ماهية المعاملات الإلكترونية وتبعات التنازع القانوني فيها

(دراسة مقارنة)

د.علي خليل إسماعيل الحديثي
كلية القانون ـ جامعة لاهاي الدولية

المقدمة

منذ ما يقارب الـ ١٥ عاماً و الانترنت يزداد انتشاراً في العالم للاستخدام الحر ، وبالنتيجة ازدياد نسبة مستخدمي الانترنت وصفحات الويب في المقابل ، حيث تشير الإحصائيات الى تصاعد نسبة مستخدمي الإنترنت من ١٥٠٠٠ [١] في عام ١٩٩٥ الى ما يقارب ١٥٠ مليون مستخدم في العام ٢٠٠٧[٢]، وقد بلغت ما يقارب ٢٠٦ مليون مستخدم في آخر إحصائية في ٢٠١٠/٠٧[٣].

و الحقيقة إن عالم اليوم يشهد ثورة عالمية أخرى تضاهي " الثورة الصناعية " هي " ثورة المعلومات فائقة السرعة " ، التي أتاحت للمتعاملين بها إمكانيات كثيرة ومتعددة كتبادل المعلومات و السلع و إبرام العقود و التسوق و إجراء الحجوزات و الدعاية وغيرها بسرعة وسهولة ، حتى أضحى التعبير عن العصر الحالي " بعصر المعلومات فائق السرعة " (the information superhighway) وليس " بعصر المعلوماتية " حيث تتحول فيه ركائز المشاريع الكبرى و المحددات الاقتصادية الستراتيجية ، من القيم المادية الى القيم المعنوية ، كالمعلومات و الملكية الفكرية و إمتلاك التكنولوجيا و إبداعات حلولها و استخداماتها ، فأصبح هناك نمطاً جديداً من الأعمال يعرف بالأعمال الإلكترونية ، ولها بيئتها الخاصة المؤسسة على العلاقات التعاقدية من خلال الإنترنت (E- commerce)[٤] .

وفي هذه البيئة التقنية كان لابد من أن يطال التغيير سلوكنا ، وأن تتحول أعمالنا من النمط اليدوي أو المادي الى

النمط التكنولوجي . وبإزدياد الاستخدام لشبكة الإنترنت وفي شتى المجالات خاصة في معاملات التجارة الإلكترونية وكذلك إنشاء المواقع الخاصة بالشركات و المستهلكين عبر الإنترنت ، وما يتعلق بها من إبرام للعقود على الإنترنت أو تأخر في عمليات التسليم و السداد وغيرها ، وما يترتب على ذلك من مشاكل قانونية قد تفضي الى منازعات بين المتعاملين بها .

الأمر الذي يثير التساؤل عن كيفية مواجهة مثل تلك المنازعات ؟ وعن ضمانات الحماية لحقوق وحياة الأفراد الخاصة[٥] (المستهلكين الجدد لهذه الشبكة) ؟ وكذلك ماهية القانون المختص لفض تلك المنازعات ؟ و المسائل المتعلقة بقواعد الاختصاص في تنازع القوانين ؟ وما يترتب على ذلك من تبعات قانونية ؟ خاصة و إن المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية غالباً ما تتم بين أطراف تختلف أماكن إقامتهم ومن جنسيات متعددة . فضلاً عن الطرف الثالث وهو ISPs أو (Host – Providers) [٦]أي الوسيط في كل هذه المعاملات ومزود خدمة الإنترنت أيضاً ، و الذي قد يكون مجهولاً في بعض الأحيان فيما إذا كان شخصاً إفتراضياً[٧]، مما يطرح التساؤل عن القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الحالة .

وعليه ، فإن واحداً من تلك التساؤلات هو ما سنتناوله في البحث ، وهي مسألة (التبعات المترتبة على التنازع القانوني في المعاملات الإلكترونية) ، والذي سنتناوله في مبحثين أثنين : نتعرف في الأول منهما على ماهية المعاملات الإلكترونية ، ونخصص الثاني لدراسة التبعات المترتبة على تنازع القوانين .

و الله ولي التوفيق

المبحث الأول

ماهية المعاملات الإلكترونية

لا شك إن المعاملات الإلكترونية تعتبر واحدة من سمات هذا العصر وهي تكنولوجيا المعلومات وما يرافقها من تغيير في السلوك الإداري وكذلك الاقتصادي و الاجتماعي ، فالمعاملات الإلكترونية توفر لأطرافها العديد من المزايا التي تركز بشكل أساس على طبيعة الوسط الذي يجري فيه التعامل الإلكتروني ، رغم ما يؤخذ عليها من مساوئ .

كما إن المفهوم الشائع للمعاملات الإلكترونية بشكل عام يمتد الى ثلاثة

أنواع من الأنشطة ، يشترك فيها مع المفهوم التقليدي للتجارة الإلكترونية وهي : ١- خدمات الربط أو الدخول للإنترنت (وهي خدمات تقنية بحتة يوفرها عادة مزود خدمة الإنترنت ISPs) ؛ ٢- توفير خدمة الإنترنت للمستهلك ؛ ٣- تسليم الخدمة المادية المطلوبة عبر الإنترنت .

أما عن التعريف بالمعاملات الإلكترونية وعن طبيعتها القانونية ، فهذا ما سنتناوله في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : التعريف بالمعاملات الإلكترونية .

المطلب الثاني : طبيعة المعاملات الإلكترونية .

المطلب الأول

التعريف بالمعاملات الإلكترونية

إن مصطلح المعاملات الإلكترونية يعبر عن " الإنترنت و الحاسب الآلي " من حيث تبادل و نقل المعلومات و الخدمات الأخرى ، وكذلك مسائل تخزينها المتعلقة بالبريد ، والرسائل ، والسندات ، و السجلات ، و التواقيع و العقود الإلكترونية (كعقود الخدمات ، المعلوماتية ، الفضائيات ، الإعلانات وغيرها) ، إضافة الى التحويل الالكتروني للأموال ، إذ تعتبر جميعها من قبيل المعاملات الإلكترونية[٨].

فضلاً عن مزايا المعاملات الإلكترونية المتسمة بالسرعة في تقديم الخدمات ونقل البيانات و المعلومات ، كذلك التكاليف المنخفضة و الجودة العالية ، إلا أنها مع ذلك لا تخلو من المساوئ و السلبيات التي تواجهها .

فالمجتمع الرقمي يواجه في العادة تحديات مختلفة ، منها على سبيل المثال : مسألة إعداد الكوادر العلمية لإدارة المشاريع المعلوماتية في القطاعين العام و الخاص ، زيادة ، والمسائل المتعلقة بالتنظيم القانوني الداخلي و ملائمته للمعاهدات و الإتفاقيات الدولية الخاصة بمسائل التنازع من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، لضمان حماية الأطراف المتعاقدة في تعاملاتهم الإلكترونية .

الفرع الأول : تعريف المعاملات الإلكترونية

المعاملات الإلكترونية بوجه عام هي إنجاز الأعمال و إبرام العقود من خلال صيغة إلكترونية وهي تشمل كذلك جميع الأنشطة و الأعمال الخاصة بتبادل

البيانات و المعلومات وكذلك السلع و الخدمات عبر الإنترنت بين المستهلكين و الشركات وتسمى B2C (Business to consumer) ، أو بين الشركات نفسها وتسمى B2B (Business to Business)[٩] ، وهي تمثل طرفي العلاقة التعاقدية في بيئة الأعمال الإلكترونية .

والمعاملات الإلكترونية بتعبير أدق ، هي تبادل أو تراسل أو تعاقد ، أو أي إجراء آخر يبرم أو ينفذ - بشكل كلي أو جزئي - بوسيلة إلكترونية[١٠]. كما يعرفها البعض الآخر ، بأنها وسيلة توظيف مجال لأداء معين باستخدام الوسائط و الأساليب الإلكترونية التي من بينها شبكة الإنترنت[١١].

الفرع الثاني : مزايا المعاملات الإلكتروني

تمتاز المعاملات الإلكترونية عن غيرها من الوسائل التقليدية بمزايا عديدة ، من أهمها ما يلي :

أولاً : التقنية العالية

فالتعامل يقتضي وجود شبكات إلكترونية عالية التقنية ترتبط مع بعضها البعض بالأنظمة الإلكترونية الإقليمية ومن ثم العالمية ، وذلك من خلال وسائط ربط مختلفة كوسائل ..

(fiber optic cable , twisted – pair copper wire , microwave transmission , or other communications media) .

تحددها اتفاقيات أو بروتوكولات معينة تمكن المشتركين من الارتباط بالشبكة و الوصول الى المعلومات[١٢].

ثانياً : السرعة

هذه الميزة للإنترنت جعلتها تتميز عن غيره من وسائط تكنولوجيا المعلومات الأخرى ، إذ تقوم بتقسيم المعلومات الى حزم محددة تمكن نقلها بشكل سريع وتمكن من توجيهها الى عنوان محدد لتصل نهايتها المطلوبة وذلك بشكل عشوائي على خلاف أنظمة ربط الكمبيوتر بآخر ، وهذا أيضاً يوفر القدرة الى إمكانية مشاركة العديد من الجهات و الأشخاص في الوصول الى نفس المعلومة وعلى نفس الخط وبنفس الوقت تبعاً لسعة ومقدرة خط الاتصال ، فضلاً عن اختصارها للجهد و للوقت معاً ، إذ إن أغلب المعاملات من هذا النوع تجري ما بين أطراف تختلف أماكن إقامتهم وتتعدد جنسياتهم ، فسرعة الاستجابة لطلبات المستهلكين إذا ما قورنت بالمعاملات الورقية التقليدية هو ما يميز هذا النوع من

التعامل ، فإداء مستحقات دولية مترتبة علة صفقات تجارية بسرعة ويسر من خلال التحويل الإلكتروني على سبيل المثال ، تساهم بكفاءة في تسويق الخدمات و السلع ليس على الصعيد المحلي فقط بل ودولياً أيضاً[١٣].

ثالثاً : خفض التكاليف

إذا ما قورنت بالوسائل التقليدية كالاتصالات السلكية واللاسلكية ، فالإنترنت أقل بكثير من تكاليف شبكات القيمة المضافة (Value Added Network) مما ينعكس إيجاباً على تكاليف تداول الخدمات البريدية (كالدعاية و الإعلان و إتمام الصفقات التجارية وما يتبعها من تصميم وتصنيع وتوزيع) وبنسبة لا تقل عن ٨٠٪ من التكلفة الكلية[١٤].

رابعاً : الملائمة

حيث يؤمن نظام المعلومات الإلكترونية مجالاً حراً للتعامل ، إذ يوفر القدرة على إمكانية المشاركة للعديد من من الأطراف وكذلك الوصول الى نفس المعلومة وعلى نفس الخط وفي نفس الوقت تبعاً لسعة ومقدرة خط الاتصال ، ويمكن من خلالها إجراء كافة أنواع التعاملات دون قيد أو شرط ، كما ويمكن استخدامها يومياً ومن أي مكان في العالم وعلى مدار الساعة ، إضافة الى ما توفره تكنولوجيا المعلومات من سهولة في التخزين و المراجعة من خلال أجهزة الحاسب وبكل سهولة ويسر[١٥].

الفرع الثالث : العيوب التي تعترض المعاملات الإلكترونية

رغم المزايا العديدة التي يتمتع بها هذا النظام ، إلا أنه لا يخلوا من المشاكل التي تعترضه و المتمثلة بما يلي :

أولاً : السرية

ونعني بها " الخصوصية المعلوماتية وهي حق الشخص في أن يتحكم بالمعلومات التي تخصه ، فكل ما يتعلق بالشخص طبيعياً كان أم اعتبارياً ، من معلومات كالأسم و العنوان ورقم الهاتف وغيرها من البيانات الخاصة و التي تستلزم الالتصاق الوثيق به تعتبر من الحقوق الخاصة للأفراد و التي يكفلها الدستور بالحماية و الاحترام[١٦] ، لذلك نجد المشرع الألماني قد تدخل في هذه المسألة لضمان سرية الاتصالات الشخصية وكذلك حقوق الأفراد و الشركات الخاصة حينما أشار الى ذلك في (المواد ٢ ، ١٠ و ١٩ من الدستور الألماني لعام ١٩٤٩) ، فضلاً عن المادة

٢٠٢ (أ) التي أضافها مؤخراً الى قانون العقوبات الألماني لعام ١٩٨٦ المعدل ، والتي جرم بها فعل التجسس على المعلومات المخزنة إلكترونياً ، وقد وردت هذه المادة في الباب الخاص بجرائم الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية و التي جمعها المشرع في باب واحد ، لارتباطها الوثيق بين فكرة السرية وبين الخصوصية المعلوماتية ، إذ تتحدد عناصرهما في حماية سرية المحادثات و المراسلات الإلكترونية ، وكذلك حماية الأسرار الخاصة للأفراد ، والحقيقة أن دول الإتحاد الأوربي تكاد تكون تشريعاتها واحدة في هذا الميدان بفضل دستورها الاتحادي و الذي يلعب الدور الأساسي في صياغة القواعد الموحدة لكافة الدول الأعضاء في الإتحاد وخاصة في مجال التشريعات القانونية و الاقتصادية، كالمسائل المتعلقة بأمن المعلومات وتدفقها وحماية الخصوصية وتنظيم إنتقال المعلومات و البيانات الخاصة وقواعد حماية الملكية الفكرية وكذلك القواعد الخاصة بتنازع القوانين ، و الأمر لا يقتصر على الدول الأوروبية وحدها و إن كانت الرائدة في هذا المجال ، فغالبية الدول العربية اليوم تتضمن دساتيرها أيضاً مسألة الخصوصية المعلوماتية وضمان حمايتها كالدستور المصري لعام ١٩٧١ (المادة ٤٥ ، ٥٧) ، والنظام الأساسي لسلطنة عمان[١٧] (المواد ١٥ ، ٢٧ ، ٣٠) ، والدستور الأردني لعام ١٩٥٢ (المواد ٧ ، ١٠ ، ١٥) وغيرها[١٨] .

كما إن السرية تعتبر سلاح ذو حدين ، ففي الوقت الذي تحول فيه من إلحاق الضرر بالمستهلكين أفراداً أو شركات في حال ما إذا تم نشر إو إذاعة أي من الوثائق أو المعلومات الخاصة بالعملاء أو إساءة استخدامها ، مما يشكل تحدياً مستمراً للمتعاملين بها ، وفي نفس الوقت تعتبر من المميزات التي تضاف الى مزايا المعاملات الإلكترونية[١٩] .

ثانياً : سهولة الاختراق و القرصنة

إن من أبرز المشاكل التي تواجه المعاملات الإلكترونية هي ثغراتها الأمنية المتمثلة بسهولة اختراق مواقعها الإلكترونية وسرقة البيانات و المعلومات الموجودة فيها ، والتي غالباً ما تتم من قبل مجاميع متخصصة في القرصنة و لسرقة الإلكترونية " كالهاكرز " وغيرهم من قراصنة الإنترنت ، وذلك باستخدام تقنيات خاصة بالاختراقات المعلوماتية

(Computer Breache) ، كبث الفيروسات ، أو سرقة الشرائح و استراق السمع ، أو استخدام طريقة ما يسمى بالقنبلة الموقوتة ... الخ .

كما تتسم هذه النوعية من الجرائم بسهولة ارتكابها و إخفاء معالمها ، ما لم تكن هناك ثمة تحوطات وتقنيات (IT Security) مضادة تقف عائقاً أمامها[٢٠].

كذلك الحال بالنسبة لحقوق الملكية الفكرية ، إذ غالباً ما تتعرض للسرقة من خلال نسخ البرامج الأصلية وتسويقها أو استخدامها دون إذن مسبق ، مما يعرض الشركات المنتجة للكثير من الخسائر المالية، فضلاً عن جهل الكثير من الناس بالقواعد القانونية الخاصة بحقوق المؤلف و الملكية الفكرية[٢١] .

و الحقيقة إن حماية حقوق الملكية الفكرية[٢٢] وحقوق التأليف في محيط المعلوماتية الالكترونية أمراً في غاية التعقيد و الصعوبة ، إذ تكمن الصعوبة هنا بعد عملية تخزين المعلومات الالكترونية ، حيث يسهل أمر نقلها من دولة لأخرى و استنساخها و استعمالها في أماكن أخرى لا تسري فيها تلك القواعد المتعلقة بحماية حقوق المؤلف أو الملكية الفكرية ، لذلك تمتد هذه المشكلة القانونية الى أبعد من تطبيق القانون على المستوى الوطني لتشمل البحث عن حلول لفض منازعات من هذا القبيل على المستوى الدولي ومشاكل من هذا النوع تواجهها كذلك بنوك المعلومات الآلية ، إذ إن العديد من أعمال القرصنة تتم في الغالب بواسطة أجهزة حواسيب ذات تقنية عالية[٢٣] .

ثالثاً : إثارة التنازع القانوني

إن مواقع الانترنت يمكن أن تدار أو تستضاف من أي مكانن في العالم وبغض النظر عن مكان صاحب الموقع ، إذ أن الوسائط التقنية تتيح لمستخدميها الدخول الى الكومبيوتر و إدخال وحفظ المعلومات ، والتحكم بالمحتوى بحرية ومن دون قيود تحدها ، وهذا ما أدى في الحقيقة الى إشاعة وجود النظام الخادم للموقع في دولة غير الدولة المالكة للموقع مع توفر القدرة التقنية للدخول الى موقعه في أي وقت يشاء وإدارة الموقع حسب الرغبة والتي غالباً ما تؤدي الى إثارة المنازعات القانونية بين العملاء بسبب تعارض قوانينهم الداخلية وعدم وجود قواعد قانونية موحدة لتنظيم هذه المسائل[٢٤] .

رابعاً : التطور المستمر و السريع في البرمجيات

التطور المستمر للبرمجيات المستخدمة في إدارة المواقع الالكترونية ، يتطلب عملية تحديد مستمرة وهي تتطلب تكاليف باهظة في أغلب الأحيان ، فضلاً عن عدم توافق بعض البرامج الالكترونية الحديثة مع بعض تطبيقات البيانات وبسبب التقدم السريع و الابتكارات المستمرة فيها فإن بعض هذه التطبيقات لا تتوافق مع البرامج المستخدمة في المعاملات الالكترونية ، الأمر الذي يؤدي الى عدم الاستفادة من هذه التطبيقات . فضلاً عن المشاكل الأخرى ، كإنعدام التقنية المتطورة التي تحتاج اليها شبكات الاتصال و المعلومات خاصة في الدول الفقيرة مما يجعل الأمر حكراً على الدول المتقدمة فقط[٢٥] .

المطلب الثاني

الطبيعة التقنية للمعاملات الالكترونية

هناك حقيقة منطقية ، إذ لا توجد معاملات إلكترونية من دون وسائط تقنية ، فالواسطة التي تتيح الربط و الانتقال وتحقيق عمليات الدخول وضمان تبادل المعلومات بينها وبين تلك الوسائل هي أنظمة الكمبيوتر لذلك يعد الانترنت البيئة الأساسية للمعاملات الالكترونية ، كما أن بنيتها التحتية المتمثلة بأنظمة الكمبيوتر (servers) والاتصالات قد تمتد الى العديد من الدول ، وقد لا يكون مركز النشاط الفعلي للشخص هو المكان الذي تقدم من خلاله خدمة الانترنت أو خدمة إطلاق الموقع على الشبكة .

و بالتالي فأن تزايد التعامل بهذه التقنية أخذ يثير المشاكل القانونية و التظيمية منها ، والسبب في ذلك يعود الى افتقار التنظيم القانوني الموحد لحكم مثل هكذا قضايا تتعلق بالانترنت . فضلاً عن الطبيعة التقنية لهذه الشبكة المعقدة و التي انعكست آثارها بشكل مباشر على القواعد الداخلية للقانون ، فظهرت استناداً الى ذلك قواعد قانونية جديدة لتحكم هذه المسائل وفي ميادينها المختلفة.

الفرع الأول : الآثار المترتبة على التقنية الالكترونية

أولاً : من حيث أثرها على القواعد الجنائية للقانون

لقد أضافت هذه التقنية وما ترتب عنها من آثار عبئاً كبيراً على فقهاء القانون الجنائي ، الذي تميز عن القانون المدني وكذلك التجاري بالقواعد التي تحكمه ، كقاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " وهذا يعني أن القاضي الجنائي لا

يتمكن من التفسير أو حتى الحياد عن القاعدة الجنائية التي تجرم فعلاً معيناً ومحدداً بذاته ، لذلك كانت مسألة إثبات وتجريم الأشخاص خاصة الـ (Hackers) الذين يخترقون المواقع التجارية أو الحكومية أو حتى الشخصية منها مسألة في غاية الصعوبة و التعقيد وذلك فيما لو لم ترتكب فيها أية سرقة أو تخريب[٢٥].

فالجرائم في هذا الميدان عديدة وذات طابع حديث ومتطور حيث أخذت تستهدف المعلومات ذاتها ، كاختراق المواقع الإلكترونية و التلاعب بالبيانات أو إتلافها ، أو جرائم الاحتيال و الغش و السرقة للأموال أو المعلومات ، أو جرائم التزوير و المقامرة و الترويج لجرائم أخرى ماسة بالأخلاق و الآداب العامة .

فضلاً عن جرائم الإرهاب وغيرها من الجرائم التي ترتكب من خلال الإنترنت، والتي تمس فيها لمصالح يحميها القانون بطبيعة الحال .

لذلك كان واجباً على المشرع الجنائي من التدخل لحماية المجتمع من هذه الأنماط الحديثة للجريمة العابرة للحدود ، ومواكبة هذه التغيرات بشكل مستمر لضمان تحقيق التوازن بين حماية الحق في المعلومات وبين متطلبات مكافحة الجريمة الإلكترونية ، والذي تعزز ذلك بشكل صريح في الاتفاقية الأوربية لجرائم الكومبيوتر لعام ٢٠٠١ ، وكذلك القانون الفرنسي لجرائم الكمبيوتر رقم ١١٧٠ لعام ١٩٩٠ ، ومشروع الأمم المتحدة لجرائم الكمبيوتر لعام ٢٠٠١ المعدل[٢٧] .

أما المشرع الألماني فقد شدد العقاب على جرائم التزوير في البيانات الإلكترونية وذلك في المادة ٢٦٨ من قانون العقوبات لعام ١٨٧١ و المعدل في عام ١٩٩٨ ، حيث ساوى المشرع بين إنشاء وثيقة إلكترونية مصطنعة وبين إحداث التغيير في النتيجة المطلوبة من هذا الوثيقة ، إضافة الى ذلك ، فهو يوفر حماية مباشرة لنظام المعاملات الإلكترونية ، من خلال تجريمه للأفعال الماسة بأمن و نظام البيانات و المعاملات الإلكترونية ، سواء تمثل ذلك بالغش و الإحتيال أو بالإتلاف ، أو غير ذلك من الوسائل التي تؤدي الى الإخلال بسلامة البيانات الإلكترونية ، وذلك في المادة ٢٧٠ من قانون العقوبات المذكور[٢٨].

ثانياً : من حيث أثرها على القواعد المدنية و التجارية للقانون

لقد أثارت وسائل التقنية الإلكترونية العديد من التساؤلات خاصة في هذين الفرعين من فروع القانون فبالنسبة للقانون المدني ، فغالباً ما يثار التساؤل في مسائل الإثبات للعقود الإلكترونية ، والتوقيع و التوثيق الإلكتروني كذلك .

ومن المعلوم أن العقود تنقسم من حيث الإبرام الى عقود رضائية و أخرى شكلية ، فالعقود الرضائية هي التي تنعقد بمجرد تبادل الرضا بين أطرافها ، أما الثانية فهي العقود التي تستلزم شكلاً معيناً لانعقادها وذلك لغرض إثباتها ، كاقتران الإيجاب بالقبول سواء كان الإيجاب عادياً أم ملزماً ، أو اشتراط الكتابة في العقد على سبيل المثال ، والتي تكون رسمية موثقة أو عرفية ، وبالتالي فتخلف ركن من أركان هذا العقد سيؤدي الى بطلانه حتماً .

ولما كانت الكتابة هي الركن الأساسي للإثبات في المحرر الإلكتروني (سواء كان هذا المحور عبارة عن رسالة إلكترونية مباشرة (chating) أو غير مباشرة مرسلة عبر البريد الإلكتروني (Mail box) وسواء كانت هذه الكتابة في المحرر على شكل حروف أو رموز أو أرقام أو حتى علامات متى ما حملت معنى الإيجاب في مضمونها لمشروع العقد و اقترن ذلك الإيجاب بالقبول من جانب الطرف الآخر يكون العقد قد أنعقد إلكترونياً .

وهنا يثار التساؤل حول مشروعية العقد المبرم عبر الرسائل الإلكترونية المباشرة (chating) ، وذلك في حدود الأحكام العامة للقانون المدني و المتعلقة بمجلس إنعقاد العقد (العادي) ، والذي يشترط إجتماع المتعاقدين حين العقد في الزمان و المكان اللذين صدر فيهما القبول في حين أن العقد الإلكتروني عبر ما يسمى بالشات يمثل تعاقداً بين طرفين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان ولا يجمع المتعاقدين مجلس عقد حقيقي ، فمجلس العقد الإلكتروني الذي يكون أحد أطرافه غير حاضراً فيه يعتبر مجلساً حكمياً . مما يتطلب إما الإتفاق المسبق أو التعديل القانوني الذي يقضي بخلاف ذلك[٢٩].

أما على صعيد القانون التجاري ، فالتساؤل الذي يثار في هذا الصدد هو هل تحمل الوثيقة الإلكترونية تلك القيمة القانونية في الإثبات خاصة في مجال التعاقد الإلكتروني في الأسواق المالية ، مقارنة مع الوثيقة التقليدية المحررة على الورق العادي ؟

وللإجابة على هذا التسائل نقول ، أن المحرر الإلكتروني جاء نتيجة لإستخدام الوسائل الإلكترونية من خلال شبكة الإنترنت و إنعقاد معظم التصرفات القانونية من خلالها .

فعلى سبيل المثال ، نجد إن المادة الثانية من مشروع اتفاقية أستخدام المراسلات الإلكترونية في العقود الدولية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ٢٠٠٥ قد عرفت المحرر الإلكتروني على أنه عبارة عن (بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات من معلومات يتم انشائها أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك ، التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي)[٣٠].

وكذلك الفقرة ب من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ حيث تعرف المحرر الإلكتروني على أنه (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) وهو بذلك يعول في تعريفه للمحرر الإلكتروني على الوسيلة الإلكترونية التي تنشأ أو تخزن أو ترسل أو تستقبل من خلالها .[٣١]

والحقيقة أن غالبية التشريعات القانونية لا تمنح المحرر الإلكتروني تلك الحجية التي يتمتع بها المحرر التقليدي (الورقي) ، إلا إذا أقترن المحرر الإلكتروني بشروط معينة لاعتمادها في مسائل الإثبات القانونية ، كالتوقيع و التوثيق الإلكتروني .

١. التوقيع الإلكتروني : كل ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره[٣٣].

وغالباً ما يصدر التوقيع الإلكتروني عن جهة متخصصة ومعترف بها حكومياً وكذلك دولياً ويطلق عليها بالشهادة الرقمية ، حيث تخزن فيها جميع المعلومات الشخصية وكذلك تأريخ و رقم الشهادة ومصدرها ، والتوقيع الإلكتروني على نوعين :

أ. التوقيع الإلكتروني المحمي : عندما يكون التوقيع الرقمي مشفراً برقم سري ، بذلك يقوم بتشخيص الموقع وقت التوقيع

وتمييز الشخص صاحب التوقيع(٣٤) .

ب. التوقيع الإلكتروني البيومتري : ويتم باستخدام الموقع لقلم إلكتروني مثبت بجهاز الكمبيوتر ولدى إجراء التوقيع ينتقل مباشرة الى الملف الإلكتروني مسجلاً بذلك نمط توقيع الشخص وبصمته الإلكترونية(٣٤).

٢. التوثيق الإلكتروني : ويتم من قبل طرف ثالث محايد يدعى " بالموثق الإلكتروني " الذي قد يكون شخصاً أو شركة أو هيئة مستقلة مرخصة من قبل الجهات المعنية بالاتصالات ونقل المعلومات ، حيث تقوم بتحديد هوية المتعاملين و أهليتهم القانونية و التحقق من جدية التعامل وسلامته من الغش و الإحتيال ومن ثم توثيق تعاملاتهم الإلكترونية) (٣٥)

كما إن التجارة الإلكترونية أظهرت نمطاً جديداً من التعامل التجاري خاصة في مجال الخدمات ونقل المعلومات (كالأتصالات ، الصيانة ، التطوير ، التوريد و البيع) وعقود التأمين و التوزيع و الوكالات التجارية ، والتي أثرت بشكل مباشر على الشكل التقليدي للعقود التجارية ، وبالتالي أنعكس سلباً على التشريعات القانونية و التي تستلزم التنظيم لمواجهة تلك التطورات .

ثالثاً : من حيث أثرها على النشاط المالي و العمل المصرفي

لقد أتاحت التقنية الإلكترونية وسائل متقدمة جداً في مجال الخدمات و العمل المصرفي ، كأنظمة الدفع الإلكتروني بأنواعها وإدارة الحسابات عن بعد .

لذلك ظهرت مفاهيم جديدة تنسجم مع الطبيعة القانونية للتقنية الإلكترونية ، كالتحويل(٣٦) ، والشيك(٣٧) ، والبطاقات الإلكترونية (الدفع(٣٨) ، الائتمان(٣٩) ، والبطاقة الذكية(٤٠) ، لتبدأ مرحلة جديدة ينتهي معها مفهوم النقد الورقي ويحل محلها النقد الإلكتروني(٤١) .

والى جانب ذلك ظهرت فكرة التعاقد و التبادل الإلكتروني للأوراق المالية ، وذلك في ظل إعتماد الحاسب الآلي وتقنية الإتصالات لإدارة سوق التداول ، فضلاً عن ظهور فكرة البنوك الإلكترونية التي وجدت أساسها في بيئة إفتراضية لا وجود لها في الواقع المادي .

وقد دعا هذا التطور السريع في هذا المجال الى ضرورة إعادة النظر في وسائل الإدارة المصرية التقليدية ، وكذلك

للوسائل الرقابية لمكافحة التهريب ، لتكون منسجمة مع متطلبات العمل المصرفي الإلكتروني المتمثلة بالأموال و الأرصدة الإلكترونية ، وما يتعلق بها من مستندات و أوراق مالية وتجارية وما يرافق ذلك من ظهور أنماط تنظيمية في العلاقات القانونية ، خاصة في مجال التعاقدات الإلكترونية في الأسواق المالية ، وما يتعلق بها من مسائل أخرى ترتبط بالإيجاب و القبول و الاعتراف القانوني و الإثبات

رابعاً : من حيث أثرها على حقوق الملكية الفكرية
Intellectual property

وهذه الحقوق هي القواعد التي تحمي أفكار الأفراد و إبداعاتهم الفنية و الأدبية وكذلك العلمية ، وتمنحهم الحماية القانونية كتلك التي تتمتع بها الأملاك العينية كالأراضي و السيارات ، ولسهولة نقل ومعالجة المعلومات التي تمثل الأفكار من خلال الوسائل الحديثة ، كان لهذه التقنية الأثر السلبي الفاعل في خرق حقوقهم في الملكية الفكرية سواء التجارية منها أو الأدبية[٤٢].

بالإضافة الى ذلك فإن سوق البرامج الإلكترونية أصبحت تلعب دوراً فاعلاً في الأسواق العالمية ، رغم ما ترتبه من تعقيدات تتمثل في إثارة المنازعات القانونية الخاصة بين الشركات في المعاملات التجارية ، كتلك المتعلقة بالعلامات و الأسماء التجارية في الإنترنت (Domain Names) .

فضلاً عن ذلك ، فالخلافات الفقهية و القانونية ما زالت قائمة بين الدول وفقهاء القانون من أجل تحديد معطيات الحماية القانونية لبرامج حقوق المؤلف الإلكترونية وبراءات الاختراع كذلك ، والتي تعتبر في الواقع مشاكل قانونية قائمة ، فضلاً عن المشاكل الإجرائية بسبب التباين في قوانين الدول الداخلية وهو ما يستوجب التنظيم القانوني من خلال التشريعات الموحدة التي تضمن مسألة تعديل القانون الداخلي بما يتوافق مع تلك التشريعات الجديدة ذات الطابع الدولي ، والخاصة بقضايا الإثبات و المعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية .

كما إن غالبية الدول المتقدمة علمياً وتقنياً كالإتحاد الأوربي على سبيل المثال ، تمنح هذه المسألة قدراً كبيراً من الاهتمام ، وقد تمكنت من خلال تشريعها القانوني الموحد لعام ٢٠٠٥ ، من تنظيم قواعد قانونية خاصة في مجال حماية الحقوق الفكرية و المعلوماتية ، فضلاً عن

القوانين الخاصة بالاتصالات وتلك المتعلقة بالتجارة الإلكترونية[٤٣].

الفرع الثاني : الفرق بين التعامل الإلكتروني و التجارة الإلكترونية

إن التجارة بشكل عام عبارة عن مجموعة الأنشطة التي تلبي احتياجات المستهلك في المكان و الزمان الملائمين وكذلك بالسعر المناسب . أما التجارة الإلكترونية (E_COMMARCE) فهي تلك التجارة التي تتم ولكن من خلال وسيط إلكتروني (الإنترنت) سواء أكان ذلك داخل حدود الدولة الجغرافية أو خارجها ، وبصرف النظر عن نوعية السلع محل التجارة أو مدى مشروعيتها أو القانون الذي تخضع له .

لذلك كان مفهوم التجارة الإلكترونية في السابق ينحصر في عملية البيع و الشراء عبر الإنترنت فقط ، في حين أن المفهوم الحديث للتجارة الإلكترونية يكمن في التحول من النظام التقليدي العادي الى نظام تقني جديد فائق السرعة قوامه الإنترنت ، خاصة في مجال تقديم الخدمات و إدارة عمليات البيع و الشراء إلكترونياً[٤٤].

وفي إطار جهود منظمة التجارة العالمية (WTO) صنفت التجارة الإلكترونية عالمياً ضمن مفهوم " الخدمات " وذلك لإيضاح طبيعة عملها و إطارها القانوني، وبالتالي أخضعت الى الإتفاقية العامة للتجارة (GATS) أي خدمات التعامل الإلكتروني سواء كان متمثلاً في المتطلبات أم الالتزامات وبغض النظر عن طريقة تقديمها .

أما عن التعامل أو ما يسمى باصطلاح الأعمال الإلكترونية (E_BUSINESS) فهي أوسع نطاقاً و أشمل من التجارة الإلكترونية ، وهي لا تتعلق فقط بعلاقة المورد أو البائع بالعميل ، إذ تمتد لعلاقة الشركة بوكلائها وموظفيها وعملائها أيضاً ، ومن ناحية أخرى ، تمتد تلك العلاقة لتشمل أنماطاً أخرى من التعامل الإلكتروني كالبنك الإلكتروني و التأميل الإلكتروني ، كذلك خدمات الحكومة الإلكترونية .

في حين أن التجارة الإلكترونية عبارة عن نشاط تجاري وبشكل خاص تعاقدات البيع و الشراء و طلب الخدمة وتلقيها بآليات تقنية ومن خلال شبكة الإنترنت .

الفرع الثالث : حماية المستهلك Consumer protection

ونعني بالمستهلك هو المستهلك الإلكتروني وهو " الشخص الذي يبرم

العقود الإلكترونية المختلفة من شراء وبيع و إيجار وقرض و انتفاع وغيرها من أجل توفير كل ما يحتاجه من سله و خدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها "(٤٥) .

وحماية المستهلك مسألة تبنتها التشريعات الداخلية بالتنظيم والتقنين في غالبية الدول ، بل و أصدر البعض منها قوانين خاصة بالمعاملات و التجارة الإلكترونية وضمنتها نصوص خاصة بحماية المستهلك (كقانون التجارة الإلكترونية في اللوكسمبورج لعام ٢٠٠٠ ، وقانون الاستهلاك الفرنسي لعام ١٩٩٣ ، وقانون التجارة الإلكترونية الإيطالي لعام ٢٠٠٣ ، والقانون الإيرلندي لعام ١٩٨٠ ، والقانون البرتغالي رقم ٤٤٦ لعام ١٩٨٥ ، والقانون الهولندي لعام ١٩٨٧ ، والقانون البلجيكي لتنظيم ممارسة التجارة وحماية المستهلكين لعام ١٩٩١) ، وعموماً فإن التشريعات الداخلية الأوربية تكاد تتطابق فيما بينها بفضل الدستور الإتحادي لعام ٢٠٠٥(٤٦).

لذلك نجد على سبيل المثال ، الفقرة الأولى من المادة ٤٠ من القانون الدولي الخاص الألماني المعدل لعام ٢٠٠٩ تطابق في مضمونها نص المادة ١١٤ من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ والذي يمنح الحرية للمستهلك وضمان حقه في رفع الدعوى أمام محكمة الدولة التي يوجد فيها محل إقامته المعتادة ليكون قانونها هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، وتكون المحكمة الكائن بها محل إقامة المستهلك هي المحكمة المختصة بالنظر في النزاع ، وذلك خروجاً عن القواعد العامة بغرض حماية المستهلك .

ولتأكيد حماية المستهلك فقد أتاح لامشرع الألماني آليات أخرى منها إجازته لأطراف النزاع في حرية الإتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق وكذلك المحكمة المختصة للفصل في النزاع . فضلاً عن إتاحته لوسائل إخرى تضمنتها المواد (٢٧/٤ و ٤/٢) من القانون الدولي الخاص المعدل لعام ٢٠٠٩ ، كالتزام البائع بإعلام المشتري عن كل ما يتعلق بالسلعة أو الخدمة موضوعة العقد(٤٧)، وكذلك حقه في العدول عن شراء وهي ما تسمى بالـ (Ruck Kaufsrecht) وهي مهلة التفكير و الأختبار للسلعة المباعة وهي ما بين أسبوعين الى شهر واحد من تاريخ الاستلام ، وقد تضمنتها الفقرة الرابعة من المادة ٣١٢ وكذلك الجزء الثاني من

الفقرة الإولى للمادة ١٣٠ من القانون المدني الألماني لعام ١٩٠٠[٤٨] .

فضلاً عن ذلك فهناك وسيلة أخرى قد أتاحها المشرع الألماني أيضاً لحماية المستهلك خاصة في مسائل العقود الإلكترونية المبرمة عن بعد وهي مسألة الإثبات وحجية التوقيع الإلكتروني التي تمنتها الفقرة الأولى من المادة ١٢٦ من القانون المدني و الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من قانون المرافعات المدنية لعام ١٨٧٩[٤٩].

لذا فالاهتمام بمسألة ضمان الحماية القانونية للمستهلك أدت الى خلق مبادئ قانونية جديدة تؤمن هذه الحماية ، خاصة في مسألة الإعلام المسبق وتحديد شخصية البائع أو مقدم الخدمة (المادة ٢٠/٤ من قانون الاستهلاك الفرنسي لعام ١٩٩٤) ، كذلك الوصف الدقيق للمنتج أو الخدمة محل التعاقد (المواد ١١١ ، ١١٣ / ٣) من قانون الاستهلاك الفرنسي لعام ١٩٩٣ و المشروع البريطاني رقم ٢٣٣٤ لعام ٢٠٠٠)[٥٠] وكذلك وباستخدام اللغة المتعارف عليها في محل إقامة المستهلك[٥١]، و التي نصت عليها المادة ٣٠ من إتفاقية روما الأولى لعام ١٩٨١ و المعدلة في عام ٢٠٠٩ ، حيث تبنت بدائل متعددة للغات في المعاملات و الاتصالات الإلكترونية و التجارية وكذلك إتفاقية الإلتزامات التعاقدية الأوربية رقم ١٣ لعام ١٩٩٣ بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرض عليه في عقد البيع وتعفي البائع من ضمان العيوب ، و التي عرفت الشرط التعسفي في المادة ٣/١ منها بالنص (هو الشرط الذي يرد في العقد و ينطوي على تفاوت جلياً خلافاً لما يقضي به مبدأ حسن النية ، وضد مصلحة المستهلك بين حقوق و التزامات الأطراف فيه على حساب المستهلك) .

فضلاً عن ذلك ، فالمبادئ القانونية الحديثة التي تضمنتها الاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٩٣ ، تضمنت حماية إضافية خاصة للمستهلك كإمكانية التدخل القضائي المباشر في عقود الاستهلاك لمنع الشروط التعسفية من قبل البائع ، وبالتالي فهي تتيح للسلطة التنفيذية كذلك من إصدار القرارات المناسبة و اللوائح الكفيلة بحظر أو تقييد الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك[٥٢].

المبحث الثاني

تبعات التنازع القانوني في المعاملات الإلكترونية

المطلب الأول

الاختصاص والولاية القضائية

إن مفهوم الاختصاص فقهاً هو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة ، وفقدان هذه السلطة يعني عدم الاختصاص ، كما أن مسألة تحديد المحكمة المختصة تعني تحديد المنازعات التي يجوز فيها الفصل طبقاً لقواعد المحكمة التشريعية .

فضلاً عن ذلك ، فالاختصاص القضائي قد يكون داخلياً عندما تكون المنازعة ذات علاقة قانونية وطنية بحتة ، وقد يكون الاختصاص القضائي دولياً عندما تختص المنازعة بعلاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي لذلك أتسم اختصاص المحكمة هنا بالصفة الدولية ، لوجود العنصر الأجنبي في المنازعة القانونية وهو ما يميزه عن الاختصاص الداخلي أو الوطني للمحاكم .

وبالتالي ، فإن قواعد الاختصاص سواء كانت داخلية أم دولية هي قواعد وطنية تنتمي الى تشريع دولة القاضي ، حيث تقوم كل دولة بتحديد قواعد الإختصاص في محاكمها تبعاً لمبدأ السيادة ، وخاصة تلك المتعلقة بالمنازعات المشوبة بالعنصر الأجنبي (أي تلك التي تحكمها قواعد القانون الدولي الخاص) .

كما ان مشكلة تحديد الاختصاص القضائي و الاختصاص التشريعي في العقود الالكترونية لا تثار إلا في حالة حدوث نزاع بين طرفي العقد الالكتروني.

وعليه ، فإن الاختصاص القضائي الدولي مستقل هو الآخر عن الاختصاص التشريعي ، فقد تختص المحكمة الأجنبية بالنظر في قضايا معينة ذات عنصر أجنبي ومع ذلك تطبق قانونها الوطني في تلك القضايا ، وأساس هذا الاستقلال يرجع الى تباين الاعتبارات التي تقوم عليها قواعد كل نوع من أنواع الاختصاص ، فالمحكمة على سبيل المثال و لاعتبارات التي تتعلق بالسيادة و النظام و الأمن العام في الدولة تأخذ بالاختصاص لفظ النزاع المعروض أمامها ، ومع ذلك فطبقاً لاعتبارات معينة كالعدالة مثلاً تقضي بأن تطبق القانون الأجنبي بإعتباره القانون الأصلح لطبيعة النزاع.

وعلى العكس من ذلك ، فقد تتطابق الاعتبارات التي تستند إليها قواعد الاختصاص سواء كانت قضائية أم تشريعية ، كما لو يعقد الاختصاص للمحكمة الأجنبية وتطبق المحكمة قانونها

على النزاع المعروض أمامها ، وذلك فيما لو كان محل النزاع عقاراً ، فينعقد الاختصاص للمحكمة الأجنبية التي يوجد فيها ذلك العقار لتنظر في النزاع القائم ، وبالتالي يخضع العقار لقانون البلد الذي يوجد فيه .

وقد تختلف هذه الاعتبارات عندما يقضي الاختصاص القضائي باستبعاد القانون الأجنبي من التطبيق لمخالفته قواعد النظام العام في الدولة و إن كان مقرراً لفض النزاع ، وبالتالي تتم إحالته (الاختصاص) الى القانون الوطني لحسم النزاع ، كما هو الحال فيما لو تعذر معرفة أحكام القانون الأجنبي المختص .

فضلاً عن ذلك فتحديد الاختصاص القضائي يؤثر بشكل مباشر في الاختصاص التشريعي من ناحية ، وفي مسائل قبول أو رفض تنفيذ الأحكام ، خاصة تلك الأحكام الصادرة عن محاكم أجنبية من ناحية أخرى .

فالأحكام الوطنية لا تثير في العادة تلك المشاكل التي تثيرها الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية ، فهي قابلة للتنفيذ في إقليم الدولة طالما كانت صادرة من محاكمها ، في حين أن الأخيرة تكون مجردة من أية قيمة قانونية في الإقليم الوطني ما لم تراعى عند تنفيذها إجراءات و شروط معينة تتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية ، ومن أهم تلك الشروط هو أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه صادراً من محكمة مختصة بنظر النزاع إختصاصاً قضائياً دولياً وفقاً لقانون الدولة التي أصدرته (قانون دولة القاضي) .

أما عن الاختصاص التشريعي ، فهو و أن كان مستقلاً عن الاختصاص القضائي إلا أنه يؤثر فيه أيضاً ، فإعطاء الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية لا يعني بالضرورة اعطاء الاختصاص التشريعي لها ، فقد تطبق قانونها أو تطبق قانوناً آخر ومع ذلك فتحديد القانون الواجب التطبيق غالباً ما يتأثر بالاختصاص القضائي .

والحقيقة أن غالبية الدول تعتمد في تشريعاتها الداخلية على ضوابط ومعايير خاصة لقواعد الاختصاص القضائي وهي متباينة فيما بينها ، وسواء كانت تلك التشريعات إقليمية أو شخصية فالاختصاص فيها لا يعدوا أن يكون إما أصلياً أو طارئاً .

الفرع الأول : الاختصاص القضائي الأصلي

مـن الطبيعـي أن ينعقـد اختصـاص المحكمة على أساس الارتباط الإقليمي الذي قد يكون مرده موطن المدعي عليه أو المدعى أو موضع المال موضوع النزاع ، أو مكان نشوء محل الالتزام أو مكان تنفيـذه ، كمـا و تخـتص محـاكم الدولـة بالدعاوى التي ترفع على من كان موطناً في إقليمها لا فرق في ذلك إن كان المدعي عليه وطنياً أم أجنبياً .

والاختصاص القضائي الأصلي يقوم على ضابطين هما الإقليمية و الشخصية ، وكالآتي :

أولاً : الاختصـاص الإقليمـي : وهـذا النوع من الاختصاص يمتاز بالسهولة في مسائل التحقيق وتنفيذ الأحكام الصادرة عـن محـاكم الدولـة علـى الاشـخاص (الطبيعية و المعنوية) سواء كانوا مواطنين أم أجانب .

و إن ما يبرر هـذا الاختصاص لمحاكم الدولـة هـو " مبـدأ السيادة " أي سيادة الدولـة علـى إقليمهـا و الـذي يقضـي باسـتقلال الدولـة بالولايـة القضـائية لمحاكمها على الاشخاص الموجودين في لإقليمها و بغض النظر عن جنسيتهم ، وكـذلك علـى الأمـوال الموجـودة و الالتزامات التي تتم في إقليمها ، ولا يحق لأية جهة أجنبية أخرى سواء كانت فرداً أم دولة من التدخل في هذا الاختصاص للدولـة كنتيجـة منطقيـة لسـيادتها علـى الأقليم ، فمبـدأ الاختصاص هنا يستند الى المصلحة المرجوة في فض النزاع ، ولا يتحقق هـذا الغـرض إلا بتطبيـق القـانون المختص في ذلك ، ويعتبر القانون الوطني هـو القـانون الأمثـل للتطبيـق وفقـاً لمبـدأ الاختصاص الإقليمي ، فهو الأقدر على تحديد الضرر و بالتالي تحديد المسؤولية .

ثانيـاً : الاختصـاص الشخصـي : ويقـوم على مبدأ تطبيق قـانون الدولـة علـى كـل شخص يحمل جنسيتها فيمـا لـو ارتكـب جريمة في الخارج ولم يعاقب عليها ، ومن مظـاهر سـيادة الدولـة و سـلطانها علـى الأشـخاص التـابعين لهـا هـو إعطـاء الاختصاص لقضائها بالنظر في الدعاوى التي ترفع على رعاياه أو من رعاياها ولو كـانوا في الخـارج ، تطبيقـاً لمبـدأ شخصية القانون .

الفـرع الثـاني : الاختصـاص القضـائي الطـارئ

و الاختصاص القضائي الطارئ يظهر متى ما تخلف الاختصـاص الأصـلي ، إذ ينعقـد اختصـاص المحكمـة للنظـر في الدعوى متى ما تحقق الظرف الطارئ و إن لم يكـن هنـاك أي ارتبـاط إقليمـي أو شخصي فيها .

و الظرف الطارئ يتحقق في حالات معينة منها : حالة الخضوع الإرادي ؛ وحالة الارتباط .

أولاً : حالة الخضوع الإرادي (الاتفاق) : وتتحقق باتفاق الخصوم بالخضوع لولاية القضاء سواء كان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً ، كأن يمثل المدعي عليه للحضور أما المحكمة غير المختصة دون أن يدفع بعدم اختصاصها .

ثانياً : حالة الارتباط : أي الاختصاص في المسائل و الطلبات المرتبطة إرتباطاً بشكل لا يقبل التجزئة عن الدعوى الأصلية ، فقد تثار أثناء نظر المحكمة المختصة في النزاع المطروح أمامها مسائل أخرى إبتدائية أو طلبات عارضة لا تختص بالفصل فيها فيما لو طرحت أمامها بشكل مباشر ، ففي الحالة هذه تختص المحكمة بالفصل فيها و إن لم تكن مختصة بها أصلاً ، وذلك لتحقق الظرف الطارئ وهي حالة ارتباط تلك المسائل الابتدائية بالدعوى الأصلية .

أما عن الطلبات العارضة و التي تمتد اليها ولاية المحكمة أيضاً ، فهي طلبات إضافية يتقدم بها طرفي الدعوى و اختصام الغير ، والحقيقة أن ما يبرر امتداد المحاكم للأخذ بحالة الارتباط بالدعوى الأصلية كظرف طارئ هو تطبيقاً لمبدأ " حسن سير العدالة " .

ويظهر الاختصاص الطارئ كذلك في المسائل المتعلقة بالإجراءات التحفظية كالتدابير الوقائية أو الاحترازية ، كطلب تعيين حارس قضائي على المال أو تقدير نفقة مثلاً .

الفرع الثالث : الولاية القضائية

تعتبر الولاية القضائية نتيجة لازمة لفكرة الدولة و السلطة معاً ، لأنها تتعلق بمسألة تطبيق القانون وحق التقاضي الذي من مقتضياته سريان ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية و المعنوية وبصرف النظر عن جنسياتهم ، وهذا ما أكدته المادة ٢٩ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بالنص (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية و المعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص) . وهذا يعني أن ولاية القضاء تضمن الحماية القضائية لكل من يطلبها في قبول دعواه على أي شخص طبيعي كان أم معنوي عام أو خاص بما في ذلك الحكومة لأنها بالتأكيد تعتبر شخص اعتباري عام ، فمهمة القضاء إذن هي

النظـر في مسـألة إنطبـاق القـانون علـى الوقائع محل النزاع(٥٣).

لذلك ، فالولاية القضائية تهيمن على الاختصاص القضائي وترتبط به وجوداً وعـدماً ، فالاختصـاص و إن كـان يمثـل قيداً على الولاية القضائية بمفهومها العام ، من خلال توزيع الوظائف القضائية الى جهـات متعـددة ومختلفـة بحسـب نطـاق اختصاصها في مباشـرة تلـك الوظـائف ، غـير إن تحديـد هـذا الاختصـاص للجهـة القضائية هو الذي يمنحها سلطة النظر في منازعات معينة ، وبالتالي فإن مـرد هـذه السلطة هو الولاية القضائية ، والـتي مـن دونها لا يكون هناك معنى للإختصاص ، فتحديـد اختصـاص المحكمـة للنظـر في منازعات معينة ، يعني منح المحكمة ولاية قضائية خاصة تمكنها مـن النظـر (فقـط) في المنازعات التي تدخل في اختصاصها ، فهي لا تملك ولاية عامة في ذلك .

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق

تتـولى الـدول عـادة مسـألة تحديـد القواعد الخاصة في ميدان القانون الدولي الخاص وتطبق في ذلك قواعدها الوطنيـة بهذا الخصوص الى جانب القواعد الـتي يمكن أن تتضمنها المعاهدات و الإتفاقيات الدولية المنظمة لمسائل التنازع القضائي أو التشـريعي ، وتحديداً مـا يتعلـق بالمسـائل التجاريـة و الماليـة في ظـل الوسـائل الإلكترونية .

فالتعقيدات الكبيرة الـتي تحيط بحقـل المعاملات الإلكترونية تثير المنازعات التي تتصل مباشرة بمسائل التجارة الإلكترونية (كالمنازعـات المتعلقـة بالتسـليم المـادي للبضائع أو تنفيـذ الخـدمات ، أو مسـائل النقد الإلكتروني و البطاقات الائتمائية ، أو بسـلامة الرسـائل الإلكترونيـة ، أو حماية الملكية الفكرية وعقودها ورخصها ، أو العلامـات التجاريـة و المواقـع (السيرفر) على الإنترنت خاصة تلـك الـتي يكـون محـل إقامتهـا أو إدارتهـا مجهولاً) ، ونظراً لطبيعة هذا النظام الذي يتطلـب في الغالـب لقيامـه أطرافـاً تتعـدد جنسـياتهم و تختلـف أمـاكن إقـامتهم ، لذلك فغالباً ما ينشأ النـزاع حـول تحديـد اختصـاص المحكمـة أو القـانون الواجـب التطبيـق ومـدى حجيـة أحكـام المحـاكم الأجنبية وقابليتها للتنفيذ في إقليم الدولة، وهـذا مـا سـنتناوله في ثلاثـة فـروع وكمـا يلي:

الأول في تحديد القانون الواجب التطبيق، والثاني لموانـع تطبيـق القـانون الأجـنبي ، والثالث لتنفيذ الأحكام الأجنبية .

الفـــرع الأول : تحديـــد القـــانون الواجـب التـطبيق

لاشـك أن تحديـد القـانون الواجـب التطبيق في هـذه الحالـة هـو مثار الخلاف بين الأطراف المعاملة الإلكترونية وكما هو معلوم ، أن في كل حالة من أحوال تنـازع القـوانين تمـر العلاقـة القانونيـة بمـرحلتين : الأولى هـي تحديـد القـانون الواجب التطبيق ، والثانية هي تطبيق هذا القـانون علـى العلاقـة موضـوعة النـزاع ذات العنصر الأجنبي ، والـتي غالباً مـا تكون تلك القواعد التي يتحدد بمقتضاها القـانون الواجـب التطبيـق هـي قواعـد وطنية ، فلكل دولة أن تضع لنفسها من القواعد الإجرائية ما يلائمها ، وهـذا مـا يفسـر تنـوع هـذه القواعـد و اختلافهـا بالنسبة للعلاقة الواحدة فيما بين الدول .

وبمـا أن المعـاملات الإلكترونيـة ذات طابع دولي وتشكل نسبة كبيرة من حجم التجـارة الدوليـة ، فقـد أجـاز المشـرع حـديثاً لطـرفي المعاملـة الإلكترونيـة مـن الاتفـاق علـى تطبيـق قـانون دولـة مـا أو قواعد قانونية تضمنتها اتفاقات دولية أو قـرارات قضـائية وذلـك إعمـالاً لمبـدأ سـلطان الإدارة 1'autonomie de 1a vo1ont وفي هـذه الحالـة سـتطبق الجهـة المختصة بنظر النزاع القواعـد الموضـوعية فقـط الموجـودة في قـانون الدولـة أو في القواعد الإتفاقية الدولية أو في القرارات القضـــائية دون القواعـــد الإجرائيـــة الموجودة فيها .

وبالتالي ، فإن المشرع في هـذه الحالـة يخرج عـن القاعـدة العامـة الـتي يتحـدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق وذلك بإسناد الإلتزامات التعاقدية الإلكترونية طبقاً لإرادة أطرافها الى قـانون آخـر غـير القانون الوطني وعلى النحو التالي :

أولاً : قـــانون الإرادة Prinzip der Freiwilligkeit

يتجه فريق من الفقهاء الى تطبيق قانون الإرادة على الإلتزامات التعاقدية في مجال التعامل الإلكتروني وذلـك طبقـاً لطبيعته العقدية المتمثلة في الاتفـاق علـى تعـديل الاختصاص القضائي من ناحية ، والذي لا يمكـن تصـوره إلا لمحكمـة غـير مختصـة أصـلاً بنظـر النـزاع ، ومـن ناحيـة أخـرى طبقاً لطبيعته الإجرائية المتمثلة في تحديد الآثـار المترتبـة علـى الاتفـاق مـن قبـل المحكمة غير المختصة بنظر النزاع ، وذلك لتحديـد (الخضـوع الإرادي) لولايـة القضـاء ، والـذي لا يتصـور معـه اختيـار القضـاء الـوطني ، لأنـه في هـذه الحالـة

سوف لا يسمح لقانون الإرادة بالعمل منفرداً في اختيار المحكمة المختصة .

وبمقتضى هذا الضابط يتمكن أطراف المعاملة الإلكترونية من الاتفاق صراحة أو ضمناً على اختيار القانون المختص contract de choix وذلك ليحكم النزاع في حالة نشوئه بينهم في المستقبل ، أو الناشئ بينهم لمحكمة معينة غير مختصة بذلك النزاع وفقاً للقواعد العامة للاختصاص القضائي[٥٤] ، وكالآتي :

١. الاتفاق السريع

ويعني اختيار الأطراف صراحة للقانون المختص أو تحديد المحكمة المختصة للفصل في منازعاتهم المستقبلية أو حتى اختيار المحكم في حالة الاتفاق على إحالة النزاع الى محكمة تحكيم إلكترونية[٥٥]، وذلك بموجب اتفاق شفهي أو مكتوب يمثل التعبير عن إرادة الأطراف بالإيجاب و القبول من خلال شبكة الإنترنت ، وإن كانت هذه المسألة في الواقع تثير تعقيدات أخرى ، إذ قد يصعب التحقق من جدية هذا التعاقد و إثباته ، خاصة في حالة فقدان الأدلة المادية و التوقيعات الخطية أو بسبب عطل داخل الأجهزة الإلكترونية يؤدي لضياع البيانات المخزونة داخلها أو انتهاء فترة الصلاحية المقررة لتخزينها وصعوبة استرجاعها فيما لو تم تحميل الأجهزة بشكل غير سليم ، أو قد يتم التعبير عن الإرادة في بعض الحالات من خلال وكالات إلكترونية مبرمجة لبث الرسائل و التي قد يشوبها الخطأ في بعض الأحيان ، أو قد يصدر التعبير عن الإرادة من شخص قد لا يملك الأهلية الكاملة لإبرام التصرف القانوني لغياب الأطراف في التعاقد الإلكتروني ، أو يتم تحريف محتوى الرسالة خاصة إذا ما عملنا أن الشبكة معرضة للإختراق من جانب الغير في أي وقت كان ، و بالتالي سيؤدي حتماً الى بطلان هذه الإرادة[٥٦].

٢. الاتفاق الضمني

وهي الصورة الثانية من اختيار الأطراف للمحكمة المختصة أو المحكم ، ومن أبرز عيوب هذا النوع من الاختيار هو صعوبة إثبات تحققه في المجال الإلكتروني و الذي قد يقتصر على الاستنساخ فقط ، وذلك من خلال خضوع المدعى عليه لهذه المحكمة طوعاً للترافع أمامها دون إبداء أي دفع بعدم الاختصاص أو إقامة المدعي الدعوى أمام هذه المحكمة التي قد يكون موقعها موجوداً على الشبكة فقط ، من خلال موقع أو عنوان إلكتروني لا ينتمي لدولة

بعينهـــا (كقـــانون دولـــة القاضـــي الافتراضي) ، وكذا الحال ينطبق على المحكم نفسه .

فضلاً عن ذلك ، فالاختيار سواء اكان صراحة أو ضمناً لا يجيز للمتعاقدين من مخالفة القواعد الأمرة في القانون المختار ، حتى و إن كانت تلك الأحكام لا تتعلق بالنظام العام لقانون القاضي ، بل على العكس من ذلك ، يجوز الاتفاق على تغيير الإختصاص لأحكام القانون الأجـنبي المفسـرة و إن كانـت تلـك الأحكام المماثلة لها في قانون القاضي آمرة ، طالما لا يتعارض مع النظام العام للقانون الوطني ، مع ملاحظة بعض الاعتبارات للنظام العام الدولي و التي يفرضها العرف الساند بين أطراف المعاملات الإلكترونية في مجال التجارة الدولية[٥٧].

و السؤال الذي يتبادر الى الأذهان هو حول مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق ؟ وفيما إذا كانت هذه الحرية مطلقة أم مقيدة ؟ نقول في ذلك ، إن هذه المسألة تتحدد دائماً بالالتزامـات التعاقديـة ذات الطـابع الدولي، أي المتضمنة للعنصر الأجنبي ، والتي يذهب فيها جانب من الفقه الى إعطاء الحرية المطلقة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق[٥٨].

وفي حال عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق ، يتولى القضاء تحديده بالنظر الى قانون الدولة التي يقيم فيها المستهلك (قانون الموطن) ، أو قانون الدولة التي نفذت فيها الخدمة (قانون بلد التنفيذ) ، أو القانون الشخصي للأطراف فيما إذا اشتركا المتعاقدان بالجنسية ، ومهما يكن من أمر ، فالقضاء يقيم غالبية أحكامه على أساس ضابط الإرادة المفترضة ، وسكوت الأطراف عن تحديد القانون المختص ، وتعذر استخلاص رغبة الأطراف الضمنية ، يدفع القضاء الى تطبيق القانون الأنسب و الذي يفترض تحديده من قبل المتعاقدين أنفسهم لفض النزاع[٥٩].

أما عن الإتجاه الفقهي الثاني ، فيرى أن لتطبيق قانون الإرادة شروط معينة يجب مراعاتها ، وهي كالآتي :

أ. جدية الارتباط ما بين العلاقة القانونية و القانون المختار :

بحيث ترتبط بأطراف العلاقة القانونية ذات الطابع الإلكتروني بشكل أو بآخر ، وبناءاً على ذلك ، يكون للمتعاقدين (B2B , B2C) أما اختيار قانون الدولة التي نفذ فيها الجانب الأكبر

من المعاملة الإلكترونية محل النزاع كونه القانون الأكثر إتصالاً بموضوع النزاع ، أو قانون الدولة التي يتوطن فيها المستهلك أو تتوطن فيها شركة الاتصال وبحسب الظروف[٦٠] .

ب . الغش نحو الاختصاص

أي يجب أن يكون الإتفاق سلمياً ولا ينطوي على الغش ، حيث يقع باطلاً كل حكم قضائي يستند الى وقائع بنيت على الغش ، إذ لا يجوز لأي طرف من أطراف النزاع من اختيار محكمة على سبيل المثال وهو يعلم مسبقاً من أنها ستطبق قانوناً آخر من تلقاء نفسها يلبي رغباتهم خلافاً للقانون .

ج. يجب أن يكون النزاع ذا صفة دولية

بحيث لا يدع مجالاً لإعمال سلطة القاضي التقديرية في توافر الصفة الدولية للمنازعة ، خشية تحكم القاضي في هذا التقدير بما يضر ومصلحة الخصوم .

ثانياً قانون الموطن Lex fori

١ . بالنسبة للمستهلك

إن اتجاه المشرع في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنظر الى قانون موطن المستهلك على الأقل في محيط الإتحاد الأوروبي يأتي منسجماً مع الرغبة الشديدة في إعادة ترسيخ مبدأ الموطن وذلك لحماية المستهلك في المعاملات والتجارة الإلكترونية .

وعندما تنجح الدول في تنظيم اختصاصاتها لجميع المسائل المثيرة للنزاع و التوصل لخلق نظام قانوني موحد يضم كافة الحلول للمشاكل القانونية المتعلقة بالتعامل عبر الإنترنت ، ومن ثم المصادقة عليه كقانون داخلي لها ، سيؤدي حتماً الى قطع الطريق أمام أي نزاع قانوني ، خاصة إذا ما كان هذا النظام يستند في الأساس الى مبدأ قانون الموطن لفض هذا النوع من المنازعات ، وخير مثال على ذلك هو ما نجده في نص المادة ٣/١ من قانون الإتحاد الأوربي الموحد للتجارة الإلكترونية لعام ٢٠٠١[٦١]، والتي و إن كانت غير دقيقة أو واضحة في التعبير ، إلا إنها وفي الجزء الثاني من الفقرة أعلاه تشير الى عبارة (acquis communautaire) [٦٢]وهي إشارة كافية للإتفاق على القاعدة القانونية الواجب إتباعها لحل المنازعات القانونية بين دول الإتحاد الأوروبي وهي " قانون الموطن " .

كما إن اعتماد مبدأ قانون الموطن Lex fori في فض منازعات الإنترنت سيجعل من القاعدة القانونية إما معارضة أو

موافقة له . وبطبيعة الحال فإن الجدل لا يثار إلا عند معارضة القاعدة القانونية لتطبيق المبدأ و إثارته لتعقيدات قانونية قد تتصل بالقاعدة القانونية الداخلية عندما لا ترغب الدولة بتبني القواعد الاتفاقية أو الدولية فيها من ناحية ، أو تتصل بحدود تطبيق المبدأ نفسه ، من ناحية أخرى فمبدأ الموطن و إن كان هو المعتبر في هذا النوع من القواعد ، إلا إن اختلاف تطبيقات الإنترنت في حدود المعاملة الإلكترونية الواحدة هو ما يثير تلك التعقيدات القانونية ، كمسائل إرسال البضاعة في العروض عبر الإنترنت (software) وما يحيط بها من مشاكل أخرى تتعلق بالتحميل و الضمان.

وما يثير التساؤل هنا ، هو إذا كانت القاعدة القانونية (لدولة المرسل و المرسل اليه) لا تتعارض مع مبدأ الموطن في فض منازعات العروض عبر الإنترنت ، فما هي أسباب إثارة تلك التعقيدات و المشاكل القانونية إذا لم تتصل أصلاً بالقاعدة القانونية الداخلية ؟

وببساطة يكمن الجواب في حدود قيود التطبيق لمبدأ الموطن ومدى استقلاليته عن مبدأ الربح ! كما لو يطلق المشرع حدود التطبيق في مسائل الدعاية و الإعلان للمستلزمات الطبية مثلاً ، ويفرض القيود على متطلبات إرسالها ، وخير مثال على ذلك هو قضية الصيدلية الإلكترونية الهولندية (Doc Moris) عام ٢٠٠٨ بين (المانيا و هولندا)[٦٣] ، فالمشرع الألماني هنا يفرق ما بين الدعاية و الإعلان للمواد الطبية وما بين المتاجرة بها . لذلك ، فقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة ٤٣ من قانون المستلزمات الطبية الألماني نصوصاً عقابية منعت بموجبها المتاجرة بالمواد الطبية البشرية[٦٤].

فالتحفظ الذي يقيمه المشرع هنا على متطلبات انتقال المستلزمات الطبية البشرية لا يسري في المقابل على الدعاية لها ، والتي تدخل ضمن حدود التطبيق لمبدأ الموطن ، لذا فالمشرع الألماني يطبق مبدأ الموطن وفق اختبارات معقدة فقط في مجال المعاملات الإلكترونية[٦٥].

٢. بالنسبة للشركة

من الواجب إيضاح إن نقطة الإشكال هنا في ضوء قانون الموطن هو محل إقامة الشركة (للخدمات المعلوماتية) . وبالتالي فالتساؤل عن مقر هذه الشركة هو ما يدعونا للتفرقة ما بين نوعين من هذه الشركات ، الشركات الأجنبية ، الشركات الوطنية و الشركات الأجنبية ، فالشركات الوطنية أو الداخلية يكون

قانون محل اقامتها هو الأنسب لها من أي قانون آخر ، أما الشركات الأجنبية فعادة ما يؤخذ بقانون محل اقامتها وهو مركز إدارة أعمالها الرئيس أو في أحيان أخرى يتم الاستناد الى قانون مكان الضريبة المدفوعة من قبلها(٦٦).

أ. شركة الاتصال الوطنية (الداخلية)

كقاعدة عامة يكون قانون محل إقامة الشركة الوطنية هو القانون النافذ في النزاع ، وبذلك يأتي وبشكل تلقائي ومنسجماً مع إرادة المشرع باعتماد مبدأ قانون الموطن ، ومع ذلك تبقى هناك مخاطر تطبيقية أخرى تتمثل فيما إذا كانت الشركة توجه بث ارسالها الى دولة أخرى خارج حدود اقليم الدولة التي تتوطنها . ففي هذه الحالة و استناداً الى مبدأ القانون الأنسب يلجأ الى إعمال مبدأ قانون محل السوق (Marktortprinzip) لإعتماد القاعدة القانونية ، وإن كان قانون الموطن هو القاعدة العامة في حل النزاع القانوني(٦٧).

و الحقيقة إن هذه هي المشكلة الوحيدة التي يوجهها تطبيق مبدأ قانون الموطن ، فبالرغم من ان اعتماد مبدأ قانون محل السوق في المنازعات القانونية لم يعد ساري التطبيق في الوقت الحاضر ، وذلك بسبب التعقيدات التي يمكن أن يثيرها عند التطبيق ، إلا أنه و بالمقارنة مع المساوئ التطبيقية لمبدأ قانون الموطن و يكون من الأنسب في هذه الحالة الأخذ بقانون محل السوق لإعتماد القاعدة القانونية ، وهو غالباً ما يتم من خلال المعاهدات التي تنظمها في حال ظهور أي نزاع قانوني بين الدول الأطراف ، كما في المعاهدة المبرمة ما بين ايطاليا و ألمانيا عام ١٩٦٣ لحماية العلامات و الأسماء التجارية ، حيث طبقت في قضايا عديدة بين الطرفين ومن أهم تلك القضايا هي قضية الموقع الإلكتروني للشركة الإيطالية " بيترا دي سولن هوفن " (pietra di solnhofen)(٦٨) عام ٢٠٠٥ ، حيث استند القاضي الألماني الى قانون محل السوق في النزاع المعروض ، وطبق قانونه الوطني بإعتباره قانون السوق الذي كان الإقليم الألماني محلاً له .

وعلى الرغم من أن المبدأ العام في مثل هذا النوع من المنازعات (المتعلقة بحماية الملكية الفكرية و الصناعية) هو اعتماد قانون الموطن (المادة ١ ، ٢١ من اتفاقية بروكسل المعدلة للإتفاقية الأوروبية الموحدة لعام ٢٠٠١) ، وهو القانون الإيطالي بإعتباره قانون موطن الشركة

موضوع النزاع ، إلا أن الاستثناء الوارد على هذا المبدأ هو أحكام الإتفاق ما بين الطرفين[٦٩].

ب . شركة الاتصال الأجنبية

في الواقع أن المشرع الأوروبي بنظم حقوق شركات الاتصال الأجنبية وفق المادة الثالثة من قواعد التجارة الإلكترونية الأوروبية (E-Commerce) [٧٠] وهو بذلك يضع قواعد النزاع القانون لمسائل الحقوق العينية أولاً ، ومن ثم يحدد موضوع الإقامة ثانياً ، وفي نفس الوقت يؤكد المشرع على نقل الخدمات الإلكترونية بكل حرية طبقاً لقواعد E-Commerce (المادة (٣/٢) التي تؤكد هذه الحرية في حالة اعتماد مبدأ قانون الموطن في القانون الداخلي لدولة الارسال و التي غالباً ما تكون دولة ثالثة[٧١].

كما إن المشرع يحاول أيضاً في المادة الثالثة من E-Commerce من توحيد القواعد الأوروبية و المتمثلة فيها عناصر النزاع القانوني[٧٢] ، فقد تتوقف هذه المادة عن العمل كلياً ، فيما لو حصل النزاع مع شركة اتصال يكون مقرها الرئيس في دولة أوروبية ليست عضواً في الاتحاد و تعتمد مبدأ الموطن أيضا[٧٣] .

لذلك فمحل الإقامة هنا هو محور القواعد التي تستند اليها المحكمة الأوروبية في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامها ، وتعتبر قضية شركة السفن الاسبانية (Factortame Ltd.)[٧٤]

خير مثال على ذلك ، فقد استندت المحكمة في تحديدها لموطن الشركة الى مقر عملها الرئيس ، وذلك طبقاً للمادة ٣٤ EGV [٧٥](سابقاً مادة ٥٢ منه) حيث نصت على (يكون مقر الشركة الذي تمارس فيه عملها الرئيسي هو محل إقامتها وفي حالة تعدد مقرات الشركة يكون موطن المقر الرئيسي هو موطن الشركة)[٧٦].

إلا إن ما يدعو إلى القلق في هذه الحالة ، وفقاً للسوابق القضائية للمحكمة الأوروبية ، تبين أن غالبية شركات الإنترنت تكون مرتبطة في حالة النزاع مع مبدأ قانون الموطن ، فالشركة المتعددة الأفرع في الاتحاد الأوربي على سبيل المثال ، يكون مقر ادارة عملها الرئيس هو موطن هذه الشركات جميعاً ، وعملياً فهذا القلق يكون في محله ، وذلك طبقاً لمبدأ التفريق ما بين الأشخاص المعنوية ذاتية التمويل وما بين الشركات المتعددة الأفرع . فقد تكون الشركة الأم قليلة

الفاعلية أو قد تخفض من أعمال إدارتها في الدولة التي تتوطن فيها ، فيمكن و الحالة هذه من استثناء الشركة الأم من هذا المعيار ، ومن ثم التعامل مع الشركة الفرعية التي حصل فيها النزاع على أساس قانون موطنها وليس قانون موطن الشركة الأم ، أي بالإستناد الى مقر الشركة الفرعية في هذه الحالة[٧٧].

٣. مبدأ قانون الموطن كقاعدة تنازع قانوني

من معلوم أن قواعد القانون الدولي الخاص لا ترغب عادة في خلق قواعد جديدة بهذا الخصوص ، ومع ذلك يبدوا واضحاً أن هناك تكييفاً لتنازع القوانين من خلال مبدأ قانون الموطن[٧٨] . فمبدأ الموطن و إن كان يختص في الحقوق العينية ودعاوى الأحوال الشخصية ، إلا أنه أصبح نافذاً في القانون العام وقانون العقوبات كذلك ، وذلك في ضوء الحرية الواردة في المادة ٢٨ من دستور الاتحاد الأوروبي (EGV) لحركة البضائع و الاتصالات[٧٩].

وعندما يكون قانون الموطن هو المبدأ النافذ في القاعدة القانونية ، سوف لا يسمح بإعمال القواعد العينية فيها[٨٠]. وسوف يمثل القاعدة الأساسية لدولة الإقامة في فض النزاع ، وبالتالي سوف يقيد قواعد القانون الداخلي دون أي تأثير على النظام العام فيها[٨١]، وذلك من خلال التنسيق الكامل ما بين القواعد الاتفاقية وقواعد القانون الداخلي ، كنص المادة ٤/١ من لاتفاقية الأوروبية المعدلة في بروكسل لعام ٢٠٠١ ، والتي تعكس أساس الحرية في الاتفاقية الأوروبية وبموجبها تكون القوانين الداخلية للدول الأعضاء منسجمة معها تماماً فيما يتعلق بتنازع القوانين[٨٢] .

وهذا في الواقع هو ما أشارت اليه الاتفاقية وذلك في ديباجتها بالاستناد الى مبدأ قانون الموطن لفض المنازعات القانونية ، وإن لم تكن صريحة في تلك الإشارة ، إلا أنها اعتمدت مبدأ قانون الموطن وبشكل صريح في المادة الثالثة منها بالنص (عند حصول أي نزاع قانوني ما بين الدول الأعضاء في هذا المجال سيكون خاضعاً لمبدأ قانون الموطن)[٨٣]

وبالتالي ، فهو يسهل بذلك من حل مشكلة النزاع ، باعتبار أن الموطن الأصلي للشركة سيوفر المعلومات بسهولة ومن ثم فهم النزاع بصورة أكثر واقعية من أي مكان آخر .

ومن خلال ما تقدم ، يتبين لنا أنه في مسائل التطبيق القانوني غالباً ما تكون

هناك قاعدة قانونية أخرى تنازعها ، فقد جرت العادة على سبيل المثال ، أن يكون مبـــــدأ قـــــانون الإقلـــــيم " Territorialialitatsprinzip " هو المبدأ الساري في القانون العام ، ومع ذلك نجد أن قانون الموطن خاصة بالنسبة لشركات الاتصال الأجنبية المقيمة عادة في الدولة ، قـد أمسـك بمسـائل عديـدة منهـا تلـك المتعلقـة بالسـوق ورأس المـال والكارتـل وكـذلك المتعلقـة بـالرهن و ألعـاب الحـظ باعتبارهـا مـن الحقـوق العينيـة ، في حـين تخضع مسائل أخرى تتعلق بنفس الشركة الى القانون الإقليمي ، كالمزايدات العلنية أو الألعاب المربحة ربحاً طائلاً (كاللوتو و التوتـــو) وكازينوهـــات القمـــار الإلكترونية[٨٤].

أما في مجال قانون العقوبات ، فالقانون النافذ أساساً هو قانون الدولة الداخلي ، ويمكن القول أنه لا توجد هناك أية قواعد عقابيـة دوليـة خاصـة في دسـتور الإتحـاد الأوروبـي إذ جـاء خاليـاً إلا مـن بعـض التعليمـات المتفـق عليهـا بشـأن تسـليم المجرمين .

و الحقيقة إن هناك تعارض واضح جداً مـا بـين قواعـد التجـارة الأوربيـة E-Commerce ودستور الاتحاد الأوروبي ، إذ لا يوجـد قـانون أوروبـي موحـد للعقوبـات ، فـالمواد (٥٧ - ٦٦ EGV 100a)[٨٥] جاءت معارضة تماماً في مجال الإنترنت لما نصت عليه قواعد التجارة الأوربية E-Commerce إذ جاءت المادة (V.IV 3)[٨٦] محددة فقط لمسائل حماية النظام العام و الأمن العام نظرياً ، أما عملياً فهي تترك المجال مفتوحاً لقانون العقوبـــات لإعمـــال اختصاصـــه الإقليمي[٨٧] .

وفي القانون المدني حيث الميدان الأكبر لتطبيـق مبـدأ المـوطن ، خاصـة في مجـال الديون ، يعتبر المبدأ هو الأمثل للتطبيق و أفضل وسيلة لحل الخلافات ، حيث إن غالبيـة الـدول الأعضـاء قـد عـدلت مـن فقرات نصوصها القانونية لتتماشى مع الدستور الأوروبي الموحد ، كذلك الحال بالنسبة للعقـود الإلكترونيـة الـتي يبرمهـا المستهلك ، وكل ما ينشأ عنها من خلاف سـواء كـان ذلـك بسـبب الإذعـان أو الشروط التعسفية التي قد تتعلق بتكوين العقد من إعلام مسبق للمستهلك ، أو احترام خصوصيته ، أو ما يتعلق بالدفع و التوقيـع الإلكترونـي ، أو الخلافـات الناشئة أثناء التعاقد (الحماية الجزائية للمستهلك) ، أو تلـك الـتي تقـع عنـد تنفيـذ العقـد كالمسـائل المتعلقـة بضـمان العيـوب الخفيـة ، وضـمان التعـرض و

الاستحقاق ، فضلاً عن الإعلام اللاحق و التسليم ، وكذلك حق المستهلك في العدول عن البيع(٨٨) .

أما عن عقود العمل ، فالحقيقة أن موقف قانون العمل غير واضح من مبدأ الموطن ، بل يذهب الفقه و القضاء الى الأخذ بقانون دولة التنفيذ بهذا الخصوص ، إلا في حالات معينة كالعقود المتعلقة بمجال الاتصالات وما يتصل بها من حماية لحقوق العمال وغيرها كتلك التي تخضع لمبدأ الموطن(٨٩).

٣. قانون دولة التنفيذ
Erfullungsort

إن الأخذ بهذا المبدأ كقاعدة إسناد بشأن عقود العمل قد يثير التساؤل خاصة فيما يتعلق بالعقود التي يجري تنفيذها في أكثر من دولة ، لذلك يفرق الفقهاء هنا بين حالتين من عقود العمل : الحالة الأولى ، وهي العقود التي يجري تنفيذها بشكل مباشر أو كلي في اقليم الدولة بينما تنفذ بشكل جزئي أو مؤقت في أقاليم أخرى من الدول ، فيخضع العقد في هذه الحالة الى قانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العمل الرئيس(٩٠).

أما الحالة الثانية ، فهي العقود التي تنفذ في أقاليم مختلفة من الدول و يصعب فيها تحديد الصفة الأساسية للتنفيذ في إقليم دولة معينة ، كالعقود المبرمة مع الوكلاء التجاريين الذين يمثلون مؤسسات تجارية تمارس نشاطها في أكثر من دولة ، فتخضع في هذه الحالة لقانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العقد شرط أن يكون التنفيذ كاملاً ، أو على الأقل يجري تنفيذ الجزء الأساسي من العقد فيها(٩١) .

فضلاً عن ذلك ، فإن عقد العمل وفي كلا الحالتين سيرتب نفس النتائج فيما يتعلق بدعاوى المسؤولية الناشئة عن إصابات العمل (في الدولة التي تأخذ بضمان التأمينات الاجتماعية) أو عن إنهاء العقود .

- المسؤولية عن إصابات العمل

في الحقيقة لابد من الإشارة الى أن دعاوى التعويض عن إصابات العمل هي ليست من قبيل دعاوى المسؤولية التقصيرية التي تخضع لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للمسؤولية ، والتي تقوم أساساً على فكرة الخطأ ، والأمر يختلف كلياً هنا ، فالمسؤولية المترتبة عن إصابات العمل و أمراض المهنة هي مسؤولية عقدية و إن يترتب وقوع الخطأ من جانب صاحب العمل فيها ، بل و إن كان الخطأ

هو من جانب العامل المصاب نفسه ما لم يكن متعمداً[٩٢].

لذلك خرجت قواعد المسؤولية هنا (الخاصة بمسائل التعويض) عن المبادئ العامة في المسؤولية التقصيرية ، فليس من الضروري أن يغطي التعويض كامل الضرر للعامل المصاب ، بل يكفي أن يكون التعويض جزافياً من قبل صاحب العمل و الذي يتحدد عادة على أساس أجر العامل وبنسبة معينة منه .

كما أن القواعد في هذا النوع من المسؤولية بشكل عام تخضع الى قانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ عقد العمل ، وإن كانت بعض التشريعات تسندها الى قانون محل وقوع الفعل المنشئ للمسؤولية ، باعتبار أن أساس المسؤولية هنا يقوم على فكرة المخاطر وليس العقد ، وبالتالي فهي تفرض على صاحب العمل إلتزاماً بالتعويض لتحمله تبعة المسؤولية ، وهي تقترب بذلك من قواعد المسؤولية التقصيرية من حيث القانون الواجب التطبيق في حالة التنازع [٩٣] .

أما بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام التأمينات الاجتماعية ، فتكون مسائل التعويض فيها عن إصابات العمل محكومة بقواعد خاصة بالتعويضات وهي خاضعة للقانون العام ، وبالتالي فإن مسائل التعويض عن إصابات العمل سوف تخرج من دائرة التنازع القانوني ، باعتبار أن قانون التأمينات الاجتماعية هو القانون الذي سيحكم كافة الإصابات و حوادث العمل ، وهو بدوره يخضع إلى للقانون العام الوطني لدولة القاضي ، ومن ثم يمتنع على القضاء الوطني من تطبيق قواعد عامة أجنبية في دعاوى التعويض عن اصابات العمل التي يحكمها قانون أجنبي ويتبع نظام التأمينات الاجتماعية أيضاً ، وذلك استناداً لمبدأ إقليمية القانون العام[٩٤] .

وتطبيقاً لهذا المبدأ ، فإذا تبين للقاضي أن دعوى المسؤولية عن حوادث العمل لا تخضع لقانون دولته تعين عليه استناد النزاع الى القانون المختص ، وهو قانون الدولة التي ينفذ فيها العمل فيما إذا كان يأخذ بنظام التأمينات الاجتماعية استناداً لمبدأ إقليمية القانون ، وبذلك يرتبط الاختصاص التشريعي بالاختصاص القضائي فيما يتعلق بالمسؤولية من هذا النوع .

أما إذا كان قانون دولة التنفيذ لا يأخذ بنظام التأمينات الاجتماعية أو كان عقد العمل للأجنبي (خاصاً) ، فلا وجه للرجوع الى قانون التأمينات الاجتماعية التي ينتمي اليها العامل المصاب بالجنسية

، ويكون القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع ، وذلك لانقطاع رابطة السببية ما بين القانون العام و الدعوى محل المسؤولية .

الفرع الثاني : موانع تطبيق القانون الأجنبي

بعد ان يتحدد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لحكم النزاع وفقاً لقواعد الإسناد في قانون دولة القاضي فقد يمتنع القاضي عن تطبيق هذا القانون لوجود مانع يحول دون ذلك ، كما إن هذا المانع قد يتمثل بمخالفة النظام العام لقانون دولة القاضي ، او إذا كان اختصاص القانون الأجنبي مختلفاً بسبب التحايل على القانون الوطني للتخلص من أحكامه ، أو إذا كان في تطبيق القانون الأجنبي إضرار بالمصلحة الوطنية.

فموانع تطبيق القانون الأجنبي إذا هي : النظام العام و الغش نحو القانون و المصلحة الوطنية .

فما هي هذه الموانع وما هي علاقتها بموضوع البحث ؟ هذا ما سنوجزه فيما يلي :

أولاً : النظام العام Offentliche Ordnung

في حالة ما إذا القانون الأجنبي الذي تحدد اختصاصه مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي فإنه يمتنع عليه من تطبيقه ، كما إن مسألة تقدير هذه المخالفة هي اختصاص القاضي الوطني الذي يستند فيها الى فكرة النظام العام المعروفة في دولته لكي يقرر فيما إذا كان القانون الأجنبي الواجب تطبيقه معارضاً للنظام العام أم لا ، ومع ذلك فإن سلطة القاضي التقديرية ليست مطلقة في ذلك و إنما مقيدة برقابة المحاكم العليا في الدولة ، فالمشرع في كل دولة حين يسمح بتطبيق أحكام قانون أجنبي في نطاق القانون الدولي الخاص إنما يقوم بذلك مراعاة لإعتبارات قانونية معينة كالملاءمة ونفاذ الأحكام وغيرها ، ولكن هذه الاعتبارات لا يمكن الاعتداد بها فيما إذا كان القانون الأجنبي مخالفاً للمصالح العليا للدولة و التي يعبر عنها بالنظام العام .

و النظام العام كما يعرفه المشرع الألماني في المادة ٣٠ من القانون المدني بأنه (القواعد التي تتصل بأساس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للبلد وبمفهومها في وقت معين ، وهي

قواعد آمرة ويكون في مخالفتها انتهاكاً وتهديداً للنظام العام) .(٩٥)

أما المشرع العراقي فقد ترك مسألة مخالفة أحكام القانون الأجنبي للنظام العام أو الآداب في العراق الى السلطة التقديرية للقاضي المرفوع أمامه النزاع ، كما جاء ذلك في المواد (٣٢ ، ١٣٠ ، ١٣٢) من القانون المدني العراقي رقم ٠ لسنة ١٩٥٠ المعدل .

كما إن فكرة النظام العام هي ذات مفهوم مرن ومتغير باختلاف الزمان و المكان ، فما هو مخالف للنظام العام في بلد ما أو في وقت معين قد لا يعد كذلك في بلد آخر ، أو حتى في نفس البلد ولكن في فترة زمنية أخرى(٩٦).

كذلك الحال بالنسبة للأثر المترتب على استبعاد القانون الأجنبي ، فهو احلال قانون المحكمة المختصة اختصاصاً قضائياً دولياً محله ، فضلاً عن ذلك فالاستبعاد هنا قد لايكون كلياً إذ تستبعد الأحكام المخالفة للنظام العام فقط ، في حين تبقى الأحكام الأخرى سارية المفعول كما في حالة الحقوق المكتسبة في خارج دولة القاضي ، كإستبعاد الفائدة الربوية من المبالغ التعويضية المقررة للعامل المصاب في الخارج ، فقد تعد الفائدة مخالفة للنظام العام في العديد من الدول الإسلامية إذا ما أريد تطبيق الحكم بالتعويض فيها .

ثانياً : الغش نحو القانون Fraude a1a 1oi

من المعلوم إن لكل قاعدة اسناد ظروف معينة ترتكز عليها في تحديد العلاقة القانونية الإغلواجبة التطبيق . وهذه الظروف بطبيعة الحال تكون قابلة للتغيير وفقاً لإرادة الأفراد . الذين قد يلجأون الى تغيير هذه الظروف لمجرد التواصل الى تطبيق قانون آخر و التهرب بذلك من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً . فأذا كانت النصوص الآمرة الخاصة بإنشاء شركة لا تمنح أطراف العقد تلك التسهيلات المرغوبة على سبيل المثال ، فقد يعمد اطراف العقد الى تغيير موطنهم و إختيار آخر غيره يتحقق في قانونه شكل العقد الذي يطمحون إليه، تمشياً مع القاعدة التي تقضي بخضوع العقد من الناحية الشكلية لقانون بلد إبرامه . وقد يذهب الأطراف أيضاً الى إخضاع هذا العقد للشركة الى قانون آخر للتخلص بموجبه من تلك الشروط الموضوعية في القانون المختص .

والحقيقة، إن هذه المشكلة كثيراً ما تواجهها الدول التي تعتمد مبدأ الموطن

كضابط للإسناد فيها، والذي يتيح الأفراد الإفلات من أحكام القانون المختص و الخضوع لقانون آخر يحقق لهم رغباتهم بمجرد تغيير الموطن . عليه، نجد أن حالات الغش نحو القانون قد تتزايد في هذا الفرض نظراً لسهولة التغيير الإرادي للموطن اكثر منه بالنسبة لضابط الجنسية . لذا فقد ذهب البعض الى تفضيل الضابط الأخير على ضابط الموطن بالنسبة لقواعد الاسناد التي تتعلق بالأشخاص .

وكنتيجة للأخذ بنظرية الغش نحو القانون سيؤدي الى إبطال الاختصاص القانوني المترتب على الغش مع بقاء اختصاص قانون القاضي (المتحايل عليه) .

ثالثاً : المصلحة الوطنية
1'inte'ret national

المصلحة الوطنية هي أحد موانع تطبيق القانون الأجنبي ـ في مجال بحثنا هذا هذا ـ الخاصة باحكام المعاملات الألكترونية ، وأساس فكرة المصلحة الوطنية هي في أن لايضار الوطني من تطبيق القوانين الأجنبية أو تأمين سير المعاملات المدنية في الدولة ، أي فيما إذا كان الأخذ بأحكام القانون الأجنبي سيرتب الضرر بالمصلحة الوطنية .

وقد أخذ المشرع العراقي بفكرة المصلحة الوطنية وذلك فيما يتعلق بالتعامل التجاري الذي يسري أيضاً على تلك المعاملات التي تعقد إلكترونياً ، ففي الفقرة الثالثة من المادة ٤٢٤ من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ تنص على (إذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الأهلية فان التزامه بمقتضى السفتجة يبقى صحيحاً إذا ما ,وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية)[٩٧]

وهذا يعني أن الشخص الأجنبي إذا ما كان بالغاً سن الثامنة عشرة من عمره ووضع توقيعه على السفتجة في العراق فإن التزامه هذا يعتبر صحيحاً حتى لو كان قانون دولته يعتبره ناقص الأهلية[٩٨].

والى هذا المعنى يذهب المشرع الألماني أيضاً ،والذي يأخذ بالمصلحة الوطنية كمانع لتطبيق القانون الأجنبي في الأحكام الخاصة ببعض أنواع الجرائم التي تدخل في دائرة التعامل الإلكتروني كما في (الجرائم الماسة بكرامة الإنسان كالقذف والتحريض على الكراهية والتمييز العنصري ، أو جرائم أخرى

عليه قصر بأداء ما حكم عليه للمحكوم له به ، كما أنه يعتبر من موضوعات القانون الدولي الخاص لتعلقها بالعنصر الأجنبي بسبب صدور الحكم من قضاء دولة وطلب تنفيذه في دولة أخرى[١٠٤].

و إن كانت الدولة في العادة غير ملزمة بقبول التنفيذ ما لم توجد هناك معاهدة أو اتفاقية دولية تقضي بالتنفيذ ، كإتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بتنفيذ الأحكام المتعلقة بقرارات التحكيم الدولية[١٠٥] ، واتفاقية لوكانو الأوروبية لعام ٢٠٠٠ الخاصة بتنفيذ الأحكام الصادرة في المواد المدنية و التجارية لدول الإتحاد الأوروبي[١٠٦].

ولتنفيذ الأحكام الأجنبية بشكل عام شروط معينة لابد من مراعاتها وهي كالآتي :

١. أن يكون الحكم الأجنبي قد اكتسب الدرجة القطعية بحسب قانون المحكمة التي أصدرته .
٢. عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام للدولة المطلوب تنفيذه فيها .
٣. أن يكون الحكم صادراً من محكمة مختصة بحسب قانون الدولة المطلوب تنفيذه فيها .
٤. أن تكون الإجراءات المتبعة في اصدار الحكم الأجنبي سليمة و أصولية .
٥. التبادل أو المعاملة بالمثل ، و القائمة على أساس تشريعي أو اتفاقي ، وهذا ما نصت عليه المادة ١١ من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨[١٠٦].

الخاتمة

في ضوء ما تم بحثه في هذه الدراسة، فقد تبين أن المعاملات الالكترونية عبارة عن انشطة و اعمال خاصة بتبادل البيانات و المعلومات و ابرام العقود المختلفة من خلال صيغ الالكترونية عبر الإنترنت وتشكل كذلك نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية . وهي ذات طابع تقني دولي سريع التطور تقتضي وجود الية الكترونية خاصة من اجهزة و انظمة و شبكات دولية ووسائط ربط مختلفة . إذ لا يتصور معه وجود معاملات الكترونية من دون تلك الآليات وللمعاملات الالكترونية مزايا عديدة منها السرعة و السهولة في انجاز المعاملات و بتكاليف زهيدة جداً اذا ما قورنت بالطرق التقليدية . وهي بطبعية الحال لا تخلوا من

المشاكل و العيوب التي تعترضها والمتمثلة بسهولة الاختراق و القرصنة بالخصوصية و البيانات المعلوماتية التي تؤدي غالباً الى إثارة المنازعات القانونية بين اطرافها .

أما فيما يتعلق بالتبعات القانونية المترتبة على هذا النوع من المنازعات ، فتحددها ضوابط إختصاص معينة (قضائية وتشريعية) تتعلق بطبيعة النزاع و نوع العلاقة القانونية ، وذلك طبقاً لإعتبارات خاصة بالسيادة و العدالة والنظام العام في الدولة ، والتي تقضي بعد تحديدها للقانون الواجب التطبيق ، إما الأخذ بالقانون الأجنبي بإعتباره القانون الأصلح لطبيعة النزاع ، أو بأستبعاده من التطبيق لوجود مانع يتمثل بمخالفته لقواعد النظام العام في دولة القاضي ، أو لثبوت الغش و التحايل في إسناد القاعدة القانونية للعلاقة موضوعة النزاع ، أو لأسباب أخرى قد تتصل بالمصلحة الوطنية

أما عن تحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات المعاملات الإلكترونية ، فالفقه الدولي يذهب في ذلك الى ثلاث إتجاهات : إتجاه أول يأخذ "بمبدأ سلطان الإدارة " ويسمح لأطراف العلاقة القانونية بإختيار القانون الذي سيحكم مشاكلهم المستقبلية ، وإتجاه ثاني يأخذ " بقانون دولة التنفيذ " التي يجري فيها تنفيذ العمل أو الجزء الرئيسي للعقد ، أما عن الاتجاه الثالث و الأخير ، فهو الذي يعتمد " بمبدأ فانون الموطن " وهو الاتجاه المعول عليه بإعتباره المبدأ المناسب لحل كافة المنازعات القانونية المتعلقة بدائرة المعاملات الإلكترونية . وبالنسبة لشركات الإتصال الداخلية فبإمكانها الخيار مابين اللجوء الى قانون الموطن أو إعتماد القانون الأنسب أو الأصلح لطبيعة النزاع . أما عن الشركات الأجنبية ، فبأمكانها الأخذ بقانون دولة الإرسال بالإحالة كقانون دولة ثالثة . فضلاً عن قانون الموطن الذي يعتبر المبدأ الأمثل لحل جميع المنازعات بشكل عام وبشكل خاص منازعات الحقوق العينية ، وبهذا الصدد يمكن إجمال الملاحظات التالية :

١ـ إن طبيعة المعاملات الإلكترونية تختلف كلياً عن المعاملات التقليدية ، من حيث إنها تتم عن بعد بين غائبين في المكان و حاضرين في الزمان ، وبالتالي لها خصوصية مختلفة في المعايير العامة للإختصاص القضائي المطبقة عليها .

٢ـ إن المعاملات الإلكترونية أنشأت عالماً إفتراضياً جديداً من خلال شبكة الإنترنت ، وهي بذلك قد تجاوزت الحدود التي

كانت تفصل مابين الدول وأحكامها القضائية .

٣ـ إن مشكلة التنازع القانوني في المعاملات الإلكترونية تكمن في الغالب بين أطراف تختلف جنسياتهم وأماكن إقامتهم وقد تتعلق بموقع مجهول المصدر أو (السيرفر) الخاص به ، مما يثير التعقيدات في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق .

٤ـ إن الضوابط والمعايير التقليدية سواء كانت الشخصية منها أو الموضوعية للإختصاص القانون القضائي في المعاملات التقليدية أصبحت عاجزة عن فض المنازعات القانونية للإختصاص القضائي في المعاملات الإلكترونية ، لإختلاف طبيعة وسط عمل كل منهما

٥ـ إن غالبية شركات الإنترنت تكون مرتبطة في حالة النزاع مع مبدأ فانون الموطن . لذلك نجد أن المشروع الأوروبي يعتمد مبدأ الموطن في فض المنازعات القانونية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية ، بأعتبار أن موطن الشركة المعلوماتية سيوفر المعلومات بسهولة ومن ثم فهم النزاع بصورة أكثر واقعية من أي مكان أخر .

وإزاء ما ماذكر يجب السعي نحو :

١ـ التنظيم القانوني الخاص بالمعاملات الإلكترونية لضبط معايير الإختصاص القضائي في هذه المعاملات لأهميتها وإتساع مجالها وفعاليتها.

٢ـ التشريعات الموحدة ذات الطابع الإقليمي و الدولي والخاصة بقضايا الإثبات و المعاملات الإلكترونية و تعديل القانون الداخلي بما يتوافق مع تلك التشريعات ، سوف تحد من تلك المشاكل الإجرائية و القانونية التي تثير التنازع بسبب التباين في قوانين الدول الداخلية .

٣ـ الأخذ بفكرة المصلحة الوطنية سيعزز من مسألة حماية المستهلك من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، سيساعد في تحديد القانون الواجب التطبيق بإختيار قانون القاضي ، وتعتبر قضية " شركة كومبيو سيرف " للإنترنت خير مثال على الأخذ بهذه الفكرة لحماية سلامة الأطفال والأحداث من تسويق المواد الإباحية ، فأستبعد القاضي الألماني بذلك اقانون الإمريكي من التطبيق ، إستناداً للمصلحة الوطنية وطبق قانونه الوطني على الشركة المذكورة وفقاً للمواد (٢٩، ٢٩/أ ،٣٤) من القانون الدولي الخاص الألماني .

وبهذا نكون قد وصلنا الى نهاية هذا البحث والله الموفق

قائمة المصادر والمراجع

١ـ العربية

١ـ إبراهيم ، أبو الهيجاء محمد: التحكيم بواسطة الإنترنت ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٢.

٢ـ د. إبراهيم ،خالد ممدوح: إبرام العقد الألكتروني ، ط١، الدار الفكر الجامعي ، القاهرة ، ٢٠٠٦.

٣ـ د. أبو هيف ، عبد الحميد: القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر ، ط٢ ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٩٢٧.

٤ـ د الأهواني ، حسام الدين كامل: الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحساب الآلي ، كلية الحقوق/ جامعة الكويت ، ط١ ، ١٩٩٤.

٥ـ د. الجهنمي منير وممدوح : البنوك الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ،

٦. د. الحلبي ، محمد السالم عياد : شرح قانون العقوبات ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ .

٧. الزهراء ، ناجي : التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الالكترونية المدنية و التجارية ، أكاديمية الدراسات العليا ، طرابلس ، ٢٠٠٩ .

٨. د. العيد ، حداد : الحماية المدنيةو الجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت . أكاديمية الدراسات العليا ، طرابلس ، ٢٠٠٩ .

٩. د. الغافري ، حسين بن سعيد : الحماية القانونية للخصوصية المعلوماتية في ظل مشروع قانون المعاملات الالكترونية ، بحث مقدم لمؤتمر أمن المعلومات و الخصوصية في ظل الانترنت ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

١٠. د. الفضل ، منذر / د. الفتلاوي ، صاحب عبيد : العقود المسماة ، ط٢ ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦ .

١١. د. الهداوي ، حسن / د. الداودي ، غالب علي : القانون الدولي الخاص (القسم الثاني ، مطبعة وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ، ط١ ، بغداد ، ١٩٨٨ .

١٢. د. المقاطع ، محمد عبد المحسن : نحو صياغة جديدة لمفهوم الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة تهديدات الكمبيوتر ، كلية الحقوق / جامعة الكويت ، ط١، ١٩٩٤.

١٣. د. المنزلاوي : صالح : الاختصاص القضائي ـ بالمنازعات الخاصة و الاعتراف و التنفيذ الدولي للأحكام

الأجنبية ، دار الجامعة الجديدة ، (بدون سنة طبع) .
- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (بدون سنة طبع) .

١٤. د.النداوي ، آدم وهيب: المرافعات المدنية ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦.
١٥. د. بيومي ، عبد الفتاح: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية ، (بدون سنة طبع)
- حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت ، ط١، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، ٢٠٠٤.
- التجارة الإلكترونية و حمايتها القانونية ، الكتاب الأول ،ط١، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، ٢٠٠٤.
- نظام التجارة الإلكترونية و حمايتها المدنية ، الكتاب الثاني ، ط١، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، ٢٠٠٤.

١٦. د. جمعي ، حسن عبد الباسط: أثر عدم التكافؤ بين التعاقدين على شروط التعاقد ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١.
١٧. د. حامد ، هدى: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١.
١٨. د. حسن ، طرح البحور علي ، عقود المستهلكين بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني ، ط ١، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
١٩. د.حوته ،هشيمة محمود ، عقود خدمات المعلومات ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٥ .
٢٠. د. خليل البحر ، ممدوح: حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦.
٢١. د. رمضان ، مدحت: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، ط١، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠٠١.
٢٢. زريفات ، عمر: عقد البيع عبر الإنترنت: عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، ط١، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠٠٧.
٢٣. سامية ، يتوجي: التحكيم الإلكتروني ، رسالة ماجستير، كلية القانون / جامعة محمد خيضر، سكرة ، ٢٠٠٩.
٢٤. د. صادق ، هشام علي: تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادى العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري) ، ط٢، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ١٩٧٢.
- الوجيز في تنازع القوانين ، الفنية للطباعة والنشر ، الأسكندرية ، ١٩٧٢.

٢٥. عبد الأمير ، حسام باقر: بطاقات الأئتمان ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، ١٩٩٩.

٢٦. د. عبد الحميد ، نسرين: الجانب الإلكتروني للقانون التجاري ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ٢٠٠٧.

٢٧. د. عبد الواحد ، سابح: التعاقد عبر الإنترنت ، ط١، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.

٢٨. عبيدات ، لورنس محمد: إثبات المحرر الإلكتروني ، مطبعة دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥.

٢٩. د. عمر ،غسان: التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك ، بحث مقدم لجامعة النجاح الوطنية ، ٢٠٠٧.

٣٠. د. قايد ، أسامة: الحماية الجنائية للحياة الخاصة و بنوك المعلومات ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤.

٣١. د. مجاهد ، أسامة أبو الحسن: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.

٣٢. د. منصور ، محمد حسين: المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، ٢٠٠٧.

II ـ الأجنبية

1- Arndt, Hans-Wolfgang/Köhler, Markus: Elektronischer Handel nach Europäischen Union und der USA, 1. Aufl., Mohr Siebeck Verl., Tübigen, 1999.

9- Bräutigam, Tobias: Der CompuServe-Fall: Europarechtliche und völkerrechtliche Überlegungen, Albert-Ludwigs Universität, Freiburg, 2000.

10- Brenn, Christoph: Der elektronische Geschäftsverkehr, ÖJZ (Österreichische Juristen-Zeitung), 1999, p. 441-448.

11- Brisch, Klaus: EU-Rechtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr, CR 1999, 235-244.

12- Gerlach, Martin: Der freie Verkehr von Waren und Dienstleistungen im E- Commerce, Tectum Verl., Marburg, 2006.

13- Gutman, Daniel: Österreichisches, Deutsches und Europäsches Urheberecht im Internet; Missbrauch, technische Schutzmöglichkeiten und rechtliche Flankierungen, Dessertation, (NWV/BWV/Wien/Berlin), 2003.

14- Hoeren, Thomas: Beweiswert digitaler Dokumente –eine EU-Perspektive, 2005.

15- Kaboth, Daniel: Das Schlichtungs- und Schiedsverfahren der Weltorganisation fur geistiges Eigentum (WIPO), Frankfurt am Main, 2000.

der E-Commerce-Richtlinie, EWS (Europäsches Wirtschafts- und Steuerrecht Zeitschrift), Frankfurt a.M., 2001.

2- Basedow, Jürgen: Der Kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäschen Binnenmarkt – favor offerents, in: RabelsZ, Nr. 48, 1995, p.1-55.

3- BapÖD: Stellungnahme zur Erteilung einer Betriebserlaubnis für Doc Morris-Apotheke, in: Dr. Gerd Mattern, Pharmazie Im Öffentlichen Dienst (Offizielles Mitteilungsblatt des BApÖD), Ausg. 1, Berlin, 2007, 20-22.

4- Baum, Stefan: Der elektronische Vertragsabschloß; Basler Verl., Basel, 2001.

5- Berger, Klaus P.: Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht, 6. Band, Köln, 2006.

7- Bisges, Marcel: Urheberechtliche Aspekte des elektronischen Dokumentenmanagemnts, 1.Aufl., Baden-Baden (Nomos), 2009.

8- Bodwig, Theo: Der Rückruf fehlerhafter Produkte: Eine Untersuchung der Rückrufpflichten und Rückrufansprüche nach dem Recht Deutschlands, der

Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH, WuW (Wirtschaft und Wettbewerb), Heft 4, 2001, p. 357.
25- Schlaffge, Andrea: Wettbewerbsrechtliche Probleme des Direktmarketing im deutschen und europäischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der E-Mail-Werbung, Düsseldorf, 2002.
26- Schnur, Roman (Hrsg.): Staatsräson, Studien zur Geschichte eines politschen Begriffs, Berlin, 1975.
27- Sieber, Ulrich: Verantwortlichkeit im Internet, München, 1999.
28- Solovyeva, Olga: Der Abschluss des deutsch-russischen Verbrauchsgüterkaufvertrag im Internet, Uni. Leipzig, 2002.
29- Sonnenberg, Hans Jürgen: Das Internationale Privatrecht im drittenJahrtausend – Rückblick und Ausblick, in: Die Zeitschrift für vergleichendeRechtswissenschaft (ZVglRWiss), Nr. 100, 2001, p. 107-136.
30- Spindler, Gerald: Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht – Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung?; Die Folgen der Rechtlinien im elektronischen Geschäftsverkehr für das Kollisionsrecht, RabelsZ, Bd. 66, Göttingen, 2002, p. 633-709.
31- Staudinger, v. Julius/Hoffmann, v. Bernd: Internationales Privatrecht (EGBGB), 2001.
16- Katz, Alfred: Staatsrecht; Grundkurs im öffentlichen Recht, 15. Aufl., Müller Verl., Heidelberg, 2002.
17- Kropholler, Jan: Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel. 8. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2005.
18- Ksper, Christoph: Die privatrechtliche Haftung des Host-Providers für fremde Inhalte und Dilkte, Graz, 2008.
19- Lackner Karl/Kühl, Kristian: StGB (Strafgesetzbuch Kommentar), 27. Aufl., Beck Verl., München, 2010.
20- Manevy, Isabelle: Online dispute resolution: what future?, 2001.
21- Mankowiski, Peter: Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der E-Commerce Richtlinie, EWS, 2002, p. 401-410.
22- Offermann, Klaus: Private International Law –Elecrtonic Commerce – Country of Destintion Principle, Legal Affairs Series, 2003.
23- Plandt, Otto/Bassenge, Petre/Diederichtsen,Uwe/Ellenberger, Jürgen/Grüneberg, Christian/Thorn, Karsten/Weidlich, Dietmar: Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl., C.H.Beck, München, 2011.
24- Riesenkampff, Alexander: Haftung der Muttergesellschaft für kartelwidriges Verhalten der Tochtergesellschaft, Fachverl. der

32- Wettich, Carsten: Internationals Handelsrecht; Die EG-E-Commerce Richtlinie, 2002

III- القرارات القضائية .

1- BGH: Urteil vom 05.10.2006- lZR 229/03. (deutsche Bundesgerichtshof)
2- EuGH: Rs. C-322/01, C-171/07 and C-172/07- Doc Morris. (Europäsche Gerichtshof) - EuGH: 25.7.1991, Rs. C-221/89 (The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. Et al.), Slg. 1991, I-3065 (I-3056 Rz.20).
3- Kostenlose Urteile: OVG Saarlouis erlaubt Kapitalgesellschaft denBetrieb einer Apotheke, 2010.
4- LG Berlin: 07.11.2000, CR-2001. (Landesgericht Berlin)
5- LG Frankfurt a.M.: 09.11.2000, CR-2001. (Landesgericht Frankfurt amMain)
6- LG München: I, 17.11.1999 - 20 Ns 465 Js 173158/95. (LandesgerichtMünchen)
7- OLG Frankfurt: Urt. v. 31.05.2001, 6 U 240/00. (OberlandesgerichtFranklfurt)

IV- الاتفاقات الدولية

1- EG-Vertrag vom 24:Dez. 2002: (Vertrag zur Gründung der Europäische Gemeinschaft
2- Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr" - "e- commerce Richtlinie")

الملحق الخاص
بالمواد ٥٧ ـ ٦٦ ، ١٠٠a
من بنود الاتفاقية الأوروبية المعدلة لعام ٢٠٠٥

المادة ٥٧ :

(١) إن المادة ٥٦ لا تؤثر على تطبيق أي قيود على دول العالم الثالث إعتباراً من ٣١ ديسمبر ١٩٩٣ بموجب التشريع الوطني أو الجماعة الأوروبية على تحركات رأس المال أو من بلدان ثالثة تشمل الاستثمار المباشر في العقارات ، مع إنشاء وتوفير الخدمات المالية أو قبول الأوراق المالية الى أسواق رأس المال ، بالنسبة لبلغاريا و أستونيا و المجر القيود القائمة في إطار القانون الوطني ، وهو التاريخ ذات الصلة ٣١ ديسمبر ١٩٩٩ .

(٢) مع عدم الاخلال في فصول أخرى من هذه المعاهدة وتحقيقاً للجهود الرامية الى أقصى حد ممكن و الهدف من حرية حركة رؤوس الأموال بين الدول الأعضاء و الدول الثالثة ، وللمجلس بناء على اقتراح اللجنة عن طريق اتخاذ تدابير بالأغلبية على حركة رؤوس الأموال من دول العالم الثالث التي تشمل الاستثمار المباشر ، بما في ذلك الاستثمار في إنشاء العقارات ، وتوفير الخدمات المالية أو قبول الأوراق المالية الى أسواق رأس المال ، تدابير بموجب هذه الفقرة و التي تشكل إطار قانون الجماعة لتحرير حركة رؤوس الأموال من بلدان ثالثة خطوة الى الوراء ، يتطلب الإجماع .

المادة ٥٨ :

(١) إن المادة ٥٦ لا تجيز المساس بحق الدول الأعضاء ،

أ . تطبيق الأحكام ذات الصلة من قانون الضرائب على دافعي الضرائب التي تميز بين المقيمين أو رأس المال المستثمر .

ب. اتخاذ جميع التدابير اللازمة لتوفير التعدي على القوانين و اللوائح الوطنية ، ولا سيما في مجال فرض الضرائب و

المراقبة الحذرة من مؤسسات المالية لمنع ، فضلاً عن إجراءات للإعلان عن تحركات رأس المال للحصول على معلومات إدارية أو إحصائية أو لأتخاذ تدابير على أسس السياسة العامة أو الأمن العام .

(٢) كون هذا القسم لا يؤثر على القيود الوطنية المفروضة و التي تتوافق مع هذه المعاهدة .

(٣) و المشار اليها في الفقرتين ١ و ٢ و التدابير و الاجراءات لا تشكل وسيلة للتمييز التعسفي أو قيداً مقنعاً على رأس المال و المدفوعات على النحو المحدد في المادة ٥٦ .

المادة (٥٩)

إذا تدفقت رؤوس الأموال من و الي بلدان ثالثة في ظروف استثنائية بحيث تواجه أداء الاتحاد الاقتصادي و النقدي صعوبات خطيرة ، بإمكان المجلس بالأغلبية المؤهلة بناء على أقتراح من اللجنة ، وبعد التشاور مع البنك المركزي الأوروبي لأتخاذ تدابير الحماية في مواجهة البلدان الثالثة ، وخلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر إذا كانت تلبي متطلبات الضرورة القصوى .

المادة (٦٠)

(١) و إذا اعتبر أن الإجراءات التي يتخذها المجتمع في الحالات المنصوص عليها في المادة ٣٠١ ضرورية ، يتعين على المجلس ، وفقاً للمادة ٣٠١ ، واتخاذ ما يلزم من تدابير عاجلة لحركة رأس المال و المدفوعات فيما يتعلق بالبلدان الثالثة .

(٢) وطالما أن المجلس لم يتخذ أي إجراء بموجب الفقرة ١ ، يجوز للدولة العضو ، ومن دون مساس بالمادة ٢٩٧ ، لأسباب سياسية خطيرة أو أسباب طارئة في مواجهة بلدان ثالثة وذلك في مجال تحركات رؤوس الأموال و المدفوعات ، يجب إبلاغ اللجنة وغيرها من الدول الأعضاء في هذه التدابير قبل دخولها حيز النفاذ .

كما أن المجلس وبالأغلبية النيابية المؤهلة بناء على اقتراح من اللجنة ، يقرر أن الدول الأعضاء المعنية في تعديل إو إلغاء مثل هذه التدابير ، ويقوم رئيس المجلس بإبلاغ البرلمان الأوروبي على أي قرار من هذا القبيل للمجلس .

المادة (٦١)

لأتخاذ خطوات تدريجية لبناء مساحة للحرية و الأمن و العدل ، للمجلس :

أ. في غضون خمس سنوات بعد نفاذ معاهدة أمستردام ، إتخاذ التدابير الرامية الى ضمان حرية حركة الأشخاص ، وفقاً للمادة ١٤ بالاقتران مباشرة بالتدابير المرافقة فيما يتعلق بالضوابط في المراقبة للحدود الخارجية ، والهجرة غير الشرعية ، والمسائل المتعلقة بالمادة ٦٢ الفقرات ٢ ، ٣ و المادة ٦٣ الفقرة ١/أ و ٢/أ ، و اتخاذ تدابير لمنع ومكافحة الجريمة وفقاً للمادة ٣١ / هـ ، من معاهدة الاتحاد الأوروبي ؛

ب. بالتدابيرالأخرى في مجال اللجوء و الهجرة وحماية حقوق مواطني البلدان الثالثة بموجب المادة ٦٣ ؛

ج. بالتدابير الأخرى في مجال التعاون القضائي في المسائل المدنية بموجب المادة ٦٥ .

د. التدابير المناسبة لتشجيع وتعزيز التعاون الإداري بموجب المادة ٦٦ .

هـ . تدبير لقوات الشرطة و التعاون القضائي في المسائل الجنائية التي تهدف من خلال منع ومكافحة الجريمة في إطار الاتحاد من معاهدة الاتحاد الأوروبي على مستوى عال من الأمن .

المادة (٦٢)

المجلس يتصرف وفقاً للمادة ٦٧ في غضون فترة خمس سنوات بعد بدء نفاذ معاهدة أمستردام .

١. باتخاذ تدابير لضمان الامتثال لأحكام المادة ١٤ ، سواء كان الاشخاص من مواطني الاتحاد أو من مواطني دول العالم الثالث ، عند عبور الحدود الداخلية .

٢. اتخاذ التدابير على معابر الحدود الخارجية للدول الأعضاء ، وتحدد ما يلي

أ. الى اتباع المعايير و الإجراءات من جانب الدول الأعضاء في الاضطلاع بعمليات تفتيش الاشخاص على الحدود من هذا القبيل .

ب . اتباع القواعد على تأشيرات الإقامة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ، بما في ذلك

أولاً : قائمة الدول الثالثة ، التي يجب على مواطنوها الحصول على التأشيرات لدى عبورهم للحدود الخارجية ، وبلدان ثالثة أخرى معفاة من هذا الشرط .

ثانياً : الإجراءات و الشروط اللازمة لاصدار تأشيرات دخول من قبل الدول الاعضاء .

ثالثاً : شكل موحد للحصول على تأشيرات .

رابعاً : قواعد بتأشيرة موحدة

٣. تدابير لتحديد الشروط التي بموجبها يمكن لرعايا بلدان ثالثة من الدخول في أراضي الدول الأعضاء خلال فترة لا تزيد عن ثلاثة أشهر .

المادة (٦٣)

المجلس يتصرف وفقاً للمادة ٦٧ ، في غضون فترة خمس سنوات بعد بدء نفاذ معاهدة أمستردام

١. وفقاً لاتفاقيات جنيف المعقودة في ٢٨ يوليو ١٩٥١ وبروتوكول عام ٣١ يناير ١٩٦٧ المتعلقة بوضع اللاجئين و المعاهدات الأخرى ذات الصلة ، وذلك في المجالات التالية :

أ. إجراءات لتحديد الدولة العضو المسؤولة عن فحص طلب اللجوء من قبل بلد ثالث في إحدى الدول الأعضاء .

ب. وضع معايير دنيا لاستقبال طالبي اللجوء في الدول الأعضاء .

ج. الحد الأدنى من المعايير لتأهيل مواطني دول العالم الثالث اللاجئين .

د. المعايير الدنيا للإجراءات المتبعة في الدول الأعضاء لمنح وسحب صفة اللاجئ .

٢. تدابير بشأن اللاجئين في المجالات التالية :

أ. الحد الأدنى لمنح الحماية المؤقتة للنازحين من دول العالم الثالث الذين لا يستطيعون العودة الى بلدانهم الأصلية وبالنسبة للأشخاص الذي يحتاجون الى حماية دولية على خلاف ذلك .

ب. تشجيع التوازن بين الجهود المرتبطة بقبول اللاجئ و المشردين و الاثار منها ، والدول الأعضاء .

٣. تدابير الهجرة في المجالات التالية :

أ. بشأن اجراءات إصدار التأشيرات ، والتأشيرات طويلة الأجل وتصاريح الإقامة بما في ذلك شمل الأسرة ، من جانب الدول الأعضاء .

ب. الهجرة غير المشروعة و الاقامة غير المشروعة ، بما في ذلك إعادة الاشخاص المقيمين بصورة غير قانونية في إحدى الدول الأعضاء .

٤. تدابير تحديد حقوق وظروف رعايا البلدان الأخرى المقيمين بشكل قانوني في دولة عضو قد يقيمون في الدول الأعضاء الأخرى .

أن تكون التدابير المتخذة من قبل المجلس وفقاً للفقرة ٣ و ٤ لا تمنع الدول الاعضاء من تعديل في المناطق المعنية للأحكام الوطنية ، للحفاظ على أو اتخاذ تدابير تتوافق مع هذه المعاهدة ومع الاتفاقات الدولية .

الفترة المذكورة أعلاه خمس سنوات لا ينطبق في الفقرة ٢/ب ، والفقرة ٣/أ ، والفقرة ٤ . لكي يتم اعتماد التدابير المذكورة .

المادة (٦٤)

(١) هذا العنوان لا يؤثر على ممارسة صلاحيات الدول الأعضاء من اجل الحفاظ على النظام العام و الحفاظ على الأمن الداخلي .

(٢) في حالة ما إذا واجهت دولة أو أكثر من الدول الأعضاء تدفق مفاجئ من رعايا الدول الثالثة ، يجوز للمجلس أن يقرر ، بصرف النظر عن الفقرة ١ ، بناء على اقتراح من قبل الأغلبية المؤهلة لصالح اللجنة و اعتماد تدابير مؤقتة لمدة لا تتجاوز ستة أشهر .

المادة (٦٥)

التدابير المتخذة بشأن التعاون القضائي في المسائل المدنية التي تترتب عليها آثار عبر الحدود ، تعمل و بالقدر اللازم لحسن سير السوق الداخلية ، طبقاً للمادة ٦٧ وكا يلي :

أ. تحسين وتبسيط

- نظام للخدمة عبر الحدود من وثائق قضائية و غير قضائية .
- التعاون في الحصول على الأدلة
- الاعتراف وتنفيذ القرارات القضائية وغير القضائية في المسائل المدنية و التجارية .

ب. تشجيع التوافق بين القواعد المعمول بها في الدول الأعضاء بشأن تنازع القوانين وقواعد الاختصاص .

ج. إزالة العقبات التي تعترض حسن سير الإجراءات المدنية ، إذا لزم الأمر من خلال تعزيز التوافق بين القواعد المعمول بها في الدول الأعضاء ، و الاجراءات المدنية .

المادة (٦٦)

للمجلس أن يتصرف وفقاً للمادة ٦٧ ، لضمان التعاون بين الإدارات المعنية من سلطات الدول الأعضاء في مجالات من هذا العنوان وكذلك بين تلك الإدارات و اللجنة .

المادة (a١٠٠)

(١) يجوز للمجلس ، وباقتراح من لجنة المعلومات المنصوص عليها في هذه المعاهدة ، وبأغلبية المؤهلين على الحالة الاقتصادية لتحديد التدابير المناسبة ، ولا سيما إذا كانت هناك صعوبات شديدة تنشأ في المعروض من بعض المنتجات .

The Nature of Electronic transations and the Consequences of Conflict in Law (Comparative Study)

Dr. jur. Alkubtan Ali, LL.M.
Chair of Civil Law, Private International Law
Lahaye International University
College of Law

هوامش البحث

١ http://www.chip.de/news/100-Millionen-Web-Seiten-weltweit_22538819.html (27.5.2008).

٢ http://news.netcraft.com/archives/2007/11/index.html (27.5.2008).

٣ http://news.netcraft.com/archives/2010/07/16/july-2010-web-server-survey-16. html.

٤ Martin Gerlach, Der freie Verkehr von Waren und Dienstleistungen im E-Commerce, Tectum Verl., Marburg 2006, p. 7 et seq

٥ ولعل من أهمها هو الحق في الخصوصية المعلوماتية ، أي حق الأفراد في تحديد متى وكيف والى أي مدى ممكن أن تصل هذه المعلومات عنهم للآخرين .

٦ وهي الشركة التي توفر خدمة الاتصال بالأنترنت ، التي ترتبط بعملائها باستخدام تقنيات نقل تمكنهم من الوصول الى البيئات .

- Christoph Ksper, Die privatrechtliche Haftung des Host-Providers für fremde Inhalte und Dilkte, Graz, 2008, p. 1.

٧ هي عملية شراء خدمة الانترنت بالجملة من أحد مزودي الانترنت الأخرين ويقوم أما بتشغيلها مباشرة الى العميل أو يقوم ببيعها ثانية وبالجملة الى عملاء مزودي خدمة الانترنت لتصل بعدها الى استهلاك العميل .

- Christoph Ksper, a.a.O., ibid

٨- Vgl. Klaus Brisch, EU-Rechtlinienvorschlag zum elektronischen

Geschäftsverkehr, CR 1999, p. 235.

٩Christoph Brenn, Der elektronische Geschäftsverkehr, ÖJZ 1999, p. 481.

١٠ أنظر المادة الأولى / فقرة ١٠ من نظام التعاملات الالكترونية العماني لسنة ٢٠٠٧ .

١١Vgl. Christoph Brenn, a.a.O., p. 481.

١٢Vgl. Stefan Baum, Der elektronische Vertragsabschloß; Basler Verl., Basel 2001, p. 267 et seq.

١٣ Vgl. Daniel Gutman, Österreichisches, Deutsches und Europäsches Urheberecht im Internet; Missbrauch, technische Schützmöglichkeiten und rechtliche Flankierungen, (NWV/BWV/Wien/Berlin), 2003, p. 24 et seq

١٤ http://works.bepress.com/cgi/viewcontenet.cgi?article=1000&context=philippe_gillieron, 15/9/2008.

١٥ See, Isabelle Manevy, Online dispute resolution: what future?, Université de Paris 1, Paris, 2001, p. 46 et seq. www.ombuds.org/cyberweek 2002/manevy_odr01.pdf.

١٦ انظر د. محمد عبد المحسن المقاطع ، نحو صيغة جديدة لمفهوم الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة تهديدات الكمبيوتر ، كلية الحقوق جامعة الكويت ، ط١ ، ١٩٩٤ ، ص١٧٥ ، كذلك انظر د. ممدوح خليل البحر ، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦ ، ص ٨٠ ؛ وانظر كذلك د. اسامة قايد ، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات ، ط١ ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص٤١ وما بعدها .

١٧ الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٠١ / ٩٦ ، أنظر . د. حسين بن سعيد الغافري ، الحماية القانونية للخصوصية المعلوماتية في ضل مشروع قانون المعاملات الالكترونية ، بحث مقدم لمؤتمر امن المعلومات و الخصوصية في ضل الانترنت ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص٥ .

١٨ انظر د. حسام الدين كامل الأهواني ، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي ، كلية الحقوق / جامعة الكويت ، ط١ ، ١٩٩٤ .ص٨٩ - ٩٩ .

١٩ Olga Solovyeva, Der Abschluss des deutsch-russischen Verbrauchsgüterkaufvertrag im Internet, Uni. Leipzig, 2002, p. 61 et seq.

٢٠ انظر ، أبو الهيجاء محمد ابراهيم ، التحكيم بواسطة الانترنت ، دار العلمية الدولية ودار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ص٦٦ ، كذلك أنظر د. هدى حامد ، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر لانترنت ، ط١ ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٦٧ .

٢١ See, Marcel Bisges, Urheberechtliche Aspekte des elektronischen Dokumentenmanagemnts, 1. Aufl., Baden- Baden (Nomos), 2009, p. 57 et seq.

٢٢ وهي تشتمل على المؤلفات المطبوعة ، كالكتب و القصص و الروايات و الأبحاث المنشورة وغير المنشورة ، والبرامج الإذاعية و التلفازية ، والأعمال الفنية و الرسومات و الموسيقا ، والتسجيلات الصوتية ، وقواعد البيانات وبرمجيات الحاسوب .

Vgl. Marcel Bisges, a.a.O., ibid., p. 28 et seq

٢٣ Vgl. Daniel Gutman, a.a.O., p. 18 et seq.

٢٤ Vgl. Klaus P. Berger, Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht, 6. Band, Köln, 2006, p. 165 et seq.

٢٥ Andrea Schlaffge, Wettbewerbsrechtliche Probleme des Direktmarketing im deutschen und europäischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der E-Mail-Werbung, Düsseldorf 2002, p. 153 et seq.

٢٦ انظر د. محمد سالم عياد الحلبي ، شرح قانون العقوبات ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص٣٢٤ ، وما بعدها .

٢٧ http://www.arablaw.org/Arab%20Law203.htm.

٢٨ Karl Lackner/Kristian Kühl, StGB (Strafgesetzbuch Kommentar), 27. Aufl., Beck Verl., München, 2010, §§, 270, 286.

٢٩ تجدر الاشارة الى أن المادة ٨٧ من القانون المدني العراقي تجيز الاتفاق على المخالفة باعتبار أن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام .

٣٠ انظر في ذلك، لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الالكتروني ، مطبعة دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص٧٧ .

٣١ انظر ، د. عبد الفتاح بيومي ، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، (بدون سنة طبع) ، ص ٥٠ .

٣٢ أنظر ، المادة الأولى / فقرة ج من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لعام ٢٠٠٤ ، كذلك أنظر ، المادة ١٣١٦ / الفقرة ٤ من قانون الإثبات الفرنسي و المتعلق بالتوقيع الالكتروني المرقم ٢٣٠ لعام ٢٠٠٠ للزيادة أنظر ، المرجع السابق نفسه .

٣٣ انظر المادة ٥/فقرة ١ من قانون التوقيع الالكتروني الالماني لعام ٢٠٠١ ، أنظر كذلك ، ناجي الزهراء ، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الالكترونية المدنية و التجارية ، أكاديمية الدراسات العليا ، طرابلس ، ٢٠٠٩ ، ص١٢ .

٣٤ المرجع السابق المادة ١٥/فقرة ١ .

٣٥ انظر ، د. نسرين عبد الحميد ، الجانب الالكتروني للقانون التجاري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص٢٩٥ ؛ كذلك انظر ، ناجي الزهراء ، مصدر سابق ، ص١٣ .

٣٦ التحويل الالكتروني تتمثل هذه الطريقة في القيام بتحويل مبلغ معين من حساب المدين الى حساب الدائن ، وهذه العملية تحتاج الى تدخل وسيط يعمل على اتمام اجراءات الوفاء بين مصرفي العميل و التاجر ، أنظر ، د. محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ٢٠٠٧ ، ص١٠٥ .

٣٧ الشيك الالكتروني هو رسالة الكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك الى مستلم الشيك ليعتمده ويقدمه للبنك الذي يعمل عبر الانترنت ليقوم البنك بتحويل قيمة الشيك المالية الى حساب حامل الشيك ومن ثم اعلامه الكترونياً للتأكد من التحويل ، انظر د. منير وممدوح الجهنمي ، البنوك الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص٤٩ ، وما بعدها .

٣٨ البطاقات الالكترونية : وهي بطاقات بلاستيكية ممغنطة Puce a Circuits Intégrés تصدرها البنوك لعملائها للتعامل بها بدلاً من حمل النقود ويتمكن العميل بمقتضاها من سحب مبالغ نقدية من حسابه الخاص وبحد أقصى يكون متفقاً عليه في العادة وهي على انواع عديدة من أشهرها الفيزا والماستركارد ، للزيادة انظر ، د. عبد الفتاح بيومي ، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٧٩ .

٣٩ بطاقة الإئتمان : وهي بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعميله لكي تمكنه من

الحصول على السلع و الخدمات من محلات وأماكن معينة تعتمدها أيضاً ، انظر في ذلك د. نسرين عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص٥٥ ، كذلك انظر د. عبد الفتاح بيومي ، التجارة الالكترونية ، حمايتها القانونية ، الكتاب الأول ط١ ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ٢٠٠٤ ، ص١٠٦ ، وما بعدها ، كذلك لنفس المؤلف ، نظام التجارة الالكترونية ، حمايتها المدنية ، الكتاب االثاني ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٢٣٠ وما بعدها .

٤٠ البطاقة الذكية Smart Card: هي كسابقاتها من البطاقات إلا أنها تحتوي على معالج دقيق يسمح بتخزين الأموال من خلال البرمجة الأمنية الخاص بالعميل Personal Identification (PIN). للزيادة انظر ، محمود حسين منصور و مرجع سابق ص١٠٧ .

٤١ وهو عبارة عن مجموعة من البروتوكولات و التواقيع الرقمية التي تتيح للرسالة الالكترونية أن تحل فعلياً محل تبادل العملات التقليدية ، وبعبارة أخرى هي المكافئ الالكتروني للنقود التقليدية ، أنظر في هذا المعنى ، حسام باقر عبد الأمير ، بطاقات الإئتمان ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ـ جامعة بغداد ، ١٩٩٩ ، ص٧٤ .

(٤٢) See, Marcel Bisges, a.a.O., p. 8 et seq.

٤٣ Ibid, p. 65 et seq

٤٤ http://www.opendirectorysite.info.

٤٥ انظر د. طرح البحور علي حسن ، عقود المستهلكين بين قضاء التحكيم و القضاء الوطني ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ٢٠٠٧ ، ص١٠٢ .

٤٦ انظر ، د. حداد العيد ، الحماية المدنية و الجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت أكاديمية الدراسات العليا ، طرابلس ، ٢٠٠٩ ، ص٤ وما بعدها .

٤٧ أنظر ، المواد ٢٠/٧ من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٩٤٩ لسنة ١٩٩٣ ، للزيادة أنظر ، سابح عبد الواحد ، التعاقد عبر الانترنت ، ط١ ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص٢٩٦ .

٤٨ BGH, „eBay-Auktionen“, NJW 2005, p. 53 et seq

٤٩ تجدر الاشارة الى أن المادة ٢٩٢ /١ تم تعديلها في أبريل ٢٠٠٥ بالمادة ٣٧١ حيث أشارت في الجزء الثاني من الفقرة الأولى لأهمية التوقيع الالكتروني على الوثائق الالكترونية كدليل في الإثبات بالنص (... الدليل هو محتوى الوثيقة الإلكترونية

وذلك عند نقل الملف أو تقديمه فقط) أنظر

- Thomas Hoeren, Beweiswert digitaler Dokumente –eine EU- Perspektive, 2005, at p. 88

٥٠ انظر ، عمر زريقات ، عقد البيع عبر الانترنت ، عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) ، ط١ ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠٠٧ . ، ص٣٤٢ .

٥١ فالتشريع الفرنسي على سبيل المثال ، ينص في المادة الثانية من قانون توبون رقم ٩٤ - ٦٦٥ لعام ١٩٩٤ على " ضرورة استخدام اللغة الفرنسية في كل أنواع التجارة ، بما في ذلك التجارة الالكترونية ، وبصفة خاصة في تعليمات التشغيل وشروط الضمان ووصف المنتج أو الخدمة و الفواتير و الايصالات ، وينطبق هذا على الاعلانات المرئية و المسموعة أو الناطقة أو المكتوبة ، لمزيد من التفاصيل أنظر ، د. خالد ممدوح ابراهيم ، إبرام العقد الالكتروني ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ص ١٧٢ .

٥٢ انظر غسان عمر ، التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك، بحث مقدم لجامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، ٢٠٠٧ ، ص٥ .

٥٣ انظر ، د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص٣٥ .

٥٤ تجدر الإشارة الى إن المشرع المصري يذهب الى نفس هذا الاتجاه فالمادة ٣٢ من قانون المرافعات المصري تنص على (تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعاوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً) ، أنظر في ذلك د. صالح المنزلاوي ، الاختصاص القضائي - بالمنازعات الخاصة و الاعتراف و التنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية ، دار الجامعة الجديدة ، بدون سنة طبع ، ص١١٤ .

٥٥ وهي محكمة تابعة لمنظمة حقوق الملكية الفكرية WIPO حيث تعقد جلساتها ويتم تقديم الدفوع و الطلبات فيها و إصدار الحكم عن طريق شبكة الانترنت ، للزيادة انظر ، يتوجي سامية ، التحكيم الالكتروني ، رسالة ماجستير ، كلية القانون / جامعة محمد خيضر ، سكرة ، ٢٠٠٩ ، ص٨ ؛ وكذلك أنظر ،

- Kaboth, Daniel, Das Schlichtungs- und Schiedsverfahren der

Weltorganisation fur geistiges Eigentum (WIPO) Frankfurt am Main, 2000, p. 64 et seq.

٥٦ انظر ، د. هشيمة محمود حوته ، عقود خدمات المعلومات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٢٣٣ ؛ كذلك انظر ، د. صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص٢٥٧ .

٥٧ أنظر د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقرر في التشريع المصري) ، ط٢، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٢ ، ص٦٦٧ .

٥٨ استناداً الى قاعدة إخضاع العقد لقانون الارادة التي نادى بها الفقيه ديمولان Dumoulin. للزيادة انظر ، المرجع السابق ، ص٦٦٥ .

٥٩ المرجع السابق نفسه ، ص٦٧٥ .

٦٠ See, Gerald Spindler, Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung?; Die Folgen der Rechtlinien im elektronischen Geschäftsverkehr für das Kollisionsrecht RabelsZ, Bd. 66, Göttingen, 2002, p. 640 et seq.

.

٦١ Carsten Wettich, Internationals Handelsrecht; Die EG-E-Commerce Richtlinie, 2002, at p. 6 et seq

٦٢ وتعني إن الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي ملزمون بتطبيق القواعد القانونية للإتحاد ، بل وبتعديل قوانينهم الداخلية لتأتي منسجمة مع القواعد الاتفاقية الجديد ، للزيادة أنظر .

-Gerald Spindler, a.a.O., at p. 648 et seq.

٦٣ تجدر الإشارة الى إن الصيدلية مقرها في أمستردام ولديها فروع عديدة في الاتحاد الأوروبي و وتقدم طلباتها كذلك عبر الانترنت ، حيث ثار الخلاف عندما امتنعت دائرة البريد و الاتصالات الالمانية من استلام طرداً يحتوي على دواء تم شراءه من قبل مستهلك يقيم في ألمانيا عن طريق الانترنت من الصيدلية المذكورة ، فرفعت الصيدلية شكوى أمام محكمة الاتحاد الأوروبي بحجة عدم التزام ألمانيا بقواعد اتفاقية حرية التجارة الأوروبية لعام ٢٠٠١ ، للزيادة أنظر :

- EuGH, Rs. C-322/01, C-171/07 and C-172/07- Doc Morris, 2009; Kostenlose Urteile, OVG Saarlouis erlaubt Kapitalgesellschaft den Betrieb einer Apotheke, 2010, http://www.kostenlose-urteile.de/

٦٤ BApÖD, Stellungnahme zur Erteilung einer Betriebserlaubnis für Doc Morris-Apotheke, in: Dr. Gerd Mattern
Pharmazie Im Öffentlichen Dienst (Offizielles Mitteilungsblatt des BApÖD), Ausg. 1, Berlin, at p. 20

٦٥ OLG Frankfurt, Urt. v. 31.05.2001, 6 U 240/00, at p. 752 et seq; LG Frankfurt a.M., 09.11.2000, CR-2001, p 185, at p. 187; and LG Berlin, 07.11.2000, CR-2001, p. 268 at p. 269.

٦٦See Hans-Wolfgang Arndt/Markus Köhler. Elektronischer Handel nach der E-Commerce-Richtlinie EWS (Europäsches Wirtschafts- und Steuerrecht Zeitschrift), Frankfurt a.M., 2001, at p. 106.

٦٧ Klaus Offermann, Private International Law –Electronic Commerce – Country of Destintion Principle, Legal Affairs Series, 2003, p. 8.

٦٨ تجدر الاشارة الى (Pietra di Solnhofen) عبارة عن أسم لشركة إيطالية لإنتاج الرخام ولديها موقع ألكتروني تحت إسمها تستخدمه في بث اعلاناتها المرسلة نحو الأقليم الالماني ، و الذي تبين فيما بعد أن هذا الأسم المستخدم في الموقع الالكتروني و المتوجه بإعلان نحو ألمانيا هو اسم لشركة المانية تدعى و(Solnhofen Stone) ولها نفس الموقع الالكتروني ، لذلك تقدمت الأخيرة بالشكوى ضد الشركة الايطالية أمام القضاء الالماني بحجة الإضرار بسمعتها وعلامتها التجارية ، للزيادة انظر :

- BGH, Urteil vom 05.10.2006- lZR 229/03

٦٩ الحقيقة إن القانون الواجب التطبيق في هذه القضية ، هو القانون الألماني للعلامات التجارية ، باعتبار أن الشركة الإيطالية كانت تستهدف من إعلاناتها على موقعها في الشبكة الالكترونية الاقليم الألماني ، واستناداً الى أحكام المعاهدة المبرمة بين الدولتين يكون القانون المختص في مثل هذه الحالة هو القانون الالماني باعتباره قانون محل السوق ، لذلك اختصت المحكمة الالمانية بفض النزاع وحكمت بالتعويض لصالح الشركة الالمانية وبضرورة تغيير اسم الشركة الايطالية ، طبقاً لأحكام المادة ١٢٨/١ من قانون العلامات التجارية الالماني ، والمادة ٤/٢ من قانون خدمة الاتصالات الالماني أيضاً . أنظر :

- BGH, Urteil vom 05.10.2006- lZR 229/03 ibid .

٧٠ المادة الثالثة (السوق الداخلية) من قواعد التجارية الإوروبية لعام ٢٠٠٠ (E-commerce) :

١. يتعين على كل دولة من الدول الاعضاء ضمان خدمات مجتمع المعلومات ، التي يوفرها مزود الخدمة التي أنشئت في أراضيها ، وفقاً للقواعد الوطنية المطبقة في تلك الدولة العضو .

٢. ينبغي للدول الأعضاء حرية الحركة لخدمات مجتمع المعلومات المقدمة من دولة عضو آخر .

٣. .....

٤. على الدول الأعضاء أن تتخذ التدابير الضرورية لإستيفاء شروط الفقرة ٢ .

ـ التدابير :

ـ ـ حماية النظام العام ، ولا سيما في الوقاية و الكشف و التحقيق و الملاحقة القضائية للجرائم ، بما في ذلك حماية القاصرين ومكافحة التحريض على الكراهية على أساس العرق أو الجنس أو الدين أو الجنسية ، وانتهاك الكرامة الانسانية للأفراد .

ـ ـ الصحة العامة .

ـ ـ السلامة العامة ، بما في ذلك حماية الأمن القومي و الدفاع .

ـ ـ حماية المستهلكين بما في ذلك المستثمرين .

٥. يجوز للدول الأعضاء في الحالات العاجلة اليها في الفقرة ٤ أعلاه أن تختلف في إجراءات التدابير . في هذه الحالة ، يجب في أقرب وقت ممكن أن تخطر الدول الأعضاء الفقرة ١ .

٦. مع عدم الاخلال بإمكانية الدول الأعضاء في تنفيذ التدابير ذات الصلة ، ويجب على اللجنة أن تنظر في أقصر وقت ممكن ، إذا كانت التدابير المخطر عنها متوافقة مع قانون الجماعة الأوروبية ، حيث أنه إذا توصل الى استنتاج مفاده أن هذا الاجراء لا يتفق مع قانون الجماعة ، يدعو الدولة العضو المعنية الى الامتناع عن اتخاذ أية تدابير مقترحة ، والتدابير التي اتخذت بالفعل على أن توقف فوراً ..) للزيادة انظر :

Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"

- "e-commerce Richtlinie")

٧١ Klaus Offermann, a.a.O., p. 10

٧٢ أنظر نص الفقرة في الهامش ٧٠ .

٧٣ المرجع السابق نفسه .

٧٤See EuGH, 25.7.1991, Rs. C-221/89 (The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. Etal.), Slg. 1991, I-3065 (I-3056 Rz. 20)

٧٥ EG-Vertrag (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft)

٧٦ و الى هذا المفهوم يذهب المشرع المصري في المادة ٢٩ من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بالنص (تختص محاكم الجمهورية بالدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج) .

٧٧ Vgl. Alexander Riesenkampff, Haftung der Muttergesellschaft für kartelwidriges Verhalten der Tochtergesellschaft, Fachverl. der Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH, WuW (Wirtschaft und Wettbewerb), Heft 4, 2001, p. 357; and Theo Bodwig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte: Eine Untersuchung der Rückrufpflichten und Rückrufansprüche nach dem Recht Deutschlands, der Europäischen Union und der USA 1. Aufl., Mohr Siebeck Verl., Tübigen, 1999, p. 482.

,

٧٨ Hans Jürgen Sonnenberg, Das Internationale Privatrecht im dritten Jahrtausend – Rückblick und Ausblick, in: Die Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss), Nr. 100, 2001, at p. 127 et seq.

٧٩ See Julius von Staudinger/Bernd von Hoffmann, Internationales Privatrecht (EGBGB), 2001, Art. 40, Rz. 295.

٨٠Art , 30 EVG

٨١ See Jürgen Basedow, Der Kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäschen Binnenmarkt – favor offerents, in: RabelsZ, 1995, Nr. 48, p. 20, at p. 49.

٨٢Peter Mankowiski, Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der E-Commerce Richtlinie EWS, 2002, p. 401, at favor offerents, in: RabelsZ, 1995, Nr. 48, p. 20 at p.49

٨٣ Ibid

٨٤ see , Gerald spindler , a,a o. , p . 679 , at p . 680

٨٥ انظر الملحق الخاص بالاتفاقية الاوروبية المعدلة لعام ٢٠٠٥ ، ص٥٢ من مبحثنا .

٨٦ أنظر نص المادة الثالثة الفقرات ٤، ٥ في الهامش رقم ٧٠ أعلاه .

٨٧See, Gerald Spindler, a.a.O., p. 679, at p. 680-683 .

٨٨ أنظر د. حسن عبد الباسط جمعي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط التعاقد ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص١١٢ ، كذلك انظر ، انظر المواد ٢٠/٧ ، ١٢١ من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٩٤٩ لسنة ١٩٩٣ ، د. سابح عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص٢٩٦ ، ٣٠٢ ، كذلك د. منذر الفضل / د. صاحب عبيد الفتلاوي ، العقود المسماة ، ط٢، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦ ، ص١١٠ ؛ أيضاً ، د. أسامة قايد ، مرجع سابق ص٤١ ، وما بعدها ؛ كذلك انظر د. مدحت رمضان ، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص٥٧ ، وما بعدها ؛ د. عبد الفتاح بيومي ، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت ، مرجع سابق ص٨٠ ؛ أيضاً ، د. أسامة أبو الحسن مجلهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٣١ .

٨٩ See, Gerald Spindler, a.a.O., p. 679, at p. 680.

٩٠ انظر د. هشام صادق ، الوجيز في تنازع القوانين ، الفنية للطباعة و النشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٠ ، ص٣٠٢ .

٩١ المرجع السابق نفسه .

٩٢ المرجع السابق ص٣٠٣ .

٩٤ المرجع السابق ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ .

٩٤ انظر ،د. هشام صادق ، مرجع سابق ، ص٣٠٦ .

٩٥ Vgl. Alfred Katz, Staatsrecht; Grundkurs im öffentlichen Recht, 15. Aufl., Müller Verl., Heidelberg, 2002, at p 209

٩٦ أنظر د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص٢٨٨ .

٩٧ انظر ، د. حسن الهداوي / د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص (القسم الثاني) مطبعة وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ، ط١، بغداد ١٩٨٨ ، ص٩٧ .

٩٨ المرجع السابق نفسه .

٩٩ Vgl. Otto Plandt/Petre Bassenge/Uwe Diederichtsen/Jürgen Ellenberger/Christian Grüneberg/Karsten

Thorn/Dietmar Weidlich, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl., C.H.Beck, München, 2011, Art. 29, 34 EGBGB

١٠٠ LG München I, 17.11.1999 - 20 Ns 465 Js 173158/95, a.a O

١٠١ Tobias Bräutigam, Der CompuServe-Fall: Europarechtliche und völkerrechtliche Überlegungen, Albert Ludwigs-Universität, Freiburg, 2000, pp. 1-35؛ Ulrich Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, München 1999, p.2 ff؛ Roman Schnur (Hrsg.): Staatsräson, Studien zur Geschichte eines politschen Begriffs, Berlin, 1975, p.7

١٠٢ LG München I, 17.11.1999 - 20 Ns 465 Js 173158/95, a.a O

١٠٣ انظر . حسن الهداوي / د. غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص٩٧ .

١٠٤ انظر ، د. عبد الحميد أبو هيف ، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر ، ط٢، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٩٢٧ ، ص٣٨٧ .

١٠٥ انظر . حسن الهداوي / د. غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص٢٦٥

١٠٦See, Jan Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel. 8. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2005, p. 608.

١٠٧ أنظر ، د. حسن الهداوي / د. غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص٢٦٩ .

١٠٨ LG München I, 17.11.1999 - 20 Ns 465 Js 173158/95, a.a.O.

١٠٩ http://dejure.org/gesetze/EG.