق على التوقيع الإلكتروني وتمتع هذا التوقيع بالحجية في الإثبات.

سادساً: التنظيم التشريعي لحجية المحرر الإلكتروني في الإثبات.

- النتائج والتوصيات.

- المراجع العربية والأجنبية.

القسم الأول
مفهوم وأهمية حماية المستهلك الإلكتروني

كان من نتائج التوسع في معاملات التجارة الإلكترونية أن أصبح في متناول المستهلك الحصول على احتياجاته من السلع والخدمات، دون الحاجة إلى استخدام النقود التقليدية، كما أصبح بإمكانه إبرام العقود باستخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت.

وفي ظل العولمة والتحولات الاقتصادية الدولية وانفتاح الأسواق والثورة الهائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتطور الصناعات. ظهرت الحاجة إلى حماية المستهلك الإلكتروني خاصة مع التوسع في معاملات التجارة الإلكترونية وتطورها السريع الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل لحماية المستهلك الإلكتروني من خلال التنظيم القانوني والتشريعي الشامل خاصة مع ظهور سلع غير مطابقة للمواصفات، وفي ظل الدعاية والإعلانات الخادعة والمضللة من أجل تحقيق أقصى ربح واستيراد سلع غذائية ودوائية فاسدة لا تصلح للاستخدام الآدمي [1].

وحماية المستهلك الإلكتروني لها أهمية في نطاق العقود بصفة عامة، وهذه الحماية لها أهمية خاصة في مجال عقود الاستهلاك الإلكترونية. ذلك إنه في غالب الأحوال ينفرد البائع أو مقدم الخدمة بتحديد شروط ونصوص العقد على شبكة الإنترنت ومنها شرط القانون واجب التطبيق، وليس أمام الطرف الآخر المستقبل لهذا العرض الإلكتروني سوى قبول العرض أو رفضه كما هو. فإذا قَبِلَ، انعقد العقد متضمناً اختياراً صريحاً للقانون واجب التطبيق. ومن هنا تبدو أهمية تطبيقَ القواعد الآمرة المنصوص عليها في قانون دولة مقر إقامة المستهلك [2].

والمستهلك في نطاق تعاملات التجارة الإلكترونية هو ذاته المستهلك في عملية التعاقد

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. محمد المرسي زهرة: «الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص73.
- د. حمدي عبد الرحمن: «فكرة القانون»، بحث في تعريف القانون وأساسه، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1978، ص29.
- د. محمد شكري سرور: «التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك»، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، 2003.
- إبراهيم عبيد علي آل علي: «العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة»، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2010.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: «التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

2) راجع:

- د. أشرف وفا محمد: «عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص»، المؤتمر الدولي الثالث عن الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإلكترونية، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ووزارة الاتصالات والمعلومات المصرية، المنعقد بجامعة الدول العربية، القاهرة، يومي 17-18 يناير 2004، ص218.
- V. Fausto Pocar: La protection de la partie faible en droit international privé, RCADI, tome 188, 1984, p.362.

التقليدية، لكنه يتعامل من خلال أو عبر وسائط إلكترونية، مؤدى ذلك أن له كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية، بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن عقده يتم بوسيلة إلكترونية [1].

أولاً: التعريف الفقهي لمفهوم المستهلك الإلكتروني:

يعتبر المستهلك محور الحماية القانونية وغايتها، ويترتب على ذلك أن تحديد قواعد الحماية يتوقف على تحديد مفهوم المستهلك، فالاستهلاك يمارسه جميع أفراد المجتمع، الأمر الذي يتطلب منا عدم الوقوف عند المفهوم الاقتصادي للاستهلاك.

وتظهر أهمية تعريف المستهلك في العقد الإلكتروني من حتمية ارتباط القانون بالمستجدات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية، باعتبار أن القانون لابد أن يستجيب لكل المقتضيات والتطورات باعتباره أداة التقدم والرقي.

والاستهلاك في المفهوم القانوني هو: «التصرف الذي يبرمه المستهلك للحصول على السلع والخدمات التي يشبع بها احتياجاته الشخصية أو العائلية».

ويشمل لفظ الاستهلاك في العقد الإلكتروني كلاً من السلع والخدمات المادية منها والمعنوية، أما مفهوم المستهلك في نطاق المعاملات الإلكترونية فهو متلقي المنتج أو الخدمة.

ويعرّف الفقه (المستهلك) باعتباره أحد طرفي عقد الاستهلاك بأنه: «كل شخص طبيعي أو معنوي، يحوز أو يملك أو يستخدم سلعة أو خدمة معروضة في السوق مهنياً، بحيث لا يكون هو الذي صنعها أو حولها أو وزعها أو عرض الخدمة ضمن إطار تجاري أو مهني»، أما الشخص الذي يقوم باستخدام سلعة أو يؤدي خدمة ذات طابع مهني، فإنه لا يمكن أن يعتبر مستهلكاً.

ويتبنى جانب من الفقه تعريفاً موسعاً للمستهلك، حيث يعرفه بأنه: «كل من يبرم تصرفاً قانونياً من أجل استخدام المنتج أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو في أغراضه المهنية». وهذا التعريف يدخل فئة المهنيين ضمن تعريف المستهلك [2].

---

1) د. عبد الحق حميش: «حماية المستهلك الإلكتروني»، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة تجارة وصناعة دبي. خلال الفترة 10-12 مايو 2003، المجلد الثالث، ص 1268.

2) راجع في هذا السياق:

- د. حسن عبد الباسط جميعي: «حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك»، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص8.

- د.ميرفت عبد المنعم صادق: «الحماية الجنائية للمستهلك»، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة، 1996، ص6.

- د. خالد ممدوح إبراهيم: «حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية»، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص20.

- محمد عبيد الكعبي: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة

كما عرف بعض الفقهاء المستهلك [1]، بأنه: «كل مشترٍ غير مهني لأموال للاستهلاك التي تخصص لاستعماله الشخصي»، ولا جدال أن حماية المستَهلك ورفاهيته تُعدان الغاية الواعدة والهدف الأسمى لأية تنمية اقتصادية.

وفي خطوة إيجابية نحو تهيئة المناخ التشريعي اللازم لاقتصاد السوق صدر قانون حماية المستهلك في مصر رقم 67 لسنة 2006، وترجع أهمية هذا القانون إلى أنه يمثل إطاراً تشريعياً موحداً لحماية المستهلك وذلك في ضوء المبادئ التي أقرتها الأمم المتحدة بشأن حقوق المستهلك وبمقتضى القانون تم إنشاء جهاز حماية المستهلك بهدف التنسيق بين جهود حماية المستهلك ككيان رقابي، وبالتالي استهدف توحيد الجهة التي يتقدم لها المستهلك بالشكوى وأيضاً محاولة لتفعيل دور جمعيات حماية المستهلك.

وقد صدر قانون حماية المستهلك في مصر رقم (67) لسنة 2006 ولائحته التنفيذية، استكمالاً لسلسلة التشريعات التي تنظم وتراقب النشاط الاقتصادي في ظل نظام السوق الحر وتحرير التجارة والأسعار والاندماج في السوق العالمي، والتي بدأت مع تطبيق برنامج الإصلاح الاقتصادي (سياسات التثبيت والتكيف الهيكلي) عام 1991، وكان أكثرها ارتباطاً بقانون حماية المستهلك قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الذي صدر في عام 2005 لحماية السوق بما فيها المستهلك من الممارسات الاحتكارية الضارة بمصالحه.

يتكون قانون حماية المستهلك من أربع وعشرين مادة، ويعنى بحقوق المستهلك التي أقرتها الأمم المتحدة منذ عام 1985 في دليل حقوق المستهلك، وهي حقوق المستهلك في الأمان والمعرفة والاختيار والمشاركة واحترام العادات والتعويض في حالة الضرر والتثقيف.

إلا أن هذا القانون قد أغفل المعاملات الإلكترونية سواء تعلق الأمر بالسلع أو المستهلك.

ويهتم هذا القانون بستة موضوعات رئيسة هي [2]:

القاهرة، 2009.

- د. هدى حامد قشقوش: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص65 وما بعدها.
- د. مدحت رمضان: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص8.

1) راجع: د. قدري عبد الفتاح الشهاوي: «شرح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية ولائحته التنفيذية وقانون حماية المستهلك ومذكرته الإيضاحية»، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص275..

2) راجع في هذا السياق:

- د. أسامة أحمد بدر: «حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني»، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص15.
- د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص80.
- د. خالد المهيري: «حماية المستهلك الإلكتروني»، بحث مقدم لمؤتمر «الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية»، أكاديمية شرطة دبي، أبريل 2003، المجلد الثالث، ص487 وما بعدها.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص9.

- تحديد التعريفات للكلمات الأساسية المعني بها القانون مثل المستهلك والمورد والمنتج والجمعيات... إلخ.

- تحديد حقوق المستهلك.

- تحديد التزامات المورد أو المنتج أو المستورد أو المعلن تجاه المستهلك.

- إنشاء جهاز يسمى جهاز حماية المستهلك وتحديد أهدافه وتنظيمه وتكوين مجلس إدارته ودوره في حل المنازعات الناتجة عن تطبيق هذا القانون ومصادر موارده المالية.

- تحديد دور جمعيات حماية المستهلك في تطبيق هذا القانون.

- تحديد العقوبات التي تقع على المخالفين لأحكام هذا القانون.

والمستهلك في نظر المشرع المصري هو من يسعى لإشباع حاجياته الشخصية أو العائلية، ومن ثم فهو لا يشمل من يحصل على السلع لإعادة بيعها أو تحويلها أو تخزينها، أو يحصل عليها لأغراض مهنية، ويستوي أن يتعاقد المستهلك بالوسائل التقليدية أو من خلال الإنترنت.

والجدير بالذكر أن اهتمام المشرع المصري بالمستهلك ليس بالمستوى المطلوب، على خلاف التشريعات المقارنة الأخرى، ومنها القانون الفرنسي، كما أن المستهلك العربي يشغل مساحة ضئيلة من التعامل عبر شبكة الإنترنت، وهذه المساحة يجب تنميتها عن طريق الاهتمام بالتجارة الإلكترونية العربية، وسن التشريعات الملائمة لها، فضلاً عن خلق البيئة الجاذبة لذلك المستهلك حتى يتعامل عبر شبكة الإنترنت، وذلك من خلال تنمية الوعي المعلوماتي لديه. وحماية المستهلك الإلكتروني، وتوفير ضمانات إبرام العقد من حيث التأكد من رضاء المستهلك عند إبرام العقد الإلكتروني، وحماية حقه في العدول عن إبرام هذا العقد وحقه في معرفة القانون الواجب التطبيق [1].

- مفهوم المستهلك الإلكتروني:

يعرف المستهلك الإلكتروني Consommateur électronique بأنه «كل شخص طبيعي أو اعتباري يتعاقد بأحد الوسائل الإلكترونية من أجل الحصول على السلع والخدمات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو احتياجاته المهنية خارج نطاق تخصصه» [2].

1) راجع: نيفين كمال حامد: «قانون حماية المستهلك - لقاء الخبراء»، معهد التخطيط القومي، سلسلة أوراق اقتصادية، العدد رقم (5)، أغسطس 2007، ص32.

2) راجع: د. كوثر سعيد عدنان خالد: «حماية المستهلك الإلكتروني Protection du Consommateur électronique»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2010، ص 81.

ثانياً: الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني:

وعن الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني، نجد أن التشريعات المقارنة قد أولت هذه الحماية العناية الكافية بغرض تنظيم وتقنين حماية المستهلك، وذلك منذ أن أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم (39/284) الصادر في 1985/4/9 حقوق المستهلك كجزء من حقوقه كإنسان، فقد سارعت كثير من دول العالم المتحضر، وذلك بتباين فيما بينها تبعاً لمساحة حرية الإنسان بها إلى ترسيخ هذه الحقوق التي أقرتها الجمعية والمتمثلة في [1]:

1 - حق الأمان: حماية المستهلك من المنتجات وعمليات الإنتاج والخدمات التي تؤدي إلى مخاطر على صحته وحياته.

2 - حق المعرفة: تزويد المستهلك بالحقائق التي تساعد على قيامه بالاختيار السليم، وحمايته من الإعلانات التي تشمل معلومات مضللة وغير صحيحة.

3 - حق الاختيار: بأن يتمكن المستهلك من الاختيار بين العديد من المنتجات والخدمات التي تعرض بأسعار تنافسية مع ضمان الجودة.

4 - حق الاستماع إلى آرائه: بأن تُمثل مصالح المستهلك في إعداد سياسات الحكومة وتنفيذها، وفي تطوير المنتجات أو الخدمات.

5 - حق إشباع حاجياته الأساسية: وذلك بالحصول على السلع والخدمات الأساسية، كالغذاء، والكساء، والرعاية الصحية، والتعليم.

6 - حق التعويض: بحيث يكون للمستهلك الحق في التعويض العادل المشروع عن السلع الرديئة والخدمات غير المرضية.

7 - حق التثقيف: فالمستهلك بحاجة إلى اكتساب المهارات المطلوبة لممارسة الاختيارات الواعية بين السلع والخدمات، وأن يكون مدركاً لحقوقه الأساسية وكيفية استخدامها.

8 - حق الحياة في بيئة صحية: بحيث يعيش المستهلك ويعمل في بيئة خالية من المخاطر للأجيال الحالية والمستقبلية.

---

1) راجع في هذا السياق:

- إبراهيم عبيد علي آل علي: «العقد الإلكتروني»، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص471.
- د. خالد ممدوح إبراهيم: «حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية»، مرجع سابق، ص28.
- د. محمد عبيد الكعبي: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، 2009، ص183.
- قدري محمد مصطفى محمود: «حماية المستهلك في العقد الإلكتروني»، مرجع سابق، ص117.
- د. سهير حجازي: «التهديدات الإجرامية للتجارة الإلكترونية»، مركز البحوث والدراسات، شرطة دبي، العدد 91، ص1.
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص9.
- د. عمر خالد محمد الزريقات: «عقد البيع عبر الإنترنت»، دراسة تحليلية، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، 2005، ص312.

ثالثاً: الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية:

نعني بالحماية المدنية، الحماية القانونية التي تهدف إلى مساعدة المستهلك في نطاق العقود والتجارة الإلكترونية [1].

اهتمت التشريعات الحديثة بحماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، وقد أقرت هذه التشريعات الكثير من وسائل حماية المستهلك سواء في مرحلة ما قبل التعاقد، أو مرحلة إبرام التعاقد، أو مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني.

وأصبحت حماية المستهلكين أكثر إلحاحاً في ظل ظهور وانتشار المعاملات والتجارة الإلكترونية، حيث يتعاقد المستهلك عن بعد على سلعة لم يرها حقيقة [2].

وقد أصبحت حماية المستهلك في العقد الإلكتروني من الأهداف الأولية للتشريعات الوطنية والدولية التي اهتمت ببيان النظام القانوني لحماية المستهلك [3].

وحماية المستهلك في العقد الإلكتروني تشمل الحماية في جميع مراحل العقد بدءاً من مرحلة التفاوض حول شروط العقد وموضوعه، ومرحلة إبرام العقد، ومرحلة تنفيذه، ففي كل مرحلة من هذه المراحل يحتاج المستهلك إلى الحماية المدنية، مع ضرورة تقديم الملتزم به للمتعاقد معه من المعلومات والإرشادات التي تسمح له بتكوين فكرة واضحة عن السلع محل التعاقد، وفرض المشرع الالتزام بالتبصير والإعلام لصالح الطرف الضعيف في هذه العقود وغيرها، يتحمله الطرف القوي [4].

والالتزام بالتبصير وحسب القانون الفرنسي الصادر عام 1993، يجب أن يتضمن ثلاث طوائف [5]:

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. حداد العيد: «الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الإنترنت»، جامعة الجلفة/كلية الحقوق، الملتقى الدولي الأول حول «التنظيم القانوني للإنترنت والجريمة المنظمة» 27/29 أبريل، 2009.

- د. أحمد الرفاعي: «الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي»، دار النهضة العربية، 1994، ص105.

2) راجع: د. محمد المرسي زهرة: «الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية»، مرجع سابق، 2008، ص70.

3) راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم: «حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية»، مرجع سابق، ص11.

4) راجع في هذا السياق:

- د. محمد السعيد رشدي: «التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة»، منشأة المعارف، 2005، ص17..

- د. حسام الدين كامل الأهواني: «المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، ومراحل إعداد العقد الدولي»، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة (2-3 يناير 1993).

- د. نزيه محمد الصادق المهدي: «الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد»، دار النهضة العربية، 1999، ص23 وما بعدها.

- د. سهير منتصر: «الالتزام بالتبصير»، دار النهضة العربية، 1995، ص14.

5) راجع: د. محمد شكري سرور: «التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك»، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول «الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية»، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المدة من 26-28 أبريل 2003، المجلد الثاني، ص120-121.

1) التبصير بالخصائص أو الصفات المميزة للسلع أو الخدمات المعروضة.

2) التبصير بالثمن وشروط البيع خاصة ما تعلق منها بالمسئولية العقدية للمستهلك، وكذلك الشروط الخاصة أو الاستثنائية لذلك البيع.

3) البيانات الإلزامية في بعض العقود، ذلك أن القانون يلزم - المهني - في بعض الحالات كالمحامي أو المحاسب أو الطبيب بأن يحرر العقد كتابة وأن يضمنه بيانات محددة مخصصة لإعلام المستهلك بالالتزامات المتبادلة للطرفين.

وقد عالجت المواد 21/111، 3/113 من القانون الفرنسي الصادر عام 1993 في شأن حماية المستهلك هذه الموضوعات الثلاثة.

وبذلك فإن المتعاقد في التجارة الإلكترونية عندما يعلن عن سلعته أو خدمته أو يعرضها على المستهلك عليه ذكر البيانات الجوهرية وإبداء النصح على نحو يحقق علماً كافياً وشاملاً للمستهلك وأن ينأى هذا المتعاقد عن استعمال الحيل أو الخداع [1].

ويرى جمهور الفقهاء أن المستهلك الإلكتروني، يستفيد من رخصة خيار الرؤية ويحق له العدول عن التعاقد بعد رؤية السلعة، وردها إلى البائع واسترداد ما دفعه من مقابل بذات الشروط والأحكام جميعها [2].

وغالباً ما تتضمن العقود الإلكترونية شروطاً تعسفية تخل بتوازن التعاقد، نظراً لما يتمتع به المورد أو الموزع من مركز اقتصادي يمكنه من أن يملي شروطه على الطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك.

لذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي اعتبار هذه العقود بمثابة عقود إذعان، حتى يكون للمستهلك الحق في إبطالها أو رد الشروط التعسفية فيها [3].

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. أحمد محمد الرفاعي: «الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي»، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص20 وما بعدها.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي: «حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006، ص8.
- د. عبد الحق حميش: «حماية المستهلك الإلكتروني»، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، مايو 2003، المجلد الثالث، ص1288 وما بعدها.

2) راجع في هذا السياق:

- د. محمد المرسي زهرة: «الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية»، المرجع السابق، ص126.
- قدري محمد محمود: «حماية المستهلك في العقد الإلكتروني»، مرجع سابق، ص127.

3) راجع في هذا السياق:

- د. هدى قشقوش: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت»، دار النهضة العربية، 2000، ص67.
- د. حمد الله محمد حمد الله: «حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك»، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1997، ص101.

رابعاً: الحماية الجنائية للمستهلك الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية:

لتوفير حماية خاصة للمستهلك الإلكتروني باعتباره الطرف الضعيف في العقود الإلكترونية المبرمة بواسطة المستهلكين توجد معايير للاختصاص القضائي يراعى فيها الوقوف إلى جوار المستهلك.

وقد اهتمت الحكومات في الكثير من الدول بتوفير الحماية الجنائية للمستهلك الذي يتعامل عبر شبكات الإنترنت أثناء وضعها للتشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، لحمايته من الغش والتحايل. حيث تضمنت هذه التشريعات العديد من المبادئ التي تضمن حقوق المستهلك عند عرض أو بيع أي خدمة أو سلعة له من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية.

كما اهتم قانون الاتحاد الأوروبي بضرورة التعريف بالبائع وجمع البيانات الخاصة بالسلع. واعتبر أن العقود التي تبرم عن بعد بمثابة عقود أبرمت في الظلام حيث لا يتاح للمشتري فحص السلعة قبل الشراء [1].

ولذلك لابد من تهيئة بيئة قانونية للعلاقة بين المستهلك الإلكتروني والبنك الذي يتعامل معه والمراحل التي تستوجب حماية المستهلك الإلكتروني وهي مرحلة تبادل البيانات عبر الحاسب الآلي، ومرحلة الاستلام للبيانات والاطلاع عليها ومرحلة التسجيل ومعالجة البيانات ومرحلة حفظ وتخزين البيانات والمعلومات.

هذا ويشير القانون الاتحادي رقم (7) لسنة 2011 الخاص بتعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك والذي يستبدل بنص المادة (18) من القانون الاتحادي رقم 24 لسنة 2006 المشار إليه النص الآتي [2]:

المادة (18):

1 - مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون وفقاً لما يلي:

(أ) الغرامة التي لا تقل عن (100.000) مائة ألف درهم ولا تجاوز (1.000.000) مليون درهم في حالة مخالفة أي حكم من أحكام المواد (6) و(7) و(14) من هذا القانون.

1) راجع في هذا السياق:

- السيد محمد السيد عمران: «حماية المستهلك أثناء تكوين العقد»، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.

- John Dickie, «Internet and Electronic Commerce Law in the European Union», Portland Oregon, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 94.

2) راجع: أ.د. محمد محمد محمد أبو زيد: «المستجدات التشريعية في دولة الإمارات العربية المتحدة»، مجلة معهد دبي القضائي.

(ب) الغرامة التي لا تقل عن (10.000) عشرة آلاف درهم ولا تجاوز (200.000) مائتي ألف درهم في حالة مخالفة أي حكم من أحكام المواد (5) و(8) والفقرة الثانية من المادة (9) والمادة (12) من هذا القانون.

(ج) الغرامة التي لا تقل عن (20.000) عشرين ألف درهم ولا تجاوز (120.000) مائة وعشرين ألف درهم في حالة مخالفة أي حكم من أحكام الفقرة الأولى من المادة (9) والمواد أرقام (10) و(11) و(13) و(15) من هذا القانون.

(د) الغرامة التي لا تقل عن (5.000) خمسة آلاف درهم ولا تجاوز (100.000) مائة ألف درهم في حالة مخالفة أي حكم آخر من أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً له.

2 - تضاعف الغرامات المنصوص عليها في البند (1) من هذه المادة في حالة معاودة ارتكاب ذات المخالفة خلال سنة واحدة من ارتكاب المخالفة السابقة لها، وبحيث لا تقل العقوبة عن نصف الحد الأعلى المقرر بعد مضاعفة الغرامات.

3 - تحدد بقرار من مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير المخالفات التي يجوز الصلح فيها والمقابل الذي يلزم به المخالف في كل حالة، بشرط ألا يجاوز الحد الأقصى للعقوبة المقررة في هذا القانون. وفي حالة رفض المخالف الصلح تحال المخالفة إلى النيابة العامة لاتخاذ الإجراء المقرر.

4 - يصدر مجلس الوزراء قراراً بالضوابط والإجراءات اللازمة لإتمام الصلح وقواعد وشروط تطبيقه في الجرائم المرتكبة في إطار أحكام هذا القانون. كما يصدر الوزير قراراً بتشكيل لجان للصلح تتولى تنفيذ أحكام قرار مجلس الوزراء المشار إليه [1].

وبذلك فإن حلقات الحماية التقنية وأمن المعلومات لا تكتمل إلا بالحماية القانونية من خلال أحكام تحمي من إساءة استخدام الحواسيب والشبكات في ارتكاب الجرائم الإلكترونية وإلا بقيت الحماية منقوصة ومشكوك في جدواها.

تتمثل صور الحماية الجنائية للمستهلك باعتبارها حماية متكاملة للمستهلك في عقود البيع من خلال الإنترنت وبصفة خاصة في الأحوال التالية:

- تجريم فعل الدخول غير المشروع إلى مواقع التجارة الإلكترونية والحصول على بيانات المستهلك.
- إمكانية معاقبة الجاني عند إتلاف بيانات المستهلك بالعقوبة المقررة للإتلاف العمدي للمنقولات بعد التسليم للبيانات والمعلومات باعتبارها من الأموال المنقولة.
- حماية وسائل الدفع الإلكتروني من التعدي عليها إلى مجال التجارة الإلكترونية.

---

1) صدر هذا القانون عن قصر الرئاسة بأبوظبي في 16 مايو 2011م.

- راجع: أ.د. محمد محمد محمد أبو زيد: «المستجدات التشريعية في دولة الإمارات العربية المتحدة»، مجلة المعهد التي يصدرها معهد دبي القضائي، ص 84.

- التعدي على بيانات الطبقة الائتمانية التي تخص المستهلك.
- تزوير المحررات الإلكترونية التي يكون المستهلك طرفاً فيها.

وبذلك فقد تضمنت تشريعات التجارة الإلكترونية نصوصاً قاطعة في شأن تجريم أفعال بعينها بهدف حماية مصلحة المستهلك في عقد التجارة الإلكترونية.

ومع ظهور جرائم الإنترنت، سعت الدول المتقدمة إلى سن التشريعات والقوانين لمواجهة هذه الجرائم، خاصة الولايات المتحدة الأمريكية التي قامت بسن التشريعات ابتداء من 10 أكتوبر 1984. حيث أصدر الكونجرس الأمريكي قانوناً يسمى بالتحايل المعلوماتي، وفي عام 1985، تم إصدار قانونين متخصصين للجرائم المعلوماتية، قانون الغش والتعسف الذي تناول الجرائم الخاصة على الأنظمة المعلوماتية للحكومة الفيدرالية، وقانون سرية المخابرات الإلكترونية في عام 1996. وتعد الولايات المتحدة الأمريكية من أهم الدول التي أولت عناية فائقة لمكافحة الجرائم المعلوماتية [1].

كما حرص المجلس الأوروبي على التصدي للاستخدام غير المشروع لشبكات المعلومات من خلال اتفاقية بودابست الموقعة في 23 نوفمبر 2001 المتعلقة بالإجرام المعلوماتي. وقامت فرنسا بسن التشريعات اعتباراً من عام 1978 بإصدار قانون المعلومات والحقوق الشخصية ليعقبه صدور مرسوم في 1981/12/25 يوحد بعض المخالفات المرتبطة بمجال المعلوماتية لتصدر في عام 1988 قانوناً لحماية نظم المعالجات الآلية للبيانات، كما أصدرت قانوناً جديداً عدل بعض أحكام قانون عام 1988 وذلك في سنة 1994، حيث أدمج هذا القانون في قانون العقوبات الفرنسي الصادر عام 1992 ليعالج بعض الجرائم المعلوماتية.

وصدر القانون الفرنسي في شأن المعاملات الإلكترونية وهو القانون رقم (230) لسنة 2000 بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني لمواجهة التطورات المتلاحقة في مجال التجارة الإلكترونية [2].

وفي جمهورية مصر العربية تم إعداد مشروع قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية المصري عام 2001. إلا أنه لم يصدر حتى الآن. وصدر القانون رقم (15) لسنة 2004 الخاص بالتوقيع الإلكتروني الذي يعد خطوة نحو الاهتمام بالتجارة الإلكترونية وبمشروع الحكومة الإلكترونية.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة صدر مرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن جرائم تقنية المعلومات الذي يحل محل القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2006 [3].

---

1) راجع: د. أحمد السيد طه كردي: «إطار مقترح لحماية حقوق المستهلك من مخاطر التجارة الإلكترونية»، قسم إدارة أعمال، كلية التجارة، جامعة بنها، 2011.

2) راجع: د. محمد حسام محمود لطفي: «الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية»، القاهرة، 2002، ص 128.

3) مجلة المعهد التي يصدرها معهد دبي القضائي، العدد (13)، يناير 2013، ص 87.

خامساً: حماية المستهلك في مرحلة التفاوض:

تعتبر مرحلة التفاوض في عقد الاستهلاك الإلكتروني من أهم مراحل العقد، لما لها من دور في تحديد حقوق والتزامات طرفي العقد، وما ترتبه من مسؤوليات على عاتق أطرافه، وهي تسبق مرحلة إبرام العقود. وقد تنتهي دون إبرام للعقد النهائي، وتلعب مرحلة التفاوض دوراً كبيراً في تقريب وجهات النظر بين أطراف العقد، كما أن لها دوراً وقائياً بالنسبة لمرحلة إبرام العقد.

ويعرف الفقه مرحلة التفاوض بأنها: «التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف، من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل مشكلة ما».

وعادة ما تتم المفاوضات في البيئة الإلكترونية عن طريق تبادل الرسائل بين الأطراف عبر البريد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت.

ولتمييز مرحلة التفاوض عن مرحلة إبرام العقد يجب التفرقة بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التعاقد، بحيث يكون الأطراف في المرحلة الثانية غير ملزمين بإبرام العقد، لذا فقد نص قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (134) على أنه:

«1 - يعتبر عرض البضائع والخدمات مع بيان المقابل إيجاباً.

2 - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، وإنما يكون دعوة إلى التعاقد».

ويختلف الإيجاب عن المفاوضات، فالإيجاب هو الإعراب عن إرادة نهائية اتجهت فعلاً إلى إحداث أثر قانوني، أما المفاوضات ففيها معنى تحسس المصلحة، لا يحدد المتعاقد فيها مركزه النهائي، وإنما هو يأخذ ويعطي بغية جس النبض وتكوين فكرة عن التعاقد، لذلك لا تعتبر المفاوضات إيجاباً، ولا يترتب عليها أثر قانوني [1].

ونتيجة للتفرقة بين الإيجاب والتفاوض استبعد التوجيه الأوروبي رقم 79/7 الصادر في 1997/5/20 المتعلق بحماية المستهلك في العقد عن بعد مجرد الإعلان من مفهوم الإيجاب، حيث عرف الإيجاب الإلكتروني بأنه: «كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان».

ويرى جانب من الفقه أن العرض الموجه عبر شبكة الإنترنت يعد إيجاباً، إذا ما حدد فيه سعر السلعة أو الخدمة، أما إذا لم يكن محدداً فيه السعر، فإنه يعد مجرد دعوة للتفاوض.

وينعقد العقد بارتباط الإيجاب بالقبول المطابق له، ومع هذا فإن انعقاد العقد مشروط

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. أحمد عبد الكريم سلامة: «القانون الدولي الخاص النوعي»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص62.

- إبراهيم عبيد علي: «العقد الإلكتروني»، دراسة مقارنة مرجع سابق، ص477.

باتفاق الأطراف على العناصر الأساسية للالتزام، وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى [1].

وتتخذ المفاوضات في العقود الإلكترونية طريقتين للاتصال بين الأطراف، حيث يتم التفاوض عن طريق [2]:

أ - خطاب النوايا الإلكتروني:

يصدر خطاب النوايا الإلكتروني من أحد طرفي العقد للطرف الآخر، يبين فيه رغبته في التفاوض حول عقد ما، وغالباً ما يتم هذا في عقود الشركات التجارية ذات المشاريع العملاقة، أو بينها وبين الحكومات أو الإدارات الحكومية.

وخطاب النوايا عادة ما يكون مكتوباً على دعامة ورقية، أو دعامة إلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني أو الإنترنت، ويمكن تعريف خطاب النوايا الإلكتروني بأنه: «محرر إلكتروني قبل العقد النهائي يعكس مقترحات واتفاقيات أحد طرفي العقد أو كليهما، بهدف الدخول في هذا العقد من خلال وسيط إلكتروني» [3].

ويهدف هذا الخطاب إلى تحديد الإطار المستقبلي المتعلق بتنظيم المفاوضات الإلكترونية من حيث مدة التفاوض، واللغة المستخدمة في التفاوض، وتكلفة الدراسات اللازمة لإبرام العقد النهائي، والطرف الملزم بها، والشروط المستخدمة للعقد النهائي المنشود إبرامه بين الطرفين.

ب - البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية:

وهي وثائق تكتفي فيها الأطراف المتفاوضة بتسجيل اتفاقها على الإطار العام للعقد النهائي دون التطرق إلى الشروط المكملة، وقد اختلف الفقه في تكييف هذه البروتوكولات، حيث يرى البعض أن هذه البروتوكولات تمثل عقداً ملزماً قائماً بذاته يولد مسؤولية تعاقدية لطرفيه، بينما يرى البعض الآخر أنه مجرد اتفاق على التفاوض في شأن عقد من العقود لا يولد إلا مسؤولية تقصيرية في غياب العقد [4].

وغالباً ما يشتمل عقد المفاوضات - سواء كان على شكل خطاب النوايا الإلكتروني أو البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية - على التزامات متبادلة بين طرفيه من أهمها الالتزام بالتعاون وتبادل المعلومات والسرية.

---

1) راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم: «حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية»، مرجع سابق، ص111.

2) راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد: «الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية»، مرجع سابق، ص203-205.

3) راجع في هذا السياق:

- محمد أمين الرومي المحامي: «التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت»، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004، ص99-100.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة: «القانون الدولي الخاص النوعي»، مرجع سابق، ص38.
- إبراهيم عبيد علي، المرجع السابق، ص481.

4) راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم: «حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية»، مرجع سابق، ص115.

القسم الثاني
حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني وحق المستهلك في الرجوع في البيع

أدى التطور التكنولوجي والتقدم المذهل لنظم المعلومات والاتصالات إلى ظهور شبكة الإنترنت كوسيلة لتبادل المعلومات والحصول عليها، وإبرام التصرفات والعقود. ولذا ظهرت «التجارة عبر الوسائل الإلكترونية».

ويعد العقد الإلكتروني نتاجاً للتطورات العلمية في مجال وسائل الاتصال عن بعد، التي أفرزتها التقنية الصناعية الحديثة، وما وفرته تلك التطورات من تقنيات ساهمت في سهولة إبرام العقود والصفقات بين الأفراد على مختلف أماكن تواجدهم، سواء على المستوى الفردي، أو على المستوى الحكومي، أو الخاص كالمؤسسات والشركات.

وأصبحت فكرة التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني ظاهرة شائعة في المجتمعات [1]. ويطلق على هذا النوع من العقود العقد الإلكتروني Le contrat électronique. ويعتبر العقد الإلكتروني الأداة الأساسية للتجارة الإلكترونية لإضفاء الثقة والشفافية عليها. ويرتبط العقد الإلكتروني ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الإلكترونية [2].

ولا يختلف العقد الإلكتروني «كثيراً في أساسياته عن العقد التقليدي من حيث ضرورة توافر أركان الانعقاد وشرائط الصحة. غاية ما هنالك أنه بالنظر إلى أن هذا العقد يتم - من حيث المكان - بين غائبين، فإن الأمر يقتضي تدخل المشرع لوضع الضوابط والضمانات التي تكفل سلامة انعقاده، وتوفير الحماية اللازمة لأطرافه» [3].

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. أسامة أبو الحسن: «خصوصية التعاقد عبر الإنترنت»، دار النهضة العربية، 2003.
- إبراهيم المنجي: «عقد نقل التكنولوجيا»، الطبعة الأولى، 2002، ص256.
- محمد أبو القاسم: «التسويق عبر الإنترنت»، دار الأمين، ص17.
- د. محمد إبراهيم الهيجاء: «التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص53.

2) راجع في هذا السياق:

- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال: «التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة - دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص56.
- Isabelle de Lamberterie, Michel Vivant: Commerce électronique: de nouvelles pratiques contractuelles?, Actes du colloque organisé par l›École dectorale de droit public et de droit fiscal de l›Université Paris 1, les 25 et 26 Septembre 2000, Collection Légipresse, Paris, 2001, p. 369.

3) راجع: د. محمد شكري سرور: «التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك»، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات القانونية، المنعقد في 26-28 أبريل 2003.

ودائماً ما يثور التساؤل عن ماهية العقد الإلكتروني؟ ومدى اختلافه عن العقد التقليدي؟ وما هي الخصائص التي يتميز بها هذا العقد؟ والأشكال التي يبرم فيها؟ وفي هذا القسم سوف نتناول تعريف العقد الإلكتروني، وخصائص العقد الإلكتروني والأشكال التي يبرم فيها، والتحديات القانونية التي يثيرها.

أولاً: تعريف العقد الإلكتروني Contrat Électronique

يأتي تعريف العقد الإلكتروني، من خلال خصوصيته التي تميزه عن غيره، والتي تتمثل في طريقة ووسيلة انعقاده بوصفه عقد عن بعد، لا يرى المتعاقدان بعضهما البعض، بل يلتقيان في مواقع افتراضية يمكن للتجار والمستهلكين أن يدخلوا إلى هذه المواقع للبحث عن بغيتهم في منتج معين.

عرف التوجيه الأوروبي العقد الإلكتروني أي العقد عن بعد بأنه «كل عقد يرد على سلع أو خدمات مبرم بين مورد ومستهلك في إطار نظام بيع أو أداء خدمات عن بعد منظم بواسطة المورد والذي يستعمل لهذا العقد تقنية أو أكثر من التقنيات في الاتصالات عن بعد» [1].

وقد اتجه بعض الفقهاء إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه: «تفاعل بين الموجب والقابل من خلال اتفاق (يتلاقى فيه الإيجاب والقبول) على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية» [2].

والعقد الإلكتروني لا يختلف في مفهومه عن العقد التقليدي، إلا في الطريقة التي ينعقد بها، وتمثل خاصية ذاتية له [3]، ففي حين يتم إبرام العقد التقليدي بين طرفيه على دعامة ورقية ملموسة، وبحضور وتوقيع من طرفيه أو من يمثلهما قانوناً، فإن العقد الإلكتروني يتم إبرامه عن طريق وسيلة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، أو البريد الإلكتروني، بين طرفين غائبين جسدياً عن مجلس العقد، وبطريقة إلكترونية تفصل بينهما مسافات بعيدة.

وأول ما يلاحظ بشأن الوسيلة التي ينعقد بها هذا العقد أنه يتعين على المشترك من أجل إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت أن يكون متصلاً بهذه الشبكة، والتي تتميز بخاصتين وهما: أنها شبكة دولية، كما أنها تعمل بفضل البنية التحتية للاتصالات [4].

---

1) المادة الثانية/فقرة (1) من التوجيه الأوروبي رقم 7 لسنة 1997 الصادر في 20 مايو 1997، وقد أخذ بذلك التعريف المشرع الفرنسي في المادة 121-16 من تقنين الاستهلاك المعدل بالمرسوم رقم 741 لسنة 2001 في 23 أغسطس 2001.

2) راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد: «خصوصية التعاقد عبر الإنترنت»، دار النهضة العربية، 2003، ص39.

3) راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد: «خصوصية التعاقد عبر الإنترنت»، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات، في الفترة من 1-3 مايو 2000، ص34 وما بعدها.

4) راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص37.

ويعد العقد الإلكتروني من العقود التي تبرم عن بعد. والعقد الإلكتروني يتميز بأنه يتم في الغالب على المستوى الدولي، لذلك فإن بعض الفقه يعرف عقد التجارة الإلكتروني الدولي بأنه: «العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى، وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة الإنترنت، بهدف إتمام العقد» [1].

ويعرف البعض الآخر من الفقه العقد الإلكتروني بأنه: «العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية، باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية» [2].

ويعرفه البعض بأنه: «العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية بقصد إنشاء التزامات تعاقدية» [3].

وعلى الصعيد التشريعي العربي فقد عرف المشرع الإماراتي العقد الإلكتروني تحت مسمى «المعاملات الإلكترونية» حيث نصت المادة الثانية من القانون رقم (2) لسنة 2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، والصادر عن إمارة دبي في 2002/2/12 على أن المعاملات الإلكترونية هي: «أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية».

كما عرف المشرع الاتحادي الإماراتي العقد الإلكتروني بذات التعريف في المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات التجارية الإلكترونية، كما عرف المراسلة الإلكترونية بأنها: «معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه» [4].

والملاحظ أن المشرع الإماراتي لم يربط مفهوم العقد الإلكتروني بوسيلة اتصال معينة، إدراكاً منه بأن وسائل الاتصال عن بعد تعتمد على تقنيات إلكترونية تفوق في تطورها الدراسات القانونية التي تلاحقها.

ولم يورد المشرع المصري تعريفاً للعقد الإلكتروني، ولم يتكلم عن العقود بصفة خاصة،

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. أحمد عبد الكريم سلامة: «القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي)»، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002، ص68

- محمد أمين الرومي المحامي: «التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت»، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص49.

2) راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم: «إبرام العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص52.

3) راجع: الصالحين محمد أبو بكر: «الشكلية في عقود الإنترنت»، بحث منشور على الموقع: www.damascusbar.org

4) المادة (الأولى) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية الصادر في 2006/1/30 والمنشور في الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد (442)، السنة 36، يناير/2006، ص31.

وإنما تكلم عن الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بصفة عامة وذلك في المادة 15 وعن التوقيع الإلكتروني في المادة 14 [1].

أما المشرع الأردني فقد عرف العقد الإلكتروني بأنه: «الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً» [2]. ويلاحظ أن المشرع الأردني هو المشرع العربي الوحيد الذي وضع تعريفاً صريحاً ومباشراً للعقد الإلكتروني.

أما المشرع الأوروبي فقد عرف العقد الإلكتروني بأنه: «أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد، أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد» [3].

كما عرف وسائل الاتصال الإلكترونية بأنها: «أية وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي والتزامن لهما، وذلك حتى إتمام التعاقد بين الطرفين» [4].

وهدف المشرع الأوروبي هو تقرير الحماية اللازمة للمستهلك، نظراً لما توفره أحكام مثل هذه العقود من حقوق استثنائية للمستهلك، كحقه في الرجوع عن العقد بعد إبرامه [5].

ثانياً: خصائص العقد الإلكتروني:

العقد الإلكتروني يتميز بعدة خصائص تميزه عن العقد التقليدي الذي يتم في الواقع العملي وبحضور أطرافه، ومرجع هذه الخصائص هو الوسيلة التي يتم إبرامه بها، وهي وسيلة إلكترونية فرضت طبيعتها خصائص محددة ينفرد بها هذا العقد عن العقد التقليدي، باعتبار أنه من العقود التي تتم عن بُعد دون حضور حقيقي لطرفيه في مجلس العقد، وهذه

1) من القانون رقم (15) لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في جمهورية مصر العربية.

2) المادة (2) من القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية.

3) المادة (2) من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 سي أي، الصادر من المجلس الأوروبي في 20/مايو/1997 بشأن حماية المستهلك في العقود عن بعد.

4) المادة (2) من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 سي أي، الصادر من المجلس الأوروبي في 20/مايو/1997 بشأن حماية المستهلك في العقود عن بعد.

5) المادة (6) من التوجيه الأوروبي رقم 7/97/سي أي، الصادر من المجلس الأوروبي في 20/مايو/1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد.

راجع في هذا السياق:

- إبراهيم عبيد علي آل علي: «العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2010، ص76.

- د. مصطفى أحمد إبراهيم: «العقد الإلكتروني»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2009، ص24.

- Olèvier d›auzon, le droit du commerce électronique, p. 23, 55.

الخصائص هي [1]:

- عقد يبرم عن بعد Contrat à distance بدون التواجد المادي لأطرافه في جميع مراحله.
- ويتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام العقد.
- العقد الإلكتروني عقد تجاري Contrat Commercial لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية [2].
- العقد الإلكتروني يتسم غالباً بالطابع الدولي [3].
- من حيث الوفاء، فقد حلت وسائل الدفع الإلكترونية Electronic Payment System في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية.
- من حيث الإثبات، فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي.
- كما يتميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي بأنه يمكن أن يبرم وينفذ عبر الإنترنت دون حاجة إلى الوجود المادي الخارجي.
- العقد الإلكتروني عقد مقترن بحق العدول.

ولما كان العقد الإلكتروني يختص بالعديد من الخصائص فإنه يمكن لنا أن نجملها في أنه عقد يبرم عن بعد، وأنه عقد يغلب عليه الطابع التجاري، وأنه عقد عابر للحدود.

1 - العقد الإلكتروني، عقد عن بُعد Contrat à distance

إن من أهم ما يميز العقد الإلكتروني أنه عقد يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، فهو يتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة، وأهم تلك الوسائل هي شبكة «الإنترنت».

فالعقد الإلكتروني هو في الغالب عقد بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان، فالعاقدان يجمعهما مجلس عقد حكمي افتراضي، وليس مجلساً حقيقياً كما في العقد التقليدي، فالإيجاب مطروح بطريقة إلكترونية سمعية بصرية، والقبول يصدر من القابل بذات الطريقة، فالعقد الإلكتروني يعتبر اتفاقاً يتم إبرامه وتوقيعه إلكترونياً دون استخدام

1) راجع في هذا السياق:
- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال: «التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة»، مرجع سابق، ص68.
- د. عنادل عبد الحميد المطر: «التراضي في العقد الإلكتروني»، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009، ص34.

2) راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم: «إبرام العقد الإلكتروني»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005.

3) راجع:
- Isabelle de Lamberterie, Michel Vivant: Commerce électronique: de nouvelles pratiques contractuelles?, op. cit., p. 369.
مشار إليه لدى د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص68.

للورق أو أي مواد أخرى [1].

وبالرغم من أن العقد الإلكتروني يشترك مع باقي العقود التي تتم عن بعد في أنها تنعقد في غياب الوجود المادي للأطراف، إلا أنه يسمح بوجود افتراضي للأطراف، وإجراء حوار شامل حول بنود العقد وتنفيذه في ذات الوقت، وينتج عن ذلك عدم وجود فارق زمني بين الإيجاب والقبول على الشبكة.

فالإيجاب مطروح أصلاً، فإن صادفه القبول انعقد العقد في تلك اللحظة، وهذه الخاصية يطلق عليها صفة التفاعلية والمعاصرة، وهي سمة خاصة بالعقود التي تبرم عن طريق شبكة الإنترنت، إلا أن هذه الخاصية لا تمنع من اعتباره من العقود التي تبرم عن بعد [2].

2 - العقد الإلكتروني يتسم بالطابع الدولي:

نظراً لخصوصية وسيلة انعقاد العقد الإلكتروني، وهي وسيلة إلكترونية تتم عبر شبكة الإنترنت العالمية التي تربط معظم دول العالم بعضها ببعض، فإن العقد الإلكتروني يعد عقداً عابراً للقارات، فلا تقف الحدود الجغرافية عائقاً أمام إبرامه أو تنفيذه، فهو غالباً ما يتم بين طرفين أحدهما في دولة ما، والآخر في دولة أخرى، مع إمكانية انعقاده بين طرفين يقطنان ذات الدولة، فوسائل الاتصالات الحديثة جعلت من التجارة الدولية أمراً في غاية السهولة، وأصبح من اليسير إبرام صفقات التجارة الدولية بغير لقاء مادي بين أطرافها على الإطلاق [3].

والعقد الإلكتروني قد يكون عقداً دولياً وفقاً لأحد معيارين:

- المعيار الأول: ويطلق عليه اصطلاح المعيار القانوني le critère juridique ووفقاً له تكون العلاقة دولية إذا احتوت على عنصر أجنبي élément d'extranéité، كما هو الحال بالنسبة لاختلاف جنسيات أطراف العلاقة أو مواطنهم. وقد يتعلق العنصر الأجنبي بمكان إبرام العقد أو بمكان التنفيذ... إلخ.

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. محمد المرسي زهرة: «الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية»، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008، ص30.

- إبراهيم عبيد آل علي، مرجع سابق، ص79.

- د. عماد الدين خلف الحسيني: «عالم الاتصالات بين الماضي والحاضر والمستقبل»، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، ص44.

- Pierre Laffitte; René Tregout: Les conséquences de L›évolution scientifique et technique dans le secteur des télé-communications, Rapport d›information 159 (2001-2002) O.P.D.C.S.T, p. 40, Sur le site: http://www.senat.fr/rap/rol-159mono.html.

2) راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد: «الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص143.

3) راجع: إبراهيم عبيد آل علي، مرجع سابق، ص83.

- أما المعيار الثاني: وهو ما اصطلح على تسميته بالمعيار الاقتصادي le critère économique فإنه يسبغ على الرابطة الصفة الدولية إذا تعلقت بمصالح التجارة الدولية، وهي تكون متعلقة بتلك المصالح إذا ترتب على العقد تدفق للسلع والمنتجات أو الخدمات عبر الحدود [1].

3 - العقد الإلكتروني عقد تجاري Contrat Commercial

يرتبط مفهوم العقد الإلكتروني بمفهوم التجارة الإلكترونية، ذلك أن التجارة الإلكترونية لا تخرج عن كونها استخداماً للوسائل الإلكترونية في إبرام العقود المتعلقة بالأنشطة التجارية كعقود البيع، أو بعبارة أخرى تسويق المنتجات عن طريق الحاسب الآلي وعبر شبكة الإنترنت دون حاجة إلى انتقال أطراف الصفقة التجارية أو لقائهم في مكان واحد.

ويرى جانب من الفقه أن العقد الإلكتروني مثل العقد التقليدي، ولا يختلف عنه سوى في أنه ينعقد بطريقة إلكترونية عبر تقنيات الاتصال المختلفة، إلا أن هذا العقد يتسم بالطابع التجاري، ولذلك يطلق عليه اسم عقد التجارة الإلكترونية.

ويتمثل العقد الإلكتروني في: عقد بيع «Vente» أو تقديم خدمات «Présentation de services»، أو إجارة «Louage» أو سمسرة «Courtage» أو تأمين «Multirisque» أو قرض «Crédit»، ويلاحظ أن العقود المبرمة عبر الإنترنت بين المشروعات التجارية والمستهلك عادة ما تتخذ نموذج عقد إذعان «Contrat d'adhésion» أو عقد استهلاك «Contrat consommation» [2].

---

1) راجع: د. أشرف وفا محمد: «عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص»، المؤتمر الدولي الثالث عن الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإلكترونية، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ووزارة الاتصالات والمعلومات المصرية، المنعقد بجامعة الدول العربية بالقاهرة يومي 17-18 يناير 2004.

2) راجع في هذا السياق:

- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال: «التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة»، مرجع سابق، ص71.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة: «حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص»، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد في الفترة 26-28 أبريل 2003، ص7.
- د. محمد شكري سرور: «التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك»، المرجع السابق، ص105.
- د. محمد سعد خليفة: «مشكلات البيع عبر الإنترنت»، دار النهضة العربية، 2004.
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد: «خصوصية التعاقد عبر الإنترنت»، دار النهضة العربية، 2003.
- د. رجب كريم عبد اللاه: «التفاوض على العقود وإبرامها»، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، 2000، ص169.
- Michelle Jean - Baptiste: Créer et exploiter un commerce électronique, Litec, Paris, 1998, p. 99.

ثالثاً: حماية العقد الإلكتروني:

يمكن تعريف العقود الإلكترونية بأنها هي العقود التي يتم إبرامها عبر شبكة الإنترنت، وهي تكتسب صفة الإلكترونية من الطريقة التي تبرم بها، فالعقد الإلكتروني ينشأ من تلاقي الإيجاب والقبول بطريقة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، دون الحاجة إلى التقاء الأطراف المادي، أي انتفاء مجلس العقد الحقيقي، فمجلس العقد في العقود الإلكترونية مجلس افتراضي حكمي.

ومن الناحية القانونية نجد أن التجارة الإلكترونية تتم في غالب الأحوال دون أن يتعرف أحد طرفي العقد على الآخر مما يثير العديد من المشاكل فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني. كما يتعلق الأمر كذلك بتحديد المحكمة المختصة دولياً بنظر النزاع الذي قد ينشأ من عملية التجارة الإلكترونية [1]. إذ إنه من الأهمية بمكان معرفة القواعد القانونية التي تطبق في هذا المجال.

وبالنظر إلى أهمية التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي في الوقت المعاصر والتي من المنتظر أن يتزايد حجمها في السنوات القادمة، فإن هناك العديد من المواثيق الدولية التي عالجت وتعرضت لهذا المجال. ويمكننا أن نذكر على سبيل المثال القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية La loi type du commerce électronique الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بتاريخ 16 ديسمبر 1996.

هذا النوع من العقود تحكمه اتفاقيات ومعاهدات دولية، ذلك أن التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية وما يحتويه من تحديد أركان العقد والآثار المترتبة عليه وكيفية تنفيذه، قد تم تنظيمه على الصعيد الدولي من خلال منظمة التجارة العالمية (W.T.O)، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) والأمم المتحدة، بالإضافة إلى لجنة اليونسترال (UNICTRAL)، حيث قامت هذه المنظمات بتنظيم المسائل الخاصة بالتجارة الإلكترونية عن طريق الاتفاقيات.

وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية: أصبحت العقود الإلكترونية تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية، وحيث إن كافة المعاملات الإلكترونية ذات طابع

1) راجع في هذا السياق:

- د. أشرف وفا محمد: «عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص»، مؤتمر الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإلكترونية، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي 17 و 18 يناير 2004، ص192.

- V. Jean-Baptiste: Créer et exploiter commerce éelectronique, litec, Paris, p. 12.

- V. M. Vivant: Les contrats du commerce électronique, conception-construction-réduction, litec, Paris, 1999, p. 2.

دولي، فإن أغلب النظم تجمع على خضوعها لقانون إرادة الأطراف أسوة بالعقود الدولية، حيث يقوم أطراف العقد من خلال الشبكة ومن خلال الوسائل الإلكترونية باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد. وفي حال عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق، يتولى القضاء تحديد القانون الواجب التطبيق بالنظر إلى قانون الدولة التي تم منها تقديم الخدمة، أو قانون الدولة التي يقيم فيها المستهلك [1].

هذا وقد كان من نتائج الثورة الرقمية الاعتداء على الملكية الفكرية ومن أهم خصائص الرقمية إمكانية الحفظ واستدعاء البيانات والمعلومات وإمكانية النسخ والدمج. ولحماية الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة الإلكترونية دور هام في استقرار هذه التجارة وحمايتها جنائياً من خلال حماية حق المؤلف والعلاقات التجارية من الاعتداء بكافة صوره.

رابعاً: حماية حقوق المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني وأثناء تنفيذ العقد:

تتعدد حقوق المستهلك عند التعاقد إلكترونياً، فحماية رضا المستهلك، وإعلام المستهلك بالمعلومات الجوهرية عن المبيع أثناء التعاقد، إلى احترام حق المستهلك في الخصوصية، وحماية المستهلك عند الدفع الإلكتروني، وصولاً إلى حماية التوقيع الإلكتروني للمستهلك.

والرضا المعتبر والمنتج لأثره في التعاقد الإلكتروني هو الرضا الصادر من ذي أهلية، وغير مشوب بأي عيب من عيوب الرضا، ذلك أنه طبقاً للقواعد العامة يشترط لصحة التراضي خلو الإرادة من العيوب، وأن تكون صادرة عن شخص كامل الأهلية.

والمستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع كما في التعاقد التقليدي، ولذلك يرى البعض أنه في عقد البيع الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد للغش، هذا ويعتبر السكوت في التعاقد الإلكتروني تدليساً كقاعدة عامة، حيث يعتبر كتمان المعلومات المهمة عن السلعة أو السكوت عنها، أو حتى ذكر بعضها والسكوت عن البعض الآخر من المعلومات تدليساً [2].

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. حسن عبد الباسط جميعي: «عقود برامج الحاسب الآلي»، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- د. محمد السعيد رشدي: «التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة»، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1996.
- د. عبد الله الخرشوم: «عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت»، مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للمعاملات الإلكترونية»، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة 26-28 أبريل 2003.

2) راجع: عبد الله ذيب عبد الله محمود: «حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني»، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 82.

- تكوين العقد الإلكتروني

La formation du contrat électronique

هناك ضرورة لتوافر حماية للمستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، فالإيجاب والقبول يمثلان العناصر الأساسية في العقد الإلكتروني ويجب أن تتوافر خلالهما حماية قانونية للمستهلك.

وكانت القواعد العامة التي تحكم التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي تغطي جميع المسائل التي تتعلق بتنظيم مكونات الإرادة وهي (الإيجاب، والقبول، وأهلية التعاقد وصحته).

إلا أنه مع تطور وسائل الاتصال الحديثة، ظهرت الحاجة إلى وجود قواعد جديدة تحكم التعبير عن الإرادة، تتلاءم مع وسائل الاتصال الإلكترونية، تشمل الاعتراف بوسائل التعبير الحديثة وحجيتها في مجال التعاقد.

ونظراً لخصوصية العقد الإلكتروني التي تفرضها وسيلة انعقاده، وهي وسيلة إلكترونية تفتقد للدعامة المادية والتوقيع اليدوي، فإن الحاجة أصبحت ضرورية لوجود قواعد خاصة تراعي تلك الخصوصية من أجل حماية المستهلك الإلكتروني.

وبما أن العقد الإلكتروني هو: «العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية، أي أنه التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، على شبكة للاتصالات والمعلومات، بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها».

ومن هنا فإن أهم الأمور المتعلقة بتكوين العقد الإلكتروني تتمثل في:

(1) التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني [1]:

وينعقد العقد الإلكتروني بتلاقي إرادتي الإيجاب [2] والقبول، ويتم التعبير عن إرادة

---

1) راجع في هذا السياق:

- أ.د. عبد الرازق أحمد السنهوري: «الوسيط في شرح القانون المدني، العقد»، ص271 وما بعدها.
- د. عبد المنعم فرج الصدة: «مصادر الالتزام»، ص16 وما بعدها.
- د. محمود السيد عبد المعطي خيال: «مصادر الالتزام»، مرجع سابق، ص66.

2) تنص المادة (96) من التقنين المدني المصري، والمادة (140) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه «-2 إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً».

راجع: د. إبراهيم عبيد علي، مرجع سابق، ص155.

التعاقد الإلكتروني عبر الوسائط الإلكترونية، والإيجاب [1] هو ثمرة المفاوضات لكنه لا يؤدي إلى إبرام العقد الإلكتروني حيث يتوقف الأمر على صدور قبول مطابق للإيجاب. هذا ما يتفق مع نص المادة (96) من القانون المدني المصري التي تنص على أن: «إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً». فالإيجاب الأول لا يغلق باب المفاوضة؛ وإنما يستمر التفاوض بصدور القبول غير المطابق [2].

ويعرف المشرع الإماراتي القبول في المادة (131) من قانون المعاملات المدنية على أنه: «الإيجاب والقبول كل تعبير عن الإرادة يستعمل لإنشاء العقد وما يصدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول [3].

والأصل أن من وجه إليه الإيجاب تكون له الحرية التامة في قبول الإيجاب أو رفضه دون أن تقع عليه مسؤولية، ما لم يكن هو الذي دعا للإيجاب، ففي هذه الحالة لابد أن يقدم أسباباً مشروعة لرفضه، وإلا عُدَّ متعسفاً في استعمال حقه في رفض الإيجاب، ويُسأل عن تعويض الطرف المضرور [4].

المراحل التي يمر بها الإيجاب الإلكتروني:

1 - مرحلة التفاوض الإلكتروني: La négociation électronique

عادة ما يسبق انعقاد العقد إجراء مفاوضات بين أطرافه، تتعلق بشروطه وعناصره الأساسية والتفصيلية.

وللتفاوض أهميته في ظل ظهور عقود ذات قيمة اقتصادية كبيرة ومخاطر جسيمة حيث يتم التحضير، والإعداد للعقد، وبحث كافة جوانبه المالية والقانونية، ويتعرف كل متعاقد على إمكانيات المتعاقد الآخر، وللتفاوض في العقد الإلكتروني أهمية خاصة للأسباب التالية [5]:

1 - إن هذه العقود تبرم عن بعد بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي.

---

1) يعرف الإيجاب بصفة عامة بأنه: تعبير نهائي عن الإرادة يتم به العقد إذا ما تلاقى معه القبول. راجع: د. محمود جمال الدين زكي: «الوجيز في النظرية العامة للالتزامات»، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 1978.

2) راجع في ذلك:

- أ.د. عبد الرازق أحمد السنهوري: «مصادر الالتزام»، مرجع سابق، ص152.

- د. نزيه الصادق المهدي: «النظرية العامة للالتزام»، جزء 1، مصادر الالتزام، 2009، ص70.

3) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985، وزارة العدل، ص99.

4) راجع في ذلك:

- د. عبد الرازق أحمد السنهوري: «الوسيط، مصادر الالتزام»، مرجع سابق، ص180 وما بعدها.

- د. محمود السيد عبد المعطي خيال: «مصادر الالتزام»، مرجع سابق، ص68 وما بعدها.

5) راجع: إبراهيم عبيد علي، مرجع سابق، ص125.

2 - إن التفاوض بالطرق الإلكترونية يتسم بالسرعة.

3 - غالباً ما تكون شروط العقد الإلكتروني مطبوعة على نماذج معدة سلفاً.

4 - هذه العقود لها جوانب فنية معقدة تقتضي الاستعانة بأهل الخبرة الفنية.

وعادة ما تشمل مرحلة التفاوض تحديد الاحتياجات بالنسبة لطرفي العقد، كما تشمل وضع كراسة بشروط العقد المتفق بشأنه.

2 - مرحلة ما بعد انتهاء التفاوض:

عادة ما تنتهي مرحلة التفاوض إلى صورتين من صور التعبير عن الإرادة، منها ما يعتبر مجرد «دعوة إلى التعاقد» على عناصر عقد منشود لا تتوافر فيها مقومات الإيجاب، ومنها ما يعتبر إيجاباً بالمعنى المقصود على نحو يمكن معه أن ينعقد هذا العقد بمجرد قبوله من الطرف الآخر.

والإيجاب في العقود الإلكترونية يسمى بالإيجاب الإلكتروني، نظراً لأن الإيجاب في هذه العقود يتم التعبير عنه من خلال وسيلة إلكترونية، وهي شبكة الإنترنت، يتم من خلالها عرض السلع والخدمات وبيان مواصفاتها، ويتضمن العرض بيان سعرها وسعر شحنها وكافة العناصر الأساسية للتعاقد بشأنها.

وقد أجاز المشرع الإماراتي التعبير عن الإيجاب جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية [1].

ولقد أورد المشرع الأوروبي تعريفاً محدداً للإيجاب الإلكتروني، حيث نصت المادة (1/4) من التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود الإلكترونية على أن: «الإيجاب هو كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان». وقد ألزم المشرع الأوروبي مقدم العرض (المهني) في العقود عن بعد أن يبصر المستهلك بقائمة من البيانات نصت عليها المادة (1/4) من التوجيه وهي: تحديد شخصية الموجب منتج السلعة أو مقدم الخدمة، وصف السلعة أو الخدمة محل التعاقد، ثمن السلعة أو مقابل الخدمة، مصاريف التسليم، طرق الوفاء، كيفية التسليم، الحق في إعادة المنتج أو استبداله [2].

1) راجع في هذا السياق:

- إبراهيم عبيد علي، مرجع سابق، ص128.

- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: «إبرام العقد الإلكتروني»، مرجع سابق، ص41، والمادة 1/14 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع سنة 1980.

- المادة (11) من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.

2) راجع في ذلك:

القبول الإلكتروني: L'acceptation électronique

القبول هو تعبير إرادي، يتضمن الموافقة على إبرام العقد بناءً على الإيجاب [1]. والقبول هو الإرادة الثانية في العقد، وتصدر ممن وجه إليه الإيجاب [2].

لم يتضمن القانون المدني المصري نصاً يعرّف القبول، بينما عرّفه القانون المدني الأردني في المادة 1/91 بأنه: «اللفظ الثاني الذي يستعمل عرفاً لإنشاء العقد» [3].

وعرف المشرع الإماراتي إرادة القبول بأنها: الإرادة التي تصدر ثانياً، وتستعمل لإنشاء العقد، حيث نصت المادة (131) من قانون المعاملات المدنية على أن: «الإيجاب والقبول كل تعبير عن الإرادة يستعمل لإنشاء العقد، وما صدر أولاً فهو الإيجاب، والثاني قبول».

ويعرف القبول بصفة عامة بأنه: «التعبير اللاحق للإيجاب والذي يصدر ممن يوجه إليه هذا الإيجاب حاملاً إرادة مطابقة أو موافقة لإرادة الموجب» [4].

ويشترط في الإرادة التي تعبر عن القبول أن تكون إرادة نهائية، بمعنى أن تتضمن نية قاطعة ممن صدرت عنه، تنصب على عناصر الإيجاب بقصد إنشاء التزام، فالقبول يجب أن تتوافر فيه نفس الشروط التي يجب توافرها في كل تعبير عن الإرادة، وهي نفسها التي جاءت في الإيجاب.

- ضمانات حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد وفي مواجهة مخاطر الوفاء الإلكتروني:

ينعقد العقد الإلكتروني بتلاقي الإيجاب مع القبول [5] وتطابقهما، وبتمام الانعقاد تبدأ مرحلة تنفيذ العقد، والتي تتطلب وفاء المستهلك بالثمن، أي الوفاء أو الدفع الإلكتروني Le Paiement Électronique وقيام التاجر بتسليم الشيء المبيع. ويتم الوفاء الإلكتروني باستخدام النقود الإلكترونية Monnaie électronique وحافظة النقود الإلكترونية Porte Monnaie électronique أو بالتحويل الإلكتروني Transfert électronique أو بالأوراق التجارية الإلكترونية.

ولابد من تأمين الوفاء الإلكتروني من خلال الضمانات التشريعية والإرشادات التوجيهية للمستهلك للحفاظ على نقوده.

- إبراهيم عبيد علي، مرجع سابق، ص130.

- Gerald. S, Fritjof. B: «E. commerce law in Europe and the USA», Springer, London, 2002, p. 253.

1) راجع: د. نزيه محمد الصادق المهدي: «النظرية العامة للالتزام»، جزء 1، مصادر الالتزام، 2009، ص70.

2) راجع: د. محمود السيد عبد المعطي خيال: «مصادر الالتزام»، مرجع سابق، ص89.

3) راجع: د. سمير حامد الجمال، مرجع سابق، ص119.

4) راجع: د. جميل الشرقاوي: «النظرية العامة للالتزام»، الكتاب الأول، «مصادر الالتزام»، دار النهضة العربية، 1976، ص274.

5) راجع: د. أحمد شرف الدين: «الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته»، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والأجنبية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 26-28 أبريل 2003.

ومن أهم ضمانات حماية المستهلك في مواجهة مخاطر الوفاء الإلكتروني هو تأمين وسائل وطرق الدفع الإلكتروني. وذلك من خلال تأمين المواقع الإلكترونية للتجار، وتأمين المعاملات البنكية الإلكترونية من خلال التشفير، ومن خلال التوقيع الإلكتروني الذي يعد أحد ضمانات حماية المستهلك في الوفاء الإلكتروني.

هذا بالإضافة إلى الضمانات التشريعية والإرشادات التوجيهية للمستهلك. وذلك من خلال التعديلات التشريعية خاصة وأن قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وكذلك العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية الصادر عن اليونيسترال في مارس 2000 قد خلا من تنظيم الوفاء الإلكتروني وحماية المستهلك حياله. ولم يقدم العقد النموذجي الفرنسي للمعاملات الإلكترونية والصادر في غرفة التجارة والصناعة الفرنسية سوى مادة واحدة. وذلك يتطلب صدور تشريعات خاصة تنظم الوفاء الإلكتروني وتحمي المستهلك في هذا النطاق [1].

هذا وقد قام جهاز حماية المستهلك في مصر الذي أنشأه قانون حماية المستهلك رقم (67) لسنة 2006 بتقديم تحذيرات للمستهلك تتعلق باستعمال البطاقات الائتمانية المصرفية.

خامساً: الحق في العدول عن العقد الإلكتروني والرجوع في البيع [2]:

يعتبر الحق في العدول عن العقد الإلكتروني من أكثر الوسائل ملائمة والتي لجأت لها التشريعات الحديثة لحماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، ويتضمن هذا الحق إعطاء فرصة للمستهلك للتروي والتفكير، وهو حق يتسم بالصفة الاختيارية، فهو من الحقوق المستحدثة.

ويعد حق العدول عن العقد الإلكتروني حق إرادي محض يترك تقديره لكامل إرادة المستهلك، وفقاً للضوابط القانونية، وهو حق يمس بالقوة الملزمة للعقد الإلكتروني، ويشكل خروجاً عن المبدأ، حيث اعتبره بعض شراح القانون عقداً صحيحاً غير لازم بالنسبة للمستهلك، وعقداً صحيحاً لازم للمزود، فحق العدول هو حق شخصي يخضع لتقدير المستهلك، ويمارسه وفقاً لما يراه محققاً لمصالحه، فهو ليس ملزماً بإبداء أسباب معينة لهذا العدول [3].

1) راجع: د. كوثر سعيد عدنان خالد: «حماية المستهلك الإلكتروني»، مرجع سابق، ص 612.

2) راجع: - د. أحمد شرف الدين: «الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته»، المرجع السابق، ص 20.
- د. محمد شكري سرور: «التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك»، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة 26-28 أبريل 2003، ص 125.

3) محمد حمد الله: «حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك»، مرجع سابق، ص 39.

هذا ويعتبر حق العدول للمستهلك عن العقد الإلكتروني حق ثابت، وذلك لأن المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، فالمستهلك يتمتع بحق العدول لأن التعاقد يتم عن بعد، وقد تقرر هذا الحق بنص المادة 26/20/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 بمقتضى المرسوم 741 لسنة 2001.

هذا ويعد تقرير الحق في الرجوع في البيع من أكثر وسائل حماية المستهلك ملائمة في المعاملات الإلكترونية. وقد تدخل المشرع حماية منه للمستهلك في العلاقات العقدية، الحق في نقد هذا العقد، خروجاً على القواعد القانونية التقليدية طالما أن الأنظمة القانونية هي التي اتجهت نحو فرض هذه الحماية.

ويقوم الحق في الرجوع على منح المستهلك الحق في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة خلال مدة محددة من استلام السلعة أو من إبرام العقد بالنسبة للخدمة دون إبداء أية مبررات للتاجر.

- مفهوم الحق في الرجوع le Droit de rétractation

المفهوم في التوجيه الأوروبي والقانون الفرنسي:

نظمت المادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد، الحق في الرجوع. وقد نصت على أنه «يملك المستهلك في كل عقد عن بعد مدة سبعة أيام عمل على الأقل للرجوع أو العدول دون جزاءات، ودون بيان السبب والمصاريف الوحيدة التي يمكن أن يتحملها المستهلك لممارسة حق العدول هي المصاريف المباشرة لرد البضائع» (م1/6).

وتنص المادة 121-20 (الفقرة الأولى) من قانون الاستهلاك الفرنسي المضافة بالمرسوم رقم 2001-741 الصادر في 23 أغسطس 2001، (م11) على أنه «يكون للمستهلك مدة سبعة أيام كاملة من أيام العمل لممارسة حقه في الرجوع دون أن يلتزم ببيان الأسباب، أو دفع الجزاءات، باستثناء مصاريف الرد». والملاحظ أن هذه المادة جاءت تطبيقاً للتوجيه الأوربي 97-7، ولحماية المستهلك المتعاقد عن بعد من خلال وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت.

والواقع أن تقرير الحق في الرجوع ليس جديداً على المشرع الفرنسي، فقد سبق وقرره في قوانين سابقة مثل البيع بالمراسلة، وعقود التعلم عن بعد، والبيع عن بعد من خلال التليفزيون [1]. كما أعطت المواد 311-15، 311-16 من تقنين الاستهلاك للمستهلك الحق في العدول بالنسبة لعقود

1) راجع: د. كوثر سعيد عدنان خالد: «حماية المستهلك الإلكتروني»، مرجع سابق، ص 623.
- Calais - Auloy (J) et Steinmetz (F): Droit de la Consommation, Dalloz, 5e éd, 2000, p. 102.

الائتمان، وذلك خلال سبعة أيام اعتباراً من قبوله العرض.

كما نص على الحق في الرجوع العقد النموذجي الفرنسي الصادر عن غرفة التجارة والصناعة الفرنسية وذلك بمقتضى البند التاسع (مدة العدول) [1].

وتعرض مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري للحق في الرجوع، وذلك بمقتضى المادة (20)، حيث تنص هذه المادة على أنه «مع عدم الإخلال بأحكام الضمان القانونية والاتفاقية يجوز للمستهلك أن يفسخ العقد المبرم إلكترونياً خلال الخمسة عشر يوماً التالية على تاريخ تسلمه للسلعة، أو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة، وذلك بدون حاجة إلى تقديم أية مبررات [2].

ويتفق هذا النص مع النصوص المشار إليها سابقاً، في إعطاء المستهلك الحق في الرجوع وفسخ العقد دون إبداء الأسباب أو المبررات، وكذلك في اشتمال الحق للسلع والخدمات، إلا أنه يختلف عن سابقيه في المدة، إذ وضع مدة (15) يوماً لممارسة ذلك الحق، وهو يعطي للمستهلك مدة أكبر وحماية أكبر لممارسة هذا الحق.

- التزام التاجر بتبصير المستهلك بحقه في الرجوع:

نصت التشريعات على التزام التاجر بتبصير المستهلك بحقه في الرجوع وذلك في المرحلة قبل التعاقدية، كما نصت على التزام التاجر بتأكيد تبصير المستهلك بحقه في الرجوع في المرحلة التعاقدية، وأوردت جزاءً يوقع على التاجر في حالة إخلاله بهذا الالتزام.

تبصير المستهلك في المرحلة قبل التعاقدية [3]:

أوجب المشرع الفرنسي على التاجر أن يبصر المستهلك بعدد من المعلومات قبل إبرام العقد، أي في مرحلة الإيجاب، ومن هذه المعلومات: بيان وجود حق الرجوع، عدا في الحالات التي يستبعد فيها ممارسة هذا الحق [4]. كما أوجب المشرع الفرنسي أن تبلغ هذه المعلومات إلى المستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، بكل وسيلة ملائمة لتقنية الاتصال عن بعد المستعملة. وذلك تطبيقاً لنص المادة الرابعة من توجيه حماية المستهلكين في التعاقد عن بعد رقم 7/97

---

1) نص البند التاسع لا يختلف عن التوجيه الأوروبي أو القانون الفرنسي، وهو ما علق عليه واضعوه بالقول بأن هذا البند مأخوذ من توجيه 20 مايو 1997. راجع نصوص ذلك العقد النموذجي:
- JCP, La semaine Juridique Entreprise et Affaires, No 41, 8 Octobre 1998, p. 1579-1581.

2) المادة (20) من المشروع المعد من قبل مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار - بمجلس الوزراء.
راجع نصوص هذا المشروع على الموقع التالي:
http://www.gn4me.com/etesalat/article.jsp?art_id=1099

3) راجع: د. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 629.

4) المادة (121-18) البند الرابع والتي أتى بها الأمر رقم (741) لسنة 2001 الصادر في 23 أغسطس 2001.

الصادر عن البرلمان والمجلس الأوروبي في 20 مايو 1997 [1]. كما نص العقد النموذجي الفرنسي المتعلق بالتجارة الإلكترونية على إعلام المستهلك بالضمانات وخدمة ما بعد البيع وهي تشمل مما لا شك فيه الحق في الرجوع [2].

ويتضح من النصوص المشار إليها حرص المشرع على إلزام التاجر بتبصير المستهلك حول حقه في الرجوع وكيفية ممارسته، لما لهذا الحق من أهمية بالنسبة للمستهلك، لذلك يأتي وقت الوفاء بهذا الالتزام في المرحلة قبل التعاقدية، حتى يكون المستهلك على بينة من أمره، حول مدى تطبيق التاجر المقبل على التعاقد معه من خلال الإنترنت أو غيره من وسائل الاتصال الحديثة سياسة الرجوع أم لا. وبناءً على ذلك يتخذ قراره بالتعاقد أو بعدم التعاقد، على بينة وبصيرة تامة. ومن هذا المنطلق؛ على التاجر، أو مقدم الخدمة أن يوضح على موقعه الإلكتروني إن كان يتبع سياسة الرجوع أم لا.

أما فيما يتعلق بالقبول الإلكتروني: L'acceptation électronique

فإنه يمكن أن يتم التعبير عن القبول عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وبالتالي فإن القبول الإلكتروني لا يختلف عن القبول التقليدي سوى في أنه يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة؛ ولذلك فهو يخضع للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي، بيد أنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به، والتي قد ترجع إلى أنه يتم عبر وسائط ودعائم إلكترونية.

وتنص المادة (11) من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية «CNUDCI» والصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996 على أنه يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول، وأن العقد لا يفقد صحته، أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لهذا الغرض.

وفي القانون المدني الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية تنص المادة (13) على أنه: «تعتبر الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد التعاقد».

ونظّم القانون الصادر عن إمارة دبي قبول التعامل الإلكتروني بموجب أحكام المادة (13)

1) راجع نصوص هذا التوجيه على الموقع التالي:
.http://www.foruminternet.org/documents/texts__europeens/lire.phtml?id=33

2) البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي الصادر عن غرفة التجارة والصناعة الفرنسية.
JCP, Semine Juridique Entreprise et Affaires, No 41, 8 Octobre 1998, p. 1580.

من القانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية والذي يتكلم عن إرادة القبول في العقد.

وفي مملكة البحرين، نصت المادة العاشرة من القانون البحريني الصادر في 14 سبتمبر 2002 بشأن التجارة الإلكترونية على أنه: يجوز التعبير عن إرادة القبول بالوسائل الإلكترونية [1].

(2) صحة التراضي في العقد الإلكتروني:

تقتضي القواعد العامة في نظرية العقد أنه يجب لإتمام العقد وجود إرادتين متطابقتين، أي إيجاب معين وقبول مطابق له عن تراضٍ صحيح، وتتحقق صحة التراضي متى كانت الإرادة الصادرة من كلا طرفي العقد إرادة صادرة من ذي أهلية، ولم تكن إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيب من عيوب الرضا.

وبالنسبة للبيع الذي يتم عن بعد، يقرر المشرع للمشتري فيه حق الرجوع ويكتمل وجوده القانوني تماماً بمجرد تبادل إرادتي المتبايعين على الشروط الجوهرية التي لا ينعقد العقد بدونها، وبه تنتقل الملكية إلى المشتري، وكل ما في الأمر أن المشرع منح هذا الأخير، الحق في نقض هذا العقد والرجوع فيه بإرادته المنفردة لحكمة أرادها المشرع، وهي حماية المستهلك من التسرع في التعاقد.

وطالما أن الأنظمة القانونية هي التي اتجهت نحو فرض هذه الحماية، وبنصوص تشريعية صحيحة، فلا تخوف بعد ذلك من القول بأن في ذلك خرقاً للقواعد القانونية المستقرة كقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق، أو يقضي به القانون» [2].

وهذا الحق في الرجوع، وفضلاً عن ذلك؛ يجد ما يسوغه في النسق التشريعي ذاته، فبعد أن قرر المشرع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مبدأً عاماً من شأنه أن يجعل العقد بمثابة القانون بالنسبة إلى طرفيه، استوجب أن ينفذ العقد على نحو ما تضمنه من أحكام على أن تتماشى طريقة التنفيذ مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل [3].

---

1) راجع: د. سمير حامد الجمال، مرجع سابق، ص122.

2) المادة (196) من القانون المدني الكويتي ويقابلها نص المادة (1/147) من القانون المصري.

3) راجع: د. محمد السعيد رشدي: «التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (ومدى حجيتها في الإثبات)»، كلية الحقوق، جامعة بنها، ص 110.

القسم الثالث
التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية والإعلانات الإلكترونية الخادعــة وحماية المحررات الإلكترونية

شهدت الساحة العالمية خلال السنوات الأخيرة العديد من المتغيرات والتحديات في ظل العولمة وما صاحبها من تطورات عديدة تمثلت في الثورة العلمية الهائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. وظهور الاقتصاد الرقمي Digital Economy والذي تجسد في ظهور التجارة الإلكترونية، والتي دفعت العالم لتقدم نوعي جديد يضعه في القرن الحادي والعشرين، والذي يعتمد على الحاسبات وشبكات المعلومات، واقتصاد المعرفة [1]. ومن ثم تنفتح الأسواق العالمية وتلاشى الحدود والحواجز الجغرافية والزمنية بين الدول، وتتحول أسواق العالم إلى سوق واحدة، يلتقي فيها المشتري والبائع على شبكة الإنترنت وشاشات الحاسب.

وانعكس ذلك فيما يُعرف بالتجارة الإلكترونية (Le commerce électronique)، التي تتمثل في تدفق السلع والخدمات من خلال تعاقدات الأفراد والشركات عبر الإنترنت، بما يجعل أسواق العالم تقف في مستهل مرحلة جديدة مع بداية القرن الحادي والعشرين.

والتجارة الإلكترونية [2] أداة واضحة لعولمة التجارة تعمل على خلق فرص عظيمة لكل من

---

1) والاقتصاد المعرفي: هو فرع جديد من فروع العلوم الاقتصادية، يقوم على فهم أكثر عمقاً لدور المعرفة ورأس المال البشري في تطور الاقتصاد، فهو الاقتصاد الذي تحقق فيه المعرفة الجزء الأعظم من القيمة المضافة وبالتالي تشكل المعرفة مكوناً أساسياً في العملية الإنتاجية ويزداد النمو الاقتصادي بزيادة هذا المكون القائم على تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

ويشمل «اقتصاد المعرفة»: الكثير من التغيرات والنشاطات مثل عولمة التجارة والمال والاتجاه نحو الاندماج وتكوين كيانات عملاقة والتوسع في أنشطة الشركات متعددة الجنسيات والاستثمارات الأجنبية المباشرة وتعد تكنولوجيا المعلومات المنطلق الرئيسي لهذه التغيرات. حيث تعد المعرفة الأساس والعنصر الرئيسي لكافة الأنشطة الاقتصادية.

فالمعرفة هي قاطرة الاقتصاد. ومن المتوقع أن يحقق اقتصاد المعرفة نجاحات تفوق الاقتصاد التقليدي في تحقيق الميزة التنافسية للمنشآت. وهو يعتمد على الإبداع والبنية المعلوماتية.

- Turk (Alex): La confiance dans l›économie numérique, Bienvenue au sénat, 2002-2003.
- TABAROT (Michèle): Le projet de loi pour la confiance dans l›économie numérique, Assemblée-Nationale, fr. Paris, 2003.

راجع: محمد عبيد الكعبي: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009، ص1.

2) راجع: د. بهاء شاهين: «العولمة والتجارة الإلكترونية» - الدار - القاهرة 2000.

والتجارة الإلكترونية هي مجموعة مركبة من التكنولوجيات والركائز والعمليات ومعلومات متبادلة، وأنشطة اقتصادية في إطار السوق العملية تعرف بالشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت). وتتعدد تعريفات التجارة الإلكترونية نظراً لتعدد أسواق الإنترنت والمشاركين فيها. وتمثل «التجارة الإلكترونية» شكلاً من أشكال الاقتصاد الرقمي وتكنولوجيا المعلومات. وتشكل التجارة الإلكترونية شكل من أشكال تنفيذ وإدارة الأنشطة التجارية عبر شبكة الإنترنت. وتمثل التجارة الإلكترونية جزءاً من نظم معلومات المنشآت.

يستطيع استخدامها بكفاءة وفاعلية. وقد أدركت العديد من الدول أهمية الدخول إلى عصر التجارة الإلكترونية تطلعاً لزيادة الصادرات، ودعم قدرتها التنافسية، والوصول إلى المستهلك العالمي عن طريق التسوق الإلكتروني. ولكن التجارة الإلكترونية تحف بها مخاطر عديدة وتثير الكثير من المشكلات. فالمعلومات المتداولة بين أطراف التعامل التجاري عرضة للتسرب، وسرية المفاوضات والمداولات غير مضمونة، الأمر الذي يفتح أبواباً واسعة لأنماط عديدة من المنافسة غير المشروعة. وتمثل الجرائم المعلوماتية والقرصنة أبرز العوائق التي تمثل تهديداً حقيقياً لنجاح هذه الأعمال في المستقبل مما يتطلب وضع أطر تشريعية تكفل تحقيق الحماية الجنائية لهذه التجارة.

أولاً: التعريف بالتجارة الإلكترونية [1]:

Le commerce électronique

يعتبر مصطلح التجارة الإلكترونية من المصطلحات الحديثة في عالم المال والأعمال. ولم يأخذ هذا المصطلح وهذا النوع من النشاط الاقتصادي المرتبط به في التواجد إلا في عام 1996.

وفيما يلي بعض التعاريف التي تقدمها الأدبيات المتاحة عن التجارة الإلكترونية (Coppel، WIPO، Singh):

1 - هناك تعريف ضيق يقصر التجارة الإلكترونية على عمليات تبادل السلع والخدمات عن طريق وسيلة إلكترونية أو وسيط إلكتروني. وهذا هو التعريف الذي أخذ به مشروع القانون المصري للتجارة الإلكترونية. والمقصود بالوسيط الإلكتروني في هذا التعريف هو الإنترنت.

2 - وتأخذ منظمة التجارة العالمية بتعريف أوسع، حيث تشمل التجارة الإلكترونية أنشطة إنتاج

1) عرف القانون النموذجي للأمم المتحدة التجارة الإلكترونية بأنها:

«Au nombre des moyens de communication recouverts par la notion de commerce électronique figurant les moyens de transmission d›ordinateur à ordinateur de données commeciales selon un mode de présentation uniformisé (format standard): transmission de messages électroniques utilisant des normes publiques ou des normes exclusives: transmission par voie électronique de textes liberment formatés, par exemple par l›Internet. On a également noté que, dans certains cas, la notion de commerce électronique pourrait englober l›utilisation de techniques comme le télex et la télécopie».

- «Le Commerce électronique, aspects juridiques», Alain Bensoussan, Hermes, Paris 1998, p. 11 et ss.

- Pierre A. Buigues: «Les enjeux pour la concurrence des marchés lies à Internet et au commerce électronique», la Gazette du palais, 23, 24 Juin 2000, doctrine, p. 7 et s.

- أ.د. محرم الحداد: «التجارة الإلكترونية في مصر»، مايو 2002.

- أ.د. إبراهيم العيسوي: «التجارة الإلكترونية»، المكتبة الأكاديمية، 2003، ص1.

- Coppel, J. E-Commerce: Impacts and Policy Challenges, OECD, Economic Dept. Working Paper No. 252, June 2000; www.oecd.org/eco/eco.

- Singh, A. Didar: Electronic Commerce: Issues for the South, Working Paper No. 4 of the Trade-Related Agenda, Development and Equity (T.R.A.D.E), October, The South Centre, 1999.

- WIPO, Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues. WIPO, 2000; http://ecommerce.wipo.int/primer.

السلع والخدمات وتوزيعها وتسويقها وبيعها أو تسليمها للمشتري من خلال الوسائط الإلكترونية.

وهذا التعريف الأوسع لا يحصر التجارة الإلكترونية في عمليات شراء منتج ما. بل إن التجارة الإلكترونية تتسع هنا لتشمل أية معلومات أو خدمات تقدمها شركة لأخرى، أو شركة لمستهلك، عبر الإنترنت.

وقد سارت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) في نفس الاتجاه الموسع عند وضعها للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.

3 - هناك تعريف أكثر اتساعاً يجعل مفهوم التجارة الإلكترونية مرادفاً لمفهوم الأعمال الإلكترونية، أي إنجاز كل وظائف الأعمال (الشركات) عبر الشبكات وباستخدام أنظمة الكمبيوتر.

وتأخذ بهذا التعريف عدة جهات مثل APEC، UNESCAP وبعض الدول مثل أستراليا (Coppel، NOIE، Singh)[1].

4 - وهناك من يوسع مفهوم[2] التجارة الإلكترونية ليشمل إنجاز مختلف أنواع الأعمال عن طريق الإنترنت، حيث تشمل أطراف التعامل، الشركات، والمستهلكين، والحكومة أيضاً.

ثانياً: الإطار القانوني والحماية الجنائية للمستهلك الإلكتروني في معاملات التجارة الإلكترونية:

إن تناول الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية يستلزم الإحاطة بالأحكام والقواعد القانونية التي تنظمها والقانون الواجب التطبيق على معاملاتها وما تثيره من تحديات ومشكلات بالنسبة للمستهلك الإلكتروني.

حيث يشكل الإجرام المعلوماتي واختراق المواقع التجارية على شبكة الإنترنت أو الدخول غير المشروع عليها أهم العوائق أمام معاملات «التجارة الإلكترونية» والمرتبطة بالمعاملات المالية لهذه التجارة والاعتداء على التوقيع الإلكتروني وحقوق الملكية الفكرية، وذلك في ظل توافر المناخ القانوني المناسب لاحتياجات هذه التجارة لاسيما في مجال الاعتراف بالعقد الإلكتروني وكيفية تسوية المنازعات المتولدة من هذه التجارة لاسيما التحكيم الإلكتروني[3].

---

1) APEC: منتدى التعاون الاقتصادي لآسيا والباسيفيكي: Asia Pacific Economic Cooperation.

UNESCAP: اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لآسيا والباسيفكي التابعة للأمم المتحدة:

- United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific.

2) Magda Ismail: «Egypt›s Electronic Commerce Initiative» Executive Summary, Internet Society of Egypt. March, 1998, p. 1.

3) راجع: أ.د. أبو العلا علي أبو العلا النمر: «مشروع خطة قانونية لتفعيل التجارة الإلكترونية»، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي 17-18 يناير 2004.

مما يتطلب ضرورة سد الفراغ التشريعي القائم في كثير من الدول ومنها مصر حيث إن الدولة في مصر لم تصدر بعد قانون التجارة الإلكترونية بالرغم من إعداد المشروع الخاص به منذ عام 2001. هذا بالإضافة إلى اختلاف النظم القانونية في القواعد التي يمكن اللجوء إليها لتنظيم المعاملات الإلكترونية، مما يتطلب التعاون الدولي للقضاء على العقبات القانونية وإقرار قواعد موضوعية نموذجية موحدة لحكم وتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك الإلكتروني من الجرائم المعلوماتية والإلكترونية.

وتعد الحماية الجنائية للمستهلك الإلكتروني [1] في مقدمة التحديات التي تواجه التجارة الإلكترونية والتي يجب أن تشمل إلى جانب حماية مواقع التجارة الإلكترونية وأطرافها، حماية البيانات المعلوماتية في أجهزة الحاسب الآلي وعبر شبكة الإنترنت، الأمر الذي يوجب الحصول مقدماً على ترخيص بتداول هذه البيانات من الجهة المختصة.

ونظراً لأن هذه البيانات المعلوماتية تنقل في شكل منتجات وخدمات مما يكسبها قيمة مالية وتجارية، فقد فرض على المشرع الوطني والمشرع الدولي ضرورة فرض حماية جنائية لحماية المستهلك الإلكتروني في معاملات التجارة الإلكترونية من صور الاعتداء عليها والحفاظ على سرية المعاملات، وضرورة النص على تجريم التعامل في البيانات بدون ترخيص.

ثالثاً: الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية:

تأتي الحماية القانونية في مقدمة التحديات التي تواجه التجارة الإلكترونية، فبالإضافة إلى وجود فراغ تشريعي في بعض الدول خاصة وأن معظم دول العالم لم تكن مهيئة لتنظيم هذه الصورة المستحدثة من المعاملات الإلكترونية مما يتطلب ضرورة توافر الحماية الدولية لهذه المعاملات بإبرام المعاهدات الدولية وسن القوانين الدولية.

توفر الحماية التشريعية الحرية اللازمة في ممارسة التجارة الإلكترونية في أمان بعيداً عن التحايل وعن الجرائم المعلوماتية المختلفة التي تتم من خلال شبكة الإنترنت.

والحماية القانونية للتجارة الإلكترونية وفقاً لنص القانون النموذجي للأمم المتحدة المتعلق

---

1) راجع في هذا السياق:

- هدى حامد قشقوش: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت»، دار النهضة العربية، 2000.
- د. محمد عبيد الكعبي: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009، ص481.
- د. سهير حجازي: «التهديدات الإجرامية للتجارة الإلكترونية»، بحوث ودراسات شرطة دبي، العدد 91 لسنة 1999.
- د. طارق عبد العال: «التجارة الإلكترونية»، الدار الجامعية، 2005.
- د. مدحت رمضان: «جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت»، مرجع سابق، ص4.

بالتجارة الإلكترونية UNCITRAL، توضح أن المصالح المحمية في التجارة الإلكترونية تتمثل في:

1 - **سرية وأمن البيانات** La securité des données [1]:

تعد بيانات التجارة الإلكترونية من البيانات التي تتمتع بالسرية والخصوصية عبر شبكة الإنترنت، ولذلك فقد نص المبدأ الثالث في شأن حماية المستهلك في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري على ضرورة احترام الحق في سرية البيانات الخاصة بالعملاء واحترام الحق في الخصوصية بالنسبة للبيانات الشخصية المتصلة بالحياة الخاصة.

ولما كانت عمليات التجارة الإلكترونية يمكن لجميع مستخدمي الشبكة الإلكترونية الاطلاع عليها ومعرفتها فإنه لابد من إيجاد وسيلة للحفاظ على سرية البيانات الواردة في الرسالة الإلكترونية والمصحوبة بالتوقيع الإلكتروني. ويتم ذلك عن طريق ما يعرف بتشفير البيانات الواردة في الرسالة الإلكترونية، وقد عرّفه مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري بأنه «تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من اطّلاع الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها» [2].

وبالنظر للتشريعات المقارنة نجد التشريع الفرنسي قد وفر حماية جنائية للبيانات الشخصية حتى صدر قانون 6 يناير 1978 الذي تطلب عند معالجة البيانات الشخصية من قبل الأفراد ضرورة إبلاغ اللجنة القومية لمعالجة البيانات والحريات (CNIL).

2 - **شرعية تداول البيانات الإلكترونية:**

أي يتم تداول البيانات بشكل مشروع وأن يتم التداول ممن له الحق في التداول. وقد عبّر قانون UNCITRAL في المادة 2B بأن المقصود بتبادل البيانات الإلكترونية هو نقل المعلومات إلكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لإنشاء المعلومات وأن يتم

1) لمزيد من التفاصيل في هذا السياق راجع:

- د. محمد عبيد الكعبي: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص157.
- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: «الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية»، مرجع سابق، ص3.
- د. هدى حامد قشقوش: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت»، مرجع سابق، ص21.
- د. محمد أبو العلا عقيدة: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، ص18.
- مؤتمر مكافحة جرائم تقنية المعلومات، جامعة الشارقة، كلية القانون، نوفمبر، 2006.

- Xavier Linants de Bellefonds-Alain Hallande, Pratique du droit de ›informatique, 4éme éd. Delmas, 1998, p. 240; Valerie Sedallien, création d›une site sur ›internet, aspects juridiques. Voir le site: www.internet_juridiques.net.

2) انظر في تفصيل ذلك:

- د. هدى حامد قشقوش: «الجرائم المعلوماتية»، مجلة مركز بحوث الشرطة، العدد العشرون، يوليو 2001، ص236 وما بعدها.

تداول البيانات عن طريق مزود الخدمة الإلكترونية المصرح له بذلك.

كما أكدت اتفاقية بودابست الموقعة في 23 نوفمبر 2001 والمتعلقة بالجريمة الافتراضية، على تجريم الولوج غير القانوني، والاعتراض غير القانوني، والاعتداء على سلامة البيانات وإساءة استخدام أجهزة الحاسب، والتزوير المعلوماتي، والغش المعلوماتي، والجرائم المتصلة بالاعتداء على الملكية الفكرية والحقوق المجاورة [1].

رابعاً: الشروط التعسفية وفكرة الإذعان في عقود التجارة الإلكترونية:

الشرط التعسفي هو الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل المزود نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة، فالشرط التعسفي له خصائص وهي كونه شرط يترتب عليه عدم التكافؤ بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية، وأنه شرط غير خاضع للمفاوضات الفردية بين المزود والمستهلك.

وقد عرف الفقه الفرنسي الشرط التعسفي بأنه «الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح هذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر»، وتنطبق الأحكام القانونية الخاصة بالشروط التعسفية، وفق نصوص قانون الاستهلاك الفرنسي، على جميع أنواع عقود الاستهلاك المبرمة بين المزودين أو المستهلكين، أياً كانت طبيعتها، كعقود البيع والإيجار والتأمين والقرض [2].

تتمثل المشكلة في عقد التجارة الإلكترونية أن المستهلك لا يملك فرصة كافية لمعاينة ذلك المنتج ومواصفاته، أو مواصفات الخدمة المطلوبة مما يعرّضه للغش أو الاحتيال، كذلك فإنه لا يملك إمكانية التفاوض مع البائع أو المورد بحرية كاملة.

لذلك يرى الفقه القانوني أن عقد التجارة الإلكترونية هو عقد إذعان بالنسبة إلى المستهلك نظراً لظروفه الاقتصادية بوصفه الطرف الأضعف في هذه العلاقة، أمام الطرف

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. سعيد عبد اللطيف حسن: «إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت»، دار النهضة العربية، 1999.
- د. شريف هاشم: «الإطار التشريعي للتجارة الإلكترونية»، محاضرة مؤتمر كايرو تيليكومب، القاهرة، 2002.
- م. فاروق سيد حسين: «اتصالات البيانات وتأمينها»، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2001.
- د. محمد حسام محمود لطفي: «الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية»، دار النسر الذهبي، القاهرة، 2002.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي: «النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- د. علاء عبد الباسط خلاف: «الحماية الجنائية لوسائل الاتصال الحديثة «الحاسب الإلكتروني والإنترنت»، دار النهضة العربية، 2002.
- د. محمود السيد عبد المعطي خيال: «الإنترنت وبعض الجوانب القانونية»، دار النهضة العربية، ص102.
- د. هلالي عبد اللاه أحمد: «اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية»، دار النهضة العربية، 2007، ص5.

2) راجع: حمد الله، محمد حمد الله: «حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك»، مرجع سابق، ص 77.

الآخر، والذي يكون غالباً شركات قوية وعملاقة من الناحية الاقتصادية، ولها قدرة هائلة على الإعلان والتسويق، ولذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي النظر إلى المستهلك بوصفه طرفاً مذعناً في عقد التجارة الإلكترونية [1].

وإذا كان الفقه القانوني قد اختلف في طبيعة عقد الإذعان، وما إذا كان عقداً أم لا [2]، لكن هذا الخلاف لا علاقة للمستهلك في عقد التجارة الإلكترونية به، ذلك أن العقد الأخير هو عقد كامل خاضع لذات النظام القانوني لإبرام العقود لكن له طبيعة خاصة من حيث إبرامه عن بُعد، وكذلك عدم تداول السلع والخدمات - مادياً - بمقتضاه، كذلك فإن مسألة الإذعان والتعسف بحقوق المستهلك الإلكتروني يمكن علاجها تشريعياً وبضمانات أخرى تحمي المستهلك في مواجهة المتعاقد القوي [3].

- مدى اعتبار عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان بالنسبة للمستهلك:

وهناك بعض الاعتبارات التي تؤكد فكرة - الإذعان- في عقود التجارة الإلكترونية تتمثل فيما يلي:

1) إذ يلحق بهذه المسألة - أي الشرط التعسفي - حق المستهلك في فسخ العقد بإرادته المنفردة - خلال المدة المحددة - محسوبة من تاريخ استلام السلعة أو التعاقد على الخدمة، وبالتالي حقه في الرجوع، كما سبق أن ذكرنا في القسم الثاني من الدراسة. وهذا الحق يجب تقريره للمستهلك، ويؤدي في النهاية إلى حماية المستهلك والحفاظ على التجارة الإلكترونية، مع مراعاة أن المستهلك حين تعاقد على سلعة عبر الشبكة لم تكن لديه فكرة كاملة عن مواصفات السلعة التي قام بشرائها.

2) واعتبار آخر يؤكد فكرة - الإذعان - في عقود التجارة الإلكترونية وهو أن مضمون العقد محددٌ سلفاً من قبل المهني أو المتعاقد ومطروح في الموقع الإلكتروني بشكل جامد، والسلعة أو الخدمة لا غنى للمستهلك عنها، كما أنه لا يتوافر تواصل مباشر بين المهني والمستهلك يتيح فرصة المساومة من أصلها، ويتم التعامل على هذا المحتوى بأكمله كوحدة بمجرد النقر على الموقع، وطالما أن العقد غير متوازن، فإن عدم التوازن سوف يميل لصالح المهني ولغير صالح المستهلك [4].

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص132.

- د. عبد الحي حميش، المرجع السابق، ص1289.

- د. خالد المهيري: «حماية المستهلك الإلكتروني»، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، إبريل 2003، ص494 وما بعدها، المجلد الثاني.

2) راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، لعرض هذا الخلاف، ص24.

3) راجع: د. عبد الفتاح بيومي حجازي: «حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت»، المرجع السابق، ص49.

4) راجع: د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص132.

فقد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه عليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان القابل في حاجة للتعاقد على شيء لا غنى له عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاه موجود، ولكنه مفروضٌ عليه، ولذلك سميت هذه العقود بعقود الإذعان [1].

والإكراه في عقود الإذعان ليس إكراهاً في عيوب الإرادة، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر من اتصاله بالعوامل النفسية [2].

خصائص عقود الإذعان:

1) هذه العقود تتعلق بسلع أو خدمات تعد من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين مثل خدمات مرافق الغاز والكهرباء والمياه والتليفون وأحياناً الطيران.

2) احتكار - الموجب - لهذه السلع أو المرافق، احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على الأقل سيطرته عليها، سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة.

3) صدور الإيجاب إلى الناس كافة، وبشروط واحدة على نحو مستمر أي لمدة غير محدودة، وغالباً ما تكون في صورة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز المناقشة فيها، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يصعب فهمها من أواسط الناس [3].

وبإعمال هذه الشروط على عقد التجارة الإلكترونية، وبالنسبة للمستهلك، فلا يمكن التسليم بانطباق هذه الشروط تماماً على المستهلك، كما هو الحال بالنسبة للمذعن في عقد الإذعان.

فبخصوص شرط ضرورية السلعة للمستهلك، هو أمر وارد في عقد التجارة الإلكترونية، وكذلك بالنسبة لشرط صدور الإيجاب للناس كافة ولمدة غير محددة، فالإعلان يتم عبر شبكة الإنترنت، ولمدة غير محددة، ولعدد غير محدد من الناس.

والفقه يرى أن العقد يوصف بأنه عقد إذعان عندما لا يكون لأحد الطرفين فيه فرصة للتفاوض على بنود العقد وشروطه ويكون كل ما في الأمر أن يقبل بهذا العقد وحده كما هو أو برفضه كما هو [4].

فهل يتوافر هذا المفهوم في العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية؟. نص المادة (100) من

---

1) راجع: د. عبد الرزاق السنهوري: «الوسيط في شرح القانون المدني، نظرة الالتزام»، ص 244 وما بعدها. يذكر أن الفقه الفرنسي يطلق على هذه العقود، عقود انضمام لأن المتعاقد ينضم إليها دون مناقشة، لكن تسميتها بعقود إذعان أفضل، لأن هذا التعبير يحمل معنى، الاضطرار في القبول، راجع د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص245.

2) راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص237.

3) راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص245.

4) راجع: د. عبد الفتاح بيومي حجازي: «التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية»، دار الفكر، الجامعة، الإسكندرية، 2004، ص10، المجلد الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً، ص238.

القانون المدني المصري لم يتضمن تعريفاً لعقد الإذعان، إلا أنه يمكن تعريفه بأنه: «العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كلياً أو جزئياً بصورة محددة وعامة قبل الفترة التعاقدية» [1].

كما أن تفسير عقد الإذعان، وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني وتطبيقها على - المستهلك - في عقود التجارة الإلكترونية، تحقق حماية فاعلة للمستهلك في هذه العقود.

فالمادة (149) من القانون المدني المصري تنص على أنه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان متضمناً شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يُعدّل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

وكذلك فإنه وحسب القواعد العامة في تفسير عقود الإذعان، تنص المادة (151) من القانون المدني المصري على أنه: «1 - يفسر الشك في مصلحة المدين. 2 - ومع ذلك يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن» [2].

ونخلص من كل ما تقدم إلى أن القواعد العامة في المعاملات المدنية خاصة فيما يتعلق بعقود الإذعان - تحمي الطرف المذعن بوصفه الطرف الضعيف في العقد، وهذه القواعد عينها وحين تطبق على المستهلك في عقد التجارة الإلكترونية، فإنها تحقق له حماية كاملة سواء تعلقت الحماية بتفسير شروط العقد أو ما غمض منه، وكذلك فيما يتعلق بإبطال ورفع الشروط الجائرة عن ذلك المستهلك [3].

ومن الجدير بالذكر أن المادة (149) من القانون المدني المصري في شأن عقود الإذعان لا مقابل لها في القانون الفرنسي [4].

ولهذا فإن الحماية القانونية للمستهلك في فرنسا لم تتحقق من خلال القواعد الخاصة في قوانين حماية المستهلك وذلك بمحاولة الحد من الشروط - غير العادلة - التي يدرجها المهني في العقد لصالحه ضد المستهلك، وبالتالي تعكس إساءة لاستعمال قدراته الاقتصادية في مواجهة ذلك المستهلك الضعيف، ولذلك نجد أن المادة (9) من قانون حماية المستهلك الفرنسي، والصادر في 18 يناير 1992 تكاد تطابق نص المادتين 149، 151 من القانون المدني المصري في شأن عقود الإذعان وسلطة القاضي إزاءها [5].

---

1) راجع: د. عبد الفتاح بيومي حجازي: «التجارة الإلكترونية»، المرجع السابق، ص241.

2) في تفسير هذا النص والتعليق عليه، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش ص250.

- قدري محمد محمود: «حماية المستهلك في العقد الإلكتروني»، مرجع سابق، ص134.

3) راجع: د. عبد الحي خميس، المرجع السابق، ص1290.

4) راجع: د. محمد شكري سرور: «التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك»، المرجع السابق، ص133.

5) راجع في هذا السياق:

- د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص138.

- قدري محمد محمود، المرجع السابق، ص135.

خامساً: الإعلانات الإلكترونية المضللة أو الخادعة:

Les publicités mensongères ou trompeuses

يعتبر الإعلان من أهم آليات النشاط التجاري في المنافسة وتحقيق الربح، وإذا كان العصر الذي نعيشه الآن هو عصر المعلومات فإنه يمكن أن يطلق عليه عصر الإعلان أيضاً، فهو عصر الإنتاج الكبير، وعصر الاستهلاك الكبير.

ويلعب الإعلان دوراً مهماً باعتباره أداة لدفع عجلة الإنتاج ولتشجيع الاستهلاك، وهو مصدر معلومات مهم للمستهلك لتكوين قناعته عن السلعة أو الخدمة التي يتعاقد عليها، وهو عامل مؤثر في إرادة المستهلك خاصة في مرحلة ما قبل التعاقد، حيث يقوم بإبراز مزايا السلعة أو الخدمة وامتداح آثارها بهدف تشجيع المستهلك على اقتنائها.

وأعمال الدعاية والإعلان وثيقة الصلة بعمليات البيع، بل هي أحد أساليبه الرئيسة، ومن أهم العوامل المساعدة له، بل قد تسبق أعمال الدعاية والإعلان في وجودها وجود السلعة نفسها، وحينئذ يضاف إلى أهدافها هدف آخر هو تأكيد رضاء الجمهور بالسلعة وقبولهم لها [1].

ولما أصبحت فكرة الإعلانات الكاذبة والمضللة، شائعة في الوقت الحاضر تدخّل المشرع في العديد من الدول لمواجهة هذه الظاهرة، وذلك بتقديره جزاء يوقع على صاحب الإعلان الكاذب أو المضلل، هذا بالإضافة إلى الجزاء المدني [2].

ويعرف الفقه الإعلان بأنه: «إعلان بقصد تعريف المستهلك بسلعة أو خدمة معينة، وذلك بإبراز مزاياها وامتداح آثارها، بهدف إقبال الجمهور على هذه السلعة أو الخدمة، وبأي وسيلة من وسائل الإعلام المسموعة أو المرئية أو المقروءة».

والإعلان الإلكتروني الموجه للمستهلك هو نتاج عقد أبرم بين طرفين، هما المعلن ووكالة الإعلان، وهو من العقود التي تبرم وتنفذ عبر الإنترنت، وهو عقد رضائي [3].

ويثور التساؤل عن الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني، هل هو إيجاب أم هو مجرد دعوة للتعاقد؟

لقد اعتبر المشرع الإماراتي أن الإعلان التجاري أياً كانت وسيلة بثه هو مجرد دعوة للتعاقد،

---

1) راجع: د. محمد المرسي زهرة: «الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية»، مرجع سابق، ص158.

2) راجع في هذا السياق:

- د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص157 وما بعدها.

- د. خالد ممدوح إبراهيم: «حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية»، مرجع سابق، ص82

3) راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم: «إبرام العقد الإلكتروني»، مرجع سابق، ص112 وما بعدها.

وهو ما نصت الفقرة (2) من المادة (134) من قانون المعاملات المدنية [1].

فالإعلان بكافة صوره يعد عند الشك مجرد دعوة إلى التعاقد، وقد أخذت بعض التشريعات العربية بهذا النهج، ومنها التشريع الكويتي والتشريع الأردني.

أما المشرع المصري فقد قرر حذف المادة (143) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المتضمنة مثل هذا الحكم، وقرر عدم الحاجة إليها إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون حاجة للنص عليه [2].

ويرى جانب آخر من الفقه أن العرض الموجه إلى الجمهور هو إيجاب بالمعنى الصحيح، مادام مضمونه محدداً تحديداً يكفي لإبرام التعاقد فور اقترانه بالقبول [3].

وترى أغلب التشريعات والفقه أن الإعلان لا يعد إيجاباً، بل هو مجرد دعوة إلى التعاقد، ولا شك أن في ذلك حماية للمستهلك التقليدي أو الإلكتروني، والذي قد يعطي موافقة متسرعة على الدخول في العقد تحت ضغط إغراء الإعلان.

ويقتضي الإعلان عموماً توافر ثلاثة شروط [4] هي:

1 - أن يكون الإعلان واضحاً يمكن التعرف على ماهيته باعتباره إعلاناً، وأن يتضمن البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة وخصائصها ومصدرها وثمنها.

2 - أن لا يكون الإعلان مضللاً، والتضليل هو خداع المستهلك دون ذكر معلومات كاذبة، فهو صادق من حيث البيانات، لكنه يصاغ في عبارات خادعة تعطي انطباعاً مغايراً للحقيقة.

3 - أن لا يكون الإعلان مبنياً على تشويه منتجات المنافسين فلا يستهدف التقليل من قيمة السلع والخدمات للمنشآت المنافسة، لإيقاع المستهلك في لبس، فيصبح الإعلان أداةً للمنافسة غير المشروعة.

وبالنسبة للحماية المدنية المقررة في القواعد الخاصة، والمتعلقة بحماية المستهلك من الإعلانات المضللة والكاذبة في العقود الإلكترونية، فهناك أحكام حق العدول عن القبول الصادر من المستهلك في العقود عن بعد في التوجيهات الأوروبية الخاصة بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد، وكذلك في القانون التونسي رقم (83) لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، واللذين أعطيا المستهلك حق العدول عن العقد بعد إبرامه خلال مدة معينة دون إبداء أي سبب للعدول، ودون تحمله أي مسؤوليات سوى مصاريف إعادة السلعة إلى المنتج، كما

1) راجع: د. جاسم علي سالم: «عقد البيع»، مرجع سابق، ص56 وما بعدها.

2) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء2، ص41.

3) راجع: د. عادل أبو هشيمة حوتة: «عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص»، مرجع سابق، ص169.

4) راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم: «حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية»، مرجع سابق، ص87-88.

سبق ذكره في القسم الثاني من الدراسة.

وفي التشريع الفرنسي تصدى المشرع الفرنسي لدعم الثقة في الاقتصاد الرقمي بوضع أحكام خاصة بالإعلان بالبريد الإلكتروني تتعلق بإرسال الرسائل الإلكترونية التي تهدف إلى الترويج بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لسلع أو خدمات أو لشخص يبيع سلعة أو يقدم خدمات، وهي تهدف إلى حماية مستعملي الإنترنت من أي انتهاك لحرية حياتهم الخاصة بواسطة الاتصالات التي لا يرغبون فيها.

- شروط الإعلان الإلكتروني الكاذب أو الخادع:

يقصد بالإعلان الخادع، الإعلان المتضمن معلومات تدفع المستهلك إلى الوقوع في خداع فيما يتعلق بعناصر وأوصاف المنتج.

ويتضح من التعريف السابق أنه يجب توافر شرطين حتى يعتبر الإعلان كاذباً ومضللاً:

الشرط الأول: استخدام المعلن معلومات كاذبة عن الخصائص الجوهرية للشيء المعلن عنه سواء كان سلعة أو خدمة:

والكذب المعول عليه هنا هو الكذب في المعلومات الأساسية أو الجوهرية للشيء المعلن عنه. أما الكذب البسيط أو الكذب المبالغ فيه جداً بحيث يصعب أن يصدقه جمهور المستهلكين لا يعاقب عليه [1]. ولكن ليس مجرد الكذب المكتوب هو المعول عليه، وإنما ترك ذكر بيان مهم بما يؤدي إلى خداع المستهلك يندرج أيضاً تحت الإعلان الكاذب أو المضلل الموجب للمسؤولية. فيعتبر حجب المعلومات الحقيقية عن المستهلك من صور الإعلان الخادع [2].

الشرط الثاني: تضليل المستهلكين بهدف جذبهم للتعاقد أو لزيادة التعاقد:

يقوم التاجر أو مقدم الخدمة بتضمين إعلانه كذباً في المعلومات بهدف خداع المستهلك بمميزات وفوائد السلعة أو الخدمة وبأهميتها بالنسبة له واحتياجه إليها بشكل يزيد من الطلب على تلك السلع أو الخدمات، بما يؤدي إلى زيادة أرباحه.

وقد ذهبت اللجنة الفيدرالية الأمريكية للتجارة، إلى أن واقع التضليل أو الكذب في الإعلانات التي تتم عبر شبكة الإنترنت لا يختلف عن واقع ومضمون الكذب في وسائل الإعلان

1) د. ميرفت عبد المنعم صادق: «الحماية الجنائية للمستهلك»، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، ط2، ص 2001، ص 184.

2) د. حسين فتحي، مرجع سابق، ص 26.

التقليدية، فالكذب والتضليل واحد، لكنه يتم بوسيلة حديثة تتمثل في شبكة الإنترنت [1].

وطبقاً لقانون Federal Trade Commission، فإن الإعلان يكون مضللاً، إذا تم حذف أي معلومات أو إضافة معلومات للسلعة مما يؤثر على:

- قرار شراء أو عدم شراء المنتج.
- تحول المستهلك من سلعة يقوم بشرائها إلى السلعة المعلن عنها.
- تضليل وخداع المستهلك [2].

والقصد العام (العلم والإرادة) مفترض فكل إعلان أو دعاية تجارية مضللة أو كاذبة من شأنها خداع المستهلك تعتبر جريمة بمجرد بث الإعلان إلى الجمهور، حتى وإن لم ينخدع أي شخص [3]. ويأخذ القضاء بالمعيار الموضوعي في تحديد معيار تقدير التضليل في الإعلان والمعيار الموضوعي قوامه المستهلك المعتاد متوسط الذكاء والانتباه [4].

كما نص القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2012 الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات في المادة رقم (4): «يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون وخمسمائة ألف درهم كل من دخل بدون تصريح إلى موقع إلكتروني أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات سواء كان الدخول بقصد الحصول على بيانات حكومية أو معلومات سرية خاصة بمنشأة مالية، أو تجارية، أو اقتصادية.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس (5) سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز (2) مليون درهم، إذا تعرضت هذه البيانات أو المعلومات للإلغاء أو الحذف أو الإتلاف أو التدمير أو الإفشاء أو التغيير أو النسخ أو النشر أو إعادة النشر» [5].

---

1) د. شريف محمد غنام: «التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت»، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 70.

2) د. نهلة أحمد قنديل: «حماية المستهلك (رؤية تسويقية)»، القاهرة، دار الهاني للطباعة والنشر، بدون تاريخ نشر، ص 117.

3) د. نائل عبد الرحمن صالح، مرجع سابق، ص 142، 143.

4) راجع معيار تقدير التضليل في الإعلان لدى: د. فتحية محمد قوراري: «الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المضللة»، دراسة في القانون الإماراتي والمقارن، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، سبتمبر 2009، ص 273-276.

5) صدر هذا القانون عن مقر الرئاسة بأبو ظبي في 13 أغسطس 2012 مرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات ليحل محل القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2006.

راجع: مجلة المعهد التي يصدرها معهد دبي القضائي، دولة الإمارات العربية المتحدة، 13 يناير 2013، ص 86.

سادساً: حماية المحررات الإلكترونية من جرائم التزوير والتزييف وحماية التوقيع الإلكتروني:

وفي ظل الثورة العلمية والمعلوماتية واستخدام التقنيات والأنماط الحديثة في المعاملات كالتجارة الإلكترونية والأعمال المصرفية الإلكترونية والحكومة الإلكترونية، ظهر مفهوم جديد للمحرر يعرف بالمحرر الإلكتروني: Le document électronique، الذي يستخدم في مجال إثبات المعاملات الإلكترونية، من أجل حماية المستهلك الإلكتروني خاصة مع ظهور جرائم مستحدثة وتطور الفكر الإجرامي: هي جرائم التزوير والتزييف للمحررات الإلكترونية مما يهدد كيان الدولة وأمنها القومي، ويهدد المصالح الخاصة بالمستهلك. مما تطلب معه إصدار التشريعات العقابية والإجراءاتية لقمع هذه الجرائم. ويرتبط ذلك بالضرورة بتطوير نظم الإثبات فيها، - كما سيرد ذكره في القسم الرابع من الدراسة - وإعداد الكوادر الفنية المؤهلة والمدربة على استخدام أحدث الوسائل والأجهزة لكشف وضبط هذه الجرائم واشتقاق وتفسير الدليل الجنائي [1].

ومع تنامي المعاملات الإلكترونية والتعاملات عبر الأجهزة الإلكترونية واستخدامها في حفظ البيانات والمعلومات، أضحى ضرورياً توفير حماية جنائية في مواجهة الجرائم المعلوماتية وفطنت بعض التشريعات لذلك الأمر.

حيث قام المشرع الفرنسي بتنظيم قبول المحررات الإلكترونية ومنحها حجية في الإثبات وفقاً للقانون رقم 230 لسنة 2000 ونص صراحة على القيمة القانونية للمستند أو المحررات الإلكترونية في الإثبات بلا أي تفرقة بينها وبين المحررات الورقية.

وحيث ذهب المشرع الفرنسي إلى تجريم تزوير المحررات الإلكترونية بنصوص عامة في قانون العقوبات. وبصدور قانون العقوبات الفرنسي الجديد في 16 ديسمبر 1992 بحيث أصبح

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. سمير الجمال: «التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة»، مرجع سابق، ص237.
- د. عبد الناصر محمد محمود فرغلي: «الإثبات العلمي لجرائم تزييف وتزوير المحررات التقليدية والإلكترونية»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010.
- د. أبو العلا علي أبو العلا النمر: «الجديد في الإثبات الجنائي»، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2001.
- د. أحمد أبو الوفا: «التعليق على نصوص قانون الإثبات»، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- د. أشرف توفيق شمس الدين: «الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني»، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2006.
- د. جميل عبد الباقي الصغير: «أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- د. حسنين المحمدي بوادي: «الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي»، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- د. حسن عبد الباسط جميعي: «إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت»، دار النهضة العربية، 2000.

نص المادة 441-1 عقوبات فرنسي يستوعب حالات التزوير الرقمية أو الإلكترونية [1].

واقتصر المشرع المصري على تجريم تزوير السجلات والدفاتر الإلكترونية للأحوال المدنية ولم يضع نصوصاً عامةً تجرّم تزوير البيانات والمحررات الإلكترونية، وجرم تزوير التوقيع الإلكتروني حيث نص المشرع المصري في المادة 23 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 على أن يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه كل من:

- أتلف توقيعاً أو محرراً إلكترونياً أو زور شيئاً من ذلك.
- استعمل توقيعاً أو محرراً إلكترونياً معيباً أو مزوراً مع علمه بذلك.

وقام المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة بتنظيم قبول المحررات الإلكترونية ومنحها حجية في الإثبات في ظل القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات في المادة رقم (6) «يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسون ألف درهم ولا تجاوز سبعمائة وخمسون ألف درهم كل من زور مستنداً إلكترونياً من مستندات الحكومة الاتحادية أو المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة الاتحادية أو المحلية. وتكون العقوبة الحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تجاوز ثلاثمائة ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين إذا وقع التزوير في مستندات جهة غير تلك المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة. ويعاقب بذات العقوبة المقررة لجريمة التزوير، بحسب الأحوال، من استعمل المستند الإلكتروني المزور مع علمه بتزويره [2].

كما قام المشرع بدولة الإمارات العربية المتحدة بتعديل قانون الإثبات بالقانون الاتحادي رقم (36) لسنة 2006 بإضافة بند جديد رقم (3) على القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 1992 نصه الآتي: «يكون الوفاء عن طريق الوسائط الإلكترونية مبرئاً للذمة، وذلك وفق ما يحدده وزير العدل بالتنسيق مع الجهات المعنية».

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. عبد الناصر محمد محمود فرغلي: «الإثبات العلمي لجرائم تزييف وتزوير المحررات التقليدية والإلكترونية»، مرجع سابق، ص57.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي: «الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت»، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004، ص141.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي: «الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت»، مرجع سابق، ص142-143.
- د. علي عبد القادر القهوجي: «الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً»، مرجع سابق، ص63.
- د. مدحت عبد الحليم رمضان: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، دار النهضة العربية، 2001، ص30.

2) مجلة المعهد التي يصدرها «معهد دبي القضائي»، العدد (13)، يناير 2013، ص 84 وما بعدها، دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة.

- حماية التوقيع الإلكتروني(2):

La signature électronique

جاء تعريف التوقيع الإلكتروني La signature électronique **في التشريعات المنظمة له متشابهاً إلى حد كبير. وقد تناولت بعض التشريعات تنظيم التوقيع الإلكتروني في قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني** [1].

- مثل قانون الأمم المتحدة النموذجي: Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) **الذي لم يرد به تعريف للتوقيع الإلكتروني وإنما اكتفى بتحديد الشروط الواجب توافرها في التوقيع.**

- ومثل التوجيه الأوروبي رقم 99-1993 بشأن التوقيع الإلكتروني حيث عرفه في المادة 2-1: بأنه بيان أو معلومة معالجة إلكترونياً، ترتبط منطقياً بمعلومات أو بيانات إلكترونية أخرى والتي تصلح كوسيلة لتمييز الشخص وتحديد هويته.

- ومثل القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات الذي عرفه بأنه: ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره.

والمشرع الفرنسي اهتم بالتوقيع الإلكتروني في القانون رقم 230 لسنة 2000 المتعلق بالحق في الإثبات وتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني La signature électronique **الذي عرفه بأنه: «التوقيع الضروري لاكتمال التصرف القانوني، والذي يحدد هوية من يحتج به**

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. محمد المرسي زهرة: «مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية»، بحث مقدم إلى مؤتمر حول الكمبيوتر والقانون، الفيوم، 1994، ص53.
- حسن عبد الباسط جميعي: «إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص20-22.
- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال: «التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة»، مرجع سابق، ص205.
- د. محمد حسام محمود لطفي: «الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية»، مرجع سابق، ص122.
- د. ثروت عبد الحميد: «التوقيع الإلكتروني»، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 2003.
- د. سعيد السيد قنديل: «التوقيع الإلكتروني»، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي: «التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- Alexander (Raymond): La signature électronique une évolution fondamentale du droit de la preuve, Presses Universitaires D›Aix - Marseille, 2002.
- Amegée (Maximilien): La signature électronique fragilise - t - elle le contrat?, Novembre 2002, sur le site: http://www.lexana.org/a/htm/2002 1211ma.htm.
- Fausse (Arnaud - F.): La signature électronique, Dunod, Paris, 2001.
- Piette - Coudol (Thierry): La signature électronique, Litec, Paris, 2001.

عليه، ويعبر عن رضاء الأطراف بالالتزامات الناشئة عن هذا التصرف».

وقام المشرع بدولة الإمارات العربية المتحدة بتعريف التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية من القانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية. وفي القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.

كما قام بتعديل قانون الإثبات بالقانون الاتحادي رقم (36) لسنة 2006 وأضاف فصلاً جديداً إلى الباب الثاني، وأضاف فيه مادة جديدة برقم (17) مكرر نصها: «يعتبر توقيعاً إلكترونياً كل أحرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو صور أو أصوات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره على النحو الوارد في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية».

وقد تدخلت التشريعات في العديد من الدول لتقرير حماية جنائية للتوقيع الإلكتروني. وفرضت نصوصاً عقابية لجرائم الإتلاف والتزوير والتزييف والاحتيال أو انتهاك سرية بيانات التوقيع الإلكتروني أو المحررات الإلكترونية.

القسم الرابع
الحجية في الإثبات في مجال التعاقدات والمعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني:

يعد الإثبات عنصراً أساسياً في العلاقة التعاقدية، حيث إنه يثبت وجودها ومن ثم يحسم من النزاع ويساهم في الفصل فيه من قبل قاضي الموضوع، وأغلب القوانين الوضعية قد نظمت الإثبات بشكل عام، وصاغت العديد من المبادئ المتعلقة به، كاشتراط الكتابة الورقية والتوقيع بخط اليد وعدم إمكانية إقامة الدليل المعاكس على عقد خطي إلا بعقد أو وثيقة خطية أخرى [1].

ويجب أن تتسم عملية إثبات التعاقد الإلكتروني بالمرونة وأن تستوعب كافة إفرازات عصر المعلوماتية ومستجداته وكافة الأشكال الحديثة للكتابة والتوقيع والمحررات [2].

ولما كان غياب الصيغة الخطية في المستندات الإلكترونية يطرح صعوبات جمة، فقد أصبح لزاماً على رجال القانون أن يعملوا على تطويع القواعد التقليدية في الإثبات مع متطلبات الآثار المعلوماتية الجديدة، والتطلع نحو إيجاد حلول تشريعية تُقر صراحةً بإمكانية الإثبات بالوسائل الإلكترونية إلى جانب الوسائل التقليدية، وأيضاً لابد من استحداث قواعد قانونية جديدة تواكب هذا التطور، خاصةً وأن مشكلات المعاملات الإلكترونية تتعلق أساساً بالإثبات [3].

ومن الجهود الدولية في هذا الصدد التوجيه الأوروبي الذي أقره الاتحاد الأوروبي في 13 ديسمبر 1999 بشأن تنظيم المعاملات الإلكترونية.

وفي مجال الجهود التشريعية المبذولة لمواجهة هذه التطورات نجد العديد من الدول قد أصدرت تشريعات داخلية لتنظيم الإثبات بالوسائل الحديثة. ومن هذه التشريعات القانون الأمريكي الفيدرالي، والقانون الإيطالي، والقانون الإنجليزي.

ومن البلاد العربية التي أصدرت تشريعات من هذا القبيل كل من تونس والأردن، والإمارات العربية المتحدة، والبحرين ومصر، هذا فضلاً عن الكثير من الدول العربية التي أعدت مشروعات قوانين في هذا الصدد كالكويت.

---

1) راجع: د. محمد المرسي زهرة: «أحكام الإثبات في ضوء قانون الإثبات الاتحادي رقم (10) لسنة 1992 في المعاملات المدنية والتجارية»، مطبوعات جامعة الإمارات، 2005، ص1.

2) راجع في هذا السياق: د. تامر محمد سليمان الدمياطي: «إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت»، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2008.

3) راجع: محمد حسام لطفي: «الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية»، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية»، القاهرة، 2002، ص21.

ويقصد بالإثبات إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها المشرع على وجود واقعة ترتب آثاراً قانونية. وعلى ذلك فإن محل الإثبات ينصبُّ على التصرف القانوني المنشئ للحق، وليس هذا الأخير في حد ذاته. وللإثبات من خلال الوسائل الإلكترونية أهميته من الناحيتين القانونية والعملية [1].

ومنح الثقة في التعاقد عبر الدعامات الإلكترونية، يقتضي تحرك تشريعي لمنح الثقة في المحرر والتوقيع الإلكتروني، فقد تدخل المشرع - في العديد من الدول - ونظم عملية الإثبات من خلال الوسائل الإلكترونية.

فالتعاقد التقليدي لا يثير أدنى إشكالية بشأن إثباته. لأن هذا التعاقد، يتم تدوينه في محرر ورقي ممهوراً بتوقيع يدوي من ذوي الشأن. فإذا حدث نزاع بشأن هذا التعاقد، فإنه يتم إثباته من خلال هذا المحرر.

ولكن الصعوبة تثور بشأن التعاقد عبر الدعامات الإلكترونية. ومبعث هذه الصعوبة يرجع إلى أن بعض هذه التعاقدات يتم شفاهةً. والبعض الآخر يكون مدوناً على دعامة إلكترونية. وتلك الدعامة التي يصعب الوقوف على محتواها إلا من خلال استخراج صورة ورقية تتضمن هذا المحتوى.

ورغم صدور تشريعات تنظم الإثبات من خلال الوسائط الإلكترونية، إلا أن الفقه والقضاء مازال مختلفاً بالنسبة لبعض جوانب التوقيع الإلكتروني، والمحررات الإلكترونية.

أولاً: الإثبات في البيئة الإلكترونية .. التحديات والعقبات:

الإثبات قانوناً: ويطلق عليه أيضاً الإثبات القضائي. ويقصد به: إقامة الدليل أمام القضاء بطريق من الطرق التي يحددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها» [2].

وتبين من هذا التعريف أن الإثبات يكون محله الواقعة القانونية مصدر الحق أو الالتزام المتنازع عليه، ويلزم ألا يخرج الدليل، الذي يتم التمسك به، عن الطرق المقررة قانوناً في الإثبات وهي الكتابة، شهادة الشهود، القرائن، وحجية الأمر المقضي به، الإقرار، اليمين، المعاينة، الخبرة.

لقد كان من نتيجة استخدام وسائل الاتصال الحديثة في إبرام العقود، وخاصة عبر شبكة الإنترنت، أن ظهر في الواقع العملي نوع جديد من المستندات يتم تحميلها على دعامات غير

1) راجع: نور خالد العبد الرزاق: «حجية المحررات والتوقيع الإلكتروني في الإثبات عبر شبكة الإنترنت»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009، ص4.

2) راجع: د. محمد حسن قاسم: «قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية»، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص7.

ورقية، تختلف اختلافاً جذرياً عن المستندات الورقية وممهورة بتوقيع إلكتروني [1].

ولقد أثارت الدعامات الإلكترونية الحديثة، العديد من المخاطر نتيجة تخلف الكتابة الورقية والتوقيع اليدوي، واصطدامها بالشروط التقليدية الواجب توافرها في الدليل الكتابي التقليدي، ذلك أن الواقع التقني لشبكة الإنترنت يثير العديد من المسائل التي تتعلق بكيفية إثبات العقد الإلكتروني.

- التحديات والعقبات القانونية للإثبات الإلكتروني:

ويثير العقد الإلكتروني عدة إشكاليات تتعلق بالاشتراطات القانونية لنظم الإثبات القانوني المختلط الذي تأخذ به غالبية دول العالم، ومنها دولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية مصر العربية، تلك الاشتراطات التي تستلزم الكتابة الورقية والتوقيع التقليدي، والتي لا تتوافر في الدليل الكتابي الإلكتروني [2].

ونتيجة لذلك فإنه قبل صدور التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، فإن الفقه القانوني قد حاول إيجاد الحجية للسندات الإلكترونية انطلاقاً من نصوص المواد المقررة في قوانين الإثبات التقليدية، التي أجازت حرية الأطراف في الاتفاق على طرق إثبات تصرفاتهم القانونية، وبالتالي إخضاع مثل هذه السندات للسلطة التقديرية للقاضي [3].

ويواجه الإثبات الإلكتروني ثلاث عقبات قانونية هي:

1 - الشروط القانونية التقليدية المرتبطة بنظام الإثبات المختلط، الذي يفرض على القاضي والأطراف طُرقاً محددة للإثبات، وتدرج في الحجية، وهذا النظام يشترط الكتابة

---

1) راجع: د. أحمد شرف الدين: «عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته»، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، طبعة 2000-2001، ص5.

2) راجع في هذا السياق:

- د. ثامر محمد سليمان: «إثبات العقد الإلكتروني»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص103.
- د. لورنس محمد عبيدات: «إثبات العقد الإلكتروني»، بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراة في القانون، من معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة، قسم الدراسات القانونية، 2004.
- د. ممدوح محمد مبروك: «مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص1.

المادة (60) من قانون الإثبات المصري والمادة (1/35) من قانون الإثبات الإماراتي.

انظر: د. محمد المرسي زهرة: «أحكام الإثبات»، مطبوعات جامعة الإمارات، 2005، ص15 وما بعدها.

3) راجع في هذا السياق:

- د. ثامر محمد سليمان الدمياطي: «إثبات العقد الإلكتروني عبر الإنترنت»، بهجات للطباعة، الطبعة الأولى، 2009.
- د. لورنس محمد عبيدات: «إثبات العقد الإلكتروني»، مرجع سابق.
- د. ممدوح محمد مبروك: «مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- د. أنور سلطان: «قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية»، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص24.

الموقعة لإثبات التصرفات القانونية [1].

2 - مدى الموثوقية في المستندات الإلكترونية مقارنة بوسائل الإثبات التقليدية، حيث لا يزال الخوف قائماً من تعرض المستند الإلكتروني لمخاطر التعديل أو التحريف والإتلاف على عكس المستند الورقي.

3 - مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه، فالأصل أنه لا يجوز أن يكون الدليل الذي يتمسك به الخصم صادراً منه هو، أو يكون هو من صنعه.

- العقبات العملية للإثبات الإلكتروني [2]:

1 - مدى قبول النظام القانوني للعقد الإلكتروني بشكل مبدئي، وموقفه من القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني، والقانون واجب التطبيق على منازعات العقد الإلكتروني.

2 - كيفية التحقق من هوية المتعاقدين.

3 - مدى قبول السند الإلكتروني كدليل في الإثبات وحجية السند الإلكتروني في الإثبات لا يمكن فرضها إلا بنصوص تشريعية خاصة.

4 - مدى توافر الأمان من مخاطر التحريف والتزوير التي تقع على محتويات رسائل البيانات المتبادلة.

ثانياً: حجية المعاملات والتجارة الإلكترونية:

من أهم التحديات التي تواجه المستهلك الإلكتروني في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية هي مسألة إنكار حجيتها أو قوتها في الإثبات، أو محاولة التشكيك في صحة البيانات التي انطوت عليها أو ما عليها من توقيعات.

وقد واجه مشروع القانون المصري للتجارة الإلكترونية في عام 2001 هذه المسألة بصورة واضحة وقاطعة، حيث تشير المادة الرابعة التي تنص على أن «يكون للكتابة الإلكترونية ذات

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. سمير عبد الستار تناغوه: «النظرية العامة في الإثبات»، منشأة المعارف، القاهرة، 1999، ص8. وكذلك نص المادة (60) من قانون الإثبات المصري والمادة (35) من قانون الإثبات الإماراتي.

- نص المادة (10) من قانون الإثبات المصري، والمادة (7) من قانون الإثبات الإماراتي.

- د. محمود جمال الدين زكي: «المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري»، مطبعة جامعة القاهرة، 2001، ص77.

2) راجع في هذا السياق:

- إبراهيم عبيد علي، مرجع سابق، ص289.

- يونس عرب: «حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية»، متاح على الموقع الإلكتروني: www.arablaw.org.

الحجية المقررة للكتابة في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط والضوابط الواردة في هذا القانون ولائحته التنفيذية».

وبالتالي لا تكون هناك أي تفرقة بين الكتابة الإلكترونية وغيرها من صور الكتابة التقليدية، وهو نفس ما أقره قانون التوقيع الإلكتروني من حجية وفقاً للمادة الثالثة منه التي تنص على أن «يكون للتوقيع الإلكتروني ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى تم طبقاً للأوضاع المقررة والمنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية».وقد استهدى المشروع المصري في عام 2001 في تقرير هذا الحكم بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية

(Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) 1998

والقانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني

(Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques) 2001

فقد أقرت المادة الخامسة من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأثر القانوني للبيانات الإلكترونية بما في ذلك حجيتها وقابليتها للنفاذ.

كما حظرت المادة التاسعة من النموذج إنكار حجية رسالة البيانات الإلكترونية في الإثبات لمجرد أنها صادرة في هذه الصورة أو أن الشخص لم يقدم الأصل.

كما أقرت المادة الثالثة من القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني حجية التوقيع وأثره القانوني متى توافرت فيه المتطلبات التي تقتضيها الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا النموذج فضلاً عن الشروط التي يتطلبها القانون الواجب التطبيق.

وقد أقر قانون التجارة الإلكترونية التونسي حجية العقود الإلكترونية وفقاً للفصل الأول منه، الذي ينص على أن «يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون.

وبناءً على هذا النص يسري على العقود الإلكترونية ما يسري على العقود الكتابية فيما يتعلق بكل ما يمكن أن يترتب عليها من أثر قانوني. وهو نفس ما يقرره قانون المعاملات الإلكترونية الأردني الذي تنص الفقرة الأولى من المادة السابعة منه على أن: «يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات».

وهو نفس ما يقضي به قانون إمارة دبي بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (2) لسنة 2002 والقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 بشأن التجارة الإلكترونية وكل من القانون

الفرنسي والإنجليزي [1] بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر في عام The Electronic 2002 Signature Regulations والقانون الأمريكي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر في 30 يونيه سنة 2000 [2]. [3].

ثالثاً: التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات:

نتيجة لانتشار نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات والتي بدأت تغزو الشركات والبنوك، فقد أصبح التوقيع اليدوي عقبة من المستحيل تكيفها مع النظم الحديثة، وهذا ما ترتب عليه ظهور التوقيع الإلكتروني La signature électronique وهذا يثير التساؤل حول المقصود بهذا التوقيع وما مدى حجيته في الإثبات.

يعتبر التوقيع الإلكتروني من التطبيقات التي ظهرت وانتشر استخدامه كنتيجة طبيعية للتوسع في استخدام الحاسب الآلي وتحول التوقيع من التوقيع التقليدي إلى التوقيع الإلكتروني.

وقد أثارت المعاملات الإلكترونية، وخاصة ما تعلق منها بأعمال التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، العديد من المشاكل القانونية، ومن هذه المشاكل ما يتعلق بعملية إثبات هذه الأعمال، وذلك أن إثبات هذا النوع من التصرفات القانونية يعد من أهم عوامل استقرار المعاملات في المجتمع.

ولقد اجتهد الفقه في محاولة وضع الإطار العام لإثبات هذه التصرفات من خلال تطويع قواعد الإثبات التقليدية لتستوعب هذه التصرفات، غير أن الفقه قد واجه في هذا الصدد صعوبات جمة. الأمر الذي تطلب ضرورة التدخل التشريعي بسن القوانين الجديدة أو تعديل القوانين القائمة لتستوعب هذا النمط الجديد من التعاملات عبر شبكة الإنترنت وخاصة ما يتعلق بإثباتها [4].

1) www.legislation.hmso.gov.uk.

2) www.2.computerprivacy.org/bills , www.ccls.edu.eclip2news

3) راجع في هذا السياق:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: «الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية»، مؤتمر الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإلكترونية، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة 17-18 يناير 2004، ص7.
- د. محمد حسام محمود لطفي: «الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية»، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، القاهرة 2002.
- د. هدى حامد قشقوش: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، عبر الإنترنت، دار النهضة العربية.

4) راجع في هذا السياق:

- د. حسن عبد الباسط جميعي: «الإثبات في المواد المدنية والتجارية»، دار النهضة العربية، 2003، ص255 وما بعدها.
- د. محمد المرسي زهرة: «الحاسوب والقانون»، مطبوعات مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ص109 وما بعدها.
- د. حسام محمود لطفي: «الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية»، دار النهضة العربية، 2002، ص37 وما بعدها.
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: «الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية»، مجلس النضر العلمي، الكويت، 2003.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي: «النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية»، دار النشر الجامعي، الإسكندرية.
- د. حسام محمود لطفي: «استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها»، دار النهضة العربية، 1993، ص24 وما بعدها.

وعلى الرغم من استجابة المشرع المصري لنداء الفقه بضرورة التدخل لحماية التجارة الإلكترونية وكافة صور المعاملات عبر شبكة الإنترنت، بإصدار القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني وهيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات [1] لكي يواكب مشرعي الدول العربية، والأوروبية، بشأن إمكانية إثبات التصرف القانوني الذي يبرم من خلال شبكة الإنترنت. ورغم إصدار المشرع المصري القانون سالف الذكر إلا أنه مازالت هناك العديد من العقبات التي تحد من قوة التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

1 - مفهوم التوقيع الإلكتروني:

عرفت المادة الثانية من قانون اليونيسترال النموذجي التوقيع الإلكتروني بأنه «بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

وعرفه التوجيه الأوروبي الخاص بالتوقيع الإلكتروني الصادر في 1999/12/13 بأنه «معطيات إلكترونية مرتبطة منطقياً بمعطيات إلكترونية أخرى تؤدي إلى عملية التوثيق».

ولقد عرف المشرع المصري التوقيع الإلكتروني في المادة (1) فقرة (ج) من القانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بالتوقيع الإلكتروني بأنه «ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره.

وعرف المشرع الإماراتي التوقيع الإلكتروني في القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في المادة الأولى منه، كما عرفه قانون إمارة دبي لسنة 2002 في المادة (2) وجاء التعريفان بذات اللفظ، حيث عرفا التوقيع الإلكتروني بأنه: «توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني، وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية، وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة».

كما عرفه المشرع الأردني في المادة (2) من القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية بأنه «البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة في شكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه».

---

1) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية العدد (17) في 2004/6/22.

وعرفه مشروع القانون البحريني بشأن المعاملات الإلكترونية بأنه «معلومات مصاغة بطريقة إلكترونية أو محتواة أو مثبتة في سجل إلكتروني أو مرتبطة منطقياً يستخدمها الموقع لإثبات هويته[1].

أما عن المشرع الكويتي فقد عرف التوقيع الإلكتروني - في مشروع قانون التجارة الإلكترونية - بقوله: «يعتبر توقيعاً إلكترونياً في حكم القانون [2].

بالنسبة للمستند الإلكتروني إذا استخدمت طريقة لتعيين هوية الموقع والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة في المستند الإلكتروني، وكانت هذه الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئ أو أرسل من أجله المستند الإلكتروني في جميع الأحوال، بما في ذلك أي اتفاق له علاقة بالموضوع».

أما عن القانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 فقد عرف التوقيع الإلكتروني بأنه «وسيلة موثق بها لتحديد هوية الموقع وضمان صلة التوقيع بالمحرر الذي وضع عليه» [3].

وعرف القانون الأمريكي بشأن التوقيع الإلكتروني الصادر في 2000/6/30 التوقيع الإلكتروني بأنه: «شهادة رقمية تصدر عن إحدى الهيئات المستقلة وتميز كل مستخدم يمكن أن يستخدمها في إرسال أي وثيقة أو عقد تجاري أو تعهد أو إقرار».

وجاء تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات المنظمة له متشابهاً إلى حد كبير، ومع ذلك فقد تباينت مواقف التشريعات في عدة أمور تتعلق بالتوقيع الإلكتروني منها ما يلي [4]:

1 - بعض التشريعات صرحت باستخدام التوقيع الإلكتروني في تعاملات معينة دون غيرها، ومن التشريعات الأخرى ما قصر استخدام الطرق الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني على التعامل بين الجهات الحكومية، فمثلاً المادة (1) من قانون الأونسترال النموذجي تنص على أنه: «يطبق هذا القانون حيثما تُستخدم توقيعات إلكترونية في سياق أنشطة تجارية، وهو لا يلغي أي قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلك».

كما أن القانون الفيدرالي الأمريكي الخاص بالتوقيع الإلكتروني قرر أنه ليس هناك التزام على أحد بأن يقبل استخدام السجلات الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني، وخاصةً المستهلك.

2 - وبعض الدول اكتفت بتعديل قواعد الإثبات المقررة في القانون المدني كما حدث في فرنسا، ومنها من أصدر قانوناً خاصاً ينظم التوقيع الإلكتروني، كما حدث في جمهورية مصر

1) المادة الأولى من مشروع قانون المعاملات الإلكترونية البحريني.

2) المادة الخامسة من مشروع القانون الكويتي للمعاملات الإلكترونية.

3) المادة (4/1316) من التقنين المدني الفرنسي المعدلة بقانون 13 مارس 2000.

4) راجع في ذلك:

- د. علي رضا: «دراسة في التوقيع الإلكتروني»، بحث منشور على: www.tashreaat.com.

- إبراهيم عبيد علي، مرجع سابق، ص328.

العربية، ومن الدول من عدّل في قواعد الإثبات المقررة في القانون المدني أو قانون الإثبات، بالإضافة إلى تنظيم التوقيع الإلكتروني ضمن قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، ومن تلك الدول دولة الإمارات العربية المتحدة.

- توثيق التوقيع الإلكتروني:

1 - شروط إجراءات التوثيق:

لقد تطلبت غالبية التشريعات التي أعطت الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني أنْ تتوافر شروط معينة تعزز من هذا التوقيع حتى يتمتع بالحجية، ومن أهم تلك الشروط توثيق التوقيع الإلكتروني.

فالتوثيق عبارة عن مجموعة من الإجراءات القانونية أو المقبولة تجارياً أو المتفق عليها بين الأطراف، بهدف التحقق من أنَّ التوقيع الإلكتروني لم يتعرض لأي تعديل، وحتى تتحقق إجراءات التوثيق فلابد أن تتصف هذه الإجراءات بما يلي:

أ - أن تكون إجراءات التوثيق منصوصاً عليها في القانون.

ب - أن تكون الإجراءات معقولة تجارياً.

2 - أن تكون إجراءات التوثيق محل اتفاق بين أطراف المعاملة الإلكترونية:

وهذا يعطي الأطراف الحرية في اتباع إجراءات توثيق للتوقيع الإلكتروني ملائمة لظروفهم، وبالتالي تكون ملزمة لهم وتقلل من الخلافات المستقبلية بينهم بشأن توثيق التوقيع الإلكتروني محل المعاملة.

فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة حول عملية توثيق التوقيع الإلكتروني، فإن هذا التوقيع يصبح توقيعاً محمياً يتمتع بالحجية القانونية.

2 - وسيلة التوثيق (التشفير) Cryptography:

قد تتعدد صور التوقيع الإلكتروني، كما تتعدد التقنيات الفنية في تحقق متطلباته، إلا أنه وأياً كانت الصورة التي يتخذها التوقيع الإلكتروني، فإنه لضمان صحته ونسبته إلى الموقع يُلجأ إلى التشفير، وهو يمر بمرحلتين: مرحلة التشفير، ومرحلة فك التشفير.

فالإمضاء الإلكتروني يعتمد أساساً على أساليب التشفير التي تصنف إلى صنفين:

1 - التشفير المتماثل أو الأحادي أو ذو المفتاح الواحد: في هذا النظام نفس المفتاح يستعمل للتشفير من ناحية، ولفك التشفير من ناحية أخرى.

لكن الإشكالية بالنسبة لهذا النظام تتمثل في إيجاد وسيلة موثوق بها لتبليغ المفتاح للطرف الموجهة إليه الوثيقة الإلكترونية المشفرة.

2 - التشفير اللامتماثل أو الثنائي CF ذي المفتاح الثنائي: وفي هذا النظام يستند التشفير إلى مفتاحين مفتاح خاص، ومفتاح عام على أن يكون المفتاح الخاص تحت السيطرة المطلقة لصاحب الإمضاء الإلكتروني.

رابعاً: التنظيم التشريعي لحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

أثار التوقيع الإلكتروني والمحررات الإلكترونية بل والكتابة الإلكترونية في عمومها جدلاً كبيراً بين فقهاء القانون من حيث الاعتراف بها كدليل في الإثبات [1].

وقد قامت معظم الدول بوضع نصوص تشريعية خاصة وشروط خاصة بالتوقيع الإلكتروني وتمتعه بالحجية في الإثبات منها [2]:

- قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية سنة 1996 Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.
- قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية سنة 2001.
- القانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني.
- القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية.
- القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.
- التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 نص في المادة الثانية، الفقرة الثانية، على شروط التوقيع المعزز أو المحمي.

أخيراً نص قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 في المادة 18 منه على[3]:

---

1) راجع في هذا السياق:
- محمد أبو زيد: «تحديث قانون الإثبات»، مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، 2002، ص37 وما بعدها.
- د. حسن عبد الباسط جميعي: «إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت»، دار النهضة العربية، 2000، ص16 وما بعدها.
- نور خالد العبد الرزاق، مرجع سابق، ص175.

2) راجع: د. محمد حسام لطفي: «الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية»، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية»، القاهرة، 2002.

3) راجع في هذا السياق:
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: «الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية»، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003، ص173.
- Thomas Smedinqoff and Rush Hill Broof Baker, Makenzie, p.11. www.tabs3/findlaw.com.

«يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيه الشروط الآتية:

1 - ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

2 - سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

3 - إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر أو التوقيع الإلكتروني.

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك».

1 - ضوابط تمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في الإثبات:

أ - ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع دون غيره (تحديد هوية الموقع)

تنص المادة (14) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على أن: «للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون».

وتنص المادة (10) من ذات القانون على أن: «للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون».

وفي خصوص التوقيع الإلكتروني على وجه التحديد نجد أن اللائحة التنفيذية للقانون المصري وضعت عدة ضوابط لحيازة هذا التوقيع للحجية في الإثبات حيث نصت المادة الثانية على أن [1]:

«تكون منظومة تكوين بيانات التوقيع الإلكتروني مؤمنة متى استوفت ما يأتي:

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. عبد الفتاح بيومي حجازي: «مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص51 وما بعدها.
- د. عبد الفتاح مراد: «التجارة الإلكترونية والبيع والشراء على شبكة الإنترنت»، الناشر دار البهاء للبرمجيات، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص262.
- د. حسن جميعي: «إثبات التصرفات الإلكترونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت»، مرجع سابق، ص16.
- د. حسام لطفي: «الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية»، مرجع سابق، ص27.
- د. محمد المرسي زهرة: «الحاسوب والقانون»، مطبوعات مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ص94.
- د. أحمد أبو الوفا: «التعليق على نصوص قانون الإثبات»، 1978، ص99.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: «مسؤولية مقدمي خدمات التصديق الإلكترونية»، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية»، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، مايو 2003، ص61.
- د. سعيد السيد قنديل: «التوقيع الإلكتروني بين التدويل والاقتباس»، دار النشر الجامعية، الإسكندرية، ط 2004، ص51.

أ - الطابع المنفرد لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

ب - سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

ج - عدم قابلية الاستنتاج أو الاستنباط لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

د - حماية التوقيع الإلكتروني من التزوير أو التقليد أو التحريف أو الاصطناع.

هـ- عدم إحداث أي إتلاف بمحتوى أو مضمون المحرر الإلكتروني المراد توقيعه.

و - ألا تحول هذه المنظومة دون علم الموقع علماً تاماً بمضمون المحرر الإلكتروني قبل توقيعه.

ب - سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني:

يُعد شرط سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني أهم شروط تمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في الإثبات. فالتوقيع الإلكتروني يدل دلالة قاطعة على شخصية الموقع، والمشكلة تكمن في خشية استعمال التوقيع الإلكتروني من غير صاحبه.

جـ - إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني:

ويعد هذا الشرط من الشروط الأساسية لتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في الإثبات. فهو يمثل إلى جانب شرط سيطرة الموقع دون غيره على الوسيط الإلكتروني، جناحا الأمان لهذا التوقيع.

- شروط حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

لا شك أن جميع الضوابط التي قررتها هذه اللائحة التنفيذية للقانون المصري من أجل استيفاء التوقيع الإلكتروني - وكذلك الكتابة الإلكترونية - لشروط الحجية في الإثبات، والواردة بالمادة (18) من القانون المذكور، إنما تنطبق على التوقيع الرقمي.

فالملاحظ أن هذه الضوابط تعتمد على فكرة التشفير، تلك الفكرة التي هي قوام التوقيع الإلكتروني.

ولا يعني ذلك أن هذه اللائحة لا تعتد بالصور الأخرى للتوقيع الإلكتروني. بل تعتد بها، وبصريح نص البند (1) من المادة الأولى منها. كل ما هنالك أن هذه اللائحة لا تَعُد التوقيع الإلكتروني مُؤَمناً، ومن ثم صالحاً لاستيفاء شروط الحجية الواردة بالمادة (18) من القانون إلا إذا كان مُشَفراً.

خامساً: الأحكام المتعلقة بالتصديق على التوقيع الإلكتروني وتمتع هذا التوقيع بالحجية في الإثبات:

يتعين لإسباغ الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني أن تتوافر فيه الشروط اللازمة التي تمكنه من أداء وظيفته في تحديد شخصية الموقع، وإقراره بمضمون المحرر الإلكتروني، ونسبته إليه، والتزامه بما ورد فيه، ونظراً لكون التوقيع الإلكتروني يُعتبر توثيقاً للسند الإلكتروني وحجةً على صاحبه كالتوقيع التقليدي، فإن المشرع فرض على صاحب التوقيع أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل محافظته على نظام توقيعه الإلكتروني وسريته، هذا بالإضافة لاقتران التوقيع الإلكتروني بظهور سلطة محايدة تتولى توثيقه وتمنح صاحبه شهادة مصادقة إلكترونية بصحته.

وتعتبر خدمة المصادقة على التوقيع الإلكتروني من الأمور المهمة جداً في صدد تمتع هذا التوقيع بالحجية في الإثبات. ليس فقط لأن المشرع المصري قد نص صراحة على أن هذه الشهادة تُعد من الضوابط الضرورية لاستيفاء التوقيع الإلكتروني للشروط القانونية لتمتعه بالحجية في الإثبات، بل لأن هذه الشهادة تمثل ضرورة عملية تقتضيها الثقة في التوقيع الإلكتروني، والتجارة الإلكترونية.

خاصة وأن التوقيع الإلكتروني يحيط به العديد من المخاطر نظراً [1]:

- للطبيعة غير المادية للعديد من صور التوقيع الإلكتروني، الأمر الذي يجعل مسألة التلاعب في هذا التوقيع مسألة قائمة.

- ولأن التوقيع الإلكتروني ينطلق داخل البيئة الإلكترونية Cyber space، خاصةً في مجال التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، وهذا ما يجعل التوقيع الإلكتروني عرضة للسطو والتزوير من قراصنة المعلومات «Hackers» فكان لابد من وجود طرف ثالث يوثق توقيع طرفي المعاملة الإلكترونية من أجل استقرار هذه المعاملات وهذا ما حدا بمعظم الدول

1) راجع في هذا السياق:

- د. عبد الفتاح بيومي حجازي: «التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية للمقارنة»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص23 وما بعدها.
- د. محمد حسين منصور: «الإثبات التقليدي والإلكتروني»، 2006، ص279 وما بعدها.
- د. عايض راشد المري: «حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في الإثبات»، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، 1998، ص91 وما بعدها.
- د. حسن عبد الباسط جميعي: «إثبات التصرفات الإلكترونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت»، دار النهضة العربية، 2000، ص91 وما بعدها.
- د. محمد المرسي زهرة: «مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية»، بحث مقدم لمؤتمر الكمبيوتر والقانون والإنترنت، جامعة الإمارات، في الفترة من 1-3/مايو/2000.

التي نظمت التجارة الإلكترونية إلى اعتماد نظام التصديق على التوقيع الإلكتروني [1].

واختلفت التشريعات فيما بينها أيضاً بصدد الأحكام الخاصة بالتصديق الإلكتروني وهو ما قد يُفضي إلى أن يُفاجأ الأفراد بأحكام مختلفة للتصديق الإلكتروني، مما يعوق معاملات التجارة الإلكترونية على الصعيد الدولي.

فبالنسبة للتشريع الفرنسي [2] فإنه يشترط بصفة أساسية لتحوز الدعامة الإلكترونية الحجية في الإثبات - ويسري ذلك على شهادات التصديق الإلكترونية بحسبانها واردة على دعامة إلكترونية - أن تتحقق لهذه الدعامة صفتا التطابق والدوام [3].

وفي قانون إمارة دبي [4] فإن المادة (24/ح) من هذا القانون تشترط لحجية المصادقة على التوقيع الإلكتروني أن يكون مُصدر الشهادة قد صدر بتعيينه قرار من رئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام، وأن يمارس مُقدم خدمة التصديق العناية المعقولة لضمان دقة كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بالشهادة، وذلك طوال مدة سريانها [5].

وفي قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (58) لسنة 2001 نجد أن المشرع الأردني يشترط لحجية شهادة التصديق الإلكترونية عدم قابليتها للتغيير أو التعديل، وكذلك دلالة هذه الشهادة على شخصية المُوَقّع، وأن تكون صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة داخل الأردن أو صادرة عن جهة مختصة خارج الأردن أو صادرة عن جهة وافق طرف المعاملة على اعتماد شهادات التصديق الإلكتروني الصادرة منها [6].

أما عن قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، فيشترط في هذا القانون لسلامة شهادة التصديق الإلكتروني، ومن ثم الاحتجاج بالتوقيع الإلكتروني الذي تنطوي

---

1) من هذه الدول فرنسا وأمريكا وألمانيا ولكسمبرج ومن الدول العربية كلٌ من مصر وتونس ولبنان والأردن والإمارات العربية المتحدة وغيرها.

2) المادة 1348 مدني فرنسي بعد تعديلها بقانون 12 يوليو 1980. انظر: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص231.

3) راجع: د. محمد السعيد رشدي: «حجية الوسائل الحديثة في الإثبات»، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي/26-28 أبريل 2003، ص234.

4) راجع: د. أيمن سعد سليم: «التوثيق والإثبات في مجال المعلومات»، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 2006، ص15 وما بعدها.

5) راجع: د. نادر بشار الزغبي: «حفظ البيانات المعالجة إلكترونياً»، دار الرائد للنشر، المملكة الأردنية الهاشمية، 2006، ص115 وما بعدها.
- نور خالد العبد الرزاق، المرجع السابق، ص354.

6) راجع في هذا السياق:
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: «الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية»، مطبوعات مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003، ص209 وما بعدها.
- د. محمد أمين الرومي: «المستند الإلكتروني»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص167

عليه ما يلي:

1 - أن تصدر هذه الشهادة من جهة مُرخص لها من هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

2 - أن تُعتمد هذه الجهة - إن كانت جهة أجنبية - من الهيئة آنفة الذكر، وإلا فقدت الشهادة الصادرة عنها كل قيمة.

3 - أن تشتمل هذه الشهادة على البيانات الواردة باللائحة التنفيذية لهذا القانون. وهذه البيانات جاء ذكرها بالمادة (20) من اللائحة التنفيذية.

سادساً: التنظيم التشريعي لحجية المحرر الإلكتروني في الإثبات:

كان من نتائج الانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الإلكتروني دون وجود بنية قانونية ملائمة للوسائل التقنية في المعاملات الإلكترونية، أن بُذلت العديد من المحاولات من أجل معالجة وضع المحررات الإلكترونية في الإثبات في ظل غياب التنظيم التشريعي للإثبات الإلكتروني، إلا أن هذه المحاولات لم تغنِ عن التعديل التشريعي لقواعد الإثبات بشكل يؤدي للاعتراف بتلك المحررات في الإثبات، مع ضرورة التعديل التشريعي لقواعد الإثبات لتلائم الواقع العملي للمعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية التي أخذت في الاتساع والانتشار [1].

والمشرع المصري حين نظم الأحكام الخاصة بالمحررات الرسمية والعرفية لم يشترط نوعاً معيناً من الكتابة، ولا الدعامات، التي يجب أن ترد عليها الكتابة، وهذا ما يؤدي إلى أن يتساوى المحرر الإلكتروني مع المحرر التقليدي في سائر الأحكام القانونية، وخاصة ما يتعلق بالحجية في الإثبات، إلا أن المحرَر الإلكتروني وإن تساوى مع المحرَر التقليدي في كل شيء، من الناحية النظرية، إلا أن الواقع العملي مختلف، إذ لا يتساوى جانب كبير من المحرَرات الإلكترونية مع المحرَرات التقليدية في أهم خصائصها، وهي خاصية الثبات، وهذا يترتب عليه ضرورة أن يحاط المحرَر الإلكتروني بعدد من الضوابط التي من شأنها إزالة كل المخاوف حول ثبات هذا المحرر وصِدْق نسبته إلى صاحبه، ومن ثم لا تثور أية مشكلة حول حجيته الكاملة في الإثبات.

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. ثامر محمد سليمان: «إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت»، مرجع سابق، ص234.
- د. محمد المرسي زهرة: «أحكام الإثبات»، مرجع سابق، ص111.
- د. عبد الرزاق السنهوري: «الوسيط»، الجزء الثاني، الإثبات وآثار الالتزام، القاهرة، 1956، ص282 وما بعدها.
- د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص27، وما بعدها.
- د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص62 وما بعدها.
- د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص14 وما بعدها.
- د. حسن عبد الباسط جميعي: «الإثبات في المواد المدنية والتجارية»، مرجع سابق، ص95 وما بعدها.

- الضوابط الموضوعية لتمتع المحرر الإلكتروني بالحجية في الإثبات:

يقصد بالضوابط الموضوعية ما يتعلق بمضمون المحرر الإلكتروني من أمور لازمة للاطمئنان إلى ثبات هذا المضمون وعدم المساس به، وكذا الاطمئنان إلى عدم تعرض المحرر الإلكتروني للسطو عليه والعبث في محتواه.

وتتمثل هذه الضوابط الموضوعية في أمور ثلاثة هي [1]:

1 - طريقة تنفيذ المحرر الإلكتروني:

أن يتمتع المحرر الإلكتروني بالحجية الكاملة في الإثبات يقتضي أن يتوافر لهذا المحرر ما يتوافر للمحرر التقليدي من مقتضيات الأمن والثبات.

ويتحقق ذلك من خلال ما يُعرف فقهاً بشروط الكتابة والتي تتمثل في قابلية المحرر التقليدي للقراءة والرجوع للمعلومات المدونة فيه واستمرارية الكتابة وعدم قابلية الكتابة للتعديل.

2 - مصدر المعلومات:

يجب ليتمتع المحرر الإلكتروني بالحجية الكاملة في الإثبات أن يثبت صدور المعلومات الواردة فيه إلى من يُنسب المحرر إليه. ويقتضي ذلك حتماً الاستيثاق من عدم تعرض المحرر للاختراق بعد تحريره وسلامة التوقيع الإلكتروني الوارد على المحرر.

3 - طريقة الحفاظ على المعلومات:

إن من أخطر المخاوف التي تحيط بالمحرر الإلكتروني هو المساس بهذا المحرر بعد إعداده والتلاعب في مضمونه، ومن ثم فإن الحفاظ على المعلومات التي يحتويها المحرر الإلكتروني تمثل ضمانة مهمة تكفل لهذا المحرر الحجية في الإثبات.

هذا ويلزم للاحتجاج بالمحرر الإلكتروني في مواجهة شخص ما الاستيثاق من أن هذا الشخص هو الذي أنشأ المحرر. ولا شك أن وضع توقيع الشخص على محرر ما يجعله مسؤولاً عن مضمون هذا المحرر.

---

1) راجع في هذا السياق:

- د. حسن عبد الباسط جميعي: «الإثبات في المواد المدنية والتجارية»، مرجع سابق، ص245 وما بعدها.
- د. عبد الرزاق السنهوري: «الوسيط»، ج2، مرجع سبق ذكره، ص82 وما بعدها.
- د. نضال إسماعيل إبراهيم: «أحكام عقود التجارة الإلكترونية»، دار الثقافة، عمان، 2005، ص158.

- نطاق حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في ظل قانون التوقيع الإلكتروني المصري:

أصدر المشرع المصري القانون رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الإلكتروني، ونص فيه صراحة على رفع المحرر الإلكتروني إلى مرتبة الدليل الكامل في الإثبات حاسماً بذلك النزاع الفقهي، ومؤكداً للرأي القائل بصلاحية المحررات الإلكترونية كدليل كامل في الإثبات دون حاجة لتعديل قانون الإثبات، وذلك أن قانون التوقيع الإلكتروني لم يفعل حال تقريره للحجية الكاملة المحررات الإلكترونية في الإثبات أكثر من وضع الشروط والضوابط التي تكفل للكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني الاستمرارية والثبات وعدم القابلية للتعديل بغير ترك أثر يكشف عن حدوث هذا التعديل، فكان المشرع لم يفعل أكثر من إزالة المخاوف التي تحيط بالمحرر الإلكتروني أي حاول المشرع في هذا القانون أن يرفع المحرر الإلكتروني إلى مستوى المحرر التقليدي [1].

وإقرار المشرع المصري لحجية التوقيع الإلكتروني (م 14) والكتابة والمحررات الإلكترونية (م 15) في الإثبات ومنحها ذات الحجية المقررة لنظائرها الورقية، وتحريره لشروط هذه الحجية (م 18) يوضح الحرص الزائد على الإقرار بحجية الكتابة والتوقيع والمحررات الإلكترونية في الإثبات.

وبالنسبة لدور المحرر الإلكتروني في الإثبات فهو يلعب دوراً مزدوجاً في إثبات التعاقد من خلال إثبات وجود العقد من ناحية ومضمونه من ناحية أخرى. وبالنسبة لدور المحرر الإلكتروني في الإثبات فينبغي أن يتوافر للمحرر الإلكتروني الآليات اللازمة لتحرير هوية صاحبه وموافقته على مضمون الالتزامات الواردة في المحرر لاعتماده على تصفيات التشفير اللامتماثل بشكل يتيح هوية الموقع ويعبر عن موافقته على الالتزام بمضمون ما وقع عليه.

ويؤدي مقدمو خدمات التصديق الإلكتروني دوراً مهماً في هذا المجال بالتحقق من صحة التوقيع وبالتالي المحرر المهور به وإصدار شهادات تصديق تفيد صحته وتُعد بمثابة بطاقة هوية إلكترونية لصاحب التوقيع.

وتحقيق درجة قبول مميزة لوسائل التعاقد والإثبات الإلكترونية يتطلب تهيئة بيئة قانونية مناسبة وثقافية عامة للتواصل مع إفرازات عصر المعلومات الآخذة في التطور السريع [2].

1) راجع: نور خالد العبد الرزاق، مرجع سابق، ص474.

2) راجع: د. تامر محمد سليمان الدمياطي: «إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت»، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008.

النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج:

إن مفهوم العقد الإلكتروني لا يختلف عن مفهوم العقد التقليدي، إلا أنه يتميز عنه في الوسيلة التي يتم إبرامه بها، وهي وسيلة إلكترونية.

الرأي الراجح في الفقه القانوني أن العقد الإلكتروني يتمتع بالصفة الإلكترونية متى تم إبرامه أو تنفيذه ولو جزئياً عبر وسيلة من وسائل الاتصال الإلكتروني.

إن العقد الإلكتروني يثير العديد من التحديات القانونية للنظم القانونية التقليدية القائمة، وتتمحور مجمل هذه التحديات في أثر استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة في إنشاء العقد وتنفيذه.

إضافة نصوص خاصة بحماية المستهلك في العقود الإلكترونية، تقرر حقه في العدول عن العقد بعد إبرامه وفقاً للضوابط التي يحددها القانون، وكذلك إضافة نصوص خاصة بتنظيم حماية البيانات الشخصية للمستهلك، ونصوص خاصة بتحديد جهات الاختصاص في الفصل في المنازعات الإلكترونية، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

يعتبر العقد الإلكتروني عقد إذعان إذا لم يكن هناك تفاوض، فالأمر يتوقف على مدى إمكانية التفاوض حول شروط العقد.

يعد الإثبات بالوسائل الإلكترونية من العناصر الأساسية في العلاقة التعاقدية مما يسهم في حسم النزاع.

ثانياً: التوصيات:

نهيب بالمشرع المصري سرعة تفعيل قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006، بما يكفل الحماية المدنية والجنائية اللازمتين للحفاظ عليها.

إنشاء شهر عقاري إلكتروني يتولى توثيق المعاملات الإلكترونية وخاصة في حالات استخدام المستهلك لشبكة الإنترنت، وهو الأمر الذي يضفي الثقة، والأمان للمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.

ضرورة تفعيل دور جامعة الدول العربية، لكي تقوم بإصدار قانون موحد لحماية المستهلك، وكذلك للتجارة الإلكترونية في العالم العربي.

تشجيع إنشاء جمعيات وهيئات لحماية المستهلك الإلكتروني حيث قد يتعذر عليه مواجهة القرصنة الإلكترونية.

أهمية سد الفراغ التشريعي في مجال التجارة الإلكترونية ودعوة كافة الدول العربية لوضع تشريعات تكفل الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية والمستهلك الإلكتروني وتكفل الحماية اللازمة لحقوق الملكية الفكرية وحقوق المؤلف. وتطوير قانون الإثبات بما يتمشى مع متطلبات التجارة الإلكترونية.

تفعيل دور التعاون الدولي والعربي في مجال التجارة الإلكترونية وحمايتها ودعوة الدول العربية التي لديها فراغ تشريعي إلى إصدار تشريع خاص بالجرائم المعلوماتية.

أهمية حماية المستهلك الإلكتروني باعتباره الطرف الضعيف في عملية التجارة الإلكترونية.

أهمية حماية حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة الإلكترونية وأثر ذلك على الحماية الجنائية لهذه التجارة.

أشارت الدراسة إلى اهتمام القوانين المقارنة بدورها في تنظيم التجارة الإلكترونية وأنظمتها مثل القانون الفرنسي.

واهتمت معظم التشريعات المقارنة بحماية المستهلك الإلكتروني باعتباره الطرف الضعيف في التجارة الإلكترونية.

واهتمت التشريعات المقارنة كذلك بحماية الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة الإلكترونية وحماية حق المؤلف وحماية العلامات التجارية.

نهيب بالمشرع المصري سن قواعد خاصة للعقود المبرمة مع المستهلك الإلكتروني، نظراً للمخاطر التي تحيق به حين يتم التعاقد عن بعد من خلال تلمس خطى التوجيه الأوروبي رقم 7-97 الصادر في 20 مايو 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد. والقانون الفرنسي رقم 575 لسنة 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي.

قائمـــة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

- إبراهيم أحمد إبراهيم: «الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية»، مؤتمر الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإلكترونية، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة 17-18 يناير 2004.

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: «إبرام العقد الإلكتروني»، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، دبي، 2003.

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: «الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية»، مطبوعات مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003.

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: «مسؤولية مقدمي صدمات التصديق الإلكترونية»، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية»، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، مايو 2003.

- إبراهيم العيسوي: «التجارة الإلكترونية»، المكتبة الأكاديمية، 2003.

- إبراهيم المنجي: «عقد نقل التكنولوجيا»، الطبعة الأولى، 2002.

- إبراهيم عبيد علي آل علي: «العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2010.

- أبو العلا علي أبو العلا النمر: «الجديد في الإثبات الجنائي»، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2001.

- أبو العلا علي أبو العلا النمر: «مشروع خطة قانونية لتفعيل التجارة الإلكترونية»، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي 17-18 يناير 2004.

- أحمد أبو الوفا: «التعليق على نصوص قانون الإثبات»، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

- أحمد الرفاعي: «الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي»، دار النهضة العربية، 1994.

- أحمد السيد طه كردي: «إطار مقترح لحماية حقوق المستهلك من مخاطر التجارة الإلكترونية»، قسم إدارة أعمال، كلية التجارة، جامعة بنها، 2011.

- أحمد شرف الدين: «أصول الصياغة القانونية للعقود»، بدون ناشر، 1998.

- أحمد شرف الدين: «الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته»، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والأجنبية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 26-28 أبريل 2003.

- أحمد شرف الدين: «عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته»، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، طبعة 2000-2001.

- أحمد عبد الكريم سلامة: «القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي)»، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002.

- أحمد عبد الكريم سلامة: «حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص»، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد في الفترة 26-28 أبريل 2003.

- أحمد محمد الرفاعي: «الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي»، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

- أسامة أبو الحسن مجاهد: «الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

- أسامة أبو الحسن مجاهد: «خصوصية التعاقد عبر الإنترنت»، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات، في الفترة من 1-3 مايو 2000.

- أسامة أحمد بدر: «حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني»، الطبعة الأولى، دار الجامعة الحديثة للنشر، 2005.

- أشرف توفيق شمس الدين: «الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني»، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2006.

- أشرف وفا محمد: «عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص»، المؤتمر الدولي الثالث عن الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإلكترونية، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ووزارة الاتصالات والمعلومات المصرية، المنعقد بجامعة الدول العربية بالقاهرة يومي 17-18 يناير 2004.

- الأمم المتحدة، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا): «الملامح الإقليمية لمجتمع المعلومات في غربي آسيا»، 2003، ص57. وطبقاً لتعريف منظمة التجارة العالمية الإلكترونية تعني: «إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع أو توصيل السلع والخدمات بوسائل أو أدوات إلكترونية».

- أنور سلطان: «النظرية العامة للالتزام»، الإسكندرية، بدون ناشر، 1983.

- أنور سلطان: «قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية»، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

- أيمن سعد سليم: «التوثيق والإثبات في مجال المعلومات»، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 2006.

- إيهاب الدسوقي: «الأبعاد الاقتصادية والمالية للتجارة الإلكترونية مع التطبيق على مصر»، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، العدد 467-468.
- البنك الأهلي المصري - النشرة الاقتصادية - «التجارة الإلكترونية تطورها ومستقبلها» - العدد الثاني - المجلد الخامس والخمسون - القاهرة 2002.
- البنك الأهلي المصري: «تكنولوجيا المعلومات والاتصالات»، النشرة الاقتصادية، العدد الأول، المجلد الثامن والخمسون، 2005.
- بنك القاهرة - النشرة الاقتصادية المصرفية - العدد الأول - مارس 2001.
- بهاء شاهين: «العولمة والتجارة الإلكترونية» - الدار - القاهرة 2000.
- تامر محمد سليمان الدمياطي: «إثبات العقد الإلكتروني عبر الإنترنت»، بهجات للطباعة، الطبعة الأولى، 2009.
- ثروت عبد الحميد: «التوقيع الإلكتروني»، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 2003.
- جميل الشرقاوي: «النظرية العامة للالتزام»، الكتاب الأول، مصادر الالتزام»، دار النهضة العربية، 1976.
- جميل عبد الباقي الصغير: «أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- حامد عبد العزيز الجمال: «التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة»، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.
- حداد العيد: «الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الإنترنت»، جامعة الجلفة/ كلية الحقوق، الملتقى الدولي الأول حول «التنظيم القانوني للإنترنت والجريمة المنظمة» 29/27 أبريل، 2009.
- حسام الدين كامل الأهواني: «المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، ومراحل إعداد العقد الدولي»، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة (2-3 يناير 1993).
- حسام محمود لطفي: «استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها»، دار النهضة العربية، 1993.
- حسام محمود لطفي: «الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية»، دار النهضة العربية، 2002.
- حسن عبد الباسط جميعي: «إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- حسن عبد الباسط جميعي: «الإثبات في المواد المدنية والتجارية»، دار النهضة العربية، 2003.

- حسن عبد الباسط جميعي: «حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك»، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- حسن عبد الباسط جميعي: «عقود برامج الحاسب الآلي»، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- حسنين المحمدي بوادي: «الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي»، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- حمد الله محمد حمد الله: «حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك»، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1997.
- حمدي عبد الرحمن: «فكرة القانون»، بحث في تعريف القانون وأساسه، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1978.
- خالد المهيري: «حماية المستهلك الإلكتروني»، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، أبريل 2003.
- خالد ممدوح إبراهيم: «إبرام العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- خالد ممدوح إبراهيم: «حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية»، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- رأفت رضوان وآخرون: «الضرائب في عالم الأعمال الإلكترونية»، التنمية والسياسات الاقتصادية، المجلد (2)، العدد (2)، يونيو 2000.
- رأفت رضوان: «عالم التجارة الإلكترونية»، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999.
- رجب كريم عبد اللاه: «التفاوض على العقود وإبرامها»، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، 2000.
- رمضان صديق محمد: «التجارة الإلكترونية وآثارها المتوقعة على اقتصاديات الدول النامية»، مجلة الكويت الاقتصادية، العدد 12، السنة السادسة عام 2002.
- زينب حسين عوض الله: «العائد الاقتصادي للتجارة الإلكترونية في الدول النامية (الفرص والتحديات)»، مؤتمر التجارة الإلكترونية «الإعسار عبر الحدود»، مركز القاهرة للتحكيم الدولي، نوفمبر 2002.
- سعيد السيد قنديل: «التوقيع الإلكتروني بين التدويل والاقتباس»، دار النشر الجامعية، الإسكندرية، ط 2004.
- سعيد عبد اللطيف حسن: «إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت»، دار النهضة العربية.

- سمير حامد عبد العزيز الجمال: «التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة - دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- سمير عبد الستار تناغوه: «النظرية العامة في الإثبات»، منشأة المعارف، القاهرة، 1999.
- سهير حجازي: «التهديدات الإجرامية للتجارة الإلكترونية»، بحوث ودراسات شرطة دبي، العدد 91 لسنة 1999.
- سهير منتصر: «الالتزام بالتبصير»، دار النهضة العربية، 1995.
- السيد عليوة: «التجارة الإلكترونية ومهارات التسويق العلمي»، الأمين للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2002.
- السيد محمد السيد عمران: «حماية المستهلك أثناء تكوين العقد»، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- شحاتة غريب محمد: «التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- شريف هاشم: «الإطار التشريعي للتجارة الإلكترونية»، محاضرة مؤتمر كايرو تيليكومب، القاهرة، 2002.
الصالحين محمد أبو بكر: «الشكلية في عقود الإنترنت»، بحث منشور على الموقع:
www.damascusbar.org
- طارق عبد العال: «التجارة الإلكترونية»، الدار الجامعية، 2005.
- عادل أبو هشيمة محمود: «عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- عايض راشد المري: «حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في الإثبات»، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، 1998.
- عبد الحق حميش: «حماية المستهلك الإلكتروني»، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، مايو 2003، المجلد الثالث.
- عبد الرازق أحمد السنهوري: «الوسيط في شرح القانون المدني، العقد».
- عبد الرازق أحمد السنهوري: «الوسيط»، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1981.
- عبد الرزاق السنهوري: «الوسيط»، الجزء الثاني، الإثبات وآثار الالتزام، القاهرة، 1956.
- عبد العزيز المرسي حمود: «الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد»، بدون ناشر، 2005.

- عبد الفتاح بيومي حجازي: «التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: «الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت»، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: «النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: «حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: «مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- عبد الفتاح مراد: «التجارة الإلكترونية والبيع والشراء على شبكة الإنترنت»، الناشر دار البهاء للبرمجيات، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- عبد الله الخرشوم: «عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت»، مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للمعاملات الإلكترونية»، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة 26-28 أبريل 2003.
- عبد الله ذيب عبد الله محمود: «حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني»، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.
- عبد المنعم فرج الصدة: «مصادر الالتزام»، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- عبد الناصر محمد محمود فرغلي: «الإثبات العلمي لجرائم تزييف وتزوير المحررات التقليدية والإلكترونية»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010.
- عزت ملوك قناوي: «مستقبل التجارة الإلكترونية في مصر في ضوء تحديات المنافسة»، المؤتمر العلمي الثالث والعشرين للاقتصاديين المصريين، «القدرة التنافسية للاقتصاد المصري»، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء التشريعي، 8-10 مايو 2003.
- علاء عبد الباسط خلاف: «الحماية الجنائية لوسائل الاتصال الحديثة» (الحاسب الإلكتروني والإنترنت)، دار النهضة العربية، 2002.
- علي رضا: «دراسة في التوقيع الإلكتروني»، بحث منشور على: www.tashreaat.com.
- علي عبد القادر القهوجي: «الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً».
- عماد الدين خلف الحسيني: «عالم الاتصالات بين الماضي والحاضر والمستقبل»، مركز

الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.

- عمر خالد محمد الزريقات: «عقد البيع عبر الإنترنت»، دراسة تحليلية، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، 2005.

- عمرو زكي عبد المتعال: «الأمن القانوني للأعمال الإلكترونية في مصر»، المؤتمر الدولي الثالث عن الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإلكترونية، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال)- القاهرة 17-18 يناير 2004.

- عنادل عبد الحميد المطر: «التراضي في العقد الإلكتروني»، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009.

- فاروق سيد حسين: «اتصالات البيانات وتأمينها»، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2001.

- فتحية محمد قوراري: «الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المضللة»، دراسة في القانون الإماراتي والمقارن، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، سبتمبر 2009.

- قدري عبد الفتاح الشهاوي: «شرح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية ولائحته التنفيذية وقانون حماية المستهلك ومذكرته الإيضاحية»، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية.

- قدري محمد محمود: «حماية المستهلك في العقد الإلكتروني»، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012.

- قضايا التخطيط والتنمية (2002): «نحو استراتيجية للاستفادة من التجارة الإلكترونية في مصر»، معهد التخطيط القومي.

- قضايا التخطيط والتنمية: «التجارة الإلكترونية»، معهد التخطيط القومي، 2002.

- كوثر سعيد عدنان خالد: «حماية المستهلك الإلكتروني Protection du Consommateur électronique»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2010، ص 81.

- لورنس محمد عبيدات: «إثبات العقد الإلكتروني»، بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراة في القانون، من معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة، قسم الدراسات القانونية، 2004.

- مؤتمر مكافحة جرائم تقنية المعلومات، جامعة الشارقة، كلية القانون، نوفمبر، 2006.

- محرم الحداد: «التجارة الإلكترونية في مصر»، مايو 2002.

- محمد إبراهيم الهيجاء: «التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.

- محمد أبو القاسم: «التسويق عبر الإنترنت»، دار الأمين.

- محمد أبو زيد: «تحديث قانون الإثبات»، مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، 2002.
- محمد أديب غنيمي: «مستقبل الحاسبات»، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2001.
- محمد السعيد رشدي: «الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات»، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، الشرق، 1997.
- محمد السعيد رشدي: «التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة»، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1996.
- محمد السعيد رشدي: «حجية الوسائل الحديثة في الإثبات»، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي/26-28 أبريل 2003.
- محمد المرسي زهرة: «أحكام الإثبات في ضوء قانون الإثبات الاتحادي رقم (10) لسنة 1992 في المعاملات المدنية والتجارية»، مطبوعات جامعة الإمارات، 2005.
- محمد المرسي زهرة: «الحاسوب والقانون»، مطبوعات مؤسسة الكويت للتقدم العلمي.
- محمد المرسي زهرة: «الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية»، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008.
- محمد المرسي زهرة: «الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- محمد المرسي زهرة: «مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية»، بحث مقدم لمؤتمر الكمبيوتر والقانون والإنترنت، جامعة الإمارات، في الفترة من 1-3/مايو/2000.
- محمد أمين الرومي المحامي: «التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت»، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
- محمد أمين الرومي: «المستند الإلكتروني»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- محمد حسام لطفي: «الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية»، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية»، القاهرة، 2002.
- محمد حسن قاسم: «قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية»، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
- محمد حسين منصور: «الإثبات التقليدي والإلكتروني»، 2006.
- محمد حسين منصور: «المسؤولية الإلكترونية»، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- محمد سعد خليفة: «مشكلات البيع عبر الإنترنت»، دار النهضة العربية، 2004.
- محمد شكري سرور: «التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك»، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول «الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية»، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، من 26-28 أبريل 2003.

- محمد عبيد الكعبي: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009.
- محمد محمد محمد أبو زيد: «المستجدات التشريعية في دولة الإمارات العربية المتحدة»، مجلة معهد دبي القضائي.
- محمود السيد عبد المعطي خيال: «الإنترنت وبعض الجوانب القانونية»، دار النهضة العربية.
- محمود السيد عبد المعطي خيال: «النظرية العامة للالتزام»، مصادر الالتزام، بدون سنة طبع.
- محمود السيد عبد المعطي خيال: «مصادر الالتزام».
- محمود جمال الدين زكي: «المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري»، مطبعة جامعة القاهرة، 2001.
- محمود جمال الدين زكي: «الوجيز في النظرية العامة للالتزامات»، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 1978.
- مدحت رمضان: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- مدحت رمضان: «جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت».
- مدحت عبد الحليم رمضان: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية»، دار النهضة العربية، 2001.
- مصطفى أحمد إبراهيم: «العقد الإلكتروني»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2009.
- ممدوح محمد مبروك: «مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي: «التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات»، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- ميرفت عبد المنعم صادق: «الحماية الجنائية للمستهلك»، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة، 1996.
- نادر بشار الزغبي: «حفظ البيانات المعالجة إلكترونياً»، دار الرائد للنشر، المملكة الأردنية الهاشمية، 2006.
- نزيه محمد الصادق المهدي: «الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد»، دار النهضة العربية، 1999.
- نزيه محمد الصادق المهدي: «النظرية العامة للالتزام»، جزء 1، مصادر الالتزام، 2009.
- نضال إسماعيل إبراهيم: «أحكام عقود التجارة الإلكترونية»، دار الثقافة، عمان، 2005.
- نهلة أحمد قنديل: «حماية المستهلك (رؤية تسويقية)»، القاهرة، دار الهاني للطباعة والنشر، بدون تاريخ نشر.

- نور خالد العبد الرزاق: «حجية المحررات والتوقيع الإلكتروني في الإثبات عبر شبكة الإنترنت»، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009.
- نيفين كمال حامد: «قانون حماية المستهلك - لقاء الخبراء»، معهد التخطيط القومي، سلسلة أوراق اقتصادية، العدد رقم (5)، أغسطس 2007.
- هدى حامد قشقوش: «الجرائم المعلوماتية»، مجلة مركز بحوث الشرطة، العدد العشرون، يوليو 2001.
- هدى حامد قشقوش: «الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- هلالي عبد اللاه أحمد: «اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية»، دار النهضة العربية، 2007.
- يونس عرب: «حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية»، متاح على الموقع الإلكتروني: www.arablaw.org.
- يونس عرب: «قانون الكمبيوتر»، منشورات اتحاد المصارف العربية، بيروت، 2001.
- مجلة المعهد التي يصدرها «معهد دبي القضائي»، العدد (13)، يناير 2013، دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- مجلة معهد دبي القضائي، العدد 13 يناير 2013.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية:

- Backers, «Electronic Commerce in the Global Context», Presentation, Agency for International Trade Information and Cooperation, September, 1999.
- Coppel, J. E-Commerce: Impacts and Policy Challenges, OECD, Economic Dept. Working Paper No. 252, June 2000; www.oecd.org/eco/eco.
- David Gillen and Ashish Lall, «The Economics of the Internet the New Economy and Opportunities for Airports», Journal of Air Transports Management 8, 2002. www.elsevier.com/locate/jairtraman.
- Douglas Rushkoff. Cyberia, Life in the Trenches of Hyperspace, Harper San Francisco, U.S.A., 1995.
- Gerald. S, Fritjof. B: «E. commerce law in Europe and the USA», Springer, London, 2002.

- John Dicki, «Internet and Electronic Commerce Law in the European Union», Porland Oregon, Hart Publishing, Oxford, 1999.
- John Dickie, «Internet and Electronic Commerce Law in the European Union», Portland Oregon, Hart Publishing, Oxford, 2000.
- Magda Ismail: «Egypt´s Electronic Commerce Initiative» Executive Summary, Internet Society of Egypt. March, 1998.
- Singh, A. Didar: Electronic Commerce: Issues for the South, Working Paper No. 4 of the Trade-Related Agenda, Development and Equity (T.R.A.D.E), October, The South Centre, 1999.
- Thomas Smedinqoff and Rush Hill Broof Baker, Makenzie. www.tabs3/findlaw.com.
- UNCTAD, E-commerce and Development Report 2001, New York, 2001.
- UNCTAD: «Secrets of Electronic Commerce», International Trade Center, ITC, 2000.
- United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific.
- WIPO, Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues. WIPO, 2000; http://ecommerce.wipo.int/primer.
- WIPO, Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues, WIPO 2000.

ثالثاً: المراجع باللغة الفرنسية:

- «Le Commerce électronique, aspects juridiques», Alain Bensoussan, Hermes, Paris 1998.
- Alexander (Raymond): La signature électronique un évolution fondamentale du droit de la preuve, Presses Universitaires D´Aix - Marseille, 2002.
- Amegee (Maximilien): La signature électronique fragilise - t - elle le contrat?, Novembre 2002, sur le site: http://www.lexana.org/a/htm/2002 1211ma.htm.

– Bochurberg (Lionel): Internet et commerce électronique, DELMAS, Paris, 2001.

– Breese (Pierre): Kaufman (Gautier): Guide juridique de l´internet et du commerce électronique, Vuibert, Paris, 2000.

– Caprioli (Eric): Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Paris, Litec, Édition du Juris - Classeur, 2002.

– de Lamberterie (Isabelle); Vivant (Michel): Commerce électronique: de nouvelles pratiques contractuelles? Aetes du colloque organisé par l›École doctorale de droit public et de droit fiscal de l›Université Paris 1, les 25 et 26 septembre 2000, Collection légipresse, Paris, 2001.

– Fausse (Arnaud - F.): La signature électronique, Dunod, Paris, 2001.

– Isabelle de Lamberterie, Michel Vivant: Commerce électronique: de nouvelles pratiques contractuelles?, Actes du colloque organisé par l´École dectorale de droit public et de droit fiscal de l´Université Paris 1, les 25 et 26 Septembre 2000, Collection Légipresse, Paris, 2001.

– Isabelle de Lamberterie, Michel Vivant: Commerce électronique: de nouvelles pratiques contractuelles?.

– Macarez (Nicolas); Leslé (Francois): Le commerce électronique, PUF, Paris, Mai 2001.

– Michelle Jean - Baptiste: Créer et exploiter un commerce électronique, Litec, Paris, 1998.

– Olèvier d´auzon, le droit du commerce électronique.

– Pierre A. Buigues: «Les enjeux pour la concurrence des marchés lies à Internet et au commerce électronique», la Gazette du palais, 23, 24 Juin 2000, doctrine.

– Pierre Laffitte; René Tregout: Les conséquences de L´évolution scientifique et technique dans le secteur des télécommunications, Rapport d´information 159 (20012002-) O.P.D.C.S.T, p. 40, Sur le site: http://www.senat.fr/rap/rol-159mono.html.

- Piette - Coudol (Thierry): La signature électronique, Litec, Paris, 2001.
- Rallet (Alain): Commerce électronique ou électronisation du commerce, Ilermès Science Publications, Paris, 2001.
- TABAROT (Michèle): Le projet de loi pour la confiance dans l´économie numérique, Assemblée-Nationale, fr. Paris, 2003.
- Thieffry (Patrick): Commerce électronique, droit international et européen, Litec, Paris, 2002.
- Turk (Alex): La confiance dans l´économie numérique, Bienvenue au sénat, 20022003-.
- V. Fausto Pocar: La protection de la partie faible en droit international privé, RCADI, tome 188, 1984.
- V. Jean-Baptiste: Créer et exploiter commerce éelectronique, litec, Paris.
- V. M. Vivant: Les contrats du commerce électronique, conception-construction-réduction, litec, Paris, 1999.
- Vivant (Michel): Les contrats du commerce électronique, Litec, Paris, 1999.
- Xavier Linants de Bellefonds-Alain Hallande, Pratique du droit de l´informatique, 4éme éd. Delmas, 1998; Valerie Sedallien, création d´une site sur l´internet, aspects juridiques. Voir le site: www.internet_juridiques.net.

رابعاً: المواقع الإلكترونية:

- www.2.computerprivacy.org/bills
- www.ccls.edu.eclip2news
- www.legislation.hmso.gov.

معهد دبي القضائي

الرقابة على محتوى الإنترنت

الدكتور: طاهر شوقي مؤمن

كلية الحقوق - جامعة حلوان

مقدمة

الإنترنت Internet اختصار للمصطلح الإنجليزي International Network وتعني الشبكة الدولية، وهي الشبكة التي تعمل على الربط والوصل بين أجهزة الكمبيوتر حول العالم، ويتم من خلالها إدخال وتناقل واستعراض البيانات والمعلومات وسائر الخدمات المرتبطة بها [1]، وتتميز الشبكة بأنها عالمية، حيث لا تفرق الحدود الجغرافية بين الدول، وبالتالي تعمل على سرعة انتشار محتويات Contenus الإنترنت، كما أنها شبكة غير متخصصة، فهي تحتوي الكثير من المعلومات في شتى المجالات سواء عسكرية أو سياسية أو اقتصادية أو مالية أو قانونية لذا يسميها البعض بنك المعلومات [2].

ويعد الإنترنت إحدى أدوات الاتصال بين البشر، وهي شبكة تستحوذ على اهتمام حوالي 30% من سكان العالم وفقاً لما جاء في إحصائيات موقع internet world stats من أن عدد مستخدمي الإنترنت بلغ في أغسطس 2011 حوالي 2.095 مليار مستخدم حول العالم، كما جاء في كتاب حقائق العالم أن عدد مستخدمي الإنترنت في الولايات المتحدة 77% من السكان، وفي مصر حوالي 24% من السكان، وفي الإمارات حوالي 75% من السكان خلال عام 2010 [3].

1) د. إبراهيم عبيد: العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراة غير منشورة، القاهرة، كلية حقوق حلوان، سنة 2010، ص38.

2) د. محمد حسام: عقود خدمات المعلومات، القاهرة، بدون ناشر، سنة 1994 ، د. أيمن البقلي: النظام القانوني لعقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية، رسالة دكتوراة غير منشورة، أسيوط، كلية حقوق أسيوط، سنة 2009 ، د.أسامة مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 2000، راجع الموقع:

www.teqtoday.com , www.italib.net

3) راجع الموقع: www.fevod.com ، www.teedoz.com

وأمـام تزايد عدد مستخدمي الإنترنت نشأ ما يُسمى بالعالم الافتراضي أو المجتمع الافتراضي، والذي خلق فضاءً جديداً للتعبير الإنساني، حسب ما جاء في تقرير مجلس الدولة الفرنسي في 2 يوليو 1998 في وصف الإنترنت [1].

والمجتمع الافتراضي أو مجتمع الإنترنت مثل أي مجتمع إنساني يحتاج إلى القانون لتنظيمه وحل مشكلاته المتعددة، ونظراً لأن الإنترنت شبكة عالمية فإن حل مشكلات هذا المجتمع يستلزم الرجوع إلى الأنظمة القانونية المختلفة حول العالم، وبالتالي الرجوع للقانون العام لمختلف الدول باعتباره المطبق على الإنترنت، وهذا القانون العام يتمثل في المبادئ الجوهرية للقانون والتي تدخل تحت مظلة النظام العام الدولي ordre public international [2].

ووفقاً للنظام العام الدولي يجب على كل أفراد المجتمع احترام المبادئ الجوهرية للقانون، وهي مبادئ تم إقرارها في العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، وأهمها احترام الحقوق والحريات الأساسية للإنسان وبالتالي عدم الاعتداء عليها، وأي حق يقابله واجب قانوني خاص على عاتق شخص معين أو أشخاص معينين بالإضافة إلى الواجب القانوني العام الذي يقابل كل الحقوق، والذي يفرض على كل الناس وجوب احترامه [3].

1) جاء في تقرير الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسي التعبير الآتي:
«un nouval espase d› expression humaine»
راجع التقرير على الموقع: www.internet.gouv.fr

2) Renaud Berthou: internet et le respect des principes essentiels du droit du for, Juin 1999, le 15 Juin 2000, sur le site, www.juriscom.net , P.3 et P. 26.

3) د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام «مصادر الالتزام»، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1991، ص8.

وهذه الحقوق والحريات تتم ممارستها على شبكة الإنترنت باعتبار أن الشبكة مجتمع افتراضي، ومن أهم هذه الحقوق حرية التعبير وحرية الحصول على المعلومات، إلا أن البعض أساء فهم هذه الحقوق والحريات واعتبرها حقوقاً مطلقةً بلا قيود، وهو الأمر الذي نراه على شبكة الإنترنت من خلال المحتويات المنشورة، متناسين أن أي حق يقابله واجب احترام القانون والنظام العام والآداب العامة، فلم نعرف في أي قانون على وجه الأرض أية حقوق مطلقة، وإنما هناك حقوق مقيدة بشروط.

وأمام التمسك بحرية التعبير وحرية الحصول على المعلومات؛ قام البعض بانتهاك حقوق الغير معتقدين أن الإنترنت عالم بلا قانون تنتهك فيه الحرمات والحقوق، وبلا حسيب أو رقيب يحول بينهم وبين تلك الانتهاكات المستمرة يومياً، وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور العديد من المواقع غير المشروعة والتي تحتوي موضوعات تخالف المبادئ الجوهرية للنظام العام الدولي، فظهرت مواقع للمخدرات وأخرى للتجسس وتجارة الأسلحة ومواقع إباحية.

وأمام كثرة المواقع غير المشروعة على شبكة الإنترنت انقسم الرأي إلى فريقين، أحدهما يرى ضرورة المحافظة على الحقوق والحريات مهما كانت الأضرار، بينما ينادي البعض الآخر بضرورة فرض رقابة على محتوى الإنترنت وذلك للمحافظة على النظام القانوني للمجتمع الافتراضي، وهو الأمر الذي تسير عليه معظم دول العالم المتقدم منها والنامي.

وقد اخترنا للبحث موضوع الرقابة على محتوى الإنترنت وذلك لأسباب عدة، منها اختلاط الأمر لدى الكثيرين وخاصة دعاة حقوق الإنسان بأن الحقوق والحريات مطلقة وبالتالي لا يوجد رقابة عليها وهو أمر غير صحيح حتى في الدول المتقدمة، حيث توجد الرقابة في أمريكا والدول الأوروبية، وثانياً ندرة الأبحاث المتعلقة بالرقابة على محتوى الإنترنت، وهو ما نعرضه من خلال هذا البحث على أن يكون إطار البحث من خلال الاتفاقيات والقوانين السارية لدى الاتحاد الأوروبي والقوانين المتعلقة بها في كلٍ من فرنسا ومصر والإمارات.

وقد رأينا تقسيم البحث إلى:

المبحث الأول: الرقابة على الإنترنت بين الرفض والقبول.

المبحث الثاني: محتوى الإنترنت الخاضع للرقابة.

المبحث الثالث: جهات الرقابة على الإنترنت.

والله ولي التوفيق

المبحث الأول
الرقابة على الإنترنت بين الرفض والقبول

أصبح الإنترنت أداةً مهمة للأعمال والتواصل بين الأفراد والحكومات والمشروعات، ومصدراً للثقافة والتعليم، كما أن وسيلة للحصول على المعلومات، وأداةٌ للتعبير والرأي وهو ما عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي في تقرير صادر عن جمعيته العامة في 2 يوليو 1998 بأن الإنترنت فضاءٌ جديد للتعبير الإنساني [1].

ويتم من خلال الإنترنت ممارسة بعض الحقوق والحريات إلا أن البعض تمادى في حقوقه وحرياته حتى نال من حقوق الآخرين، مستغلاً في ذلك حرية الإنترنت، وأمام هذه التجاوزات نادى الكثير بضرورة فرض رقابة على محتوى الإنترنت، ومن ناحية أخرى رفض البعض فرض أي نوع من الرقابة، ولكل جانب وجهة نظر يدعمها بالأسانيد، وفيما يلي نعرض لوجهتي النظرً في فرعين.

الفرع الأول
رفض الرقابة على الإنترنت

رفض البعض فرض أي نوع من الرقابة على محتوى الإنترنت، وفي رأي هذا البعض أن الإنترنت يجب أن يظل قمة الحرية في العالم، وأن مجتمع الإنترنت يجب أن يظل مفتوحاً بلا قيود من أي نوع، وأن الحدود التي تفصل بين الدول والشعوب يجب أن تسقط في عالم الإنترنت، ومن أنصار هذا الاتجاه دعاة حقوق الإنسان حول العالم وفي كافة المجتمعات، وقد اعتمد هذا الاتجاه على الأسانيد التالية:

1 - إن الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي تمثل كافة دول العالم أصدرت في 10 ديسمبر 1948 الإعلان العالمي لحقوق الإنسان la déclaration universelle des droits de l'homme وهو يتكون من ثلاثين مادة تناولت كافة حقوق الإنسان من سياسية ومدنية واقتصادية واجتماعية، ومنها ما جاء في المادة الثالثة عن حق كل فرد في الحياة والحرية وسلامة شخصه [2].

1) Renaud Berthou, op. cit., P. 14.

2) راجع مواد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على الموقع: www.un.org/ar

2 - إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذا الاتفاقية الدولية للحقوق السياسية والمدنية والتي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 أكدتا على حق كل فرد في حرية الرأي والتعبير عنه [1]، وأن تلك الحرية تتم ممارستها بأي وسيلة كانت ومنها بالطبع شبكة الإنترنت.

3 - إن معظم دساتير العالم كفلت الحريات الأساسية للإنسان، ومنها حرية الاتصال وحق الحصول على المعلومات وحرية التعبير والرأي، وأنه لا يجب الانتقاص منها بفرض رقابة على شبكة الإنترنت، وأن تلك الحريات من الحريات العامة والتي لا تعترف بالحدود [2].

4 - إن فرض رقابة على الإنترنت تهديدٌ لحرية التعبير بوجه عام وسيمكن الحكومات من منع مواقع كثيرة لأسباب غالباً ما تكون سياسية، فإذا حدث توترٌ بين أي دولة وأخرى دخلت مواقع الإنترنت دائرة المنع والحجب، وأن الإنترنت أصبحت من ضمن المعارك الحربية بين الدول، وأن كل دولة متحاربة مع أخرى تقوم بمنع مواقعها على الشبكة، وهو ما قد يؤدي إلى قيام الدول الأخرى بالمنع طبقاً لمبدأ المعاملة بالمثل وتبدأ حرب الشبكات، وأن المحصلة النهائية ستكون مزيداً من الرقابة العالمية لمحتوى الإنترنت وبالتالي تفقد الشبكة أهم مزاياها وهي الحرية والمشاركة والتواصل بين البشر، لذا فإن ما قامت به الحكومة الأمريكية بوضع مشروع قانون تقدم به مجلس النواب الأمريكي باسم SOPA [3] يهدد حرية الإنترنت، والذي على إثره قامت شبكة جوجل وغيرها من المواقع بالاحتجاج على القانون وطلبت من مستخدميها إعلان رفض القانون وهو ما أدى إلى إيقافه [4].

وفي نفس هذا الاتجاه صدرت بعض الأحكام المؤيدة لوجهة النظر هذه، منها ما صدر عن محكمة القضاء للاتحاد الأوروبي CJUE في 24 نوفمبر 2011 بأنه لا يمكن إجبار شركات الإنترنت على منع التحميل غير القانوني للمواد من على شبكاتها، وبالتالي لا يمكن إجبار الشركات على وضع نظام للفلترة، وذكرت المحكمة في حيثياتها أن المحكمة البلجيكية أخطأت بقبول طلب شركة سابام Sabam (شركة بلجيكية لحقوق الأعمال الموسيقية) لإجبار شركة

1) راجع المادة 19 في كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الدولية للحقوق السياسية والمدنية، على الموقع: www.un.org/ar ، وراجع د. علي حسن: حماية حقوق الإنسان في مصر بين الواقع والقانون، القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 62، سنة 1992، ص30.

2) Renaud Berthou, op. cit., P. 53.

3) اختصاراً لـ Stop Online Piracy Act.

4) راجع الموقع www.maccawy.com تحت عنوان «مسودات القوانين الأمريكية .... هل تهدد حرية الإنترنت».

سكارليت Scarlet (شركة خدمات إنترنت وتستخدم لتنزيل أعمال موسيقية بشكل غير قانوني من شبكة لأخرى) على وضع نظام للفلترة على شبكاتها لوقف عمليات التحميل غير القانونية للأعمال الموسيقية، ويرجع هذا الخطأ في قبول طلب سابام إلى أن المحكمة خالفت توجيهات الاتحاد الأوروبي «التوجيه رقم 2000/31» بشأن التجارة الإلكترونية وذلك في المادة 15 والتي طالبت الدول الأعضاء بعدم إلزام مقدمي الخدمات بالرقابة على المعلومات المنقولة أو المخزنة على الخط [1].

وفي مصر قضت محكمة القضاء الإداري «دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار» بجلسة 29 ديسمبر 2007 في الدعوى رقم 15575 لسنة 61ق برفض طلبات الطاعن بحجب مواقع إلكترونية، حيث اعتبرها الطاعن مواقع إرهابية تسيء إلى سمعة مصر ورئيسها وسمعة الطاعن، وقد استندت المحكمة في رفضها طلبات الطاعن إلى أن حرية الرأي مكفولة طبقاً للمادة 47 من الدستور، كما أن حرية الصحافة والنشر ووسائل الإعلام مكفولة بالمادة 48 من الدستور، كما جاء بالمادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية:

1 - لكل إنسان حق اعتناق آراء دون مضايقة.

2 - لكل إنسان حق التعبير وتشمل حريته في التماس دروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في أي قالب فني أو بأية وسيلة أخرى.

ولما كان ليس للطاعن مصلحة شخصية ومباشرة وأن جهة الإدارة رفضت إصدار قرار يفهم منه أن جهة الإدارة انحازت إلى الأصل وهو حرية التعبير ورفضت الاستثناء وهو التقييد وأن حجب المواقع الإلكترونية من ذات جنس حظر صحيفة مكتوبة وهو قيد على حرية التعبير، أما بخصوص ما ينسب أنه سب وقذف وتشهير بحق الطاعن ونزولاً على قاعدة ترتيب المصالح عند التعارض؛ فإن المحكمة ترجح جانب الحرية على حساب المسؤولية إلى أن يتدخل المشرع بسد الفراغ التشريعي تنظيماً لذلك القيد وضمان التوازن بين حرية التعبير وضمان الحريات الخاصة، ويجب على الطاعن أمام مخالفات المواقع ملاحقة مرتكبيها جنائياً ومدنياً وليس إدارياً وبالتالي لا مبرر لحجب هذه المواقع لما تحتويه من معلومات أخرى تهم من يسعى إليها، وعليه تقضي المحكمة برفض طلب إلغاء القرار السلبي [2].

1) قرار CJUE في 24 نوفمبر 2011 رقم 70/10 بالموقع: www.pcinpact.com &
Etienne Wery, le filtrage des téléchargements impose aux FAI est illégal, le 24/11/2011, sur le site, www.droit-technologie.org

2) راجع حكم القضاء الإداري في الدعوى رقم 15575 لسنة 61ق بجلسة 2007/12/29 على الموقع:
www.alfrahna.forumegypt.net

الفرع الثاني
تأييد الرقابة على الإنترنت

ذهب البعض إلى ضرورة فرض رقابة على الإنترنت وهم كثر، وقد استندوا إلى الآتي:

1 - إن شبكة الإنترنت تعد مجتمع فضائي، ومثل أي مجتمع إنساني لابد من الحاجة إلى القانون لتنظيمه، ولا يمكن تركه مباحاً لكل شيء دون رابط أو قواعد تحكمه، وهو الأمر الذي دعا دولاً عديدة لسن تشريعات تحكم المعاملات على شبكة الإنترنت، ومنها على سبيل المثال ما صدر في فرنسا بقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي LCEN [1] رقم 2004/575 في 21 يونيو 2004، والمتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات، وما صدر في مصر بالقانون 15 لسنة 2004 والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني والقانون الاتحادي للإمارات رقم 5 لسنة 2012.

2 - إن إدارة شبكة الإنترنت تتم من خلال منظمة الأيكان ICANN [2] التي تقوم بالمحافظة على الاستقرار التشغيلي للشبكة وتنسيق إدارة العناصر الفنية لنظام أسماء النطاق لضمان تيسير الاتصال على مستوى العالم، بحيث يتسنى لجميع مستخدمي الإنترنت إيجاد العناوين الصحيحة، كما يقوم على إدارة الشبكة الحكومات حول العالم والقطاع الخاص وهما مسؤولان معاً عن إدارة قواعد التعامل ووضع البنية الأساسية وتوصيل الخدمات إلى المواطنين مع مراقبة محتوى الإنترنت حيث لا تستطيع الأيكان التحكم في المحتوى الموجود على الإنترنت ولا يمكنها إيقاف البريد المزعج spam ولا تتعامل مع الوصول إلى الإنترنت، فكل ذلك من مهام الإدارات الحكومية للاتصالات مع شركات القطاع الخاص [3]، وهو ما يعني السماح للحكومات بمراقبة الإنترنت.

3 - أن الإنترنت باعتباره أداة للاتصال بين البشر، أصبحت وسيلة مهمة في ارتكاب العديد من الجرائم سواء على مستوى الأفراد من انتهاك حرمة الحياة الخاصة la vie privée والاعتداء على حقوق الملكية الفكرية، والاعتداء بالسب والقذف، والتمييز العنصري، أو على مستوى الدول من التحريض على قلب نظام الحكم أو إشاعة الفوضى، والإخلال بالنظام العام والآداب من خلال المواقع الإباحية ومواقع التجسس وتجارة السلاح، لكل ذلك قامت الحكومات من خلال إدارات

---

1) اختصاراً لـ loi pour la confiance dans l› economie numérique.

2) اختصاراً لـ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers، وتعني هيئة الإنترنت للأسماء والأرقام المخصصة، راجع الموقع: www.icann.org

3) د. سالم الزريقي: إدارة الإنترنت في ظل السعي نحو الإعداد للمجتمع الرقمي، على الموقع: www.digitaloman.com، وراجع التقرير السنوي للأيكان عن 2010، ص12 بالموقع: www.icann.org/ar

الاتصالات بفرض الرقابة على الاتصالات ومنها شبكة الإنترنت حمايةً لحقوق الأفراد وصوناً للنظام العام والآداب، بل إن بعض الحكومات في العالم قامت بإنشاء إدارة للأمن الإلكتروني وكانت حكومة الإمارات من الدول الرائدة في ذلك فأنشئت الهيئة الوطنية للأمن الإلكتروني بالقانون الاتحادي رقم 3 لسنة 2012 والتي تختص بمكافحة جرائم الشبكة المعلوماتية وتلقي الشكاوى والمقترحات المتعلقة بالأمن الإلكتروني وفقاً للمادة الخامسة من القانون.

4 - إن الدساتير في الدول المختلفة لا تعرف الحريات المطلقة من كل قيد، فكل حق أو حرية مقيد باحترام الدساتير والقوانين والقرارات المنظمة لها، فعلى سبيل المثال، جاء بالدستور المصري في المادة 47 أن «حرية الرأي مكفولة ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير، في حدود القانون، والنقد الذاتي والنقد البناء ضماناً لسلامة الوطن» وعليه فإن حرية الرأي والتعبير والنشر بأية وسيلة تكون في حدود القانون، ووفقاً للمادة الرابعة من قانون الاتصالات المصري رقم 10 لسنة 2003 فإن جهاز تنظيم الاتصالات (الجهة المشرفة على الإنترنت وغيرها من وسائل الاتصال في مصر) يهدف إلى تنظيم مرفق الاتصالات ويلبي جميع احتياجات المستخدمين مع ضمان حماية الأمن القومي والمصالح العليا للدولة [1]، كما جاء أنه لا يجوز إنشاء أو تشغيل شبكات الاتصالات أو تقديم خدمات الاتصالات دون الحصول على ترخيص من الجهاز، ويحدد الترخيص التزامات المرخص له ومنها التزامات خاصة بعدم المساس بالأمن القومي، وتقديم ما يطلبه الجهاز من معلومات [2].

وفي الإمارات جاء بالدستور في المادة 30 «حرية الرأي والتعبير عنه بالقول والكتابة وسائر وسائل التعبير مكفولة في حدود القانون»، كما جاء في المادة 31 «حرية المراسلات البريدية والبرقية وغيرها من وسائل الاتصال وسريتها مكفولتان وفقاً للقانون» وجاء أيضاً في المادة 44 «احترام الدستور والقوانين والأوامر الصادرة من السلطات العامة تنفيذاً لها ومراعاة النظام العام واحترام الآداب العامة واجب على جميع سكان الاتحاد» وعليه فإن الدستور الإماراتي تناول حريات الرأي والتعبير والمراسلات وفقاً للقانون، واحترام الدستور والقوانين والأوامر ومراعاة النظام العام واحترام الآداب العامة واجبة على كل سكان الاتحاد الإماراتي، ووفقاً لقانون تنظيم الاتصالات الإماراتي رقم 3 لسنة 2003 أن خدمات الاتصالات تشمل إنشاء وصيانة وتشغيل شبكات الاتصالات

1) المادة 4 من القانون المصري رقم 10 لسنة 2003.

2) المادة 21 ، 25 من القانون 10 لسنة 2003.

والإنترنت [1]، ويقوم على تنظيم الاتصالات مجلس إدارة هيئة الاتصالات والذي يختص بإصدار أية توجيهات تقتضيها مصلحة الأمن القومي أو العلاقات الدولية، وإصدار التراخيص أو تحديدها أو إلغائها أو تعليقها وفقاً للقانون [2]، وللهيئة طلب أية معلومات لازمة لأنشطتها [3]، ويعاقب بالحبس والغرامة أو بإحداهما كل من يستغل أجهزة الاتصالات في الإساءة أو الإزعاج أو إيذاء مشاعر الآخرين أو لغرض آخر غير مشروع [4]، كما يخضع للعقاب كل من رفض إخضاع أجهزة الاتصالات التي تكون تحت تصرفه للفحص والتدقيق وفقاً لأحكام القانون، أو لم يسمح للموظفين المخولين بالدخول إلى موقعه [5]، كما يجوز للمرخص له من الهيئة بعد الحصول على إذن مسبق أن يضع تحت المراقبة أي جهاز أو خلافه إذا توافرت لديه أسباب معقولة للاعتقاد باستغلاله في أي مخالفة تتعلق بالإساءة والإزعاج وإيذاء مشاعر الآخرين أو لغرض آخر غير مشروع [6]، كما أنشئت الحكومة الاتحادية بالإمارات هيئة وطنية للأمن الإلكتروني بالقانون رقم 3 لسنة 2012 لمكافحة جرائم الشبكة المعلوماتية وعليه تكون الرقابة على الإنترنت مشروعة دستوراً وقانوناً.

وقد تأيد هذا الاتجاه بأحكام عديدة للقضاء، منها قرار محكمة القضاء للاتحاد الأوروبي في 16 فبراير 2012 بفلترة Filtrage محتويات الإنترنت [7]، كما جاء في حيثيات حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 15575 لسنة 61ق بجلسة 29 ديسمبر 2007 أنه على الرغم من رفض حجب المواقع الإلكترونية وفقاً لطلبات الطاعن لأسباب عدم توافر المصلحة الشخصية المباشرة، وعدم وجود تشريعات تحدد المجالات التي تستدعي حجب المواقع، إلا أن الفراغ التشريعي لا يُخل بحق الأجهزة الحكومية في إلزام مزودي الخدمة بالحجب حينما يكون هناك مساس بالأمن القومي أو المصالح العليا للدولة، وذلك بما لتلك الأجهزة من سلطة في مجال الضبط الإداري لحماية النظام العام بمفهومه المثلث أي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، كما قضت محكمة استئناف تونس في 15 يوليو 2011 بإلزام الوكالة

1) المادة الأولى من قانون الاتصالات الإماراتي رقم 3 لسنة 2003.

2) المادة 10 من القانون الإماراتي رقم 3 لسنة 2003 والمعدل بالقانون 5 لسنة 2008.

3) المادة 5/14 من القانون 3 لسنة 2003 والمعدلة بالقانون 5 لسنة 2008.

4) المادة 72 من القانون 3 لسنة 2003.

5) المادة 2/74 من القانون 3 لسنة 2003 والمعدلة بالقانون 5 لسنة 2008.

6) المادة 75 من القانون 3 لسنة 2003.

7) Antoine Chéron, la législation Française sur le filtrage de contenus mise à mal par l› UE le 21/02/2012, sur le site, www.euroctiv.fr , Laroussi Chemlali, filtrage des contenus illicites sur internet: la CJUE réitére sa position, le 12/03/2012, sur le site, www.village-justice.com

التونسية للإنترنت بإغلاق جميع المواقع الإباحية، وقد قامت الوكالة بغلق المواقع الإباحية في المؤسسات العامة والمعاهد والجامعات، ولكنها رفضت الإغلاق على متصفحي الإنترنت من الأفراد بدعوى أنها تزود الخدمات للمؤسسات العمومية فقط، وأن موردي خدمات الإنترنت هم المسؤولون أمام عملائهم عن حجب هذه المواقع بطلبٍ منهم [1].

كما قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في 12 مايو 2009 بحجب المواقع الإباحية وذكرت في حيثياتها أن الدستور كفل حرية التعبير عن الآراء والأفكار إلا أن ذلك الحق ليس مطلقاً وإنما مقيد بالحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة التي هي أساس المجتمع والتي قوامها الدين والأخلاق، ولما كانت شبكة المعلومات الدولية تحتوي مواقع إباحية تبث سمومها وتنشر الرذيلة بين طوائف المجتمع بالصوت والصورة بما يهدم كل العقائد الدينية والقيم الأخلاقية والآداب العامة، ولا ريب أن الإبقاء على هذه المواقع وعدم حجبها يهدر قيم المجتمع ويخل بالمصالح العليا للدولة والأمن القومي الاجتماعي؛ ومن ثم كان لزاماً على جهة الإدارة اتخاذ كافة الوسائل لحجب هذه المواقع [2].

رأي الباحث:

ونحن من جانبنا، نرى أن أسانيد جبهة رفض الرقابة على الإنترنت تعد واهية والتي تتلخص في أن الرقابة تعد انتهاكاً لحرية التعبير والرأي وحرية الحصول على المعلومات، وهي حريات منصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية.

وكل هذه الأسانيد مردود عليها:

1 - جاء بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 2/29 «يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التي يقررها القانون فقط لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي».

وعليه فإن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يعترف بأن ممارسة الفرد لحقوقه وحرياته تكون مقيدة بالقيود التي يقررها القانون، وذلك لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياتهم وللحفاظ على النظام العام والمصلحة العامة والأخلاق.

1) راجع الموقع www.alhiwar.net في 16 أغسطس 2011.

2) الدعوى رقم 10355 لسنة 63ق، جلسة 2009/5/12 على الموقع: eld.qadaya.net

2 - وجاء بالاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 في المادة 1/17 «لا يجوز تعريض أي شخص على نحو تعسفي أو غير قانوني لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته ولا لأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته» كما جاء بذات المادة في الفقرة الثانية «من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس» وعليه فإن الحقوق الشخصية تكون في إطار القانون وتتم ممارستها بحيث لا تنال من حقوق الآخرين أو تمس شرفهم أو سمعتهم.

3 - وجاء أيضاً بالاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية في المادة 2/19 «لكل إنسان حق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين دونما اعتبار للحدود سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها» وجاء بالفقرة الثالثة لذات المادة «تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة الثانية - حرية التعبير والمعلومات- من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:

أ - لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم.

ب - لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

وعليه يتضح أن أسانيد جبهة رفض الرقابة على محتوى الانترنت غير صحيحة وليس لها أساس قانوني، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان ومن بعده الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية أقرّا كلاهما أن ممارسة حرية التعبير والرأي والحصول على المعلومات تكون في إطار القانون ومقيدة بألا تنتهك حقوق الآخرين أو تخل بالأمن القومي أو النظام العام أو الآداب العامة أو الصحة العامة.

وعليه فإننا نؤيد وجود رقابة على الإنترنت، ويؤيدنا في هذا ما جاء أن الحرية كل عمل لا يضر بالآخرين:

«la liberaté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas autrui»

وأن البناء القانوني للإنترنت يفرض السماح بالرقابة على محتوى الشبكة [1].

وما جاء بأن الحرية ليست مطلقة بل تحدها حريات الآخرين والالتزام بالمسؤولية، فالحرية والمسؤولية ترتبطان ببعضهما ارتباطاً لا يقبل التجزئة، فلا حرية بدون مسؤولية وإلا تحولت الحرية إلى فوضى، فحينما توجد الحرية فلابد وأن توجد معها المسؤولية،

1) Renaud Berthou, op. cit., P. 53 , 54.

فالحرية والمسؤولية وجهان لعملة واحدة [1].

وفي هذا ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في أمريكا إلى إيجاد نوع من التوازن في أحكامها بين الرقابة على حرية التعبير والمصلحة التي ينبغي تحقيقها من فرض الرقابة، وأن أي نشاط إنساني لابد وأن يكون له حدود وإلا تحول الأمر إلى فوضى، وأن الحريات العامة بأنواعها يرد عليها التحديد ضماناً لأن تمارس على الوجه الذي شرعت له وإلا انقلبت عدواناً على الآخرين، وقد وضعت المحكمة عدة ضوابط يجب مراعاتها عند فرض أي قيد على حرية التعبير، وهي أن يكون تنظيم الحرية بغرض تحقيق مصلحة جوهرية للدولة، وألا يتجاوز التنظيم أو التقييد للحرية الحد الضروري لحماية هذه المصلحة، وألا تنطوي هذه المصلحة على قمع لحرية التعبير [2].

ويؤيد ذلك أيضاً ما جاء بالتقرير السنوي 2011 للمجلس الأوروبي عن الإنترنت وقضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، من أن اتفاقية المجلس الأوروبي لحقوق الإنسان 1981 جاءت في المادة الثامنة بحق كل شخص في احترام حياته الخاصة والعائلية ومراسلاته correspandence، وهذا الحق يقتضي احترام الرسائل الالكترونية ووسائل الاتصال عند الدخول للإنترنت، كما يقتضي احترام الحريات ومنها حرية التعبير وفقاً للمادة 10 من الاتفاقية والتي تتضمن حرية الرأي وحرية الحصول على المعلومات recevoir de information إلا أن هذا لا يمنع من تطبيق أنظمة مراقبة سرية surveillance secréte بموجب تشريعات وطنية لحماية الأمن الوطني من المخاطر، وهذه المراقبة السرية تكون أكثر مناسبة على الإنترنت وتقوم بها شركات الاتصالات بناءً على طلب السلطات الوطنية، كما أن ممارسة الحريات تتضمن الالتزام بالواجبات، والخضوع للمسؤولية عند مخالفة شروط ممارستها، وتوقيع العقوبات، ومن هذه الشروط ضرورة الحفاظ على الأمن الوطني la sécurite nationale، وسلامة الإقليم intégrité territoriale، أو الأمن العام sûreté publique أو الدفاع عن أمر أو التدخل في جريمة أو حماية الحقوق الأخرى [3].

1) د. رضا دسوقي: الموازنة بين حرية الصحافة وحرمة الحياة الخاصة «دراسة مقارنة في مصر وفرنسا»، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، سنة 2009، ص357.

2) د. محمد جبريل: مذهب المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في تطبيقات التعديل الأول للدستور الأمريكي «عن حرية التعبير وحرية العقيدة»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، العدد 25، أبريل 2004، الجزء الثاني، ص15، ص27، ص40.

3)La Rapport, internet: la jurisprudence de la cour européenne des droits de l› homme, 2011, conseil de l› Europe, PP. 6 : 11.

المبحث الثاني
محتوى الإنترنت الخاضع للرقابة

بعد أن عرضنا وجهتي النظر في مدى تطبيق الرقابة على محتوى الإنترنت، وقد انتهينا إلى ضرورة وجود الرقابة من وجهة نظرنا، وذلك حفاظاً على الحقوق المنصوص عليها قانوناً وللحفاظ على النظام العام والآداب العامة، يبقى لنا الحديث عن المحتوى الخاضع للرقابة، وهو ما سوف نوضحه بتحديد ماهية المحتوى والصور المختلفة له ومجالاته وصناعته وذلك من خلال أربعة فروع.

الفرع الأول
ماهية محتوى الإنترنت

أولاً: تعريف المحتوى:

محتوى الإنترنت contenu internet مصطلح له مسميات عدة فيطلق عليه المحتوى الرقمي contenu numérique [1] أو محتوى المعرفة [2] أو المحتوى الإلكتروني [3]، وهي كلها مسميات ذات دلالة واحدة وإن اختلفت صياغة الألفاظ.

فجاء أن المحتوى هو كل ما يتعلق بالإنتاج الفكري الإنساني من المعلومات والأفكار والخبرات التي تخزن في مختلف الوسائط، سواء كانت ورقية أو إلكترونية أو إعلامية [4]، وجاء أن المحتوى الإلكتروني هو المواقع التي تمكن الأفراد من نشر آرائهم، ويتضمن نشر نصوص، وصور، وأفلام فيديو مرئية أو مسموعة [5]، وجاء أن المحتوى هو المعلومات في شكل رقمي digital [6] وجاء بالمادة الأولى من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 5 لسنة 2012 أن المحتوى هو المعلومات والبيانات والخدمات الإلكترونية، وجاء بذات المادة أن المعلومات الإلكترونية هي أية معلومات يمكن تخزينها ومعالجتها وتوليدها ونقلها بوسائل تقنية المعلومات، وبوجه خاص الكتابة والصور والأصوات والأرقام والحروف والرموز والإشارة وغيرها.

---

1) Ludovic Bernard, internet: le contenu est devenu roi, le 1 Jan. 2013, sur le site, www.huffingtonpost.fr/ludovic

2) أ. لبيب شائف: صناعة المحتوى «المفهوم والبنية ومقومات تطورها»، ورقة مقدمة إلى منتدى تقنية المعلومات والاتصالات الخامس المرافق لمعرض JitCom2006، على الموقع: www.yemen-nic.info

3) د. إبراهيم بعزيز: دور المجتمع العلمي في تعزيز المحتوى الرقمي العربي على شبكة الإنترنت، على الموقع: brahimsearch.unblog.fr

4) أ. لبيب شائف: المرجع السابق، ص6.

5) د. إبراهيم بعزيز: المرجع السابق.

6) تقرير اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا «إسكوا» عن تحفيز صناعة المحتوى الرقمي العربي من خلال الحاضنات التكنولوجية، على الموقع: www.escaw.un.org

ونرى أن محتوى الإنترنت عبارة عن رسائل إلكترونية يتم إرسالها واستقبالها، والرسالة الإلكترونية أو رسالة البيانات كما جاء في اتفاقية الأمم المتحدة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية والصادرة في نوفمبر 2005 [1]، هي المعلومات المنشأة أو المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات، والبريد الإلكتروني والبرق أو التلكس أو النسخ البرقي [2].

وجاء في التوجيه الأوروبي رقم 2002/58 في 12 يوليو 2002 بأن الرسالة الإلكترونية هي كل رسالة تحت شكل نصي أو صورة أو صوت تقدم على الشبكة للجمهور ويتم تخزينها على الشبكة، كما جاء في المادة الثانية من القانون الإماراتي للمعاملات الإلكترونية رقم 2 لسنة 2006 بأن الرسالة الإلكترونية هي معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها والمكان المستلمة فيه [3].

وجاء في قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 في المادة الأولى أن المحرر الإلكتروني هو كل رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة.

وإن كان لنا رأي فنرى أن محتوى الإنترنت هو المعلومات التي يتم إرسالها واستقبالها من خلال الرسائل الإلكترونية.

ثانياً: عناصر المحتوى:

يعد محتوى الإنترنت أحد المقومات الأساسية لمجتمع المعلومات، ويعد أحد العناصر الأساسية في اقتصاديات المعرفة، وهو يتضمن العناصر التالية [4]:

1 - المحتوى الخام «موارد المحتوى»، وهو يتضمن كل العناصر التي تمثل مورد خام يمكن أن تدخل في صناعة المحتوى، وهو يشمل الآتي:

أ - المحتوى المنشور في الكتب والوثائق ومستودعات البيانات الورقية والإلكترونية والصور والخرائط والرسوم والمخططات والأدلة العلمية الحكومية والخاصة.

ب - محتوى الوسائط الإعلامية التي تخزن مواد صوتية وفيلمية وغيرها.

---

1) راجع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة الستين بالوثيقة رقم 21/A/Res/60 بالموقع: www.uncitral.org

2) المادة 4/ج من اتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية 2005، بالموقع: www.uncitral.org ، د. إيمان مأمون: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراة، كلية حقوق المنصورة، سنة 2005/2006، ص96.

3) Art. 1-h, Dir. 2002/58 CE du 12 Juillet. 2002, JOCE 201/37, le 31 Juillet. 2002.

4) أ. لبيب شائف: المرجع السابق، ص6.

ج - تراث الشعوب ومخزونها الثقافي.

2 - المحتوى المنتج: وهو يشمل كل مخرجات صناعة المحتوى، ويتضمن الآتي:

أ - النشر الورقي من صحف ومجلات ونشرات ووثائق وقواميس وموسوعات.

ب - النشر الإلكتروني من بنوك الصور وقواعد البيانات ومواقع الإنترنت وموسوعات إلكترونية.

ج - الإنتاج الفني من برامج إعلامية وتليفزيونية وأفلام.

د - النشر العلمي من مجلات ودوريات علمية.

ثالثاً: لغة المحتوى:

يصدر محتوى الإنترنت بعدة لغات فيمكن أن يكون المحتوى باللغة الإنجليزية أو باللغة الفرنسية أو باللغة الصينية أو باللغة العربية أو بغيرها من اللغات، وأحياناً يصدر المحتوى بعدة لغات بغرض تحقيق انتشار أكبر للمحتوى وهذا ما يحدث عادة في محتويات مواقع المنظمات الدولية وغيرها من الهيئات والمشروعات الدولية ذات الاهتمام العالمي.

ويقدر عدد المحتويات على الإنترنت بالمليارات موزعة على اللغات الموجودة في العالم، وتعد المحتويات باللغة الإنجليزية هي الأكثر حيث بلغت 68% من إجمالي المحتويات، بينما المحتوى باللغة العربية حوالي 3% [1]، وقدّره آخرون بحوالي 0.16% [2]، ويراه البعض الآخر 1.4% [3] من إجمالي المحتويات على الإنترنت.

وأياً كانت نسبة المحتوى باللغة العربية فهي في كل الأحوال ضعيفة جداً ولا تتناسب مع حجم السكان والثقافة للناطقين بهذه اللغة، والأمر يتطلب العمل على زيادة هذا المحتوى لما له من أهمية سوف نوضحها فيما بعد.

رابعاً: أهمية المحتوى:

يعد الإنترنت عالماً افتراضياً، وحياة هذا العالم متوقفة على وجود المحتويات، فيعد المحتوى بمثابة الروح أو القلب لهذا العالم، فإذا اختفى المحتوى أو انتهى انتهت معه هذه الحياة الافتراضية، فلا حياة للعالم الافتراضي دون وجود المحتوى، وعليه فإن محتوى الإنترنت

1) راجع الموقع: ar.wikipedia.org/wiki ، وفي 11 ديسمبر 2012 على: maktoob.news.yahoo.com ، مدونة خالد المدني في 2009/12/12 على: almadanyk22.blogs

2) راجع تقرير اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا «إسكوا»، مرجع سابق، ص6.

3) د. إبراهيم بعزيز: المرجع السابق.

يتمتع بأهمية كبيرة لتحقيقه العديد من المزايا التالية [1]:

- زيادة عدد المستخدمين للإنترنت، لما له من مزايا قد تكون اقتصادية للبعض وثقافية للبعض الآخر.

- يعمل على نشر المعلومات في كافة أنحاء العالم، ونشر هذه المعلومات يؤدي إلى تحقيق تنمية اقتصادية وسياسية وأمنية وثقافية وعلمية.

- يعمل على سهولة نقل المعلومات سواء كان النقل كلياً أو جزئياً، ويجب على موردي ومنتجي المحتويات التحلي بأخلاق الباحثين فينسبوا ما تم نقله إلى مصدره، كما يجب التأكد من صحة المعلومات التي يتم نقلها حتى لا يتم نشر معلومات مغلوطة أو غير صحيحة.

- يمكن الاستفادة مادياً من المحتوى باعتباره أحد أدوات الاستثمار، فيمكن إنجاز العديد من المعاملات والصفقات التجارية وذلك من خلال ما يعرف بالتجارة الإلكترونية.

- يُعد المحتوى إحدى أدوات التواصل الاجتماعي فيعمل على تحقيق الاتصال بين الشعوب والثقافات المختلفة من خلال مواقع التواصل الاجتماعي مثل Twitter ، Youtube ، Facebook [2].

الفرع الثاني
صور محتوى الإنترنت

تتعدد الصور التي يخرج بها محتوى الإنترنت إلى النور من خلال شاشات أجهزة الكمبيوتر المكتبية أو اللاب توب أو الموبايل، ووفقاً لما جاء بتعريف محتوى الإنترنت، فإنه لا يخرج عن إحدى صور ثلاث مجتمعة أو فرادى.

وهذه الصور وردت في المادة 6-1-2 من القانون الفرنسي للثقة في الاقتصاد الرقمي LCEN رقم 2004/575 في 21 يونيو 2004 بأن الأشخاص الطبيعية أو المعنوية يضمنون تقديم الخدمات للجمهور على الخط en ligne بتخزين توقيعات، كتابات، صور، أصوات أو رسائل من نفس طبيعة الأشياء الموردة [3]، كما جاء في المادة الأولى من القانون الاتحادي للإمارات رقم 5 لسنة 2012 أن المحتوى عبارة عن معلومات إلكترونية وهي تشمل الكتابة والصور والأصوات

1) أ. لبيب شائف: المرجع السابق، ص3، مدونة خالد المدني على الموقع: almadanyk.22.blogspot في 2009/12/12، وانظر عدد جريدة الرياض رقم 15857 في 23 نوفمبر 2011 بالموقع: www.alriyadh.com

2) د. إبراهيم بعزيز: المرجع السابق &
Fred Cavazza, le retour de la revanche du contenu, le 4 Oct. 2012, sur le site, www.fredcavazza.net/2012 & Ludovic Bernard, op. cit.,

3) Blandine Povidevin, Clémence Vancostenoble, l› e-reputation, le 19 Oct. 2011, sur le site, www.village-justice.com/articles & Antoine Gittan, responsabilité des hébergeurs: coke en stock 2, le 13 Avrail. 2011, sur le site, www.droit-technologie.org

والأرقام والحروف والرموز والإشارة وغيرها، وعليه فإن صور المحتوى عبارة عن نصوص مكتوبة ecrits أو أصوات sons أو صور images.

أولاً: نصوص مكتوبة:

وهي تشمل كل التوقيعات les signaux والحروف والكلمات والأرقام التي تتم كتابتها بأية لغة كانت والتي إذا تم ترتيبها معاً دلت على شيءٍ معين بحيث تكون مفهومة للبعض، حيث لا يشترط أن تكون مفهومة للكل ممن يطلعون عليها، وهي تشمل الرسائل المكتوبة والمؤلفات سواء كانت كتب أو مقالات أو أجزاء منها، وهذه النصوص تتم حمايتها بقوانين الملكية الفكرية وحق المؤلف والحقوق المجاورة له droit d' auteur et droits vaisin وحماية العلامات التجارية والأسماء.

ثانياً: الأصوات:

وهي تشمل المؤلفات الموسيقية وغيرها من الأعمال الفنية مثل الأغاني والتي تعتمد على الصوت ومنها مواقع بودكاسيت Podcasting وهي تتضمن تسجيلات لا يرتبط بثها بموعد بث البرامج على الراديو، حيث تسمح تلك المواقع بالاستماع للبرامج التي يريدها الجمهور حسب طلبه، وهو مختلف عن نظام الاستماع المباشر لمحطات الراديو عبر الإنترنت [4].

ثالثاً: الصور:

وهي تشمل الأعمال الفوتوغرافية وأعمال النحت والرسم وتسجيلات الفيديو كالتي تبث مثلاً من خلال موقع Youtube، وهذه الأعمال محمية قانوناً وفقاً لقانون حق المؤلف والحقوق المجاورة له وحماية الحقوق الشخصية، ومنها حق الصورة، ومحتوى الإنترنت قد يتضمن إحدى هذه الصور بحيث يمكن أن يكون المحتوى نصوصاً فقط أو صوراً أو أصواتاً، كما قد يشمل المحتوى بعضها مجتمعاً مثل الأفلام وأغاني الفيديو والتي تجمع بين الصوت والصورة.

الفرع الثالث
مجالات محتوى الإنترنت

يعد محتوى الإنترنت عبارة عن معلومات في شتى مناحي الحياة، وعليه فإن المحتوى يشمل كافة المجالات من اقتصاد وسياسة وقانون وطب وهندسة وغيرها من العلوم الأخرى، لذا فإن حصرها ليس بالأمر الهيّن، وإنما يمكن تقسيمها تقسيماتٍ عدة على النحو التالي:

4) د. إبراهيم بعزيز: المرجع السابق.

أولاً: تقسيم عام للمحتوى:

1 - مجالات الإعلام والترفيه:

وهي تشمل المحتوى المتعلق بالألعاب والترفيه وسائر المجلات والصحف والكتب والإنتاج السينمائي والتلفزيوني والموسيقى وألعاب الفيديو وتسجيلات الفيديو [1].

2 - مجالات التجارة والأعمال الإلكترونية:

وهي تشمل المعلومات المرتبطة بالمشروعات التجارية التقليدية أو أنشطة التجار أو مشروعات التجارة الإلكترونية le commerce électronique سواء كانت تجارة بضائع biens أو تجارة خدمات services، وتسمى محتويات هذا المجال بالمحتوى السلعي contenu marchand [2].

3 - مجالات الخدمة العامة:

وهي تشمل المعلومات التي تقدم خدمات عامة للجمهور، وعادةً ما تكون مجاناً والبعض منها بمقابل مادي، وهي تضم خدمات الحكومة الإلكترونية والتعليم الإلكتروني ومواقع المشاركة المجتمعية والتواصل الاجتماعي مثل youtube وfacebook وغيرها، والثقافة الإلكترونية [3].

ثانياً: تقسيم بحسب الحقوق [4]:

1 - محتوى لحقوق اقتصادية: وهي التي تتعلق بممارسة النشاط الاقتصادي مثل حقوق المستهلك وحق المنافسة وحرية التجارة وحق حماية العلامات التجارية وحماية الأسماء التجارية.

2 - محتوى لحقوق شخصية: وهي الحقوق ذات القيمة المعنوية valeur morale والتي تتصل بشخص الإنسان مثل حق الصورة وحماية العرض والشرف وحق احترام الحياة الخاصة وحق السرية، وهي حقوق تؤدي إلى الثقة بالنفس، ويرتبط بهذه الحقوق الحريات العامة للإنسان مثل حرية الرأي والتعبير والفكر.

---

1) أ. لبيب شائف: المرجع السابق، ص7 ، د. إبراهيم بعزيز: المرجع السابق، راجع تقرير الإسكوا عن تحفيز صناعة المحتوى الرقمي العربي من خلال الحاضنات التكنولوجية بالموقع: www.escaw.un.org

2) راجع تقرير الإسكوا، مرجع سابق & Renaud Berthou، op. cit.، P. 36.

3) راجع تقرير الإسكوا، مرجع سابق.

4) Renaud Berthou, op. cit., P. 36:38.

ثالثاً: تقسيم بحسب المشروعية:

1 - محتوى مشروع «légal licite»: وهو الذي لا يخالف القوانين والدساتير والأعراف، ونظراً لارتباط المحتوى بالنشر على شبكة الإنترنت، وهي شبكة عالمية، لذا فإن المحتوى يكون مشروعاً عندما يطابق النظام العام الدولي ordre public international، ويكون المحتوى مشروعاً عندما لا ينال من حقوق الآخرين أو يعتدي عليهم.

2 - محتوى غير مشروع «légal licite»: عندما تتعلق المعلومات بالاعتداء على الحقوق الشخصية أو حقوق الملكية الفكرية أو تخالف النظام العام والآداب العامة أو تخالف القوانين واللوائح.

رابعاً: تقسيم بحسب مصادر إنتاجه [1]:

1 - محتوى فردي: وهو الذي يقوم به الأفراد بصورة شخصية، وهو نوعان، الأول هدفه غير اقتصادي باعتباره يحقق نفعاً شخصياً أو ثقافياً، والثاني هدفه اقتصادي بغرض تسويقه وتحقيق أرباح مالية.

2 - محتوى المشروعات: وهو المحتوى الذي تقوم به الشركات والمؤسسات العامة ذات النفع الاقتصادي، وهي محتويات لأغراض اقتصادية وتجارية بهدف تحقيق الربح.

3 - محتوى مجتمعي: وهو يشمل كل ما تنتجه الدولة والمؤسسات غير الربحية وتهدف لخدمة المجتمع.

الفرع الرابع
صناعة محتوى الإنترنت

سبق الذكر أن عناصر محتوى الإنترنت إما أن تكون من مواد خام وهي المواد التي يتم نقلها دون تعديل، وإما مواد منتجة يتم إنتاجها لكي تظهر على شاشات الكمبيوتر عندما يزورها زائر.

والمواد المنتجة تسمى بضاعة المحتوى وهي التي تتشكل من المواد الخام، وتعد صناعة محتوى الإنترنت من الصناعات ذات الأهمية الاقتصادية والاجتماعية، وهي صناعة فقيرة في العالم العربي، إذ لا يتعدى المحتوى العربي 3% من جملة محتويات الإنترنت وهذه النسبة تشمل محتوى المواد الخام والمحتوى المُصنع، وهو الأمر الذي يتطلب العمل على تنمية

1) أ. لبيب شائف: المرجع السابق، ص7.

صناعة المحتوى العربي وذلك لأسباب عديدة سوف نوردها مع بيان مراحل الصناعة والمجالات التطبيقية في صناعة المحتوى من خلال النقاط التالية:

أولاً: دوافع الاهتمام بصناعة المحتوى:

هناك أسباب عدة للاهتمام بتنمية صناعة المحتوى وتتمثل في تحقيقها العديد من المصالح ذات الأبعاد المختلفة وهي [1]:

البعد الاقتصادي: حيث تحقق الصناعة عوائد مالية من خلال التجارة الإلكترونية وهي ترتفع بزيادة عدد مستخدمي شبكة الإنترنت.

البعد التكنولوجي: حيث يعد المحتوى نقلة نوعية للمعلومات.

البعد التربوي: صناعة المحتوى عنصر أساسي لعملية التربية والتعليم في ظل اقتصاد المعرفة ومجتمع المعلومات، فصناعة المحتوى وسيلة لتحقيق غايات أربع وفقاً لتقرير اليونسكو: تعلم لتعرف، تعلم لتعمل، تعلم لتكون، تعلم لتشارك الآخرين.

البعد السياسي: حيث يتجه العالم إلى تكوين التكتلات السياسية والتي تعتمد على المعلومات.

البعد الاجتماعي: في ظل صراع الثقافات الموجود على أرض الواقع، انتقل هذا الصراع إلى العالم الافتراضي على شبكة الإنترنت، بإنتاج محتويات ذات تأثير سلبي على بعض المجتمعات لإفقاد الهوية والتأثير على تناسق المجتمع بفئاته المختلفة، كما يمكن استخدام صناعة المحتوى في التقريب بين المجتمعات.

البعد الثقافي: بنشر الثقافات الوطنية والمحلية للمجتمعات والبلدان المختلفة.

البعد الإعلامي: فيمكن استخدام صناعة المحتوى في التعليم عن بُعد والترفيه واسترجاع المعلومات وعقد المؤتمرات والتراسل.

البعد اللغوي: صناعة المحتوى ترتبط باللغة، واللغة الأكثر انتشاراً واستخداماً هي التي تستطيع فرض ثقافتها، لذا تسعى دول العالم للاهتمام بصناعة المحتوى للمحافظة على لغتها وثقافتها وهويتها بالانتشار ما أمكن من خلال الإنترنت، والأمر يتطلب العمل على زيادة صناعة المحتوى باللغة العربية حيث إن المحتوى الحالي ضئيل جداً.

البعد الديني: يمكن أن تكون صناعة المحتوى لأغراض دينية بنشر الأفكار والمذاهب

---

1) أ. خالد المدني: تعريف المحتوى الرقمي، في 2009/12/12 على الموقع: almadanyk22.blogspot.com ، أ. لبيب شائف: المرجع السابق، ص9: 10.

الدينية أو بنشر الأفكار التي تهدم المذاهب والأديان الأخرى، فيمكن من خلال المحتوى زيادة صراع الأديان أو زيادة التقارب بين الأديان.

البعد الأمني: يمكن من خلال محتوى الإنترنت نشر الأفكار الهدامة لأخلاقيات مجتمعات أخرى، كما تتيح إمكانية نقل معلومات خطيرة تمس أمن دولٍ وجماعاتٍ أخرى.

ثانياً: مراحل صناعة محتوى الإنترنت [1]:

1 - تأليف المعلومات الضرورية وجمعها وترتيبها وتحديثها بين آن وآخر.

2 - تحويل المعلومات من الشكل التقليدي إلى الشكل الرقمي.

3 - تطوير التطبيقات الضرورية التي تساعد على نشر المحتوى.

4 - إدارة هذه التطبيقات والإشراف على تشغيلها واستضافتها.

ثالثاً: المجالات التطبيقية لصناعة المحتوى:

يمكن الاستفادة من عملية صناعة محتوى الإنترنت في تحقيق الكثير من الخدمات، ومنها [2]:

- إنجاز الخدمات الحكومية من خلال بوابات الحكومة الإلكترونية بالحصول على شهادات أو دفع الرسوم والضرائب.

- نشر التعليم الإلكتروني من خلال التعليم عن بُعد أو التعليم بالمراسلة.

- إنجاز صفقات تجارية من خلال ما يسمى بالتجارة الإلكترونية بإنشاء محل تجاري افتراضي أو عمل مول تجاري أو تقديم عروض أسعار.

- إنجاز الحجوزات السياحية والفندقية فيمكن حجز تذاكر السفر والإقامة بالفنادق المختلفة وفي أي مكان في العالم.

رابعاً: سبل توفير صناعة المحتوى الإلكتروني:

نظراً لأن صناعة المحتوى العربي فقيرة إلى حد ما بالنظر لحجم السكان، حيث يبلغ المحتوى العربي على أقصى تقدير 3% من حجم المحتوى العالمي، لذا فإننا نرى ضرورة العمل على زيادة المحتوى العربي وذلك من خلال [3]:

1) أ. خالد المدني: المرجع السابق.

2) أ. خالد المدني: المرجع السابق.

3) أ. خالد المدني: المرجع السابق ، أ. لبيب شائف: المرجع السابق، ص14 ، د. إبراهيم بعزيز: المرجع السابق.

1 - العمل على دعم وتشجيع مشروعات صناعة المحتوى من خلال منح القروض والتسهيلات.

2 - العمل على تأهيل وإعداد الكادر البشري للتعامل مع صناعة المحتوى.

3 - العمل على تشجيع نطاق استخدام التكنولوجيا الحديثة بتوفير أجهزة الكمبيوتر وتحقيق الدخول للإنترنت بأسعار معقولة.

4 - العمل على نشر الوعي بأهمية صناعة محتوى الإنترنت بين الباحثين وأصحاب المشروعات.

5 - نرى ضرورة أن يبدأ نشر صناعة محتوى الإنترنت من خلال الأجهزة الحكومية والوزارات والجامعات والمراكز البحثية والمكتبات والمحاكم المختلفة بما يعزز من مكانة المحتوى العربي على الإنترنت.

ونريد أن نرى تحقيق العديد من الخدمات الحكومية من خلال الإنترنت وهو أمر يوفر الوقت والجهد والمال ولا مانع من تحصيل رسوم مقابل ذلك ما دام الأمر سوف يحقق منفعة متبادلة، كما يجب على الجامعات والمراكز البحثية أن تنشر مجلاتها وأبحاثها على الإنترنت وهو أمر ييسر البحث العلمي للباحثين، كما يجب على المحاكم وخاصة محكمة النقض أن تنشر أحكامها على الإنترنت وإذا استدعى الأمر دفع رسوم مقابل ذلك فلا مانع، فعلى سبيل المثال يوجد في فرنسا موقع لمحكمة النقض الفرنسية يحوي العديد من الأحكام القضائية، كما يوجد مواقع أخرى تقدم خدمات قانونية ومنها موقع legifrance.gouv.fr وهو موقع حكومي يهتم بالنشر القانوني وغيره كثير والذي ينشر أحدث الأحكام والتي لم يمر على إصدارها سوى أيام قليلة فنجدها على شبكة الإنترنت دون رسوم.

المبحث الثالث
جهات الرقابة على الإنترنت

تتعدد الجهات المرتبطة بشبكة الإنترنت بداية من منظمة الأيكان ومروراً بأجهزة الاتصالات الحكومية وموردي الدخول إلى الشبكة ومتعهدي الإيواء وموردي المعلومات، فكل هؤلاء لهم دور في ظهور المحتويات على الشبكة، وعليه تتعدد جهات الرقابة على الإنترنت، وفيما يلي نبين دور كل جهة وحالات الرقابة بالنسبة لكل منها.

الفرع الأول
الجهات العامة للرقابة على الإنترنت

يقوم على إدارة الإنترنت العديد من الجهات والأشخاص حيث تتلقى الجهات الإدارية المختصة بالاتصالات في كل دولة كافة البيانات والمواقع على الشبكة العالمية من الخوادم

المركزية لدى منظمة الأيكان، والتي تكتفي بضمان المحافظة على الاستقرار التشغيلي لشبكة الإنترنت وضمان توفير إنترنت مستقرة وموحدة وإدارة العناصر الفنية في نظام أسماء النطاق لضمان تيسير الاتصال على مستوى العالم [1]، وليس للأيكان أي دور في الرقابة على محتوى الإنترنت، حيث يقوم بهذا الدور الجهات الحكومية حول العالم بالإضافة إلى القطاع الخاص الذي يتولى تزويد الشبكة بالمعلومات والقائمين على خدمات الإنترنت [2].

وتتمثل الجهات العامة للرقابة على الإنترنت في الجهات المشرفة على أجهزة الاتصالات الإدارية في كل دولة، ولما كان مجال الدراسة يتعلق بالرقابة على محتوى الإنترنت في كل من مصر والإمارات وفرنسا فسوف نقصر الحديث عن الأجهزة الرقابية على الاتصالات في كلٍ منها.

أولاً: هيئة تنظيم الاتصالات في مصر:

نشأت بموجب قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 وفقاً للمادة الثالثة وتسمى الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات، وهو شخصية اعتبارية عامة، ويهدف الجهاز إلى تنظيم مرفق الاتصالات وتطوير ونشر جميع خدماته، كما يضمن حماية الأمن القومي والمصالح العليا للدولة «م2/4 من القانون»، كما يضمن الالتزام بأحكام الاتفاقيات الدولية النافذة «م4/4 من القانون»، وطبقاً للمادة 21 من ذات القانون لا يجوز إنشاء أو تشغيل شبكات الاتصالات أو تقديم خدمات الاتصالات للغير دون الحصول على ترخيص، ويحدد الترخيص التزامات المرخص له وتشمل الالتزامات الخاصة بعدم المساس بالأمن القومي «م11/25 من القانون» وكذا تقديم ما يطلبه الجهاز من معلومات «م15/25 من القانون».

ووفقاً للنصوص السابقة يملك جهاز تنظيم الاتصالات سلطة الرقابة على محتوى الإنترنت وهي رقابة عامة على كافة المعلومات وكافة المواقع، إلا أن تلك الرقابة العامة محددة بهدف المحافظة على الأمن القومي والمصالح العليا للدولة وكذا الحفاظ على النظام العام والآداب.

وفي هذا قضت محكمة القضاء الإداري بجلسة 12 مايو 2009 بحجب المواقع الإباحية على شبكة الإنترنت نظراً لما تقوم به من نشر الرذيلة بين طوائف المجتمع المصري بالصوت والصورة بما يهدم كل العقائد الدينية والقيم الأخلاقية والآداب العامة، وأن الإبقاء على هذه

1) راجع التقرير السنوي للأيكان 2011 على الموقع: www.icann.org/ar/annulareport

2) د. سالم الزريقي: المرجع السابق.

المواقع يهدر قيم المجتمع ويخل بالمصالح العليا للدولة والأمن القومي الاجتماعي ومن ثم كان لزاماً على جهة الإدارة اتخاذ كافة الوسائل بحجب هذه المواقع [1].

كما جاء في حيثيات حكم للقضاء الإداري بجلسة 29 ديسمبر 2007 برفض حجب مواقع إلكترونية إرهابية، أنه على الرغم من أن التشريعات المصرية لم تحدد المجالات التي تستدعي حجب المواقع الإلكترونية لوجود فراغ تشريعي، غير أن الفراغ التشريعي لا يخل بحق الأجهزة الحكومية من إلزام مزودي الخدمة بالحجب حينما يكون هناك مساس بالأمن القومي أو المصالح العليا للدولة وذلك بما لتلك الأجهزة من سلطة في مجال الضبط الإداري لحماية النظام العام بمفهومه المثلث «الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة» [2].

ثانياً: هيئات الرقابة في الإمارات:

تخضع الهيئة لقانون تنظيم الاتصالات الاتحادي رقم 3 لسنة 2003 والمعدل بالقانون رقم 5 لسنة 2008، وقد جاء بالمادة 14 باختصاص الهيئة بإصدار التراخيص وفقاً لأحكام القانون، كما يحق لها طلب أية معلومات لازمة لأنشطة الهيئة، كما يختص مجلس إدارة الهيئة بإصدار أية توجيهات تقتضيها مصلحة الأمن القومي أو العلاقات الدولية «م3/10 من القانون»، ويخضع للعقاب كل من رفض إخضاع أجهزة الاتصالات للفحص والتدقيق وفقاً لأحكام القانون أو لم يسمح للموظفين المخولين بالدخول إلى موقعه «م2/74 من القانون».

وتملك الهيئة إصدار التراخيص وتمديدها أو إلغاءها أو تعليقها وفقاً للقانون «م5/10»، ويخضع للعقاب كل من حصل على ترخيص ورفض إخضاع أجهزة الاتصالات التي تحت تصرفه للفحص والتدقيق وفقاً لأحكام القانون أو لم يسمح للموظفين المخولين بالدخول إلى موقعه [3].

كما يجوز للهيئة إعطاء المرخص له إذناً لوضع أي جهاز أو خلافه تحت المراقبة إذا توافرت أسباب معقولة للاعتقاد باستغلال الجهاز في أي مخالفة منصوص عليها في المادة 72 من القانون «الإساءة والإزعاج وإيذاء مشاعر الآخرين أو لغرض آخر غير مشروع، وكل من نسخ أو أفشى أو وزع بدون وجه حق محتوى أي اتصال أو رسالة» [4].

وعليه فإن رقابة هيئة الاتصالات الإماراتية تكون رقابة عامة وأوسع نطاقاً من رقابة هيئة

1) دعوى القضاء الإداري رقم 10355 لسنة 63ق، جلسة 2009/5/12 بالموقع: eld.qadays.net

2) الدعوى رقم 15575 لسنة 61ق، جلسة 2007/12/29 على الموقع: www.alfrahna.forumegypt.net في 28 يونيو 2011.

3) المادة 74 من القانون الإماراتي رقم 3 لسنة 2003 والمعدلة بالقانون 5 لسنة 2008.

4) المادة 75 من القانون الإماراتي رقم 3 لسنة 2003.

الاتصالات المصرية حيث إن رقابة الهيئة الأخيرة محددة بهدف الحفاظ على الأمن القومي والمصالح العليا للدولة في حين أن رقابة هيئة الاتصالات الإماراتية بهدف الحفاظ على الأمن القومي والعلاقات الدولية وكذلك الحفاظ على مشاعر الآخرين مما قد يرتكب على الشبكة من إساءة أو إزعاج أو إيذاء مشاعر الآخرين أو لغرض آخر غير مشروع، والغرض غير المشروع هو كل ما يخالف الدستور والقوانين واللوائح السارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ومنها بالطبع القانون الاتحادي للإمارات لمكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 5 لسنة 2012 وكذا قانون المطبوعات والنشر رقم 15 لسنة 1980.

2 - الهيئة الوطنية للأمن الإلكتروني: أنشئت الهيئة بموجب القانون الاتحادي رقم 3 لسنة 2012 وهي هيئة عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية ومقرها مدينة أبوظبي، ووفقاً للمادة الرابعة من القانون يهدف إنشاء الهيئة إلى حماية شبكة الاتصالات ونظم المعلومات في الدولة، وتختص الهيئة وفقاً للمادة الخامسة من القانون باختصاصات عدة منها وضع المعايير الكفيلة بتوفير الأمن الإلكتروني والإشراف على تنفيذها وإعداد خطة وطنية لمواجهة أية أخطار أو تهديدات أو اعتداءات على الأمن الإلكتروني والإشراف على مدى التزام الجهات المعنية بتنفيذ متطلبات الأمن الإلكتروني ومكافحة جرائم الشبكة المعلوماتية وتلقي الشكاوى والمقترحات المتعلقة بالأمن الإلكتروني.

ووفقاً للمادة الرابعة عشرة من القانون يجوز للهيئة في الحالات الطارئة وبعد استطلاع رأي مستشار الأمن القومي، صلاحية مراقبة أو اختراق أو حجب شبكة الاتصالات لأي شخص أو جهة تبين للهيئة اشتراكها في أي عمل يؤثر على أمن الدولة أو النظام العام أو السلم الاجتماعي أو المنشآت الحيوية أو الجهات العامة والخاصة أو أي عمل يؤثر على حياة أو أموال أي شخص موجود بالدولة، على أن يتم إخطار النيابة العامة بالإجراء الذي اتخذته خلال أسبوع لإعمال شؤونها.

ثالثاً: الهيئات الإدارية للرقابة على الإنترنت في فرنسا:

يوجد في فرنسا جهتان للرقابة على محتوى الإنترنت وهما هيئة تنظيم الاتصالات الإلكترونية والبريد ARCEP [1]، وهيئة نشر المؤلفات وحماية الحقوق على الإنترنت HADOPI [2].

1) اختصاراً لـ Autorité de regulation des communication electroniques et des postes.

2) اختصاراً لـ Haute Autorité pour le diffusion des œurres et la protection des droits sur internet

1 - هيئة ARCEP:

هي هيئة إدارية مستقلة تنظم قطاع الاتصالات في فرنسا وقد نشأت بقانون في 20 مايو 2005 وحلت محل هيئة تنظيم الاتصالات ART [1]، وهي تمارس نشاط ناقل المعلومات operateur، وتقوم بنشاطها في إطار مبادئ الخدمة العالمية، ووفقاً للمادة L33-1 من كود الاتصالات الإلكترونية والبريد؛ تلتزم الجهات المستغلة للشبكات المفتوحة للجمهور والتي تقدم خدمات الاتصالات الإلكترونية أن تؤديها بحرية مع التحفظ لقرار ARCEP باحترام شروط السلامة لحفظ وسلامة الشبكات وشروط الثقة في الرسائل المنقولة والمعلومات المرتبطة والتعليمات التي يقتضيها النظام العام ordre public والدفاع الوطني defense nationale والأمن العام sécurité publique [2]، كما يجوز لها باعتبارها ممثلة الدولة في هذا القطاع أن تقوم بتركيب أجهزة radio électriques لحاجات الدفاع والأمن الوطني [3].

وهو الأمر الذي أكد عليه تقرير للمجلس الأوروبي سنة 2011 عن الإنترنت وأحكام القضاء الأوروبي لحقوق الإنسان من حق الدول في تطبيق أنظمة للمراقبة السرية surveillance secrète لرقابة أنشطة خدمات الإنترنت وهو حق مقرر لحماية الأمن الوطني من المخاطر [4]، كما جاء بالمادة الأولى من قانون حرية الاتصالات رقم 1986/1067 في 30 سبتمبر 1986 بأن تتم ممارسة الاتصالات الإلكترونية بحرية مع احترام الحقوق الإنسانية وملكية الآخرين والمحافظة على النظام العام والمحافظة على الدفاع الوطني [5].

2 - هيئة HADOPI:

وهي هيئة إدارية مستقلة نشأت بالمرسوم رقم 2009/1773 في 29 ديسمبر 2009 وذلك استناداً إلى القانون رقم 2009/669 في 12 يونيو 2009، وتهدف الهيئة إلى ضمان احترام حقوق الملكية الفكرية على الإنترنت والرقابة على الداخلين للإنترنت، وهي تتكون من كيانين هما المجمع les collége ولجنة حماية الحقوق CPD [6] [7]، وتمارس الهيئة اختصاصاتها

1) اختصاراً لـ Autorite de regulation des telecommunications وهي هيئة تنظيم الاتصالات والتي نشأت بقانون في عام 1996.

2) Art. L33-1 du CPCE, Modifié par ordannance 2011/1012 du 24 Aôut 2011.

3) Art L33-3-4 du CPCE, modifié par loi n2009/928 du 29 Juillet 2009.

4) La Rapport, Internet: la jurisprudence de la cour européenne des droits de l' home, 2011, Conseil de l'Europe, P. 8.

5) Art. 1 du loi n 1986/1067 du 30 Septembre 1986, Modifié par loi n 2004/669 du 9 Juillet 2004.

6) Art. L331-15 du CPI, modifié par loi n 2009/669 du 12 Juin 2009.

7) اختصاراً لـ Comission de protection des droits

بغرض تشجيع العرض القانوني l´offre legale على الإنترنت وحماية المؤلفات المتصلة بحق المؤلف والحقوق المجاورة ومتابعة العمليات الظاهرة للتقليد على الإنترنت [1].

وتملك الهيئة سلطة الإيقاف من الدخول على خدمة الاتصال لمدة أقصاها سنة واحدة وفقاً للمادة L335-7 من CPI [2]، ويتم توقيع العقاب لكل من قام بتقليد مؤلف مكتوب أو رسوم أو نقش أو كل مؤلف آخر، وتقوم بإخطار مورد الدخول خلال خمسة عشر يوماً من قرارها، الذي يلتزم بالتنفيذ وإلا تعرض للعقاب بغرامة 3750 يورو طبقاً للمادة L335-7 من CPI.

ووفقاً للمادة الأولى من المرسوم 2010/872 في 26 يوليو 2010 والمتعلق بإجراءات لجنة حماية الحقوق لـ HADOPI يلتزم مقدمو خدمات الإنترنت «موردو الدخول والإيواء» خلال ثمانية أيام بتقديم النسخ المستخدمة وموضوعات الحماية كما يلتزمون بتقديم المستندات خلال مدة 15 يوماً التالية لطلب اللجنة، وتقوم اللجنة بفحص الإجراءات والمستندات وإذا رأت مخالفةً لحقوق الملكية الفكرية أحالتها إلى المحكمة الابتدائية المختصة وتقوم بإخطار المؤلفين بذلك، كما تقوم اللجنة بإخطار مورد الدخول بعقوبة الإيقاف ومدتها [3].

وعليه يتضح أن دور هيئة ARCEP هو الرقابة العامة على موضوعات تتعلق بالأمن العام وحماية الدفاع الوطني، بينما يقتصر دور هيئة HADOPI على الرقابة العامة على موضوعات حماية حقوق الملكية الفكرية على الشبكة.

الفرع الثاني
الجهات الخاصة للرقابة على الإنترنت

بخلاف الهيئات التي تقوم بالرقابة على الإنترنت، يوجد أشخاص آخرون يقدمون بهذا الدور أيضاً وهم مقدمو خدمات الإنترنت ويشمل ذلك كلاً من مورد المحتوى «المعلومات»، ومتعهد الإيواء ومورد خدمة الدخول للشبكة.

أولاً: مورد المعلومات Fournisseur des contenus:

هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتغذية شبكة الإنترنت بالمعلومات، ويقوم بنشرها وإتاحتها للجمهور سواء كان مؤلفها أو قام بتجميعها في إطار موضوع معين، وتظهر على

1) Art. L331-13 du CPI, modifié par loi n 2009/669 du 12 Juin 2009.

2) Art. L335-7 du CPI crée par loi n 2009/669 du 12 Juin 2009 , Caroline Colin, Serverine dusollier etude de faisabilite de systemes de licences pour les echanges d› œuvers sur internet, le 16/09/2011, P. 13, sur le site, www.juriscom.net

3) Art. 1 du décret n 2010/872 du 26 juillet 2010.

شاشة الشبكة بحيث يمكن قراءتها أو رؤيتها أو سماعها، ويعد هذا الشخص المسؤول الأول عن المعلومات التي يتم بثها حيث يعد الوحيد الذي يملك سلطة حقيقية في رقابة مضمون المحتوى ومعرفة مدى مشروعيته واحترامه لحقوق الآخرين قبل بثه على شبكة الإنترنت [1].

ويعد التزام مورد المعلومات برقابة مضمون المعلومات وفحصها من الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتقه سواء أكان مالكاً لها أو منشئاً لها أو قام بذلك نيابة عن الآخرين، وطبقاً للتوجيه الأوروبي فإن مورد المحتوى المعلوماتي يجب اعتباره المسؤول الأول عن هذه المحتويات في إطار الاتصالات الإلكترونية، ومرجع مسؤولية المورد يكمن في قدرته الفعلية في السيطرة على المعلومات والتحكم في نشرها ومن ثم يلتزم بتوريد معلومات مشروعة وحقيقية، وعليه الالتزام باحترام القواعد القانونية سواء المتعلقة بحق النشر أو بحماية الحياة الخاصة للآخرين أو حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة لها، وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة التزام المورد للمحتوى فذهب البعض إلى أن التزامه يكون بوسيلة بحيث لا يعد مقصراً في تنفيذه إذا بذل ما لديه من حرص وعناية حتى ولو أصاب الغير ضرر بسبب المعلومات المنشورة، إلا أن جمهور الفقه يرى أن المورد للمحتوى من الأشخاص المهنية ويقاس سلوكه بمعيار الرجل الحريص وليس بمعيار الشخص العادي، وعليه فإن التزام المورد يكون التزام بنتيجة بحيث تتحقق مسؤوليته عند إصابة الغير بأضرار نتيجة نشر المحتوى ولا يعفى من المسؤولية إلا إذا حال مانع أجنبي منعه من المراقبة والفحص للمحتوى [2].

ووفقاً للمادة 14 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 تنتفي مسؤولية المورد إذا ثبت أنه لا يعرف مضمون هذه المعلومات، وأن يوقف بثه ونشر هذه المعلومات فور علمه بعدم مشروعيتها أو منع الاتصال بها، وعليه فإن المسؤولية لمورد المعلومات تتوقف على مدى علمه بالمضمون غير المشروع أو مخالفته للقواعد القانونية والاعتداء على حقوق الآخرين، وفي هذا قضت المحكمة الابتدائية لباريس في أكتوبر 1999 بعدم مسؤولية المورد عندما يقتصر دوره على تمرير المضمون، أما إذا كان دوره توريد المعلومات وإنتاجها فيكون مسؤولاً عن مضمونها حيث في إمكانه رقابة

---

1) د. محمد منصور: المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2009، ص167 ، د. عايد الخلايلة: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، عمان، دار الثقافة، سنة 2009، ص324 ، أ. عبدالمهدي ناصر: المسؤولية لوسطاء الإنترنت، بغداد، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، المجلد الثاني، سنة 2009، ص247 ، د. أحمد فرح: النظام القانوني لمقدمي خدمات الإنترنت، عمان، مجلة المنارة، العدد 9، المجلد 13، سنة 2007، ص327، على الموقع: web2.aabu-edu.jo/nara/manar ، د. عبدالفتاح كيلاني: مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الإنترنت، بحث منشور على الموقع: www.flaw.bu.edu.eg ، ص487 ، Serge Guinchard , Michele Harichaux (ed), internet pour le droit, Paris, Montchrestien, 1999, P. 149.

2) د. محمد منصور: المرجع السابق، ص218 ، د. عايد الخلايلة: المرجع السابق، ص327، د. عبدالفتاح كيلاني: المرجع السابق، ص490، أ. عبدالمهدي ناصر: المرجع السابق، ص247، د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص339.

المضمون ومعرفة مدى مشروعيته واحترامه لحقوق الآخرين قبل بثه على شبكة الإنترنت [1].

وفي الإمارات يخضع مورد المعلومات وهو كل من يقوم بنشر أو إعادة نشر للمحتوى عن طريق الشبكة المعلوماتية، للعقوبات الواردة في القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2012 ومنها على سبيل المثال ما جاء بالمادة 17 بالمعاقبة على المواد الإباحية أو أنشطة القمار وكل ما من شأنه المساس بالآداب العامة، وما جاء بالمادة 24 بمعاقبة كل من نشر معلومات للترويج لأفكار من شأنها إثارة الفتنة أو الكراهية أو العنصرية أو الطائفية أو الإضرار بالوحدة الوطنية والسلم الاجتماعي أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة، وما جاء بالمادة 26 من ذات القانون بمعاقبة كل من نشر معلومات لجماعة إرهابية أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة بقصد تسهيل الاتصال بين أعضائها، وما جاء بالمادة 28 بمعاقبة كل من نشر أو بث معلومات أو أخباراً أو رسوماً كرتونية أو أي صور أخرى من شأنها تعريض أمن الدولة ومصالحها العليا للخطر أو المساس بالنظام العام، وغيرها من الجرائم التي وردت في القانون 5 لسنة 2012 والتي لا يتسع المقام لذكرها كلها.

ثانياً: متعهد الإيواء Fourrnisseur d'hebergement:

هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين المعلومات بوسائله الفنية بمقابل أو بالمجان بحيث يتمكن العملاء من النفاذ إلى الشبكة في أية لحظة بغية بث مضمون معلوماتي معين، ويعد متعهد الإيواء بمثابة مؤجر لمكان على الشبكة حيث يعرض صفحاته ويكون للمستأجر ومورد المعلومات «حرية نشر ما يريد من نصوص أو صور أو تنظيم مؤتمرات أو حلقات نقاش» وعادة ما يقوم متعهد الإيواء بنشاط تخزين المعلومات بموجب عقد الإيواء مع مورد المعلومات الذي يرغب في تخزين المعلومات بحيث يمكن ظهورها على شبكة الإنترنت بعد ذلك حينما يتم طلب هذه المعلومات [2].

ويمكن لمتعهد الإيواء أن يقوم بدور في عملية الرقابة على محتوى الإنترنت حيث يمكنه ذلك من خلال معرفة ما يتم تخزينه من معلومات ومعرفة مدى مشروعيتها وفقاً للأحكام القانونية.

والقاعدة العامة وفقاً للمادة 15 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية، أن الدول الأعضاء غير مطالبين بإلزام مقدمي الخدمات بالالتزام العام بالرقابة

1) أ. عبدالمهدي ناصر: المرجع السابق، ص234 ، د. عبدالفتاح كيلاني: المرجع السابق، ص483.

2) د. محمد منصور: المرجع السابق، ص169، د. عايد الخلايلة: المرجع السابق، ص314، د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص324، Philippe Le Tourneau, Contrats informatiques et électroniques, Paris, Dalloz, 2010, P. 371 , Christiane Féral – Schuhl, Cyber droit, Paris, Dalloz, 2010, P. 794.

على المعلومات المنقولة أو المخزنة، كما جاء في المادة I/7/6 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي LCEN أن مقدمي خدمات (يقصد خدمات الدخول والإيواء) غير خاضعين للالتزام العام بالرقابة على المعلومات المنقولة أو البحث عن الأنشطة غير المشروعة [1].

وعليه يكون متعهدو الإيواء وفقاً للتوجيه الأوروبي والقانون الفرنسي غير ملزمين برقابة مشروعية المعلومات أثناء نقلها أو تخزينها، كما أنهم غير ملزمين بالبحث عن المواقع أو الأنشطة غير المشروعة، إلا أن هذه القاعدة عليها استثناء بجواز الإلزام الخاص بالرقابة، وهذه الرقابة الخاصة يشترط لتطبيقها [2]:

1 - إخطار متعهد الإيواء بسحب المحتوى غير المشروع أو المتنازع عليه، ويتم السحب بناء على طلب السلطة القضائية وفقاً للمادة I/8/6 من LCEN.

2 - أن يكون أمر السلطة القضائية بالرقابة متعلق ويستهدف محتوى محدد.

3 - أن يكون التزام الرقابة مؤقت Temporaire.

وتقوم مسؤولية متعهد الإيواء عندما يخالف أمر السلطة القضائية بسحب المحتوى غير المشروع أو المتنازع عليه، كما تقوم المسؤولية عندما تحمل المحتويات مظاهر عدم المشروعية manifestement illicite، ومظاهر عدم المشروعية لا تستلزم من المتعهد عناء البحث عن طبيعتها لظهورها [3]، مثل أن يتعلق المحتوى بجرائم ضد الإنسانية، أو التحريض على الكراهية أو التمييز العنصري، أو الصور الإباحية للأطفال، أو الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية، وفي هذه الحالة يلتزم بالفلترة لتلك المحتويات [4].

ويتم إعفاء متعهد الإيواء من المسؤولية وفقاً للمادة I/2/6 من LCEN في حالة عدم معرفة حقيقة الأنشطة غير المشروعة، أو في حالة معرفته يقوم بسحبها بسرعة promptement أو يجعل الدخول إليها مستحيلاً imposible وفقاً للمادة I/5/6 من LCEN [5].

1) Ronan Hardouin, Observations sur les nouvelles obligations prétariennes hébergeurs, sur le site, www.juriscom.net, Thomas Adhumeau, analyse de l› obligation de sur veillance à la charge des hébergeurs du web 2.0, le 21 Octobre 2011, sur le site, www.gou-mata.blogspot.com

2) Ronan Hardouin, op. cit., PP. 6-7 & Thomas Adhumeau, op. cit.

3) Willy Duben, les obligations des hébergeurs imposées par le juge, le 13 Décembre. 2009, sur le site, www.legaltic.fr & Ronan Hardouin, op. cit., P. 4.

4) Alain Bensoussan, hébergeurs: vers une obligation de filtrage des contenus illicites?, le 5/05/2011, sur le site, www.alain-bensoussan.com

5) Willy Duben, op. cit & Christina Angelopoulos, fitlrage des contenus protégés par le droit d› auteur sur internet en Europe, iris. 2009, sur le site, www.obs.coe.int

وفي هذا الإطار قضت محكمة استئناف باريس في 10 فبراير 1999 بمسؤولية متعهد الإيواء عن محتوى صفحات الويب التي يتم إنشاؤها من أشخاص مجهولين anonymes ودفع تعويض عن إيواء صور Estelle Hallyday بدون موافقتها [1]، كما قضت محكمة استئناف Versailles في 8 يونيو 2000 بالتزام متعهد الإيواء بالحرص والحذر، وهو ما يفرض عليه استخدام وسائل تمكنه من فحص المعلومات قبل تسكينها على الشبكة، كما يفرض عليه اتخاذ إجراءات ضرورية لمنع الاعتداء على حقوق الآخرين سواء في مرحلة إبرام العقد أو مرحلة تنفيذه، فعند الإبرام يفرض عليه إدراج شروط تعطيه الحق في فسخ العقد حال علمه بالمحتوى غير المشروع بشكل تلقائي، وعند التنفيذ بإصلاح الموقع ذي المحتوى غير المشروع باستبعاده [2]، كما قضت المحكمة الابتدائية لتولوز في 13 مارس 2008 أن متعهد الإيواء غير مسؤول عن المعلومات المخزنة بطلب المرسل إليه إذا قام في لحظة معرفته بسحب المعلومات بسرعة، والسحب بسرعة يتم من لحظة الإخطار وإنذاره بأن المحتوى غير مشروع [3]، كما قضت محكمة التجارة لباريس في 20 فبراير 2008 أن التزام متعهد الإيواء بالرقابة ليس التزاماً عاماً وإنما هو التزام خاص ويكون وقتياً [4].

وفي الإمارات يخضع متعهد الإيواء للعقوبة الواردة بالمادة 39 من القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2012 وهي الحبس والغرامة أو بإحدى العقوبتين كل من خزن أو أتاح متعمداً أي محتوى غير قانوني مع علمه بذلك أو لم يبادر بإزالة أو منع الدخول إلى هذا المحتوى غير القانوني خلال المدة المحددة في الإشعار الخطي الموجه له من الجهات المختصة والذي يفيد بعدم قانونية المحتوى وأنه متاح على الموقع الإلكتروني أو شبكة المعلوماتية.

وعليه يشترط لتوقيع العقاب على متعهد الإيواء في القانون الإماراتي الآتي:

1 - أن يقوم بالتخزين عمداً للمعلومات غير القانونية.

2 - أن يعلم بعدم مشروعية المحتوى ويتم ذلك من خلال إشعار خطي يوجه له من الجهات المختصة.

3 - عدم المبادرة بإزالة أو منع الدخول إلى المحتوى غير القانوني خلال المدة التي يحددها الإشعار.

كما اشترط القانون عدة شروط لصحة إخطار متعهد الإيواء بعدم المشروعية وهي:

1 - أن يتم الإخطار خطياً وبالتالي لا يجوز أن يتم شفوياً أو من خلال اتصال تليفوني.

2 - أن يصدر الإخطار من الجهات المختصة إما من جهات إدارية (هيئة تنظيم الاتصالات

1) Renaud Berthou, op. cit., P. 4 et P. 88.

2) د. عبدالفتاح كيلاني: المرجع السابق، ص501.

3) Willy Duben, op. cit.

4) T.Com, Paris, 20 Février 2008, sur le site, www.legalis.net

وهيئة الأمن الإلكتروني) أو جهات قضائية (أمر من النائب العام أو قرار من المحكمة المختصة).

3 - أن يتضمن الإخطار الآتي:

أ/ تحديد المدة الزمنية لإزالة أو منع الدخول إلى المحتوى غير المشروع.

ب/ تحديد المحتوى وموقعه على الشبكة الإلكترونية.

ونرى تعديل المادة 39 من القانون 5 لسنة 2012 بحيث يلتزم متعهد الإيواء بإزالة المحتوى أو منع الوصول إليه إذا كان يحمل مظاهر عدم المشروعية مثل الصور العارية أو أفلام إباحية أو متعلقة بتجارة السلاح أو المخدرات، كما نرى التعديل بحيث يتضمن الإشعار الخطي مدة أربع وعشرين ساعة على أقصى تقدير لإزالة المحتوى أو منعه.

ثالثاً: مورد الدخول إلى الشبكة Fournisseur d'accès à internet:

هو أحد وسطاء خدمات الإنترنت ويطلق عليه مسميات متعهد الوصول أو مقدم خدمة الإنترنت أو مزود الخدمة [1]، وهو كل شخص طبيعي أو معنوي يستغل شبكات الاتصال عن بُعد في سبيل إيصال عملائه بشبكة الإنترنت بموجب عقد تقديم خدمات الدخول، وعمله ذو طبيعة فنية فهو الذي يمكن مستخدمي الإنترنت من الوصول إلى المواقع الإلكترونية أو البريد الإلكتروني للأشخاص المراد مخاطبتهم في أي مكان في العالم [2].

وإذا كانت القاعدة العامة عدم التزام مورد الدخول بالرقابة على محتوى الإنترنت، وفقاً للمادة 15 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية، أن الدول الأعضاء غير مطالبين بإلزام مقدمي الخدمات بالالتزام العام بالرقابة على المعلومات المنقولة أو المخزنة، كما جاء في المادة I/7/6 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي LCEN أن مقدمي خدمات (يقصد خدمات الدخول والإيواء) غير خاضعين للالتزام العام بالرقابة على المعلومات المنقولة أو البحث عن الأنشطة غير المشروعة [3].

وعليه يكون موردو الدخول إلى الشبكة وفقاً للتوجيه الأوروبي والقانون الفرنسي غير ملزمين برقابة مشروعية المعلومات أثناء نقلها أو تخزينها، كما أنهم غير ملزمين بالبحث عن المواقع أو الأنشطة غير المشروعة.

---

1) بالإنجليزية Provider.

2) د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص343، د. عبدالفتاح كيلاني: المرجع السابق، ص474، د. عايد الخلايلة: المرجع السابق، ص321، د. محمد منصور: المرجع السابق، ص175 ،

Philippe le Tourneau, op. cit., P. 366 , Serge Guinchard, Michèle Harichaux (ed.), op. cit., P. 30.

3) Ronan Hardouin, op. cit., PP. 6-7 & Thomas Adhumeau, op. cit.

إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء بجواز إعمال الرقابة المؤقتة Temporaire والموجهة Ciblèe بناءً على طلب السلطة القضائية وفقاً للمادة 7/6 من قانون LCEN، ويحق للسلطة القضائية بموجب المادة 6-I/8 من LCEN أن تأمر مقدمي خدمات الإنترنت باتخاذ إجراءات لوقف بث أي مضمون يثبت عدم مشروعيته، وبالطبع تقوم مسؤولية المورد في حالة عدم الاستجابة لهذا الأمر، وعليه فإن شروط إعمال الرقابة الخاصة هي [1]:

1 - أن يعلم المورد بوجود محتوى غير مشروع سواء من المتضرر أو من جانب السلطة القضائية أو السلطة الإدارية المشرفة على خدمات الاتصالات.

2 - أن تكون الرقابة على محتوى محدد فلا يشمل كل الموضوعات الأخرى وإنما تتعلق الرقابة بموضوع معين فقط، بمعنى أن تكون الرقابة هادفة Ciblèe.

3 - أن تكون الرقابة مؤقتة بمعنى أن تكون محددة المدة، فلا يوجد رقابة مستمرة للمورد إنما تكون لفترة زمنية محددة، ويتم تحديدها بناءً على طلب السلطة القضائية أو السلطة الإدارية.

وبناءً على ما سبق صدرت أحكام قضائية تؤيد ذلك، منها ما صدر عن المحكمة الابتدائية لبروكسل في 29 يونيو 2007 في النزاع بين شركة SABAM (شركة للمؤلفات الموسيقية) وبين Scarlet (مورد الدخول للانترنت) وتأيد الحكم من محكمة استئناف بروكسل في 10 يناير 2010، والذي قضى بإلزام شركة Scarlet بوضع نظام لفلترة المحتويات [2].

وتتحقق مسؤولية مورد الدخول عند حدوث خطأ منه مثل أن يعلم بالمحتوى غير المشروع ولم يقم بوقفه أو صدور أمر من السلطة القضائية أو الإدارية بوقف البث ولم يلتزم به، وهي مسؤولية تقصيرية عند حدوث ضرر للغير، وتكون المسؤولية عقدية إذا كانت هناك علاقة عقدية تربطه بالغير مثل أن يرد بالعقد شرط بمراقبة المضمون المعلوماتي ولم يقم به، أو شرط بالعقد يطلب عدم السماح بالدخول على المواقع الإباحية أو شرط فلترة Filtrage موضوعات محددة لا يرغبون في الدخول عليها بحيث لا يتم استقبال المعلومات إلا تلك التي تتفق مع قيمهم ومعاييرهم الدينية والأخلاقية والثقافية [3].

---

1) د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص347 ، د. محمد منصور: المرجع السابق، ص177،
Christiane Féral – Schuhl, op. cit., P. 770 & Caroline Colin, op. cit., P. 85 & Ronan Hardouin, op. cit., P. 7 & Benoît Tabaka, projet de loi delinquance de nouvelles obligations pour les fournisseurs d› accés et les hébergeurs, le 16/02/2007, sur le site, www.juriscom.net & Christina Angelopoulos, op, cit., & Sanjoy Navy, les obligations des fournisseurs d› accés à internet (FAI), le 19/04/2010, sur le site, www.avocats.fr

2) Caroline Colin, op. cit., P. 85.

3) د. محمد منصور: المرجع السابق، ص177، د. عايد الخلايلة: المرجع السابق، ص322، د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص348، أ. عبدالمهدي ناصر: المرجع السابق، ص235.

ووفقاً لمواد القانون الاتحادي الإماراتي رقم 5 لسنة 2012 يخضع موردو الدخول إلى الإنترنت للعقوبات الواردة فيه في عدة مواد حيث يعد المورد مسؤولاً عن إنشاء أو إدارة المواقع الإلكترونية أو الإشراف عليها أو بثها أو إرسالها بحيث يتم الاتصال بها على الشبكة الدولية ومنها على سبيل المثال ما جاء بالمادة 17 من تعلق الاتصال بالمواد الإباحية أو أنشطة القمار أو ما يمس الآداب العامة، وما جاء بالمادة 24 من تعلق الاتصال ببرامج وأفكار من شأنها إثارة الفتنة أو الكراهية أو العنصرية أو الطائفية أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة، وما جاء بالمادة 28 من تعلق الاتصال بالتحريض على أفعال أو نشر معلومات أو أخبار أو رسوم كرتونية أو أي صور أخرى من شأنها تعريض أمن الدولة ومصالحها العليا للخطر أو المساس بالنظام العام، وما جاء بالمادة 30 من الدعوة إلى قلب أو تغيير نظام الحكم، أو الدعوة إلى عدم الانقياد إلى القوانين والأنظمة في المادة 31، أو الدعوة إلى المظاهرات والمسيرات بدون ترخيص وفقاً للمادة 32، أو الإساءة إلى الأديان والشعائر الدينية وفقاً للمادة 35، أو الاتجار في المخدرات أو الترويج لها وفقاً للمادة 36، أو الإضرار بمصالح الدولة أو الإساءة إلى سمعتها وفقاً للمادة 38 من القانون.

وأجاز القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2012 للمحكمة التي تنظر أياً من الجرائم المرتكبة من خلال شبكة المعلوماتية أن تأمر بمصادرة الأجهزة المستخدمة في الجرائم أو بمحو المعلومات أو إعدامها، كما يجوز لها إغلاق المحل أو الموقع الذي تم فيه ارتكاب أي من هذه الجرائم إما إغلاقاً كلياً أو المدة التي تقررها المحكمة وذلك إعمالاً للمادة 41 من القانون، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بوضع المحكوم عليه تحت الإشراف أو المراقبة أو حرمانه من استخدام أي شبكة معلوماتية أو وضع في مأوى علاجي أو مركز تأهيل بالمدة التي تراها المحكمة مناسبة وفقاً للمادة 43 من القانون.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث موضوع الرقابة على محتوى الإنترنت وقد تم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، جاء المبحث الأول عن الرقابة على الإنترنت بين الرفض والقبول وعرضنا وجهة نظر الرافضين للرقابة تحت سند من الحرية المطلقة لشبكة الإنترنت وحماية الحريات «حرية التعبير وحرية المعلومات»، كما عرضنا وجهة نظر المؤيدين للرقابة على سند حماية النظام العام والآداب العامة واحترام الحقوق، وانتهينا إلى تأييد وجود رقابة تنفيذاً لأحكام الدساتير والقوانين، وفي المبحث الثاني تناولنا محتوى الإنترنت الخاضع للرقابة وبيّنا ماهية المحتوى وقمنا بتعريفه، وهو المعلومات التي يتم إرسالها واستقبالها من خلال الرسائل الإلكترونية، ويأخذ المحتوى صوراً عدة فقد يكون نصوصاً مكتوبةً أو أصواتاً أو صوراً أو قد يجمع بين كل هذه الصور أو بعضها، كما عرضنا أنواع محتوى الإنترنت، وفي المبحث الثالث تناولنا جهات الرقابة على الإنترنت وعرضنا جهات الرقابة العامة على الإنترنت وتشمل الجهات الإدارية وهي هيئة تنظيم الاتصالات في مصر، وفي الإمارات هيئة تنظيم الاتصالات والهيئة الوطنية للأمن الإلكتروني وفقاً للقانون الاتحادي رقم 3 لسنة 2012، وفي فرنسا يوجد هيئة تنظيم الاتصالات الإلكترونية والبريد، وهيئة نشر المؤلفات وحماية الحقوق على الإنترنت، وهي كلها هيئات إدارية مستقلة ذات شخصية معنوية، وعرضنا جهات الرقابة الخاصة ويقوم بها مقدمو خدمات الإنترنت وهم مورد المعلومات ومتعهد الإيواء ومورد خدمة الدخول للشبكة.

وختاماً نرى بحث التوصيات التالية:

1 - ضرورة التركيز إعلامياً على وجود الرقابة على الإنترنت لغرض حماية الأمن القومي وحماية النظام العام والآداب العامة والحفاظ على القيم الدينية.

2 - العمل على إنشاء لجان إدارية مختصة بمباشرة حقوق المستخدمين على الشبكة إذا ما تم انتهاكها.

3 - العمل على تنظيم أحكام الرقابة وإجراءاتها من خلال اللجان الإدارية والهيئات المختصة وتحويل المخالفات إلى المحكمة المختصة للفصل فيها بسرعة وذلك من خلال قانون مثل المرسوم الفرنسي رقم 2010/872 والمتعلق بالإجراءات أمام لجنة حماية الحقوق، ومثل الهيئة الوطنية للأمن الإلكتروني في الإمارات وفقاً للقانون 3 لسنة 2012.

4 - توقيع عقوبة الإيقاف بالنسبة للمستخدمين المرتكبين لأي جريمة من الجرائم على شبكة الإنترنت أو المخالفين للنظام العام والآداب العامة، وهو ما أخذ به القانون الإماراتي رقم 5 لسنة 2012 في المادة 43 بجواز أن تقضي المحكمة بالحرمان من استخدام أي شبكة معلوماتية للمدة التي تراها المحكمة مناسبة.

5 - العمل على فتح الباب أمام الجمهور لكل من يعلم بوجود جرائم على شبكة الإنترنت وفق إجراءات محددة للتأكد من صحة المعلومات والحصول على بيانات المبلّغ واتخاذ الإجراءات القانونية للحد من الكم الهائل للجرائم على شبكة الإنترنت، ولا يشترط في هذه الحالة توافر شرط المصلحة المباشرة وإنما يكفي توافر المصلحة العامة في الحد من الجرائم.

6 - تفعيل سياسة الردع العقابية للجرائم المرتكبة على شبكة الإنترنت، حيث يعتقد الكثير ممن يستخدمون الشبكة بأنه لا عقاب على الجرائم المرتكبة من خلال الإنترنت.

7 - قيام أجهزة الاتصالات الحكومية بتشجيع الأفراد والجهات المختلفة لزيادة صناعة المحتوى العربي على الإنترنت من خلال المسابقات ذات الجوائز للتحفيز على الإضافة للمحتوى العربي.

8 - ربط ترقية الباحثين بالجامعات وكافة المراكز البحثية بنشر عددٍ من الأبحاث على الإنترنت بغرض زيادة المحتوى العربي على الإنترنت.

9 - أن تعمل كافة المجلات العلمية على نشر الأبحاث بالإنترنت.

10 - تشجيع الباحثين على ترجمة الكتب والأبحاث باللغة الأجنبية ونشر هذه الترجمة على الإنترنت.

11 - تعديل القانون رقم 3 لسنة 2012 والمتعلق بالهيئة الوطنية للأمن الإلكتروني بحيث يتم النص على إتاحة حق الرد «أو حق التصحيح» لكل شخص ناله ضرر من المعلومات المنشورة على الإنترنت وذلك وفقاً للقواعد المعمول بها في حق الرد بالصحافة الورقية.

12 - تعديل المادة 39 من القانون الإماراتي رقم 5 لسنة 2012 بحيث يلتزم متعهد الإيواء بإزالة المحتوى إذا كان يحمل مظاهر عدم المشروعية دون حاجة إلى الإخطار الخطي مثل الصور العارية أو الأفلام الإباحية أو متعلقة بتجارة السلاح أو المخدرات، أما في حالة الإخطار فيجب أن يتضمن مدة أربع وعشرين ساعة على أقصى تقدير لإزالة المحتوى غير المشروع أو منع الوصول إليه.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- د. إبراهيم بعزيز: دور المجتمع العلمي في تعزيز المحتوى الرقمي العربي على شبكة الإنترنت، على الموقع: brohimsearch.unblog.fr

- د. إبراهيم عبيد: العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراة غير منشورة، القاهرة، كلية حقوق حلوان، سنة 2010.

- أ. أحمد ريان: خدمات الإنترنت، في 3 يوليو 2010 على الموقع: www.cutub.info/library

- د. أحمد فرح: النظام القانوني لمقدمي خدمات الإنترنت، عمان، مجلة المنارة، العدد 9، المجلد 3، سنة 2007 على الموقع: web2.aabu-edu.jo/nara/manar

- د. أسامة مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 2000.

- د. إيمان مأمون: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه غير منشورة، المنصورة، كلية حقوق المنصورة، سنة 2006/2005.

- د. أيمن البقلي: النظام القانوني لعقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية، رسالة دكتوراة غير منشورة، أسيوط، كلية حقوق أسيوط، سنة 2009.

- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، «مصادر الالتزام»، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1991.

- أ. خالد المدني: تعريف المحتوى الرقمي، في 2009/12/12 على الموقع: almadanyk22.blogspot.com

- د. رضا دسوقي: الموازنة بين حرية الصحافة وحرمة الحياة الخاصة «دراسة مقارنة في مصر وفرنسا»، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، سنة 2009.

- أ. سالم الزريقي: إدارة الإنترنت في ظل السعي نحو الإعداد للمجتمع الرقمي، على الموقع: www.digitaloman.com

- د. عايد الخلايلة: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، عمان، دار الثقافة، سنة 2009.

- د. عبدالفتاح كيلاني: مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الإنترنت، بحث منشور على الموقع: www.flaw.bu.edu.eg

- د. عبدالمهدي ناصر: المسؤولية لوسطاء الإنترنت، بغداد، مجلة القادسية للقانون والعلوم

السياسية، العدد 2، المجلد الثاني، سنة 2009.

- د. علي حسن: حماية حقوق الإنسان في مصر بين الواقع والقانون، القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 6، سنة 1992.

- أ. لبيب شائف: صناعة المحتوى «المفهوم والبنية ومقومات تطورها»، ورقة مقدمة إلى منتدى تقنية المعلومات والاتصالات الخامس المرافق لمعرض Jit Com 2006 على الموقع: www.yemen-nicinfo

- د. محمد جبريل: مذهب المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في تطبيقات التعديل الأول للدستور الأمريكي «عن حرية التعبير وحرية العقيدة»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، العدد 25، أبريل 2004، الجزء الثاني.

- د. محمد حسام: عقود خدمات المعلومات، القاهرة، بدون ناشر، سنة 1994.

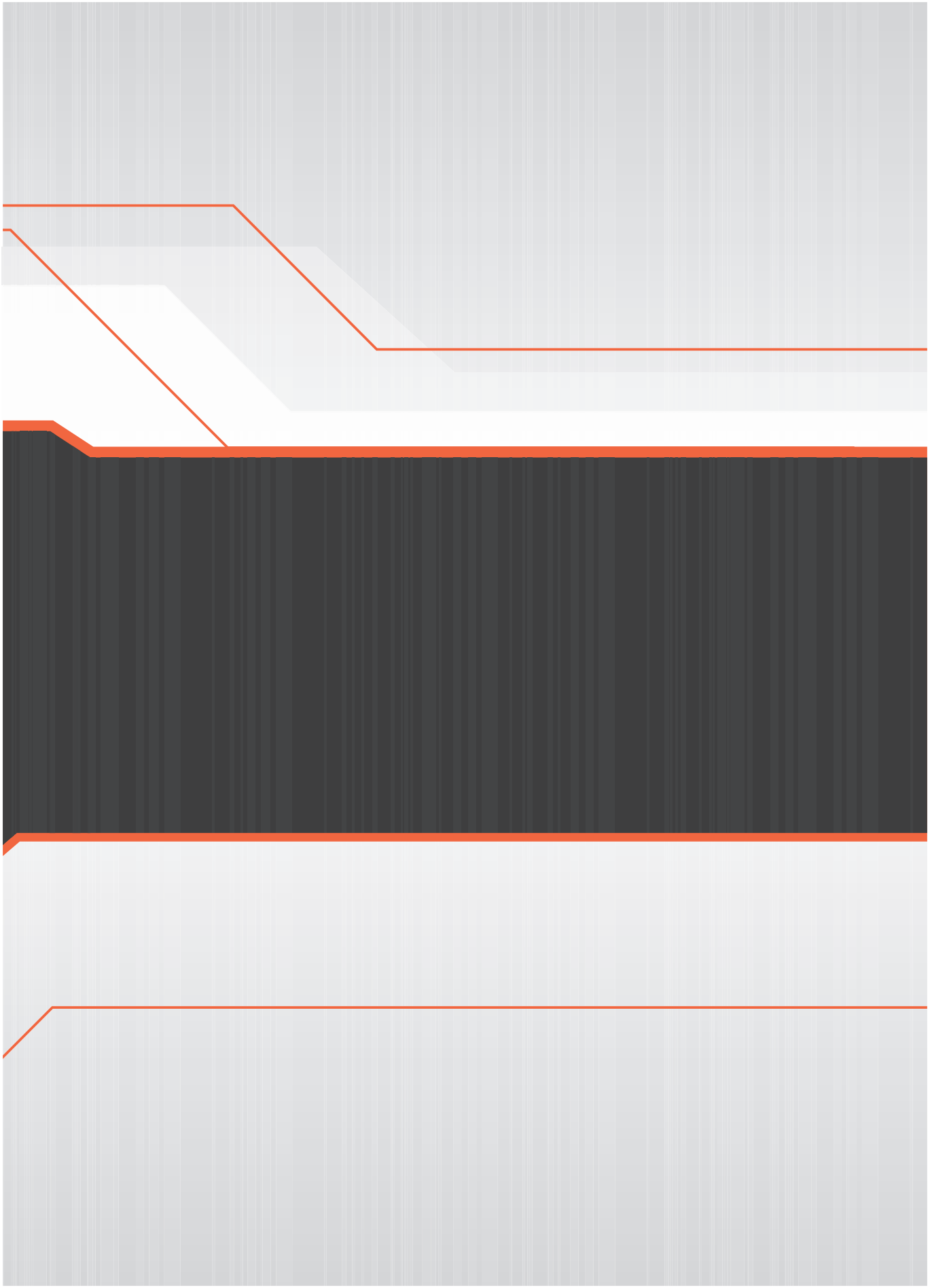
- د. محمد منصور: المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2009.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- Alian Bensoussan، hébergeurs: vers une obligation de filtrage des contenus illicites?، le 52011/05/، sur le site، www.alain-bensoussan.com
- Antoine Chéron، la legislation Française sur le filtrage de contenus mise à mal par l' UE، le 212012/02/، sur le site، www.euroctiv.fr
- Antoine Gittan، respansabilité des hébergeurs: Coke en stock?، le 132011/04/، sur le site، www.droit-technoligie.org
- Belandine Poidevin، Clémence Vancostenoble، l' e-reputation، le 19 Oct. 2011، sur le site، www.vallage-justice.com/articles
- Caroline Colin، serverine dusollier etude de faisabilite de systemes de licences pour les echanges d' œuvers sur internet، le 162011/09/، sur le site، www.juriscom.net
- Christiane Féral – Schuhl، Cyber droit، (Paris، Dalloz، 2010).
- Christina Angelopoulos، Filtrage des contenus protégés par le droit d' auteur sur internet en Europe، iris، 2009، sur le site، www.obs.coe.int
- Etienne Wery، le filtrage des téléchargements impose aux FAI est

illégal، le 242011/11/، sur le site، www.droit-technologie.org
- Fred Cavazza، le retour de la revanche du contenu، le 4 Oct. 2012، sur le site، www.fredcavazza.net/2012.
- Laroussi Chemlali، filtrage des contenus illicites sur internet: la CJUE réitére sa position، le 122012/03/، sur le site، www.village-justice.com
- Ludovic Bernard، internet: le contenu est devenu roi، le 14 Jan. 2013، sur le site، www.huffingtonpost.fr/ludovic
- Michael Gentet، internet et contenu illicite، le 1 Jan. 2005، sur le site، www.macsf.fr
- Philippe Le Tourneau، contrats informatiques et électroniques (Paris، Dalloz، 2010).
- Renaud Berthou، internet et le respect des principes essentials du droit du for، Juin. 1999، le 15 Juin 2000، sur le site، www.juriscom.net
- Ronan Hardouin، observations sur les nouvelles obligations pretoriennes hébergeurs، sur le site، www.juriscom.net
- Rosa Julià – Barcló، Étienne Montero et Anne Salaün، la proposition de directive européenne sur le commerce électronique: questions choisies، article sur le livre «commerce électronique: le temps des certitudes»، Delta، 2001.
- Sanjay Navy، les obligations des fournisseurs d' accés à internet (FAI)، le 192010/04/، sur le site، www.avocats.fr
- serge Guinchard، Michele Harichaux، (ed.)، internet pour le droit (Paris، Montchrestien، 1999).
- Thomas Adhumeau، Analyse de l' obligations de surveillance à la charge des hébergeurs du web 2.0، le 212011/10/، sur le site، www.gou-mata.blogspot.com
- Willy Duben، les obligations des hébrgeurs imposes par le juge، le 132009/12/، sur le site، www.legaltic.fr

معهد دبي القضائي



باكورة الأحكام القضائية لمحكمة تمييز دبي
في تطبيق تقنيات وسائل الاتصال العصرية
في قضايا الأحوال الشخصية

المكالمة والرسالة عن طريق الهاتف المحمول وسيلة قانونية للإعلان في قضايا الأحوال الشخصية

(حكم محكمة تمييز دبي في 2009/3/24
الطعن رقم 74 لسنة 2008 أحوال شخصية)

الأستاذ الدكتور محمد محمد محمد أبو زيد
أستاذ القانون المدني بمعهد دبي القضائي

أوضحنا في العدد الأول من هذه المجلة أن قانون الأحوال الشخصية الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 قد استحدث أحكاماً جديدة فيما يتعلق بالإعلان في قضايا الأحوال الشخصية[1] ومنها الإعلان بالوسائل الحديثة كالبرق أو البريد الإلكتروني وأن هذا يمثل استجابة من المشرع لمواكبة التطور العلمي في مجال تقنية المعلومات.

والحكم الماثل يصدر في هذا السياق. وهو - على حد علمنا - من أول الأحكام الصادرة في هذا الصدد. وسنعرض له بغرض بيان ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: تتعلق بالحل الذي قضت به محكمة التمييز .

والملاحظة الثانية: تتعلق بمنهجية تحديث القوانين لتتلاءم مع التطورات الحالية والمقبلة. وهي ضرورة التنسيق بين النصوص.

ونختصر فيما يلي الوقائع والإجراءات المتعلقة بهذا الحكم، والإشكالية القانونية التي تصدت لها المحكمة قبل أن نعرض لهاتين الملاحظتين.

الوقائع والإجراءات

وتتحصل فيما يلي:

1 - أقامت المطعون ضدها دعوى أمام محكمة دبي الابتدائية للحكم بتطليقها على الطاعن طلقة بائنة للضرر للهجر على أساس أنها زوجته ومدخولته بصحيح العقد الشرعي ورزقت منه بأربعة أولاد وأنه هجرها دون مراعاة لمشاعرها وإنها تتضرر من ذلك.

2 - بعد أن سمعت المحكمة بينة المطعون ضدها حكمت بتاريخ 2007/7/31 برفض الدعوى.

3 - استأنفت المطعون ضدها هذا الحكم فأحالت المحكمة الدعوى للتحكيم لعجز المطعون ضدها عن إثبات الضرر مع استمرار الشقاق بين الزوجين والعجز عن الإصلاح بينهما.

4 - بعد أن قدم الحكمان تقريرهما قضت المحكمة بجلسة 2008/6/17 بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بالحكم بما حكم به الحكمان من التفريق بين المطعون ضدها والطاعن بطلقة بائنة دون المساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق وأن على المطعون ضدها إحصاء العدة الشرعية اعتباراً من صيرورة هذا الحكم باتاً.

5 - طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التمييز.

---

(1) انظر د. محمد محمد أبوزيد - النصوص القانونية ذات الصلة بانعكاسات التقدم العلمي التي أدخلت على نصوص القوانين الرئيسة - مجلة معهد دبي القضائي - العدد الأول - مايو 2012 ص 140 وما يليها.

6 - أساس الطعن:

أقام الطاعن الطعن على عدة أسباب،[1] يهمنا منها في حدود مناسبة هذه الدراسة نعي الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه لم يراع عدم إعلانه بجلسات التحكيم طبقاً لما نصت عليه الفقرات 1 و2، 3 من المادة (14) من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي رقم 28 لسنة 2005.

هذا الذي حال دون حضوره تلك الجلسات لإبداء دفاعه، وأنه رغم خلو أوراق الدعوى مما يفيد إعلانه بجلسات التحكيم فقد أخذ الحكم المطعون فيه بتقرير المحكمين على علاته، في حين أن التقرير يعد باطلاً ولا يجب التعويل عليه، وهو ما يوجب نقض الحكم.

الإشكالية القانونية التي تصدت لها محكمة التمييز

كان دفاع الطاعن قد تأسس على أنه لم يتم إعلانه بالحضور لجلسات المحكمين طبقاً لما نصت عليه الفقرات (1 و2، 3) من المادة (14) [2] من قانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005. ولذا فكان على المحكمة أن تتصدى لإشكالية قانونية مفادها ما إذا كانت المكالمة

(1) وحيث أن الطعن أقيم على سببين نعى الطاعن بهما على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والثابت بالأوراق والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب إذ أقام قضاءه بالتفريق بين الزوجين بطلقه بائنة على سند مما انتهى إليه الحكمان في تقريرهما هذا في حين أن هذا التقرير باطل لا يعول عليه لعدم إعلانه بجلسات التحكيم مما حال دون حضوره تلك الجلسات لإبداء دفاعه ورغم خلو أوراق وملف الدعوى مما يفيد إعلانه بجلسات التحكيم فقد أخذ الحكم بهذا التقرير على علاته دون أن يعمل سلطته في تعديله مخالفاً بذلك ما تنص عليه المادة (121) من قانون الأحوال الشخصية من أن على القاضي تعديل حكم الحكمين فيما خالف أحكام القانون إضافة إلى أن التطليق للضرر يثبت بطرق الإثبات الشرعية ومنها الأحكام القضائية وقد عجزت المطعون ضدها عن إثبات الضرر بالبينة أو بتقديم أية أحكام قضائية صادرة ضده علاوة على أن المطعون ضدها أفادت بمذكرة دفاعها المقدمة بجلسة 2008/6/3 بأن الإعلانات الموجهة إليه تتم عن طريق النشر لأن محل إقامته مجهول حال أن الإعلان بطريق النشر هو إجراء استثنائي بشروط باستنفاد طرق الإعلان الأخرى وهو ما لم يفطن إليه الحكم هذا إلى أنه تقدم بمستندات واضحة ومترجمة تفيد تضرره هو وليس المطعون ضدها غير أن الحكم لم يلتفت إليها ولم يعن ببحثها مع أنه يتغير بها وجه الرأي في الدعوى وكل ذلك مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

(2) تنص المادة (14) بفقراتها 1و 2،3 على أن:

«1 - يعلن شخص المدعى عليه أو المراد إعلانه بصورة الإعلان، في موطنه، أو محل إقامته، أو محل عمله، أو الموطن المختار، أو أينما وجد، فإذا تعذر إعلانه جاز للمحكمة إعلانه بالفاكس، أو البريد الإلكتروني، أو البريد المسجل بعلم الوصول، أو من يقوم مقامها.

2 - إذا لم يجد القائم بالإعلان شخص المطلوب في موطنه، أو محل إقامته، كان عليه أن يسلم صورة الإعلان إلى أي من الساكنين معه من زوج، أو أقارب، أو أصهار، وإذا لم يجد المطلوب إعلانه في محل عمله، كان عليه أن يسلم رئيسه في العمل أو لمن يقرر أنه من القائمين على إدارته، وفي جميع الأحوال لا تسلم صورة الإعلان إلا إلى شخص يدل ظاهره أنه أتم الثامنة عشرة من عمره، وليس له أو لمن يمثله مصلحة ظاهرة تتعارض مع مصلحة المعلن إليه.

3 - إذا لم يجد القائم بالإعلان من يصح تسليم الصورة إليه، أو امتنع من وجده من المذكورين فيها، عن التوقيع على الأصل بالتسليم، أو عن تسلم الصورة بعد التحقق من شخصيته أو كان المكان مغلقاً، وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته لمسؤول مركز الشرطة، أو من يقوم مقامه، الذي يقع في دائرة موطن، أو محل إقامة، أو محل عمل المعلن إليه حسب الأحوال، وعليه خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم الصورة لمركز الشرطة، أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه، أو محل إقامته، أو محل عمله أو موطنه المختار كتاباً مسجلاً بالبريد يعلمه أن الصورة سلمت لمركز الشرطة.»

والرسالة عن طريق الهاتف المحمول تعد وسيلة إعلان يعتد بها قانوناً وفقاً للمادة (14) سالفة الذكر بحيث يعتبر المعلن إليه قد أعلن وفقاً لصحيح تطبيق القانون، أم أنها لا تعد كذلك؟

8 - أصدرت محكمة التمييز حكمها المتقدم، وبموجبه وضعت حلاً حاسماً للإشكالية المطروحة استناداً إلى نص المادة 14/1 أحوال شخصية. وهذه هي الملاحظة الأولى.

وهو حل يستدعي - في رأينا - ملاحظة أخرى مهمة على مستوى تحديث القوانين وهي ضرورة الانسجام بين المادة 14/1 سالفة الذكر والمادة 2/1/أ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية. وهذه هي الملاحظة الثانية.

- الملاحظة الأولى (الحل الذي قضت به محكمة التمييز)

قضت محكمة التمييز في حكمها المشار إليه برفض النعي المشار إليه، وأيدت الحكم المطعون فيه والذي بنى قضاءه على إنفاذ تقرير الحكمين، وأنه تقرير صحيح وغير مخالف للقانون في شأن إعلان الحكمين للطاعن بالحضور جلسات التحكيم بوسيلة المكالمة والرسالة عن طريق الهاتف المحمول.

وقد أكدت محكمة التمييز في حكمها على أمرين:

الأمر الأول: قانونية المكالمة والرسالة عن طريق الهاتف المحمول كوسيلة إعلان.

الأمر الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في التحقق من وصول الإعلان إلى المعلن إليه بوسيلة المكالمة والرسالة عن طريق المحمول.

1 - فبالنسبة للأمر الأول: قانونية المكالمة والرسالة كوسيلة للإعلان.

أكدت محكمة التمييز في حكمها الماثل أن المكالمة والرسالة عن طريق الهاتف المحمول والتي أعلن بها الحكمان الطاعن لحضور جلسات التحكيم تندرج ضمن طرق الإعلان المنصوص عليها قانوناً بمقتضى المادة 14/1 المشار إليها.

والحقيقة أن المحكمة قد حالفها التوفيق في ذلك. فبالرغم من أن المادة 14/1 أحوال شخصية لا تتضمن صراحة اعتبار المكالمة والرسالة عن طريق الهاتف المحمول وسيلة إعلان. إلا أن هذه المادة تضمنت حكمين مهمين:

الحكم الأول: أنها استحدثت طرقاً جديدة فيما يتعلق بالإعلان في قضايا الأحوال الشخصية. إذ أقرت استخدام الوسائل الحديثة فذكرت البرق، والبريد الإلكتروني لإعلان الشخص المراد إعلانه.

الحكم الثاني: أنها فتحت منفذين يسمحان بدخول طرق أخرى كالمكالمة والرسالة بالتليفون المحمول ضمن طرق الإعلان الواردة بذات المادة المشار إليها وتوضيح ذلك ما يلي:

1 - أن عبارة (أو ما يقوم مقامها) الواردة بالمادة 14/1 جاء بها المشرع عن قصد، حيث قدر أننا في مجال تتوالى فيه طفرات التقنية بدرجة سريعة ومتلاحقة، وبالتالي فباستخدام هذه العبارة، فإن المادة المذكورة تستوعب كل ما يمكن أن يسفر عنه التقدم التكنولوجي من وسائل مستجدة تصلح لأن تؤدي بنفس القدر الوظائف التي تؤديها الوسائل الأخرى المذكورة في المادة من حيث تحقيق وصول الإعلان للشخص المراد إعلانه.

ومن ذلك، وهي الوسيلة التي ذكرها الحكم المشار إليه، وهي المكالمة والرسالة عن طريق الهاتف المحمول. تلك الأداة التي تعتمد على نظم الاتصال اللاسلكي حيث يتم تبليغ الرسائل في شكل غير ورقي أساساً.

2 - إن عبارة (البريد الإلكتروني) الواردة في ذات المادة 14/1 تشمل الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر جهاز الحاسب الآلي، كما أنها تشمل الرسائل الإلكترونية عبر الهاتف المحمول.

وإذن فتكون محكمة التمييز قد أصابت في حكمها أن الطريقة التي أعلن بها الحَكَمان الطاعن وهي المكالمة والرسالة عن طريق الهاتف تندرج ضمن طرق الإعلان المنصوص عليها في المادة 14/1 سالفة الذكر.

ولكن يبقى ضرورة التحقق من وصول الإعلان بهذه الطريقة إلى المعلن، وهو الأمر الثاني.

2 - بالنسبة للأمر الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في التحقق من وصول الإعلان للمعلن إليه عن طريق المكالمة والرسالة عن طريق الهاتف المحمول.

أكدت محكمة التمييز على أن التحقق من وصول الإعلان للمعلن إليه بالوسائل المحددة في المادة 14/1 أو ما يقوم مقامها ومن بينها المكالمة والرسالة عن طريق الهاتف المحمول، أمر يدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع. وأنه لا رقابة عليه من محكمة التمييز متى كان تقديره سائغاً.

وقد أوردت محكمة التمييز عبارات تفيد بالفعل أن الحكم المطعون فيه كان تقديره سائغاً في استخلاص تحقق وصول الإعلان للطاعن عن طريق المكالمة والرسالة عن طريق الهاتف. إذ اهتمت محكمة التمييز بأن تورد في حيثيات حكمها ما قرره الحكم المطعون فيه من أن الحَكَمين قد أعلنا الزوجين بالحضور، فوعد الزوج بالمجيء، في الأسبوع الذي يلي العيد لادعائه أنه خارج البلد، على أن الهاتف تشير رنته أنه داخل البلد. ثم عاودا الاتصال به مرة أخرى بعد الموعد الذي حدده فادعى أنه ما زال خارج البلاد. واتصلا به مرة أخرى بعد أن استمعا للزوجة، فادعى أيضاً أنه ما زال خارج البلد وهو ما رجح معه الحكمان أنه لم يغادر البلاد ولكنه يماطل، ثم أرسلا له رسالة هاتفية بتاريخ 2008/1/17 الساعة العاشرة صباحاً وبينا له ما يترتب على عدم حضوره وأنهما سيضطرا إلى كتابة التقرير فاتصل

هاتفياً وطلب تأجيل الموعد إلى يوم الخميس 2008/1/24 الساعة 10:30 صباحاً. وفي الموعد المقرر المتفق عليه حضرت الزوجة وانتظر الحكمان إلى الساعة 11:15 ولم يأت الزوج ولم يتصل، بل تجاهل الموعد، وحين اتصل الحكمان به في هذا الوقت أجاب وقال اسألوها هل تريد الصلح أم لا وإذا كانت لا تريد الصلح فأنا لا أطالبها بشيء وليس من حضوري فائدة. وقال أيضاً: اسألوها عن الأولاد فأخبراه أن المحكمة هي الجهة المختصة التي تنظر في أمرهم.. وأخبراه أنهما سيضطران لكتابة التقرير، وبذلك تجاهل الجلسات ولم يكترث بها وعليه فكل ما يقوم به هو تلكؤ لكسب الوقت والإضرار.

هذا الموقف لمحكمة التمييز بشأن حسمها مسألة المكالمة والرسالة عبر الهاتف المحمول واعتبارها وسيلة إعلان تدخل ضمن الوسائل المنصوص عليها في المادة 14/1 أحوال شخصية أمر يعززه النظام القانوني [1] ويتوسع فيه الواقع العملي [2] في شأن التعامل بهذه الوسائل العصرية في الاتصالات.

ولكن يتبقى تساؤل مهم وهو ماذا لو أن الطاعن كان قد تمسك بالمادة 2/2أ من القانون الاتحادي

(1) راجع القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية الصادر في 2006/1/30 ويقابله القانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي الصادر في 2006/2/12.. وانظر القانون رقم 36 لسنة 2006 بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (10) لسنة 1992.

- ويجرى التعامل بطريق المكالمات الرسائل عبر الهاتف المحمول مع البنوك والأسواق المالية، والبورصة، ومع شركات الطيران، وجهات حكومية لمعرفة الضرائب والرسوم، ومعرفة مخالفات السير. انظر د. زيد العقايلة - حجية الرسائل الإلكترونية عن طريق الهاتف المحمول في إثبات التعاقد. دراسة في القانون الإماراتي والقوانين المقارنة.

- وانظر صحيفة الإمارات اليوم العدد 2797 الأربعاء 19/يونيو/2013 الموافق 10 شعبان 1434هـ. ص 22 حيث نشرت أن سوق دبي المالي يتم فيها تداول الأسهم عبر الهواتف الذكية. وأن التداولات بهذه الطريقة تسجل نمواً مطرداً. وهو ما يتماشى مع استراتيجية السوق المالي ومواكبة حاجات المستثمرين ويجعل إنجاز الصفقات في متناول أيديهم متى شاؤوا وأينما كانوا.

(2) وفي هذا السياق يأتي إطلاق صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم نائب رئيس الدولة رئيس مجلس الوزراء حاكم دبي، جائزة «أفضل خدمة حكومية عبر الهاتف المحمول».

وتستهدف جائزة أفضل خدمة حكومية عبر الهاتف المحمول، الجهات الحكومية الاتحادية والحكومات المحلية بدولة الإمارات العربية المتحدة، كما تستهدف أفضل النماذج العربية والعالمية، ما يعكس ريادة دولة الإمارات على صعيد تعميم الفائدة والتجارب الخدمية المتميزة. وتهدف الجائزة إلى تقديم حلول إبداعية مبتكرة في مجال تطبيقات الهواتف والأجهزة المحمولة تنسجم مع متطلبات الحكومة الذكية بما يضمن الحصول على الخدمات الحكومية على مدار الساعة بإجراءات سهلة ومبسطة وكفاءة عالية وشفافية، لتلبي بذلك احتياجات وتوقعات المتعاملين وتشعرهم بأهمية التواصل معهم في أي مكان وتضمن تحقيق جودة حياة عالية لمواطني دولة الإمارات والمقيمين على أرضها، وفقاً لرؤية الإمارات 2021.

وتوضيحاً لهذه المبادرة:

تحرص المبادرة على عمل تطبيقات ذكية تخدم المجتمع بحيث تعمل على تسهيل التعامل مع الدوائر الحكومية والمحلية وتوفر خدماتها عبر الهواتف دون أن يضطر الشخص إلى الذهاب إلى الدائرة نفسها مما يسهل على المجتمع تخليص معاملاتهم من أمكانهم.

(جريدة الإمارات اليوم بتاريخ 2013/5/26، تم الحصول على هذه المعلومة من الأستاذة/ مريم بن عمير رئيس شعبة الوعي القانوني والإلكتروني بمعهد دبي القضائي.)

رقم (1) لسنة 2006 بشأن معاملات التجارة الإلكترونية، تلك المادة التي تستثني من نطاق تطبيق هذا القانون المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.

هذا الذي يجعلنا نعرض للملاحظة الثانية وهي ضرورة التناسق بين النصوص وبعضها البعض على نحو ما سنعرضه حالاً.

- الملاحظة الثانية: ضرورة التناسق بين النصوص القانونية (المادة 14/1 أحوال شخصية والمادة 2/2/أ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية)

الحكم الماثل يؤكد قانونية استخدام وسائل التقنية في مجال قضايا الأحوال الشخصية وذلك تأسيساً على المادة 14/1 من قانون الأحوال الشخصية. وفضلاً عن هذه المادة، فالقانون يتضمن العديد من النصوص الأخرى التي تواكب التقدم العلمي.

هذا الذي يعني بروز وازدهار مرحلة تطور في القانون تعكس استجابة المشرع لمواكبة التطورات وتجاربه مع ضرورة تحديث القوانين.

ومن هنا تتجدد المناسبة لأن نثير مسألة ضرورة مراجعة ومتابعة أن يكون هذا التحديث في إطار منهجي يحقق التناسق والتوافق بين النصوص القانونية [1].

وهو ما يجعلنا نعود إلى المادة 2/2/أ من القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية [2] والتي تنص على أنه (يسري هذا القانون على السجلات والمستندات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ويستثنى من أحكامه ما يأتي:-

أ/ المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.

هذا الذي نراه - وكما سبق أن أكدنا - عدم تناسق بين نصوص قانون الأحوال الشخصية ونصوص قانون المعاملات الإلكترونية، فالمشرع في القانون الأول أقر الأخذ بتقنيات اتصال عصرية كما تقدم، والحكم القضائي المشار إليه يساير اتجاه المشرع ويؤكده.

وفي القانون الثاني يستثني المشرع من أحكام تطبيقه بعض المعاملات والتي منها في المقام الأول المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.

وإذن فنحن أمام قانون يقرر نصوصاً لتحقيق غايات معينة تيسر أداء مهمة تحقيق عدالة سريعة، وقانون آخر يقرر نصوصاً تكفل غايات أخرى تناقضها. وقد سبق لنا في

(1) انظر د. محمد محمد أبوزيد نموذج لعدم التناسق بين النصوص القانونية التي واكبت التطور العلمي - مجلة معهد دبي القضائي - العدد الأول مايو 2012 ص 145. وفي هذا السياق أيضاً انظر الأستاذ أمين عثمان - تأملات في أحكام سند الشحن البحري الإلكتروني - مجلة معهد دبي القضائي - العدد 2 - مارس 2013 ص 222 وما بعدها.

(2) وتقابلها المادة 5/1/أ من القانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

دراسة سابقة [1] أن أشرنا إلى أنه يمكن أن يقال أن نطاق المادة 14/1 سالفة الذكر يتحدد بمسائل الإعلان فقط، بما يعني أن المسائل الأخرى المتعلقة بالأحوال الشخصية تبقى لتطبق عليها المادة 2/2/أ من قانون المعاملات الإلكترونية. وهذا أمر مشكوك فيه.

كذلك كنا قد أشرنا إلى أنه يمكن أن يقال بتطبيق طرق الإلغاء وقواعدها. وهو ما قد يخاطر بحلول غير مرغوبة، كأن تعتبر المادة 14/1 أحوال شخصية ملغاة ضمنياً بالمادة 2/2/أ باعتبار أن هذه الأخيرة وردت في نصوص قانون لاحق على نصوص قانون الأحوال الشخصية، وبما يعني عدم الأخذ بوسائل الاتصالات العصرية . وهو أمر لا يجب أن يكون.

ونرى من الأفضل، وفي ظل الاتجاه المعاصر - والذي يمثله الحكم الماثل - لاستخدام التطورات التقنية، إعادة النظر في المادة 2/2/أ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية. والأمر لن يحتاج إلى تشريع اتحادي. إذ أنه وفقاً لنصوص هذا القانون الأخير [2]، لمجلس الوزراء أن يتدخل ويصدر قراراً بتعديل البنود المنصوص عليها في المادة 2/2/أ بالحذف أو بالإضافة. وهنا تكون الحالة محل الدراسة في حاجة إلى حذف الاستثناء الخاص بالمعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لتخرج من نطاق حظر استخدام تقنية المعلومات بشأنها، وبذلك يتحقق التناسق والانسجام بين النصوص القانونية [3].

الخاتمة

يمثل حكم محكمة التمييز الماثل اتجاهاً مناصراً للأخذ بالتقنيات المتطورة ووسائل الاتصال العصرية في مجالات القانون، تيسيراً على القاضي في أداء مهمته وتحقيق عدالة سريعة. وقد تأسس حكم التمييز في الحالة الماثلة على المادة 14/1 أحوال شخصية، إلا أنه ينقص ضرورة إجراء تناسق بين هذه المادة والمادة 2/2/أ من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية. والأمر نراه في تدخل المشرع بصورة مبسطة على نحو ما قدمنا.

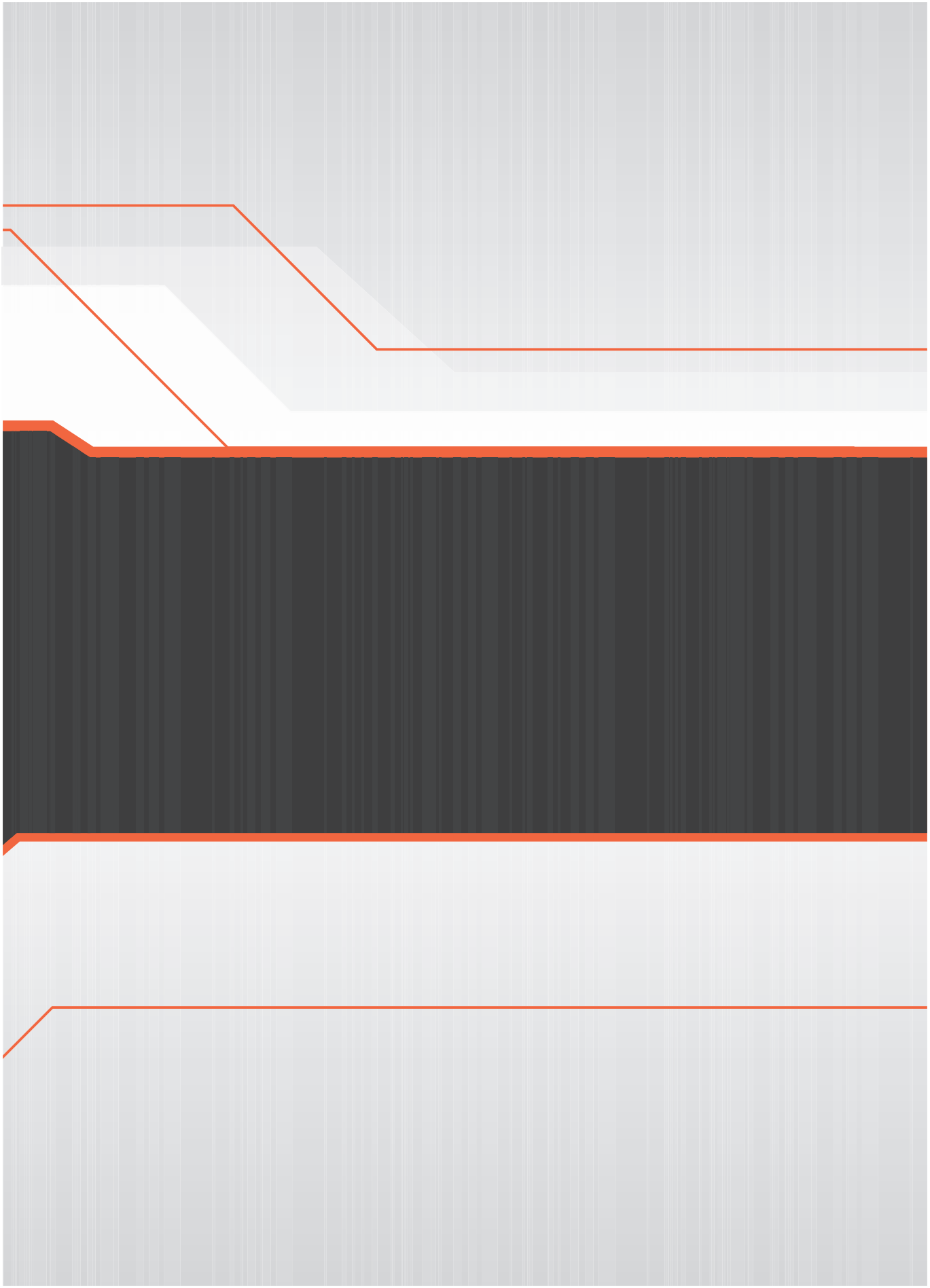
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

(1) انظر نموذج لعدم التناسق بين النصوص القانونية التي واكبت التطور العلمي - المرجع السابق.

(2) انظر المادة 3/2 من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.
ويقابلها المادة 5/(2) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 لإمارة دبي. ويلاحظ أن هذه الأخيرة تخول هذه السلطة للرئيس أي رئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية.

(3) انظر مقالنا نموذج لعدم التناسق بين النصوص القانونية التي واكبت التطور العلمي. المرجع السابق. وبصفة خاصة ص 147.

معهد دبي القضائي



الحُكم القضائي رقم (108) في القضية رقم (316)
أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية

جرى الترافع فيها بتاريخ 7 أكتوبر 1987

وصدر الحكم بتاريخ 16 نوفمبر 1987

حكم مترجم عن اللغة الإنجليزية

أُدين مراسل إحدى الجرائد المالية وأحد سماسرة الأوراق المالية لضلوعهما في أعمال تداول بناءً على معلومات سرية اختُلست من الجريدة، تم ذلك أمام محكمة المنطقة الجنوبية لمدينة نيويورك المحلية المُختصة (المرجع Federal Supplement – 612، ص:827) تحت إشراف القاضي تشارلز إي ستوارت جونيور، ومن ثم تم قبول طلب استئناف الحكم، حيث أيَّدت محكمة الاستئناف، (المرجع: Federal Supplement – 791 الجزء الثاني، ص 1024) برئاسة لورنس بيرس قاضي الدائرة الحُكم عمومًا ونقضته جزئيًا. وبعد ذلك أيَّدت المحكمة العليا برئاسة القاضي بايرون وايت بموجب أمر قضائي صادر بتصويت نصف أعضاء هيئتها تلك الاتهامات الموجهة على سند من القوانين الخاصة بالأوراق المالية. وخلصت المحكمة العليا برئاسة القاضي بايرون وايت بإجماع أعضاء هيئتها إلى أن: [1] ارتكاب أعمال التآمر بالتداول في الأوراق المالية بناءً على المعلومات السرية يدخل ضمن نطاق القوانين الحاكمة لأعمال التحايل عبر البريد أو الاتصال البرقي [2] حيث تتمتع الجريدة بحقوق ملكية تتيح لها الاحتفاظ بسرية المعلومات الواردة فيها قبل نشرها، وهو ما تكفله القوانين المُنظمة لذلك [3] وقالت إن الأنشطة المُرتكبة شكَّلت تدبيرًا مُخططًا للاحتيال على الجريدة في نطاق ما ورد في مغزى القوانين [4] وإن

(1) لائحة الأوراق المالية

<>•» إفشاء معلومات داخلية أو لا يجوز تداولها علانيةً تخص السوق، «تسريب المعلومات السرية» من قبل اشخاص يتحكمون بالأمور. أُدين كل من مُراسل الجريدة المالية وسمسار الأوراق المالية المُتورطين في التآمر لشراء وبيع أوراق مالية استنادًا إلى معلومات من المُقرر تناولها بالتحليل أو النقاش في أعمدة الجريدة في وقت لاحق لمُخالفتهما لقانون تبادل الأوراق المالية وذلك وفقًا لما قضى به القاضي (بايرون وايت) وتأييد نصف أعضاء هيئة المحكمة العُليا استناداً إلى قانون تبادل الأوراق المالية لسنة 1943، 10(ب)، .IS U.S.C.A 78 – §ي (ب). وقد استُشهد بهذه الحاشية في 39 قضية

(2) الملكية

مواد الملكية حيث تُعد معلومات الأعمال السرية من حقوق الملكية الخاصة بالأعمال.

وقد استُشهد بهذه الحاشية في 31 قضية

(3) خدمة الإرسال

طبيعة التدبير أو الوسيلة المستخدمة بصورة عامة

الاتصالات

و هي لأغراض الاحتيال عبر البريد أو الاتصال البرقي، فإن مُراسل الجريدة المالية وسمسار الأوراق المالية قد احتالا على الجريدة من خلال الاستفادة من معلوماتها السرية الخاصة بمعاملات الأوراق المالية التي سيتم تناولها وطرحها في مقالات الجريدة القادمة.. وعلى الرغم من أن الجريدة لم تتكبد أي خسارة مالية إلا أنه يكفي أنها قد حُرِمَت من حقها في الاستخدام الحصري للمعلومات وذلك لأن عامل الحصرية كان من الجوانب المهمة في تلك الأعمال السرية. 18 1343،1341 §§ U.S.C.A. وقد استُشهد بهذه الحاشية في 192 قضية

(4) خدمة الإرسال

طبيعة التدبير أو الوسيلة بصورة عامة، وهنا قام مراسل الجريدة المالية بإفشاء معلومات قبل نشرها في الجريدة بما يمثل عملًا احتياليًا تُحَرِّمُهُ وتُجَرِّمُهُ القوانين الحاكمة لأعمال التحايُل عبر البريد أو الاتصال البرقي، وهي القوانين التي تنص على أن أي تدبير يحرم شخصًا آخر من أمواله أو ملكيته من خلال الادِّعاءات أو التعهدات أو الوعود الزائفة أو الاحتيالية وهي أنشطة مورست هنا وحرمت الجريدة من حقها الحصري في ملكية معلوماتها. 18 1343،1341 §§ U.S.C.A. وقد استُشهد بهذه الحاشية في 368 قضية.

استخدام وسائل الاتصال البرقي والبريد لطباعة الجريدة وإرسالها إلى العُملاء يعد كافيًا للوفاء بالشرط القانوني الخاص باستخدام البريد لتنفيذ ما خُطط له.

وقد استخدمت رسائل البريد كجزء من التدبير.لارتكاب أعمال الاحتيال.. وهنا تم استخدام الاتصال البرقي والبريد لطباعة الجرائد المالية وإرسالها إلى العملاء وذلك أوفى بشرط استخدام تلك الوسائط لتنفيذ التدبير المخطط له بواسطة مراسل الجريدة وسمسار الأوراق المالية في التداول بناءً على معلومات تم الإفشاء بها إلى محرر الجريدة..، فلو لم يطلع العملاء على ذلك التقرير ما كان لتلك المعلومات تأثير على أسعار التداول ومن ثم فإن هناك احتمالًا لوجود فرصة للتربُّح من المعلومات التي سرَّبها المراسل. وقد استُشهد بهذه الحاشية في 152 قضية.

وفي الواقع أن مقدم العريضة وينانس كان مشاركًا في كتابة مقال عن توصيات ونصائح بشأن الاستثمار في جريدة «وول ستريت جورنال»، ونتيجة لما تميز به هذا المقال من جودة ملحوظة وتكامل بين جوانبه فقد كان له تأثير كبير على أسعار سوق الأسهم وتداولاتها وعلى الرغم من إلمامه بقواعد الجريدة ومعرفته بأن المحتوى الوارد في التقرير كان من بين المعلومات السرية الخاصة بالجريدة قبل نشرها فإنه اشترك في تدبير مخطط مع مقدم العريضة «فيليس» وسمسار آخر في الأوراق المالية (والذي في مقابل المعلومات التي حصل عليها مسبقًا من وينانس بشأن موعد ومحتوى التقرير) اشترى وباع أسهمًا بناءً على التأثير المحتمل للتقرير على السوق وتقاسم الأرباح مع وينانس.

وتأسيسًا على هذا التدبير المخطط فقد أُدين وينانس وفيليس بتهمة انتهاك ومخالفة قوانين الأوراق المالية الفيدرالية وقوانين الاحتيال عبر البريد أو الاتصال البرقي 18 U.S.C.A §§ 1341،1343 التي تحظر استخدام رسائل البريد أو الرسائل الإلكترونية لتنفيذ «أي تدبير مخطط أو حيلة للاحتيال أو الحصول على مبالغ مالية أو ملكية من خلال الادِّعاءات أو التعهدات أو الوعود الزائفة أو الاحتيالية» وقد أُدين مقدم الدعوى كاربنتر بالتحريض والمشاركة في تلك الجريمة. وقد أيَّدت المحكمة الاستئناف.

وخلصت المحكمة إلى ما يلي:

1 - مع التأكد من تهم وجرائم مقدمي العريضة بموجب قوانين الأوراق المالية فإن الحكم التالي مؤكد بالتساوي من قبل هيئة المحكمة العليا، (فقرة 320)

2 - تم ارتكاب أعمال التآمر بالتداول في الأوراق المالية بناءً على المعلومات السرية وذلك يدخل ضمن نطاق القوانين الحاكمة لأعمال التحايل عبر البريد أو الاتصال البرقي. (فقرة 322-320).

(أ) كانت الجريدة تتمتع بحقوق «ملكية» تتيح لها الاحتفاظ بسرية المعلومات الواردة فيها والاستخدام الحصري لها قبل نشرها وذلك قبل طباعة ونشر محتوى تقرير وينانس وهو الحق الذي تكفله القوانين المُنظمة لذلك. ولا تؤثر الطبيعة غير الملموسة لحق الجريدة على هذا القرار.

(ب) كانت أعمال مقدمي العريضة بمثابة تدبير مخطط للاحتيال على الجريدة وفقًا للمعنى الذي حددته القوانين ومن غير المعقول أن مقدمي العريضة لم يتدخلا في استخدام الجريدة للمعلومات السرية فمن خلال إذاعة المعلومات فقد حرموا الجريدة من الاستخدام العام الأول للمعلومات أو إنهم قد تسببوا في خسارة مالية للجريدة، ويكفي أن الجريدة قد حُرمت من حقها الأصيل والمهم في الاستخدام الحصري للمعلومات قبل إفشائها إلى الجمهور. وتتلخص المرافعة في أن تصرف وينانس لا يمثل انتهاكًا لقواعد محل العمل ولم يرتق إلى كونه عملًا احتياليًّا مُحَرَّمًا هو أمر لا يمكن الجدال فيه أو الدفاع عنه حيث إن الفقرة 1341 و1343 تنص على أن أي تدبير مخطط يحرم شخصًا ما من الملكية من خلال أيٍّ من وسائل الاحتيال بما في ذلك الاستيلاء من خلال الاحتيال على الاستخدام الشخصي المعهود به لأمانة شخص ما من خلال شخص آخر. وفي هذه الحالة فإن وينانس قد انتهك التزامات وواجبات الأمانة التي توجب عليه حماية المعلومات السرية الخاصة بصاحب العمل التابع له وليس للاستفادة من هذه المعلومات واستغلالها لمصلحته الشخصية ولكنه كان يتظاهر طوال الوقت بأنه يؤدي واجباته في حمايتها والحرص عليها. وفضلًا عن ذلك فإن الدليل يؤيد وبشدة ما توصلنا إليه واستنتجناه من أن كل من مقدمي العريضة قد تصرف بنية مبيتة وبينة للاحتيال. فقرة 321 - 322.

(ج) ويحتج مقدما العريضة بأن استخدام الاتصالات البرقية والبريد للطباعة وإرسال الجريدة إلى عملائها ليس بالأمر الكافي للاستدلال على المتطلبات القانونية وأن رسائل البريد استُخدمت لتنفيذ التدبير المخطط وهو أمر مرفوض. إن نشر التقرير على عملاء الجريدة كان جزءًا جوهريًّا وأساسيًّا من التدبير المخطط وذلك لأنه لولا تسريب تلك المعلومات دون التعميم لم يكن هناك أي تأثير على أسعار الأسهم ولم يكن هناك أي احتمال لجني الأرباح من تسريب تلك المعلومات. فقرة 322.

××318 791 ف.2د 0024 (سي أيه 2 1986)، مؤكد.

سلَّم وايت جيه وجهة النظر التي تفيد اتفاق هيئة المحكمة بالإجماع على النقطة رقم 2 أعلاه.

الوكلاء ومكاتب المحاماة

عارض دون دي دوشوالد في دعوى مقدمي العريضة، وكان معه في العريضة جيد إس. راكوف، وهاورد دبليو جولدستين، وجيمس نيس، وإي مايكل برادلي، وآي سكوت بيلر، وآلن آر كوفمان.

وقد عارض النائب العام فرايد (في الدعوى عن الولايات المتحدة الأمريكية) ومعه - في هذه العريضة - مساعد المحامي العام ويلد، ونائب النائب العام كوهين، وتشارلز أيه روزفيلد، ودانيال إل جولزر، وباول جونسون، وجاكوب إتش سريلمان، وروزلاند سي كوهين، وكاثرين جريشام، فيما قدم بنجامين دبليو هاينمان، وجيه آر، وكارتر جي فيليبس عريضة عن لجنة المراسلين نيابةً عن حرية الصحافة وآخرون مثل أميتشي كوري للحث على الإلغاء.

قرار المحكمة

تلا القاضي وايت قرار المحكمة:

أُدين مُقَدِّمَا العريضة فيليس وآر فوستر وينانس بانتهاك المادة 10 (ب) من قانون تداول الأوراق المالية رقم 21 لسنة 1934، 15 U.S.C 78j b [1] stat 891، والحكم 1987 [2] 17 CFR 240.10b-5، job-5. الولايات المتحدة الأمريكية ضد وينانس، 612 F.Supp.827(SDNY 1985)، كما وُجد أنهما مُدانان بانتهاك القوانين الفيدرالية لمكافحة الاحتيال عن طريق البريد والاتصال البرقي، 18 من القانون الأمريكي فقرة [3] 1341، و [4] 1343 وأُدينا كذلك بالتآمر بموجب المادة 22 18 من القانون الأمريكي فقرة رقم 371[5]. وقد أُدين مقدم العريضة ديفيد كاربنتر، زميل وينانس، بالمساعدة والتحريض مع استثناء صغير، أكدت محكمة الاستئناف، الدائرة الثانية، 791 (1986 F. 2d 1024) أصدرنا أمرًا بمباشرة الإجراءات، 479 الولايات المتحدة، 1016القضية المستشهد بها رقم 107، 666، 93، النسخة القانونية، الطبعة الثانية 718 (1986).

وفي ما يلي بعض تفاصيل أوراق التحقيقات ومراجع الحكم القضائي:

(1) انظر لاحقاً (1)
(2) انظر لاحقاً (2)
(3) انظر لاحقاً (3)
(4) انظر لاحقاً (4)
(5) انظر لاحقاً (5)

(1)

في عام 1981 أصبح وينانس مراسلاً لدى جريدة وول ستريت وفي صيف 1982 أصبح أحد كاتبي العمود اليومي «سمعت في الشارع». وقد ناقش هذا العمود الأسهم المختارة أو مجموعات من الأسهم مع تقديم المعلومات الإيجابية والسلبية عن تلك الأسهم مع تبني «وجهة نظر فيما يتعلق بالاستثمار في الأسهم التي يستعرضونها».

(المرجع Federal Supplement 612 صفحة 830).

قابل وينانس بصفة منتظمة مسؤولين تنفيذيين بشركات لتجميع وجهات النظر المثيرة والمهمة مع بعضها البعض حول الأسهم بما يمكن إلقاء الضوء عليه في التقارير والأعمدة القادمة ولكنها لم تتضمن -على الأقل الأعمدة الصادرة هنا- معلومات من داخل الشركات أو أي معلومات «ممنوعة من الإصدار». (نفس المصدر صفحة 830).

ونتيجة لما تميز به عمود «سمعنا» من جودة ملموسة ونزاهة فقد أصبح يتسم باحتمالية وإمكانية التأثير في سعر الأسهم التي يتعرض لها. وقد توصلت المحكمة الإقليمية بناء على الشهادة المقدمة في الجلسة أن عمود «سمعنا» «له تأثير في السوق على الرغم من صعوبة التحديد الكمي في أي حالة محددة». (نفس المصدر صفحة 830).

وكانت السياسة الرسمية والممارسة في الجريدة هي عدم الإفصاح قبل النشر، وكانت محتويات العمود في الجريدة هي المعلومات السرية للجريدة، ومع أن الحكم كان معروفًا لوينانس إلا أنه اشترك في خطة في أكتوبر عام 1983 مع بيتر برانت وفيليس مقدم العريضة اللذين اتصلا بشركة كيدر بيبودي للسمسرة في نيويورك ليقدم لهما معلومات مسبقة فيما يتصل بزمن ومحتويات العمود «سمعنا» مما سمح لكل من برانت وفيليس، وكذلك ديفيد كلارك متآمر آخر وعميل لدى برانت، بالشراء والبيع على أساس التأثير المباشر للعمود في السوق على أن يتم اقتسام الأرباح. اتفق المتآمرون أن الخطة لن تؤثر في النقاء الصحفي لعمود «سمعنا» ولم تجد المحكمة المحلية أنه قد تم تغيير محتويات أي مقال بما يحقق المزيد من الفائدة المحتملة إلى خطة تداول الأسهم الخاصة بمقدمي الدعوة، (نفس المصدر، الصفحات 832، 834-835) وأتم السماسرة على مدار أربعة أشهر عدة معاملات قبل النشر على أساس المعلومات المقدمة من وينانس عن محتويات 27 عمود «سمعنا» تقريبًا، وكان صافي أرباح هذه المعاملات هو 690،000 دولار أمريكي تقريبًا.

لُوحظت العلاقات بين أعمدة «سمعنا» والمعاملات التي تتم في حسابات كلارك وفيليس في كيدر بيبودي في نوفمبر 1983 وبدأت التحقيقات. فأنكر برانت وفيليس معرفتهما بأي شخص في الجريدة واتخذا خطواتهما لإلغاء تلك المعاملات، وبدأت

هيئة الأوراق المالية والتداولات التحقيق.. أنكر السمساران في كيدر بيبودي ووينانس في الجريدة الشبهات الموجهة إليهما، ولكن مع سير التحقيق اختصم المتآمرون وذهب وينانس وكاربنتر إلى هيئة الأوراق المالية والتداولات وكشفا الخطة كاملةً. وتتابع الاتهام والجلسات وأصبح برانت الذي ثبتت إدانته شاهدًا لصالح الحكومة بموجب اتفاق تفاوضي لتخفيف عقوبته.

وجدت المحكمة المحلية، ووافقت محكمة الاستئناف، أن وينانس قد خالف متعمدًا الالتزام بسرية المعلومات باختلاس معلومات قبل النشر عن ميعاد ومحتويات عمود «سمعنا» تلك المعلومات التي حصل عليها بحكم عمله وهو يدرك جيدًا أنه لا يمكن الإفشاء عنها قبل نشرها وإن أفصح عنها؛ فلا بد أن يبلغ صاحب العمل. هذا الاختلاس للمعلومات السرية مدرج بقوانين الأوراق المالية شاملة التحايل عبر البريد أو الاتصال البرقي.

وفيما يتصل بالاتهامات § 10 (ب) أجمعت المحاكم المذكورة فيما يلي أن وينانس قد خالف متعمدًا التزامه بالسرية وأن إلغاء الخطة كان احتيالًا على الجريدة، ومع أن ضحية الاحتيال -الجريدة- لم تكن مشتريًا أو بائعًا للأسهم المتداولة ولم تكن حتى شريكًا في السوق، إلا أن الاحتيال كان «ذا صلة» بشراء أو بيع الأوراق المالية في سياق التشريع والقانون. استنتجت المحاكم أن الغرض الوحيد من الخطة كان شراء وبيع الأوراق المالية لتحقيق فائدة على أساس المعلومات المسبقة لمحتويات العمود، ورفضت المحاكم إحدى المطالبتين المطروحتين هنا من مقدمي العريضة وهو أنه لا يمكن فرض المسؤولية الجنائية على مقدمي العريضة بموجب الحكم 10 ب5- لأن «الجريدة هي الضحية الوحيدة المزعومة للاحتيال وليست لها مصلحة في الأوراق المالية المتداولة».

وللتأكيد على إدانات التحايل عبر البريد أو الاتصال البرقي، حكمت محكمة الاستئناف أن وينانس قد اختلس متعمدًا «ملكية» بموجب القوانين الحاكمة لأعمال التحايل عبر البريد أو الاتصال البرقي وأنَّ كشْف هذا التحايل قد أضر الجريدة، وتوصلت المحكمة إلى أن استخدام خدمات البريد والاتصال البرقي له علاقة بالخطة استنادًا إلى البند القانوني

§§ 1341 و1343 ولكن العريضة المقدمة إلى هيئة المحكمة خالفت تلك الاستنتاجات.

وقد اختلفت المحكمة حول الإدانات بموجب قوانين الأوراق المالية ولهذا السبب أكدت على الحكم المذكور أدناه على أساس هذه الإدانات، وللأسباب التالية نؤكد أيضًا على الحكم الصادر فيما يتصل بمخالفات التحايل عبر البريد أو الاتصال البرقي.

(2)

أكد مقدما الدعوى أن نشاطاتهما لم تكن خطة للاحتيال على الجريدة بموجب قوانين التحايل بالبريد أو الاتصال البرقي وأنهما لم يحصلا بأي شكل على «أموال أو ممتلكات» من الجريدة. ولأن ذلك العنصر في القضية المقدمة لحكمنا من قبل في قضية مكنالي (نسخة الولايات المتحدة الأمريكية 483، 107، القضية المستشهد بها رقم 2875/ 97 النسخة القانونية، الطبعة الثانية 292 /1987) كان عنصرًا ضروريًا لم نقتنع بأي مبرر آخر تم تقديمه، وحكمنا بموجب القضية المذكورة أعلاه.

توصلنا في قضية مكنالي أن قانون التحايل لم يصل إلى «خطط الاحتيال على المواطنين حول حقوقهم غير الملموسة في أمانة ونزاهة الحكومة» نفس المصدر صفحة 355، القضية المستشهد بها رقم (107) في 2897، وأن القانون «يقتصر على نطاق حماية حقوق الملكية» نفس المصدر صفحة 360، القضية المستشهد بها رقم (107) في 2882. وادعى مقدما العريضة أن فائدة الجريدة في الالتزام بالسرية قبل النشر لأعمدة «سمعنا» ليست إلا أمرًا غير ملموس ولا يخرج عن حدود القانون §§ 1341، وادعوا كذلك أن هذا القانون لا يحمي من تشويه السمعة، ومع ذلك تختلف هذه القضية عن قضية مكنالي، ولأن الجريدة هي صاحب عمل وينانس تم الاحتيال عليها بما يتعدى حدود حقها التعاقدي معه بشأن أمانته وإخلاصه في الخدمة ليصل إلى مصلحة غير مادية تخضع لقانون التحايل عبر البريد أو الاتصال البرقي الذي «يقوم على أساس الرغبة في حماية حقوق ملكية الأفراد»، ويتضح ذلك في قضية مكنالي صفحة 359، رقم 8، القضية المستشهد بها رقم (107) في 2881، رقم 8. أما موضوع هذه القضية فهو خطة الحصول على المعلومات السرية لأعمال الجريدة، وما يتصل بعمود «سمعنا» من مواعيد نشر ومحتويات، وهذا الأمر طبيعته غير ملموسة، وليس خسارة لأي «ملكية» تقع تحت حماية قوانين التحايل بالبريد أو الاتصال البرقي، ومن ناحية أخرى، لم تنحصر قضية مكنالي في نطاق القانون 1341 من حيث تمييز الحق الملموس عن الحق غير الملموس في حماية الملكيات.

وأشارت المحكمتان المذكورتان فيما بعد بوضوح أن مصلحة الجريدة في الالتزام بسرية محتويات ومواعيد نشر عمود «سمعنا» يُعد حق ملكية (المرجع Federal Supplement 791 الجزء الثاني، Federal Supplement 612 صفحة 862) ونحن نتفق على هذا الاستنتاج لأن معلومات الأعمال السرية تُعد ملكية (يُرجى الاطلاع على قضية روكليشاوس ضد شركة مونسانتو، رقم 467 الولايات المتحدة، 986، 1001-1004، القضية المستشهد بها رقم 104، 2862، 2874، 81، الطبعة الثانية 815/ 1984، وقضية ديركس ضد هيئة الأوراق المالية والتداولات، رقم 463 الولايات المتحدة، 646، 653 رقم 10، والقضية المستشهد بها رقم 103،

3255، 3260، رقم 10، 77 الطبعة الثانية 1983 قضية اللجنة التجارية بشيكاغو ضد شركة كريستي جرين آند ستوك، 198 الولايات المتحدة، 236، 251-250، 25، القضية المستشهد بها رقم 637، صفحة 640-639، الطبعة القانونية الثانية 1031/ 1905، 552 U.S.C 5 cf (ب) (4)،

المعلومات السرية التي تحصل عليها أو تجمعها إحدى الشركات في نطاق إجراء أعمالها تُعد نوعًا من الملكية التي يكون للشركة حق وفائدة حصريان فيها وتحميها العدالة المطلقة من خلال أحكام قضائية أو تعويض مناسب. (فليتشر 3 دبليو، موسوعة قانون الشركات الخاصة، 8571 صفحة، 260 / نسخة 1986. وللجريدة صاحبة حق الملكية المحافظة على سرية المعلومات الخاصة بمواعيد ومحتويات أعمدتها مثل «سمعنا» وحصرية استخدامها قبل نشرها.. كما توصلت المحكمة من قبل إلى ما يلي:

الأخبار أمر ذو حساسية من حيث ملكيتها أو حوزتها بالمعنى المطلق حيث تُعد سلعة قابلة للترويج يمكن جمعها عن شركة أو مؤسسة أو مهارة أو عمالة أو أموال ويتم توزيعها وبيعها لمن يدفعون المقابل مثل أي تجارة سائدة (قضية خدمة الأخبار الدولية ضد اسوشيتد بريس، 284 الولايات المتحدة، 215، 236، 36 القضية المستشهد بها 68، 71، 63 الطبعة القانونية 211 /1918).

(3)

لمعرفة ادعاءات مقدمي العريضة أنهم لم يتدخلوا في استخدام البنك للمعلومات السرية ولم يعلنوا عنها ولم يحرموا الجريدة من نشرها لأول مرة، يُرجى الاطلاع على الرد الموجز على مقدمي العريضة، هذا الأمر لم يُدرك. يحق للجريدة تحديد كيفية استخدام المعلومات السرية الناتجة عن العمل، والعمل قبل نشرها للعامة، ولا يستطيع مقدمو العريضة الادعاء على أساس أن وكالة أسوشيتد بريس كانت تخطط للاحتيال عبر تقديم معلومات للمنافسين ويكفي أنه تم حرمان الجريدة من حقها في الاستخدام الحصري للمعلومات لأن مبدأ الاستخدام الحصري لمعلومات الأعمال السرية يُعد أمرًا ضروريًا ويكون من أكثر الملكيات خصوصية في هذا الجانب.

(4)

لا نستطيع قبول ادعاء أحد مقدمي العريضة الذي يقول بأن سلوك وينانس في كشف المعلومات قبل نشرها لم يكن أكثر من مخالفة نشاط احتيال يخضع لقانون التحايل عبر البريد لا أكثر، والمواد 1341 و1343 تتضمنان بأن أي خطة هدفها منع أحدهم من الحصول على مال أو ملكية عن طريق ادعاءات أو عروض أو تعهدات تحمل صفة الاحتيال أو التزييف.

وكما لاحظنا مسبقًا في قضية مكنالي فإن كلمة «احتيال» في قانون التحايل عبر البريد تحمل معنى مشتركًا بشأن الإضرار بحقوق ملكية شخص بأساليب أو خطط غير نزيهة، ودائمًا محاولة اختلاس شيء ذي قيمة بالتحايل أو الخداع أو التضليل أو المكر.

ويتضمن مفهوم الاحتيال الاستيلاء بدون أي وجه حق أي الحصول بالاحتيال على حق استخدام الأموال أو البضائع المؤتمن عليها شخص آخر (قضية جرين ضد شين، 187 الولايات المتحدة، 181، 189، 23 القضية المستشهد بها رقم 98، 102 ، 47 النسخة القانونية صفحة 130 /1902).

ووجدت المحكمة المحلية أن التزام وينانس في الجريدة لم يكن يتضمن الكشف عن المعلومات الخاصة بذلك العمود قبل نشرها؛ فأصبح التزامه زائفًا عندما خالف واجبه الذي تعهد به ونقل المعلومات السرية الخاصة بالجريدة إلى شركائه في المؤامرة بموجب الخطة التي وضعوها لتقاسم الأرباح التي ستنتج من معاملات البورصة التي ستتم بموجب ما سربه من معلومات تتصل بعمود «سمعنا». (قضية سنيب، الولايات المتحدة، 444. 507، 515، رقم: 11، 100 القضية المستشهد بها رقم 673، 678، رقم 11، 62 النسخة القانونية 704 /1980.

رأي المحكمة:

مع أن الحكم الصادر أساسه أحكام اتفاقية استئمان كتابية تمنع الاستخدام غير المفوض للمعلومات السرية الحكومية، إلا أننا لاحظنا أن القانون العام يمنع نفس الأعمال حتى «في حالة غياب التعاقد الكتابي، يتعهد الموظف بالتزام قائم على الثقة بحماية المعلومات السرية التي يحصل عليها أثناء أداء وظيفته وكما أقرت محاكم نيويورك كما هو مقرر - كمبدأ عام - أن الشخص الذي يحصل على معلومات أو معرفة خاصة بحكم علاقة قائمة على الثقة أو الالتزام بالسرية مع طرف آخر لا يكون حرًا في استغلال هذه المعلومات لمصلحته الشخصية بل يجب أن ينقل إلى صاحب عمله أي أرباح قد تنتج عنها (قضية دايموند ضد أوريمونو، 24 نيويورك، الطبعة الثانية، 494، 479، 301، ولاية نيويورك، الطبعة الثانية، 78، 80، 284، ولاية نبراسكا الطبعة الثانية 910، 912، /1969، كما يمكن الاطلاع أيضًا على تصريح الوكالة، المادة 388، التعليق (ج) 396 /1958.

وقد عانينا قليلًا من أجل التوصل إلى أن المؤامرة في هذه القضية التي تتمثل في التجارة بمعلومات الجريدة السرية لا تخرج عن اختصاص قوانين التحايل عبر البريد أو الاتصال البرقي ××322 مع أن جوانب الإدانات الأخرى كانت مكتملة، ومعلومات الجريدة التي من المفترض أن تكون سرية تُعد ملكًا لها، والتصريح بهذا الأمر من الموظف أزال أي شكوك حول

الهدف وسهَّل الوصول إلى نية الاحتيال.

وقد استمر وينانس في عمله بالجريدة مختلسًا معلوماتها السرية لصالحه وكان يتظاهر أنه يؤدي مهمته في حمايتها، وصرح لمحرريه مرتان أن تسريب المعلومات السرية لا علاقة له بخطة تداول الأسهم (المرجع Federal Supplement 612 صفحة 831) مما أظهر علمه بأن الجريدة تتعامل مع الأخبار المتصلة بالعمود «سمعنا» على أنها سرية وأن احتياله تمثل في أداء دور الموظف المخلص، إضافة إلى ذلك، استنتجت المحكمة المحلية أن كلًّا من مقدمي العريضة تصرف بالشكل المطلوب بنية الاحتيال وهذا مدعم بالأدلة الداحضة (نفس المصدر صفحة 850-847).

(5)

وأخيرًا، رفضنا الادعاء بأن استخدام الاتصال البرقي والبريد من أجل الطباعة وإرسال الجريدة إلى عملائها وليس من أجل تنفيذ خطة هذه القضية، كانت المحكمتان المذكورتان أدناه على حق تمامًا في ملاحظة أن تداول عمود «سمعنا» لم يكن متوقعًا وإنما كان جزءًا جوهريًّا من الخطة. إذا لم يكن العمود متوفرًا لعملاء الجريدة فلم تكن أسعار الأسهم لتتأثر ولم تظهر احتمالية تحقيق أرباح نتيجة تسريب وينانس لمحتويات العمود.

مصادر استشهاد ماثلة وفقاً لقرار المحكمة:

القضية رقم 108، 316، 98 في النسخة القانونية، الطبعة الثانية، 56USLW4007، الإدارة الفيدرالية، قسم البحث القانوني ، صفحة 93، 423، دليل RICO لنزاعات الأعمال 6785، S.S.U.P.Q الطبعة الثانية 1050، 14، 1853 L. Rep. ،Media.

الحواشي

× لا يشكل المقرر جزءًا من رأي المحكمة إلا إنه قد أعده محرر القرارات لتسهيل الأمر على القارئ؛ انظر الولايات المتحدة مقابل شركة ديترويت لامبر، 200 الولايات المتحدة، 321، 26،337 L.ED. 50 ،287 ،282 S.CT.

1 - تنص المادة 10 (ب) على:

1 - «أنه أمر غير شرعي لأي شخص، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وباستخدام أي وسيلة أو طريقة للتجارة بين الولايات أو إرسال رسائل البريد الإلكتروني، أو أي تسهيلات لأي تداول وطني للأوراق المالية».

«(ب) استخدام أو استغلال أي أداة من أدوات التلاعب أو الخداع أو الحيلة في مخالفة هذه القواعد واللوائح، فيما يتصل بشراء أو بيع أي من الأوراق المالية المسجلة في التداول الوطني للأوراق المالية، أو أي أوراق مالية غير مسجلة، على النحو الذي قد تنص لجنة الأوراق المالية والبورصات على كونه ضروريًا أو مناسبًا للمصلحة العامة أو لحماية المستثمرين».

2 - تنص القاعدة 10ب 5- على ما يلي:

«أنه أمر غير شرعي لأي شخص، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وباستخدام أي وسيلة أو طريقة للتجارة بين الولايات أو إرسال رسائل

البريد الإلكتروني، أو أي تسهيلات لأي تداول وطني للأوراق المالية،

«(أ) استخدام أي أداة أو خطة أو حيلة للاحتيال،

«(ب) إصدار أي بيان غير صحيح أو مضلل لأي حقيقة مادية أو الامتناع عن ذلك، لإقرار أي حقيقة مادية لازمة لإصدار البيانات، في ضوء الظروف التي تُصنع البيانات في ظلها،

«(ج) أو الانخراط في أي فعل أو ممارسة أو أعمال تجارية الذي يسبب أو قد يسبب الاحتيال أو خديعة أي شخص،

3 - **تنص المادة** 1341 **على ما يلي:**

«كل من ابتكر أو انتوى ابتكار أي مخطط أو حيلة للاحتيال، أو للحصول على أموال أو ممتلكات بطرق غير مشروعة أو ادعاءات أو صور أو وعود احتيالية، أو أي عمل من أعمال البيع أو التصرف في أو الاقتراض أو تداول أو التغير أو التخلي عن أو التغيير أو التوزيع أو التوريد أو الشراء بغرض الاستخدام غير القانوني لأي عملة مزورة أو مشتبه فيها، أو سند، أو ورقة مالية، أو أي سلعة أخرى أو أي شيء آخر قد يكون أو من الممكن أن يكون مزيفًا أو سلعة مشتبه بها، بغرض تنفيذ هذا المخطط أو هذه الحيلة أو محاولة تنفيذ ذلك داخل أي مكتب بريد أو أي مكتب مفوض لحفظ المواد البريدية أو أي مواد أو أشياء من أي نوع يتم إرسالها أو تسليمها بالخدمة البريدية أو أخدها أو تسلُّمها من هناك أو أي مواد أو أشياء معروف أنه يجب إرسالها بالبريد حسب الجهة المحددة أو المكان التي يجب إرسالها إليه بواسطة الشخص الذي تسلمها، حيث يتم فرض غرامة لا تزيد عن 1000 دولار أو عقوبة سجن لا تزيد عن خمس سنوات أو العقوبتين معًا.

4 - **تنص المادة** 1343 **على ما يلي:**

«أي شخص يضع أو ينوي وضع خطة من أجل التحايل المتعمد أو الحصول على الأموال أو الملكيات من خلال الادعاءات أو التعهدات أو الوعود الزائفة أو الاحتيالية، أو يحولها أو يساعد في تحويلها بالاتصال

البرقي أو الراديو أو التلفزيوني بين الأقاليم، أو للمتاجرة بها خارجيًا بطرق كتابية أو إشارات أو علامات أو صور أو أصوات من أجل تنفيذ هذه الخطة الاحتيالية، يتعرض لدفع غرامة لا تزيد عن 1000 دولار أمريكي أو السجن لمدة لا تزيد عن خمسة أعوام، أو العقوبتين معًا».

5 - **تنص المادة** 371 **على ما يلي:**

«إذا تآمر شخص أو شخصان لارتكاب جرم في حق الولايات المتحدة أو احتيال على الولايات المتحدة أو أي وكالة بها بأي طريقة ولأي غرض، وإذا حاول هذا الشخص/ الأشخاص التصرف لتحقيق هذه المؤامرة، فسيدفع كل منهم غرامة لا تزيد عن 10000 دولار أمريكي أو يُسجن لمدة لا تزيد عن خمسة أعوام، أو يتحمل كلتا العقوبتين.

6 - قوانين التحايل عبر البريد أو الاتصال البرقي بنفس اللغة المكتوب بها الجزء موضوع القضية، ولذلك نطبق تحليل هذه القوانين على الجرائم المحددة هنا.

معهد دبي القضائي

CARPENTER v U.S., 434 U.S. 19 (1987)

108 S.Ct. 316 98 L, Ed, 2d 375, 58 USLW 4007; Fed Sec. L. Rep. P 93,423

jo8 S.Ct. 316 Supreme Court of the United States

David CARPENTER, Kenneth P. Felis, and R. Foster Winans, Petitioners

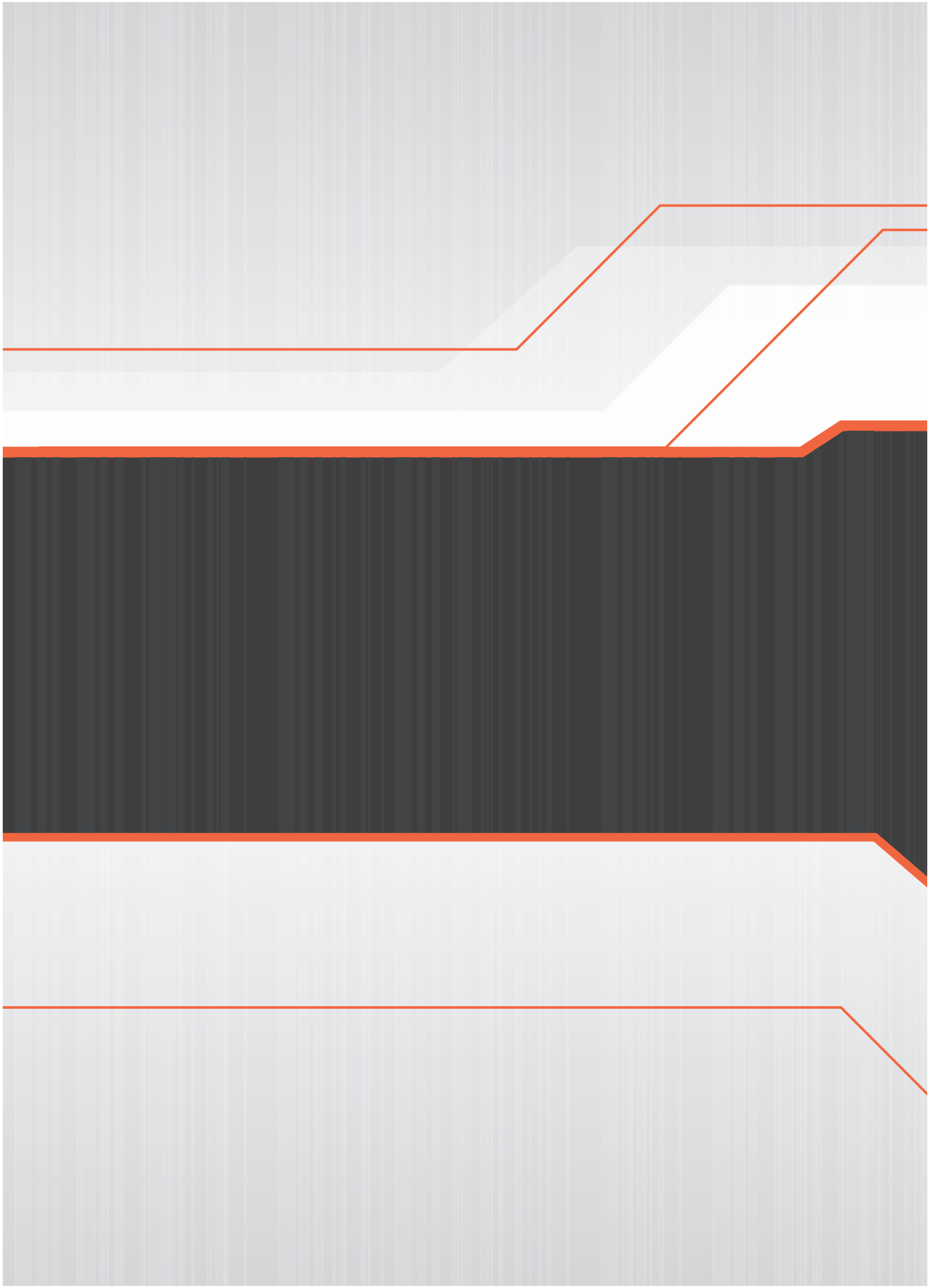
V.

UNITED STATES.

No. 86-422. j Argued Oct. 7,

1987. | Decided Nov. 16,1987.

For Educational Use Only



(2) Property

Subjects of Property

Confidential business information is property right of business.

31 Cases that cite this headnote

(3) Postal Service

Nature of Scheme or Device in General

Telecommunications

Injury from Fraud

For purposes of mail fraud and wire fraud statutes, financial newspaper reporter and stockbroker defrauded newspaper by utilizing confidential information regarding securities transactions which would be discussed in upcoming newspaper articles, though newspaper did not suffer monetary loss; it was sufficient that newspaper was deprived of its right to exclusive use of information, as exclusivity was important aspect of confidential business information. 18 U.S.C.A. §§ 1341, 1343.

192 Cases that cite this headnote

(4) Postal Service

Nature of Scheme or Device in General

X elecommunications

v»- Nature of Scheme or Device in General

Conduct by reporter for financial newspaper in revealing prepublication information constituted fraudulent activity which was proscribed by mail fraud and wire fraud statutes; statutes which reached any scheme to deprive another of money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations,or promises

Reporter for financial newspaper and stockbroker were convicted of participation in insider trading scheme based upon information misappropriated from newspaper, in the United States District Court for the Southern District of New York, 612 F.Supp. 827, Charles E. Stewart, Jr., J., and appeal was taken. The Court of Appeals, 791 F.2d 1024, Pierce, Circuit Judge, affirmed in pan and reversed in part. On writ of certiorari, the Supreme Court, White. J,, for evenly divided Court affirmed convictions under securities laws. The Supreme Court, White, J., for unanimous Court, further held that: (1) conspiracy to trade on newspaper›s confidential information was within reach of mail and wire fraud statutes; (2) newspaper had property right in keeping information confidential prior to publication, which was protected by statutes; (3) activities constituted scheme to defraud newspaper within meaning of statutes; and (4) use of wires and mail to print and send newspaper to its customers was sufficient to satisfy statutory requirement that mails be used to execute scheme.

Affirmed.

*

West Headnotes (5)

(1) Securities Regulation

<>•» Release of Inside or Nonpublic Market Information; Tipping

Securities Regulation

*>=• In General; Control Persons

Financial newspaper reporter and stockbroker who were involved in scheme to purchase and sell securities based upon information which was to be analyzed or otherwise discussed in future

columns of newspaper were properly convicted for violation of the Securities Exchange Act. (Per White, J., for evenly divided Court,) Securities Exchange Act of 1934, § 10(b), IS U.S.C.A. § **78j(b).**

39 Cases that cite this headnote

1. Insofar as it affirmed petitioners› convictions under the securities laws, the judgment below is affirmed by an equally divided Court. P. 320.

2. Petitioners› conspiracy to trade on the Journal›s confidential information is within the reach of the mail and wire fraud statutes. Pp. 320-322.

(a) The Journal had a «property» right in keeping confidential and making exclusive use. prior to publication, of the schedule and contents of Winans› columns, which right is protected by the statutes. The intangible nature of the Journal›s right cannot affect this determination, since McNally v. Untied Slates, 483 U.S. 350, 107 S.Ct, 2875, 97 L.Ed.2d 292 (1987), did not limit the scope of § 1341 to the protection of tangible as opposed to intangible property rights, but merely distinguished protected property rights from unprotected intangible rights to honest and impartial government- Pp. 320-321.

(b) Petitioners› activities constituted a scheme to defraud the Journal within the meaning of the statutes. It is irrelevant that petitioners might not have interfered with the Journal›s use of its confidential information, publicized the information, deprived the Journal of the first public use of the information, or caused the Journal monetary loss, it *20 being sufficient that the Journal has been deprived of its important right to exclusive use of the information prior to disclosing it to the public. The argument that Winans› conduct merely violated workplace rules and did not amount to proscribed fraudulent activity is untenable, since §§ 1341 and 1343 reach any scheme to deprive another of property by means of fraud, including the fraudulent appropriation to one›s own use of property entrusted to one›s care by another. Here, Winans violated his fiduciary obligation to protect his employer’s confidential information by exploiting that information for his personal benefit, all the while pretending to perform his duty of safeguarding it. Furthermore, the evidence strongly supports the conclusion that each of the petitioners acted with the required specific intent to defraud. Pp. 321 -322.

(5) Postal Service

Intent That Mails Be Used as Pan of Scheme

Telecommunications

O* Effectiveness of Communication to Further Fraud

For purposes of mail fraud and wire fraud statutes, use of wires and mail to print and send financial newspaper to its customers satisfied requirement that those mediums be used to execute scheme engaged in by reporter for newspaper and stockbroker in trading upon information to be disclosed in newspaper at later date; had column not been made available to customers, there would have been no effect on stock prices and thus no likelihood of profiting from information leaked by reporter. 18 U.S.C.A. §§ 1341.1343.

152 Cases that cite this headnote

**3|7 Syllabus

*19 Petitioner Winans was coauthor of a Wall Street Journal investment advice column which, becausc of its perceived quality and integrity, had an impact on the market prices of the stocks it discussed. Although he was familiar with the Journal›s rule that the column›s contents were the Journal›s confidential information prior to publication, Winans entered into a schemc with petitioner Felis and another stockbroker who, in exchange for advance information from Winans as to the timing and contents of the column, bought and sold stocks based on the column's probable impact on the market and shared their profits with Winans. On the basis of this scheme, Winans and Felis were convicted of violations pf The federal securities laws and of The federal mail and wire fraitd statufes, 18 U,S>C. §§ 13411343, which prohibit the ijse of.the mails or of electronic transmissions to execute "any scheme or artifice to defraud; or for obtaining money or property by means .of false or fraudulent pretenses, representations, or promises»; petitioner Carpenter was convicted of aiding and abefting. The Court of Appeals affirmed.

Held:

240.10b-5 (1987). United States v. Winans, 612 F.Supp. 827 (SDNY 1985). They were also found guilty of violating the federal mail and wire fraud statutes. 18 U.S.C.

§§ 1341, 1343, and were convicted for conspiracy under

*22 18 U.S.C. § 371.3 Petitioner David Carpenter, Winans› roommate, was convicted for aiding and abetting. With a minor exception, the Court of Appeals for the Second Circuit

affirmed, 791 F.2d 1024 (1986); we granted certiorari, 479

U.S. 1016,107 S.Ct, 666,93 UEd.2d 718 (1986).

I

In 1981, Winans became a reporter for the Wall Street Jouma] (the Journal) and in **3J9 the summer of 1982 became one of the two writers of a daily column, «Heard on the Street.» That column discussed selected stocks or groups of stocks, giving positive and negative information about those stocks and taking "a point of view with respect to investment in the stocks that it reviews.» 612 F.Supp., at 830. Winans regularly interviewed corporate executives to put together interesting perspectives on the stocks that would be highlighted in upcoming columns, but, at least for the columns at issue here, none contained corporate inside information or any "hold for release» information. Id., at 830, n. 2. Because of the "Heard" column›s perceived quality and integrity, it had the potential of affecting the price of the stocks which it examined. The District Court concluded on the basis of testimony presented at trial that the "Heard» column "does have an impact *23 on the market, difficult though it may be to quantify in any particular case .» Id., at 830.

The official policy and practice at the Journal was that prior to publication, the contents of the column were the Journal›s confidential information. Despite the rule,

(c) Petitioners› contention that the use of the wires and the mail to print and send the Journal to its customers is insufficient to satisfy the statutory requirement that, the mails be used to execute the scheme at issue is rejected. Circulation of the column to Journal customers was not only anticipated but was an essential part of the scheme, since there would have been no effect on stock prices and no likelihood of profiting from the leaked information without such circulation. P. 322.

**318 791 F.2d 1024 (CA2 1986), affirmed.

WHITE, J., delivered the opinion for a unanimous Court as to holding number 2, above.

Attorneys and Law Firms

Don D. Buchwald argued the cause for petitioners. With him on the briefs were Jed S, ftakojf, Howard W. Goldstein, James Niss, E. Michael Bradley, I. Scott Bieler, and Alan R. Kaufman ▪

Solicitor General Fried argued the cause for the United States. With him on the brief were Assistant Attorney General Weld, Deputy Solicitor General Cohen, Charles A. Rothfeld, Daniel L. Goelzer, Paul Gonson, Jacob H. Stillman, Rosalind C. Cohen, and Katherine Gresham.*

* Benjamin W. Heineman, Jr., and Carter G. Phillips filed a brief for the Reporters Committee for Freedom of the Press et al. as amici curiae urging reversal.

Opinion

Justice WHITE delivered the opinion of the Court.

Petitioners Kenneth Felis and R. Foster Winans were convicted of violating § 10(b) of the Securities Exchange Act

of *21 1934, 48 Stat. 891, IS U.S.C. § 78j(b),[1] and Rule .1 Ob-5,17CFR §

(*) The Court is evenly divided with respect to the convictions under the securities laws and for that reason affirms the judgment below on those counts. For the reasons

it to his employer. It was this appropriation of confidential information that underlay both the securities laws and mail and wire fraud counts. With respect to the § 10(b) charges, the courts below held that the deliberate breach of Winans' duty of confidentiality and concealment of the scheme was a fraud and deceit on the Journal. Although the victim of the fraud, the Journal, was not a buyer or seller of the stocks traded in or otherwise a market participant, the fraud was nevertheless considered to be "in connection with» a purchase or sale of securities within the meaning of the statute and the rule. The courts reasoned that the scheme›s sole purpose was to buy and sell securities at a profit based on advance information of the column›s contents. The courts below rejected petitioners› submission, which is one **320 of the two questions presented here, that criminal liability could not be imposed on petitioners under Rule l0b-5 because "the newspaper is the only alleged victim of fraud and has no interest in the securities traded.» In affirming the mail and wins fraud convictions, the Court of Appeals ruled .that tyinans had fraudulently misappropriated "property" within the meaning pf the mail and wire fraud statutes &id that its revelation had harmed the Jpurnal. It wgs held well that the; use of the mail and wire services had. a sufficient ae*us wjth. the scheme to satisfy §§ 1341 and 1.343. The. petition for certiorwi challenged these conclusion*. (1) the court is enenly with respect to the convictions under the security laws and for that reasons affirms the judgement below on those count. for the reasons that follow, we also affirm the judgemnt with respect mail and wire fraud conviction.

***25 II**

Petitioners assert that their activities were not. a scheme to defraud the Journal within the meaning of the mail and wire fraud statutes; ** and that in any event, they did not obtain any "money or property" from the Journal, which is a necessary element of the crime under our decision last Term in McNally v. United Slates, 483 U.S. 350, 107 S.Ct. 2875, 97 L.Ed.2d 292 (1987). We are unpersuadod by either submission

with which Winans was familiar, he entered into a scheme in October 1983 with Peter Brant and petitioner Felis, both connected with the Kidder Peabody brokerage firm in New York City, to give them advance information as to the timing and contents of the "Heard" column. This permitted Brant and Felis and another conspirator, David CUrlc. a client of Brant, to buy or sell bstsed bn the probable impact of the column on the market. Profits were to be shared. The conspirators agreed that the scheme would not affect the journalistic purity of the "Heard" column, and the District Court did not find that the contents of any of the articles were altered to further the profit potential of petitioners' stock-trading scheme. Id., at 832,834-835. Over a 4-month period, the brokers made prepublication trades on the basis of information given them by Winans about the contents of some 27 "Heard» columns. The net profits from these trades were about $690,000.

In November 1983, correlations between the "Heard" articles and trading in the Clark and Felis accounts were noted at Kidder Peabody and inquiries began. Brant and Felis denied

knowing anyone at the Journal and took steps to conceal the trades. Later, the Securities and Exchange Commission began an investigation. Questions were met by denials both by the brokers at Kidder Peabody and by Winans at the Journal. As the investigation progressed, the conspirators quarreled, and on March 29,1984, Winans and Carpenter went to the SEC and revealed the entire scheme. This indictment and a bench trial followed. Brant, who had pleaded guilty under a plea agreement, was a witness for the Government.

The District Court found, and the Court of Appeals agreed, that Winans had knowingly breached a duty of confidentiality *24 by misappropriating prepublication information regarding the timing and contents of the "Heard" column, information that had been gained in the course of his employment under the understanding that it would not be revealed in advance of publication and that if it were, he would report

benefit, and which a court of equity will protect through the injunctive process or other appropriate remedy.»

3 W, Fletcher, Cyclopedia of Law of Private Corporations § 857.l7p. 260 (rev. ed. 1986) (footnote omitted). The Journal had a property right **321 in keeping confidential and making exclusive use, prior to publication, of the schedule and contents of the "Heard"' column. Christie Crain, supra. As the Court has observed before:

"[N]ews matter, however little susceptible of ownership or dominion m the absolute sense, is stock in trade, to be gathered at the cost of enterprise, organization, skill, labor, and money, and to be distributed and sold to those who will pay money for it, as for any other merchandise." International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215,236,39 S.Ct. 68,71,63 L-Ed. 211 (1918).

(3) Petitioners› arguments that they did not interfere with the Journal›s use of the information or did not publicize it and deprive the Journal of the first public use of it, see Reply Brief for Petitioners 6, miss the point. The confidential information was generated from tfie business, and the business had a right to decide how to use it prior to disclosing it to the public. Petitioners cannot successfully contend based on Associated Press that a scheme to defraud requires a monetary loss, such as giving the information to a competitor; it is sufficient that the Journal has been deprived of its right to exclusive use of the information, for exclusivity is an important aspect *27 of confidential business information and most private property for that matter.

(4) We cannot accept petitioners' further argument that Winans› conduct in revealing prepublication information was no more than a violation of workplace rules and did not- amount to fraudulent activity that is proscribed by the mail fraud statute. Sections 1341 and 1343 reach any scheme to deprive another of money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises. As we observed last Term in McNally. the words "to defraud*' in the mail fraud statute have the "common understanding" of ** 'wronging one in his property rights by dishonest

and address the latter first.

We held in McNally that the mail fraud statute does not reach "schemes to defraud citizens of their intangible rights to honest and impartial government," icl., at 355, 107 S.Ct., at 2879, and that the statute is "limited in scope to the protection of property rights." Id., at 360,107 S.Ct., at 2882. Petitioners argue that the Journal›s interest in prepublication confidentiality for the "Heard" columns is no more than an intangible consideration outside the reach of § 1341; noT does that law, it is urged, protect against mere injury to reputation. This is not a case like McNally, however. The Journal, as Winans› employer, was defrauded of much more than its contractual right to his honest and faithful service, an interest too ethereal in itself to fall within the protection of the mail fraud statute, which "had its origin in the desire to protect individual property rights.» McNally, supra, at 359, n, 8,

107 S.Ct., at 2881, n. 8. Here, the object of the scheme was to take the Journal›s confidential business information-the publication schedule and contents of the "Heard" column- and its intangible nature does not make it any loss "property" protected by the mail and wire fraud statutes. McNally did not limit the scope of § 1341 to tangible as distinguished from intangible property rights.

(2) Both courts below expressly referred to the Journal›s interest in the confidentiality of the contents and timing of the "Heard" column as a property right, 791 F.2d, at 1034-1035; 612 F.Supp., at 846, and we agree with that conclusion. *26 Confidential business information has long been recognized as property. See Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986, 1001-1004, 104 S.Ct. 2862, 2874, 81 L.Ed2d 815 (1984); Dirks v. SEC, 463 U.S. 646.6S3, n. 10,103 S .Ct. 3255.3260, n. 10, 77 L.£d.2d 911 (1983); Board of Trade of Chicago v. Christie Grain & Stock Co., 198 U.S. 236, 250-251, 25 S.Ct. 637, 639-40, 49 L.Ed. 1031 (1905); cf. 5 U.S.C. § 552(b)(4).‘‘Confidential information acquired or compiled by a corporation in the course and conduct of its business is a species of property to which the corporation has the exclusive right and

**322 provided the other elements of the offenses are satisfied. The Journal›s business information that it intended to be kept confidential was its property; the declaration to that effect in the employee manual merely removed any doubts on that score and made the finding of specific intent to defraud that much easier. Winans continued in the employ of the Journal, appropriating its confidential business information for his own use, all the while pretending to perform his duty of safeguarding it. In fact, he told his editors twice about leaks of confidential information not related to the stock-trading scheme, 612

F.Supp., at 831. demonstrating both his knowledge that the Journal viewed information concerning the "Heard» column as confidential and his dceit as he played the role of a loyal employee. Furthermore, the District Court›s conclusion that each of the petitioners acted with the required specific intent to defraud is strongly supported by the evidence. Id.. at 847-850.

(5) Lastly, we reject the submission that using the wires and the mail to print and send the Journal to its customers did not satisfy the requirement that those mediums be used to execute the scheme at issue. The courts below were quite right in observing that circulation of the "Heard" column was not only anticipated but an essential part of the scheme. Had the column not been made available to Journal customers, there would have been no effect on stock prices and no likelihood of profiting from the information leaked by Winans.

The judgment below is

Affirmed,

Parallel Citations

308 S.Ct. 316. 98 L£d.2d 275, 56 USLW 4007, Fed. Sec. L. Rep. P 93,423,RICO Bus.Disp.Guide 6785,5 U.S.P.Q,2d 1059,14 Media L. Rep. 1853

methods or schemes,' and 'usually signify the deprivation of something of value by trick, deceit, chicane or overreaching.' " 483
U.S., at 358, 107 S.Ct., at 2881 (quoting Hammerschmidl v. Vnixed States, 265 U.S. 182, 188, 44 S.Ct. 511, 512, 68
L-Ed. 968 (1924)). The concept of «fraud" includes the act of embezzlement, which is" 'the fraudulent appropriation to one›s own use of the money or goods entrusted to one›s care by another/ " Grin v, Shine, 187 U.S. 181,189,23 S.Ct. 98, 102,47 LJEd. 130(1902).

The District Court found that Winans› undertaking at the Journal was not to reveal prepublication information about his column, a promise that became a sham when in violation of his duty he passed along to his co-conspirators confidential information belonging to the Journal, pursuant to an ongoing scheme to share profits from trading in anticipation of the "Heard" column›s impact on the stock market. In Snepp v\ United States, 444 U.S. 507, 515, n, 11, 100 S.Ct. 763, 768, n. 11, 62 L.Ed.2d 704 (1980) (per curiam), although a decision grounded in the provisions of a written trust agreement prohibiting the unapproved use of confidential Government information, we noted the similar prohibitions of the common law, that "even in the absence of a written contract, an employee has a fiduciary obligation to protect confidential information obtained during the course of his employment.» As the New York courts have recognized: "It is well established, as a general proposition, that a person who acquires special knowledge or information by virtue of a confidential or fiduciary relationship with another is not free *28 to exploit that knowledge or information for his own personal benefit but must account to his principal for any profits derived therefrom." Diamond v, Oreamuno, 24 N,Y,2d 494,497, 301 N.Y.S.2d 78,80.248 N JE.2d 910,912 (1969); see also Restatement (Second) of Agency §§ 388, Comment c, 396(c) (1958).

We have little Trouble in holding that the conspiracy here to trade on the Journal›s confidential information is not outside the reach of the mail and wire fraud statutes,

obligation, security, or other article, or anything represented to be or intimated or held out to be such counterfeit or spurious article, for the purpose of executing such schcmc or artifice or attempting so to do. places in any post office or authorized depository for mail matter, any matter or thing whatever to be sent or delivered by the Postal Service, or takes or receives therefrom, any such matter or thing, or knowingly causes to be delivered by mail according to the direction thereon, or at the place at which it is directed to be delivered by the person to whom it is addressed, any such matter or thing, shall be fined not more than $1 X)00 or imprisoned not more than five years, or both.'*

Section 1343 provides:

4 - ■ 'Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or propeny by means o» false or fraudulent pretenses, representations, or promises, transmits or causes to be transmitted by means of wire, radio, or television communication in interstate or foreign commerce, any writings, signs, signals,

Carpenter v. U.S., 484 U.S. 19 (1987)

S.Ct. 316, 93 L.Ed.2d 275, 56 USLW 4007, Fed. Sec. L. Rep. P 93,423...

pictures, or sounds for the purpose of executing such scheme ot artifice, shall be fined not more than $1,000 or imprisoned not more than five years, or both.'*

5 - Section 371 provides;

«If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined not more than SlODGO or imprisoned not more than five years, or both."

6 - The mail and wire fraud statutes share the same language in relevant part, and accordingly we apply the same analysis to both sets of offenses here.

End of Document

<3 2012 Thomson Reuters. No claim to original U.S. Government Works.

Footnotes

*▪ The syllabus constitute no pan of the opinion of the Court but has been prepared by the Reporter of Decisions for the convenience of the reader. See United States v. Detroit Lumber Co.. 200 U.S. 321,337.26 S.Ct. 282,287. SO L.Ed. 499.

1 - Section 10(b) provides:

"It shall be unlawful fox any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce or of the mails, or of any facility of any national securities exchange-

**(b) To use or employ, in connection with the purchase or sale of any security registered on a national securities exchange or any security not so registered, any manipulative or deceptive device or contrivance in contravention of such rules and regulations as the (Securities and Exchange] Commission may prescribe as necessary ot appropriate in the public interest or for the protection of investors,»

2 - Rule lOb-5 provides:

"It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any national securities exchange.

''(a) To employ any device, scheme, or artifice K> defraud,

"(b) To make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statement* made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or

"(c) To engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or dcccit upon any person, «in connection with the purchase or sale of any security," Section 1341 provides;

3 - "Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, or to sell, dispose of, loan, exchange, ulter, give away, distribute, supply, or furnish or procure for unlawful use any counterfeit or spurious coin,

ملاحظات

ملاحظات

ملاحظات

ملاحظات

ملاحظات

بطاقة اشتراك

مجلة

معهد دبي القضائي

نصف سنوية محكمة تعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية المتعلقة بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة

الاشتراكات السنوية - مدة الاشتراك (سنة - عددان)

نوع الاشتراك:	الإمارات	الدول العربية	باقي دول العالم
مؤسسات	١٢٠	١٤٠ درهماً	٤٠ دولار
أفراد	٥٠	٧٠ درهماً	٢٠ دولار

للاشتراك يرجى تعبئة النموذج المرفق أو الاتصال على عناوين المعهد

هاتف: ٢٨٣٣٣٠٠ - ٩٧١٤+ فاكس: ٢٨٢٧٠٧١ - ٩٧١٤+

بريد إلكتروني: mail@dji.gov.ae - research@dji.gov.ae

وإرسال القيمة المالية وفقاً للتالي

١-الدفع نقداً .. في مقر المعهد

٢-إصدار شيك باسم/ (H.H THE RULER'S COURT - DUBAI)

٣-حوالة بنكية إلى الحساب التالي ..

اسم البنك:	Emirates NBD Bank PJSC
فرع:	Main Branch. Deira. Dubai
سويفت كود (Swift Code):	EBILAEAD
اسم الحساب:	H.H the ruler's court. Government of Dubai
رقم الحساب (IBAN A/C):	AE070260001012004074102

مع إرسال صورة إيصال الحوالة إلى المعهد

أرغب بالاشتراك في مجلة «معهد دبي القضائي»

الإسم: .....

العنوان بالتفصيل / للتسليم المباشر .....

.....

البلد ..... المدينة ..... ص. ب .....

تفاصيل أخرى .....

.....

رقم الهاتف .....

P.O.Box.: 28552 Dubai
United Arab Emirates
Tel.: 00971 4 28 333 00
Fax: 00971 4 28 270 71
Web:www.dji.gov.ae
research@dji.gov.ae

www. / DubaiJudicial

GET IT ON Google play

Available on the App Store

رؤيتنا

أن نكون مركزاً إقليمياً للتميز القانوني والعدلي

رسالتنا

تزويد أعضاء المجتمع القانوني بأفضل تدريب مهني
والتطوير المستمر وإكسابهم المعرفة الحديثة ذات الصلة

معهد دبي القضائي
DUBAI JUDICIAL INSTITUTE

P.O.Box.: 28552 Dubai
United Arab Emirates
Tel.: 00971 4 20 54 112
: 00971 4 20 54 110
Fax: 00971 4 28 27071
Web:www.dji.gov.ae
research@dji.gov.ae

www. / DubaiJudicial

GET IT ON Google play
Available on the App Store