القانون الواجب التطبيق على منازعات عنوان الموقع الالكتروني

Criminal Law Applicable to Website Address Disputes

م.م.مصطفى عطية ابراهيم التميمي

كلية القانون /الجامعة المستنصرية

الملخص

ان التطور السريع في تكنولوجيا المعلومات والإنترنت أتاح للعالم أن يصبح قرية صغيرة، حيث يتم التواصل والتبادل التجاري والمعلوماتي عبر الحدود الدولية بشكل مستمر، ولكن مع هذا التوسع الهائل في الأنشطة الإلكترونية، تبرز العديد من التحديات القانونية، خاصة تلك المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية أو الأنشطة التي تتم عبر الإنترنت، تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات المواقع الإلكترونية قضية بالغة الأهمية في العصر الرقمي، حيث أن التوسع في استخدام الإنترنت قد يؤدي إلى حدوث منازعات بين أطراف من دول مختلفة، مما يفرض ضرورة تحديد إطار قانوني موحد أو معايير لفض المنازعات بشكل عادل وفعال، تهدف هذه الدراسة إلى دراسة التحديات التي يواجهها المشرع العراقي في هذا المجال واقتراح الحلول الممكنة، في ضوء هذه الدراسة، يمكن القول إن هناك حاجة ماسة لتطوير التشريعات الخاصة بالمواقع الإلكترونية في العراق، إن وضع إطار قانوني مناسب لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الإلكترونية سيكون له دور كبير في تعزيز حماية الأفراد والشركات وضمان بيئة قانونية مستقرة وصالحة للنمو الاقتصادي في العصر الرقمي.

الكلمات المفتاحية:(القانون الواجب التطبيق، المنازعات، المواقع الالكترونية، حماية الموقع، التجارة الالكترونية، تنازع القوانين)

Abstract

The rapid development in the field of information technology and the Internet is available to become a small village, where communication and

commercial exchange across international borders is partially, but with this expansion, it is preferable to electronic business, many legal challenges arise, especially those related to that and the law has proven its readiness to apply to disputes arising from electronic transactions or companies that take place over the Internet, an issue that is considered to determine the law ready to apply to disputes to determine the electronic sites of importance in the digital age, as the expansion in the use of the Internet may lead to disputes between parties from different countries, which imposes the definition of a specific framework of legal rules or standards to resolve disputes in a fair and effective manner, unifying this study to study the challenges facing the Iraqi legislator in this field and proposing solutions, in light of the study, it can be said that there is an urgent need for these specific bans on websites in Iraq, establishing a legal framework appropriate to the law ready to apply to electronic disputes will play a major role in enhancing the protection of individuals in addition to participating in a digital image and suitable for economic growth in the modern era.

Keywords: (applicable law, disputes, websites Site Protection, E-Commerce, Conflict of Laws)

المقدمة

كشفت السنوات الأولى من القرن الحادي والعشرين عن تزايد هائل في انتشار شبكة الإنترنت، لتصبح المصدر الرئيسي لتبادل المعلومات والمعرفة عبر شاشات الحواسيب والهواتف المحمولة والأجهزة اللوحية الذكية، ولم تقتصر هذه الشبكة على نقل المعلومات والثقافة المعرفية فقط، بل امتدت لتشمل تداول السلع والخدمات عبر الإنترنت، وأصبحت العديد من المعاملات تتم من خلال إرسال واستقبال المعلومات عبر شاشات الاتصالات المتصلة بعدد من الأجهزة الإلكترونية الضخمة المنتشرة في أنحاء العالم، والمعروفة باسم " Host Computers" أو أجهزة الحاسوب المضيفة.

لا يمكن لأحد أن ينكر أهمية شبكة الإنترنت، واهتمام الدراسات القانونية بالمعاملات التي تتم من خلالها، ورغم هذا فإن الواقع العملي يكشف عن وجود عدد من الدراسات القانونية في مجال التجارة الإلكترونية، ورغم هذا فإنه من الصعب الحديث عن بلورة قانونية لنظام عناوين المواقع الإلكترونية، فقد خلت معظم التشريعات الوطنية الخاصة بالمعاملات الإلكترونية من نصوص وأحكام تنظم حماية عناوين المواقع الإلكترونية، واقتصر الأمر على محاولات قضائية من المحاكم الوطنية والهيئات العالمية على التعامل مع عناوين المواقع الإلكترونية علي أنها مجرد عناوين إلكترونية تعتمد على إجراءات فنية في عملها، ورغم هذا

فقد لاقي عنوان الموقع الإلكتروني بعض الاعتراف - كما سنري لاحقا - في بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

أهمية البحث:

يُعتبر العنوان الإلكتروني بمثابة بوابة حيوية لأي مشروع اقتصادي للإعلان عن نشاطه على شبكة الإنترنت، ولم يعد الأمر مقتصرًا على الدعاية فقط، بل امتد ليشمل ممارسة النشاط الاقتصادي من خلال الإنترنت دون التقيد بالحدود الجغرافية، ذلك لأن شبكة الإنترنت توفر مجالًا دوليًا يتجاوز الحدود الجغرافية، مما يفرض طابعًا دوليًا على كافة التصرفات والمعاملات التي تُمارس من خلالها عبر عنوان الموقع الإلكتروني، يلعب العنوان الإلكتروني دورًا مهما في تداول السلع والخدمات فالغاية الحقيقة لنشأة المواقع الإلكترونية للمشروعات الصغيرة هو خلق أسواق لها، بل نشأت شركات ومؤسسات لا وجود حقيقي لها، بل صار مقرها هو العالم الافتراضي علي شبكة الإنترنت.

وقد كشف الواقع عن دفع العديد من الشركات لمبالغ طائلة مقابل امتلاك موقع يحمل عنوانا مميز جاذب لعدد كبير من المستهلكين الإلكترونين، وهناك مواقع علي شبكة الإنترنت تعرض عناوين لمواقع إلكترونية لبيع في المزاد العلني، إذا كان العنوان مشهورا، ورغم هذه الأهمية التقنية والاقتصادية، فقد كشف الواقع العملي عن مشكلات قانونية.

مشكلة البحث:

مشكلات قانونية نابعة من التعدي علي عنوان الموقع الإلكتروني، ومن هنا تأتي مشكلة البحث التي تواجه المنازعات المتعلقة بالمواقع الإلكترونية تحديات قانونية تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة في ظل تنوع القوانين بين الدول واختلاف الأنظمة القانونية المعمول بها في كل منها. كيف يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي تنشأ عبر الإنترنت، لا سيما في الحالات التي تشمل أطرافًا من دول مختلفة؟ وما هي السبل القانونية لتوفير حماية فعّالة للمستخدمين والشركات في ظل هذا التعدد التشريعي؟.

خطة البحث:

بناءً على ما تقدم فإننا نقسم دراستنا إلى مبحثين:

المبحث الاول: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود عنوان الموقع الإلكتروني.

المطلب الاول: قواعد الإسناد في عقود عنوان الموقع الإلكتروني في القانون العراقي والقوانين المقارنة.

المطلب الثاني: القواعد المادية للتجارة الالكترونية.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على المسئولية التقصيرية عن الأضرار المتصلة بعنوان الموقع الإلكتروني.

المطلب الاول: القانون الواجب التطبيق على ضوء قواعد التنازع الوطنية.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على ضوء القواعد المادية.

المبحث الاول

القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود عنوان الموقع الإلكتروني

The law applicable to website address contract disputes

يتضمن النظام القانوني لكل دولة مجموعة من القواعد التي تُعرف بقواعد الإسناد، وهذه القواعد تمثل الأداة الأساسية التي يعتمد عليها القاضي في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع المعروض أمامه، ومن خلال هذه القواعد، يتمكن القاضي من تحديد ما إذا كان عليه أن يطبق القانون الوطني الخاص بدولته، أو ما إذا كان يتعين عليه اللجوء إلى تطبيق قانون أجنبي يتناسب مع ظروف النزاع والوقائع المتصلة به.

عند دراسة قواعد الإسناد في التشريعات المقارنة، يلاحظ وجود العديد من القواعد التقليدية التي قد تكون غير مناسبة في الغالب لاحتياجات عقود التجارة الإلكترونية، وبخاصة تلك العقود المتعلقة بعنوان الموقع الإلكتروني، هذه القواعد التقليدية قد لا تواكب التطورات التقنية والتجارية التي فرضتها البيئة الإلكترونية، لذلك برزت الدعوة لإيجاد قواعد موضوعية جديدة قادرة على تلبية احتياجات العقود الإلكترونية بشكل عام، والتي تتطلب معايير خاصة تتناسب مع الخصائص المميزة للتجارة الإلكترونية، كان من الضروري أن نستعرض قواعد الإسناد في التشريعات المقارنة التي تنظم العقود الإلكترونية، خاصة تلك التي تتعلق بعنوان الموقع الإلكتروني، سنقوم بعرض القواعد المادية الإلكترونية التي تعد بمثابة السبيل الجديد والملائم لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية، والتي توفر إطاراً قانونياً يتناسب مع هذا النوع من العقود. لذلك سنتناول هذا المبحث على النحو الاتي:

المطلب الاول: قواعد الإسناد في عقود عنوان الموقع الإلكتروني في القانون العراقي والقوانين المقارنة.

المطلب الثاني: القواعد المادية للتجارة الالكترونية.

المطلب الاول: قواعد الإسناد في عقود عنوان الموقع الإلكتروني في القانون العراقي والقوانين المقارنة

Rules of attribution in website address contracts in Iraqi law and comparative laws

تستوجب قواعد الإسناد في القانون العراقي إعطاء الأولوية لقانون الإرادة وقد نص مع ذلك على وجود ضوابط احتياطية تتمثل في الموطن المشترك الأطراف العقد أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين ، ثم قانون محل إبرام وتنفيذ العقد، وذلك في غيبة قانون الإرادة، يعنى هذا أن هناك ضابط رئيس هو إرادة الأطراف أو ما يطلق عليه قانون الإرادة، وهناك ضوابط احتياطية يمكن اللجوء إليها في حالة غيبة اتفاق الأطراف، سنتناول هذا المطلب على النحو الاتي:

الفرع الاول: ضابط الاسناد الارادي في عقد عنوان الموقع الالكتروني

Voluntary support officer in the website address contract

اتفقت الأنظمة القانونية على أن العقود ذات الطابع الدولي تخضع لقانون إرادة الأطراف[١]، أي القانون الذي يتفق عليه الأطراف صراحة أو ضمنًا، وقد جاء في نص المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي:" ١– يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه. ٢– قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشانه".

وقد ساوى المشرع المصري بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية في تحديد قانون الإرادة، فيمكن للقاضي الاستناد إلى مجمل ظروف العقد للكشف عن إرادة الأطراف الضمنية في اختيار قانون ما، وقد سار على النسق ذاته المشرع العراقي في المادة ٢٥ من القانون المدني الصادر في ١٩٥١، وكذلك المشرع الجزائري في المادة ١٨ من القانون المدني [٢] ، والمادة ٦٢ من مجلة القانون الدولي الخاص

---

[١] أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، ص ١٨ ، البحث منشور على الإنترنت على الموقع http://www.arblawinfo.com

[٢] وقد خضعت هذه المادة للتعديل عام ٢٠٠٥ ليصبح نصها "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري علي العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

التونسي الصادرة عام ١٩٩٨ [١] ، وهو ذات ما نصت عليه المادة ١٩/١ من القانون الليبي الصادر في٢٠١٦ [٢].

لا خلاف في أن الإرادة الصريحة تُعد الوسيلة الأكثر وضوحًا للكشف عن قانون الإرادة، حيث تتحقق هذه الإرادة عندما يُدرج أطراف العقد شرطًا صريحًا في عقدهم يحدد القانون الواجب التطبيق. وفي سياق العقود المرتبطة بعناوين المواقع الإلكترونية، يتحقق اختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق من خلال إدراج اتفاق واضح على صفحة الويب ذات الصلة، يحدد بجلاء القانون الذي ينظم العلاقة التعاقدية، هذا الاتفاق الصريح يُسهم في تقليل النزاعات التي قد تنشأ بسبب الغموض أو تعدد القوانين المحتملة للتطبيق، ويمنح الأطراف أمانًا قانونيًا بشأن الإطار القانوني الذي سيحكم التزاماتهم التعاقدية.

ولا يعيب مبدأ قانون الإرادة أن يتفق أطراف العقد على تحديد القانون الواجب التطبيق، سواء كان ذلك عند إبرام العقد، في مرحلة لاحقة، أو حتى بعد نشوء النزاع، من خلال اتفاق منفصل، بل إن بعض الفقهاء يرون أن للأطراف حرية تعديل اتفاقهم وتغيير القانون الذي اختاروه، شريطة ألا يترتب على ذلك أي إضرار بحقوق الغير الذي تصرف بحسن نية بناءً على القانون السابق، هذا النهج يُعزز من مرونة العلاقات التعاقدية الدولية، ويُتيح للأطراف مواءمة التزاماتهم مع الظروف المتغيرة التي قد تطرأ بعد إبرام العقد، مع الاحتفاظ بالتوازن بين إرادة الأطراف ومصالح الغير المتأثرة[٣].

وهذا المبدأ القائم على حرية الإرادة تم تكريسه بوضوح في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث أقرت الاتفاقية مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم دون فرض قيود محددة على هذا الاختيار، وتستفاد من أحكام هذه الاتفاقية إمكانية أن يقوم مورد الخدمة الإلكترونية أو مقدمها عبر الإنترنت بإدراج شرط ضمن الشروط العقدية المتعلقة بالعقد الإلكتروني، ينص على تطبيق قانون بلده، ويتم ذلك عادة من خلال عرض الشروط والبنود على الشاشة، كجزء لا يتجزأ من العقد الإلكتروني، بهدف تفادي تطبيق القانون الأجنبي، فإن هذا الإجراء مشروط بأن تكون هذه الشروط واضحة وسهلة الوصول، بحيث يتمكن الطرف الآخر من

---

[١] فقد نصت على أنه "يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف وإذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثرا في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري".

[٢] "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

[٣] احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص٢١.

التعرف عليها بسهولة قبل إبرام العقد، فإن حرية الإرادة هنا ليست مطلقة تمامًا، بل ترتبط بضمان الشفافية والتوازن بين أطراف العقد الإلكتروني[١].

قبل تناول ضوابط الإسناد الاحتياطية في مجال المسؤولية، من المهم الإشارة إلى الموقف القانوني في القانون الأمريكي، فقد حرص المشرع الأمريكي على إقرار القانون الموحد للمعلومات المتعلقة بالصفقات التي تبرم عبر الإنترنت (UCITA)، الذي تم اعتماده من قبل المؤتمر الوطني لمندوبي الولايات المتحدة عام ١٩٩٩، وقد أسقط هذا القانون معيار "العلاقات المعقولة" الذي أقره القانون التجاري الأمريكي الموحد، ليكرس مبدأ حرية الإرادة، ولكن ذلك في غير عقود المستهلكين، يُستبعد قانون الإرادة في القانون الأمريكي عندما يتعلق الأمر بعقود المستهلكين، مما يعني أن هذا القانون لا يُطبق على عقود عنوان الموقع الإلكتروني المتعلقة بالمعاملات بين مورد الخدمة الإلكترونية والمستهلك، حيث ظهر اتجاه قضائي يقبل اتفاق الأطراف حتى في عقود الاستهلاك إذا تبين من ظروف العقد الإلكتروني أن المستهلك قد اطلع على الشروط التعاقدية وأنها كانت واضحة، ويستند هذا الاتجاه إلى أن قواعد حماية المستهلك تعمل جنبًا إلى جنب مع القواعد المقررة في العقود الدولية، مما يتيح للأطراف إمكانية الاتفاق على شروط العقد، شريطة أن يتمتع المستهلك بالشفافية الكافية والقدرة على فهم الشروط[٢].

استند هذا الاتجاه القضائي أيضًا إلى الدليل الإرشادي للقانون الموحد للمعلومات المتعلقة بالصفقات التي تبرم عبر الإنترنت (UCITA)، الذي أجاز اختيار القانون من قبل المستهلك، مبررًا أن هذا الاختيار لا يخالف توقعات المستهلك من جهة. لكن، في الوقت نفسه، أكد على أن هذا الأمر مرهون بظروف كل حالة على حدة، ذلك يعني أن الاختيار الإرادي للقانون يجب أن يتم وفقًا للظروف الخاصة بكل عقد إلكتروني، بما في ذلك درجة الشفافية المتاحة للمستهلك في فهم الشروط التعاقدية. وبناءً على ذلك، يظل رقابة القاضي على هذا الاختيار أمرًا أساسيًا، حيث يتعين عليه التأكد من أن اختيار القانون من قبل المستهلك قد تم بشكل طوعي وواضح، دون أن يتسبب في الإضرار بحقوق المستهلك أو أن يتضمن غموضًا قد يؤدي إلى سوء الفهم[٣].

---

[١] توفيق شهبور، مسائل قانونية خاصة بالتجارة الإلكترونية، مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد ٢٠٢٤ ، المجلد ١٩ ، أغسطس ١٩٩٩، ص ٤٦.

[٢] ينظر الى الموقع: http://ssrn.com/abstract=921842

[٣] ينظر الى الموقع: http://www.elj.warwick.ac.uk

الفرع الثاني: ضوابط الاسناد في ظل غياب اتفاق الاطراف في عقد عنوان الموقع الالكتروني

Attribution controls in the absence of an agreement between the parties to the website address contract

تظهر في حالة عدم اتفاق أطراف العقد على قانون معين، ضوابط احتياطية يضعها المشرع لترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، وهذه الضوابط نصت عليها المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي، وتتمثل في قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو قانون محل إبرام العقد.

اولا- الموطن المشترك او الجنسية المشتركة للمتعاقدين

نص المشرع العراقي في المادة ١/٢٥ من القانون المدني العراقي على الموطن المشترك للمتعاقدين كضابط احتياطي للإسناد، حيث يحق للقاضي الرجوع إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في حال عدم تصريح الأطراف بإرادتهما بشأن اختيار قانون معين يحكم عقدهما، هذا الضابط يساعد في تحديد القانون الذي ينظم العقد الدولي في حالة غياب اتفاق صريح بين الأطراف، وذلك من خلال النظر إلى الموطن المشترك للأطراف المعنية.

وقد تبنت العديد من التشريعات المقارنة ضابط الموطن المشترك ومن بينها القانون المدني التونسي الصادر في ١٩٩٩ في مادته ٦٢، وكذلك الإماراتي في المادة ١٩/١ والجزائري في مادته ١٨/٢ إلا أن القانون المدني الجزائري أضاف إلى الموطن المشترك ضابط الجنسية المشتركة، وهنا يكون للقاضي اللجوء على سبيل الاختيار إما لقانون الموطن المشترك أو لقانون الجنسية المشتركة إذا اشتركا أيضا في الجنسية ولا يعمل بالضابط الذي لا يشتركان فيه[١].

ثانيا- مقر او مركز اعمال الشركة

أقرت بعض التشريعات المقارنة ضابط الأداء المميز للمدين كأحد المعايير لتحديد القانون الواجب تطبيقه على العقد. بموجب هذا الضابط، يسري قانون دولة المدين الذي يتم تحديده وفقًا لمكان الأداء المميز للعقد. وبالنسبة لعقد عنوان الموقع الإلكتروني، يُطبق قانون الدولة التي يوجد بها مقر أو مركز شركة مزود الخدمة، باعتبارها الدولة التي يتم فيها الأداء المميز للعقد محل النزاع، يعتبر مكان أداء الالتزام الأساسي (مثل تقديم الخدمة أو تنفيذ العقد الإلكتروني) هو العامل الحاسم

---

[١] كمال كيحل، قانون العقد الدولي وأثره على مصلحة المستهلك، بحث مقدم للملتقى الوطني حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي الجزائر، ١٣ - ١٤ أبريل ٢٠٠٨، ص ٣٠٨.

في تحديد القانون الواجب تطبيقه على العقد، مما يعكس محاولة لربط العقد بالقانون الذي يتعلق فعليًا بتنفيذه[١].

تختلف عقود الاستهلاك، مثل تصميم المواقع الإلكترونية، عن غيرها من العقود في أنها لا تقوم على فكرة التوازن بين أطراف العقد، ففي هذه العقود، المستهلك يعتبر الطرف الضعيف أمام شركات التصميم واستضافة المواقع، إذ أن رضاء المستهلك في هذه الحالة غالبًا ما يكون غير مكتمل، حيث يقع تحت تأثير الإغراءات المتمثلة في العروض والدعاية والإعلانات المبالغ فيها، والتي قد تؤدي إلى اتخاذ قرارات تحت ضغط الإغراء الإعلامي الإلكتروني، استبعدت بعض التشريعات هذا الضابط (مثل ضابط الأداء المميز للمدين) في نطاق عقود الاستهلاك، نظرًا لأن هذه العقود غالبًا ما تكون متأثرة بممارسات تجارية قد تضع المستهلك في موقف ضعيف يفتقر إلى التوازن الضروري بين الأطراف.

ولهذا نصت المادة ١٢/٢ لتعليمات البيع عن بعد الصادر من البرلمان الأوربي ومجلس أوربا في عام ١٩٩٨ ، وكذلك المادة ١١/٣ من مشروع تعليمات الخدمات المالية المعدل على أنه للدولة العضو أن تتخذ التدابير لتضمن أن المستهلك لن يفقد الحماية المقررة عند الاتفاق على القانون الواجب التطبيق عبر الاتفاقيات التعاقدية عندما يعين الاتفاق قانون دولة غير الدول الأعضاء ليطبق على العقد، ومن ثم فإن المستهلك لا يملك فقد حقوق مقررة له بموجب التعليمات، ولذلك قدمت هذه التعليمات ومشروع تعليمات الخدمات المالية حماية أكثر من تلك المقررة في المادة ٥ من اتفاقية روما التي أقرت قانون إقامة المستهلك كقانون واجب التطبيق على العقد[٢].

اقترح مشروع تعليمات الخدمات المالية الأوروبي اقترح اعتبار موقع الإنترنت أو الخادم (Server) بمثابة تأسيس للشركة أو الوكالة، وفقًا للمفهوم المحدد في المادة ٥/٥ من اتفاقية بروكسل وصيغة لوجانو بشأن الاختصاص القضائي. لكن، في المقابل، أكدت المادة ٤/٢ من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق وتعليمات التجارة الإلكترونية الأوروبية أن موقع الإنترنت لا يمكن اعتباره بمثابة تأسيس لشركة، لا يمكن للشركة أن تتصرف على أنها تمتلك منطقة تسويق في دول الاتحاد الأوروبي لمجرد إنشاء خادم (Server) في إحدى دول الاتحاد، ويُظهر ذلك أن التأسيس القانوني والوجود الفعلي للشركة يجب أن يرتكز على مكان تنفيذ

---

(١) غالب علي الداودي حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٣، ص ٤٧.

(٢) يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، بحث منشور على الإنترنت انظر: https://forum.univbiskra.net/index.php?topic=4414.0

الأنشطة الاقتصادية الفعلية و التعليمات الفعلية للموقع، وليس فقط على الموقع الإلكتروني أو الخادم في حد ذاته[١].

ثالثا- محل ابرام العقد

يأتي ضابط مكان إبرام العقد بعد ضابط الموطن أو الجنسية المشتركة، ويُعمل به في حالة اختلاف الموطن أو الجنسية بين الأطراف، إلا أنه يعاب عليه عدم تعبيره بشكل كامل عن حقيقة مصالح الأطراف المرتبطة بالعقد، حيث قد لا يعكس حقيقة العلاقة الاقتصادية أو التجارية الفعلية بين الأطراف، يرى جانب من الفقه ضرورة إضافة عوامل أخرى إلى هذا الضابط، مثل أن يكون محل إبرام العقد هو ذاته محل تنفيذه أو مركز أعمال أحد المتعاقدين، هذا التعديل المقترح يسعى إلى تحقيق توازن أكبر بين الروابط الفعلية للعقد والأطراف المعنية، مما يساعد في تحديد القانون الواجب تطبيقه بشكل أكثر عدالة وواقعية[٢].

في ظل عدم ملاءمة قواعد الإسناد التقليدية وتعارضها مع البيئة الإلكترونية، ظهرت دعوة فقهية عالمية للبحث عن قواعد مادية يجب تطويرها في مجال التجارة الإلكترونية، فإن تبني قواعد بديلة لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية لا يعني بالضرورة إلغاء أو التخلي عن القواعد التقليدية، بل المقصود هو محاولة تطويع هذه القواعد وتعديلها لتصبح متوافقة مع المعطيات الإلكترونية الجديدة، وهو ما يتضح من خلال القواعد المادية الخاصة بالتجارة الإلكترونية، والتي يعد عنوان الموقع الإلكتروني جزءًا مهمًا منها، هذه الخطوة تهدف إلى ضمان أن تظل القواعد القانونية فعّالة وقادرة على معالجة التحديات الناتجة عن التجارة عبر الإنترنت، في الوقت الذي تسعى فيه إلى تكييف القواعد التقليدية مع البيئة الرقمية المتطورة[٣].

المطلب الثاني: القواعد المادية للتجارة الالكترونية

Physical rules for electronic commerce

تعرَّف القواعد المادية بأنها تلك القواعد التي تهدف إلى وضع تنظيم خاص ومستقل لبعض العلاقات القانونية ذات الطبيعة الدولية، بعيدًا عن تأثير القوانين الداخلية، كما تُعدّ هذه القواعد مجموعة من المبادئ والنظم المستمدة من مصادر متعددة تسهم باستمرار في تطوير البناء القانوني وتنظيم العلاقات بين الفاعلين في

---

[1] C.RIEFA, Article 5 of the Rome Convention on the law applicable to contractual Obligations of 19 June 1980 and Consumer E-contract, the need for reformer, University of Hertfordshire, Information and communications Technology Law, Volume 13, Issue 1, March 2004, P.65 .

[٢] المرجع نفسة، ص٤٢٠.

[٣] أحمد عبد الكريم سلامه، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت الذي نظمته كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٠ ، ص ٤٤.

التجارة الدولية. ولهذا، يرى بعض الفقهاء أن القواعد المادية تُعرّف بأنها مجموعة من الأحكام التي تقدّم حلولًا مباشرة وموضوعية للإشكاليات التي تنشأ عن العقود الدولية في مجال التجارة، مما يميزها عن قواعد الإسناد التي تعتمد عليها النظم الوطنية في إطار القانون الدولي الخاص[١].

وقد تعددت تسميات الفقه للقواعد المادية الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية فمنهم من أطلق عليها اصطلاح القانون الإلكتروني Lex Electronica أو قانون الاتصالات Lex Numérica أو القانون الافتراضي (Lex Virtual وهناك من أطلق عليها قانون الفضاء الافتراضي المشترك أو القانون السيبري Law Cyberspace[٢] .

يتضح مما سبق أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية قد تستند إلى ما اعتاد عليه المجتمع الإلكتروني من عادات وممارسات طورها المستخدمون، الحكومات، والهيئات ذات العلاقة، وقد ساهمت المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، مثل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وغرفة التجارة الدولية، في تطوير هذه القواعد بهدف وضع أطر قانونية جديدة تُسهِّل إبرام وتنفيذ عقود التجارة الإلكترونية، تهدف هذه الجهود إلى تعزيز الثقة بين الأطراف المختلفة، خاصة عند اعتماد قواعد موحدة دولية تُطبَّق مباشرة على عقود التجارة الإلكترونية، مما يميزها عن القوانين الوطنية وقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين[٣].

الفرع الاول: مصادر القانون الالكترونيElectronic law sources

حاول جانب من الفقه البحث عن مصادر هذا القانون، ولكن لابد وفرق بين المصادر ذات النشأة التلقائية الذاتية، والمصادر ذات النشأة الاتفاقية.

اولا- مصادر القانون الالكتروني ذات النشأة الذاتية:

نشأ هذا القانون من القواعد الخاصة بسلوك المهنيين على الإنترنت أثناء تعاملهم مع المستهلكين، ولهذا يمكن إجمال هذه المصادر في الآتي:

---

[١] عادل أبو هشيمة محمد حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة، ٢٠٠٤، ص٢٣١.

[٢] يوسف العلي، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين التي تتم على شبكة الإنترنت، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإليكترونية، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية الشرطة - دبي - الإمارات العربية، ٢٠٠٣، ٣٤٦.

[٣] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولي، ٢٠١٢ ، ص ٤٩٦.

١- الممارسات التعاقدية:
ينظم العقد المعاملات عبر الإنترنت، فالممارسات العقدية تعد من أهم المصادر الوضع قواعد نظامية لهذا القانون. ويمكننا تقسيم العقود المبرمة عبر الإنترنت إلى نوعين:
النوع الاول: يتمثل هذا النوع من العقود في الاتفاقات المبرمة بين مستخدمي الإنترنت الذين يسعون للحصول على خدمات ترفيهية أو علمية أو مالية، وبين الشركات أو المؤسسات أو الوكالات التي تقدم هذه الخدمات، كما يمكن أن تنعقد بين المستخدم للإنترنت وشركة تقدم خدمات ترويج لسلعته أو خدمته، وفي إطار هذه العقود، يلتزم مقدم خدمة الاشتراك عادةً بعدم السماح بالوصول إلى مواقع تحتوي على مواد إباحية أو غير مشروعة، يُسهم هذا النمط من العقود في إرساء مجموعة من القيم والعادات الاتفاقية التي تُنظم سلوكيات المجتمع الافتراضي وتُعزز من قواعده الأخلاقية والقانونية[١].
النوع الثاني: يتجسد هذا النوع من العقود في الاتفاقات التي تُبرم بين مقدم الخدمة الذي يرغب في عرض بيانات أو معلومات أو تسهيلها عبر صفحة إلكترونية، وبين مقدم خدمة الموقع الذي يستضيف هذه البيانات عبر الخادم (Server)، يلتزم مقدم الخدمة عبر الخادم بتنظيم المواد على الموقع والعمل على تطوير التقنيات اللازمة لتحميلها وضمان وصولها بشكل فعّال. كما يمكن له استخدام أدوات مثل برامج "القوائم السوداء" لمنع الوصول إلى مواقع غير مرغوب فيها، أو "القوائم البيضاء" التي تسمح بالوصول إلى مواقع محددة فقط. وعلى الرغم من ذلك، تتمتع هذه المواقع ومستخدميها بمستوى عالٍ من السرية، وتتحمل هذه المواقع مسؤولية توعية المستخدمين بوجود مثل هذه البرامج، وتنبيههم لتجنب الوصول إلى المواقع المحظورة وغير المصرح بها[٢].

٢- السلوك الشخصي:
يقصد بالإطار العام لسلوك المتعاملين عبر الإنترنت أن يتحمل كل فرد مسئوليته عن اختياراته للمواقع التي يتصفحها، بحيث يكون على دراية بعواقب أفعاله، ويمكن القول إن هذا الإطار السلوكي العام قد ساهم في تشكيل قواعد القانون الإلكتروني، حيث أفرز أعرافًا وممارسات مهنية تعكس طبيعة التفاعل عبر الشبكة، ورغم أن هذه القواعد ذات طبيعة رضائية، إلا أنها توفر حماية خاصة للمستهلك، كما تتميز بقدرتها على التكيف السريع مع احتياجات المعاملات الإلكترونية، نظرًا لارتباطها الوثيق بسلوك المستخدمين عبر الإنترنت، وهذا على

---

[١] أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٠.
[٢] هذا النوع من البرامج يسمح بتصفح بعض المواقع وبجلبها يوجد مجموعة من البرامج التي تتيح للمتصفح معرفة هذه المواقع TRUDEL(P.), Op.Cit., P.535.

العكس من القواعد الوطنية التي غالبًا ما تواجه عقبات تعيق تطورها، مما يجعلها أقل قدرة على مواكبة التغيرات السريعة في المجال الفني والتكنولوجي لشبكة الإنترنت[١].

٣- التنظيم الذاتي:

تتمثل هذه القواعد في قيام مجموعة من الأشخاص الذين يمارسون نشاطًا مهنيًا مشتركًا، مثل تصميم المواقع الإلكترونية، بوضع مجموعة من الضوابط التي تنظم العلاقات التعاقدية بينهم، تهدف هذه القواعد إلى توضيح الالتزامات المتبادلة بينهم، سواء فيما يتعلق بآليات العمل أو حقوق وواجبات الأطراف، مما يُسهم في تحقيق التوازن والاستقرار في التعاملات المهنية داخل هذا المجال[٢].

ثانيا- القانون الالكتروني ذات النشأة الاتفاقية الدولية:

تعد الاتفاقيات الدولية من أهم مصادر حل مشكلة تنازع القوانين بوصفها مصدرًا من مصادر القانون الموضوعي للقانون الدولي الخاص، ومع ذلك مازالت قواعد القانون الإلكتروني بعيدة عن مجال الاتفاقيات الدولية فعلى حد قول البعض لم يتجاوز عددها عدد أصابع اليد الواحدة، ومن أهم الاتفاقيات في هذا المجال مجموعة التوجيهات الأوربية التي أرست مجموعة من القواعد والمبادئ المهمة ومن بينها:[٣]

١ - مبدأ حماية الحياة الخاصة.

٢ - مبدأ المسئولية المتبادلة بين المتعاملين عبر الإنترنت .

٣- مبدأ الشفافية.

٤- مبدأ حماية الصغار وعدم استغلالهم جنسيا.

٥- مبدأ عدم التمييز العنصري.

يظل هذا التنظيم إقليميًا بحتًا، مقتصرًا على حدود دول الاتحاد الأوروبي. رغم ذلك، يمكن أن يشكل مرجعية للمشرع الوطني في الدول غير الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، كما تشير إليه الدراسات المقارنة، يُعد هذا التنظيم أساسًا للتعديلات التشريعية في دول الاتحاد الأوروبي، فالاتفاقيات والتوجيهات الأوروبية تشكل الأساس لما يُعرف بالقانون الأوروبي، الذي يحدد الإطار القانوني الذي ينظم الأنشطة ضمن الاتحاد[٤].

---

(١) أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤١.

(2)TRUDEL(P.), Op. Cit., P.562.

(٣) أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٤.

(4)VIGNEAU(V.), Op.Cit., P.203.

الفرع الثاني: خصائص القانون الالكتروني

Characteristics of electronic law

فرضت سرعة المعاملات عبر الإنترنت وما تحتاجه من سرية ومرونة وسرعة في تعديل قواعده لمواءمة المعاملات الإلكترونية سمات وخصائص خاصة بهذا القانون، والتي يمكن إجمالها في الآتي:

اولا- قانون طائفي ونوعي:

تتمثل السمات الأساسية لهذا القانون في استهدافه فئة معينة من المتعاملين، وهم مستخدمو الإنترنت، متصفحوه، ومقدمو الخدمات، سعى هذا القانون إلى خلق إطار تشريعي مخصص للفصل في المعاملات وحكم التعاقدات التي تتم عبر الإنترنت. وبالتالي، يمكن اعتباره قانونًا طائفيًا، حيث يخاطب فئة معينة من الأفراد، كما أن هذا القانون يُعتبر نوعيًا، لأنه يقتصر على تنظيم المعاملات والتعاقدات الإلكترونية دون غيرها، بالإضافة إلى تنظيم وسائل الدعاية الإلكترونية وحجية المراسلات الإلكترونية، ولا يقتصر دوره على وضع القواعد القانونية، بل يمتد إلى الفصل في هذه المعاملات عبر شبكة الإنترنت، من خلال المحاكم والقضاة الافتراضيين، تظل قواعده وأحكامه متسمّة بطابع رضائي يعتمد على إرادة أطراف المعاملات الإلكترونية[١].

ثانيا- قانون تلقائي النشأة:

يعد القانون الإلكتروني - كما بينا سابقا - نتاج جهود المتعاملين عبر الشبكة كشفت عنه ممارساتهم وأعرافهم الإلكترونية، وكذلك سلوكهم الشخصي، وربما كان لهذه التلقائية مزايا من عدة أوجه:[٢]

١ - أنه يتوافق مع توقعات المتعاملين عبر الإنترنت، فأساسه معاملاتهم وممارساتهم وعاداتهم، فهو يبعدهم عن التشريعات الوطنية التقليدية التي لا تتفق مع معاملاتهم في العالم الافتراضي.

٢- مرونة هذا القانون، فقواعده واقعية تعكس حاجات المتعاملين عبر شبكة الإنترنت وتواكب المؤثرات التكنولوجية والاقتصادية وحتى السياسية التي تصادفهم أثناء معاملاتهم عبر الإنترنت.

ثالثا- قانون دولي(عابر للحدود الجغرافية):

إن الطبيعة الخاصة لشبكة الإنترنت، وما أحدثته من عالم افتراضي، كان لابد أن يؤثر في القواعد التي تنظم المعاملات التي تتم عبرها، فالإنترنت هو فضاء لا يخضع لسلطة واحدة، بل هو فضاء مفتوح لكل من يتصفح الشبكة، حيث يمكن

---

[١] أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٧.

[٢] المرجع نفسة، ص٥١.

لكل فرد أن يحمل معه هذا العالم إلى داخل بلاده عبر جهاز الكمبيوتر الخاص به، لم يكن مستغربًا أن يتسم القانون الذي ينظم المعاملات عبر الإنترنت بالطابع الدولي، إذ ترتبط هذه المعاملات في الغالب بعدة دول في وقت واحد، مما يمنحها الصفة الدولية[١].

رابعا- قانون مادي او موضوعي:

تعتمد قواعد الإسناد في الأساس على تحديد القانون الداخلي الذي يحكم النزاع، حيث تشير فقط إلى القانون الواجب التطبيق ولا تضع حلولًا موضوعية مباشرة للنزاع، تقوم القواعد المادية الإلكترونية بتقديم حلول موضوعية مباشرة للمعاملات الإلكترونية، دون الحاجة إلى الإحالة إلى قوانين أو قواعد أخرى، فالأعراف والعادات والسلوكيات الشخصية، إلى جانب الممارسات العملية، تضع حلولًا تنظيمية وموضوعية تنظم المعاملات والتعاقدات الإلكترونية، ورغم ذلك، تظل هذه القواعد بحاجة إلى تنظيم وتبويب بشكل دقيق، بالإضافة إلى سد الثغرات التي قد تعتريها، لكي تتمكن من الفصل في المعاملات الإلكترونية بطريقة صحيحة وفعّالة[٢].

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على المسئولية التقصيرية عن الأضرار المتصلة بعنوان الموقع الإلكتروني

The law applicable to tort liability for damages related to the website address

وفي ظل غياب نصوص تشريعية واضحة تنظم المسئولية التقصيرية الناتجة عن عناوين المواقع الإلكترونية، يُمكن للقاضي أن يعتمد على قواعد التنازع الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق. هذه القواعد تعتمد عادة على عدة معايير، مثل مكان وقوع الضرر، أو موطن المدعى عليه، أو المكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد في بعض الحالات الخاصة. ولكن بما أن عناوين المواقع الإلكترونية تتسم بالطابع الدولي، حيث يمكن أن تتداخل مع قوانين دول متعددة، يصبح من الضروري أن تستند القواعد القانونية إلى إطار أوسع، من هنا تأتي أهمية القواعد المادية الدولية، التي تهدف إلى تنظيم المعاملات الإلكترونية عبر الحدود، وبالتالي توفر الإطار الذي يمكن من خلاله تحديد القانون الواجب التطبيق على المسئولية التقصيرية المتعلقة بعناوين المواقع الإلكترونية، هذه القواعد تقدم حلولًا موضوعية مباشرة للمعاملات التي تتم عبر الإنترنت، مما يعزز من الاستقرار القانوني ويقلل من

---

[١] أحمد محمد أمين الهواري، المسئولية التقصيرية الناجمة عن جرائم تقنية المعلومات في القانون الدولي الخاص، ندوة جرائم تقنية المعلومات في ظل القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٠ ، ص ١٢٧.

[٢] عادل أبو هشيمه، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ ، ص ٣٤١.

التنازع بين الأنظمة القانونية المختلفة، ينبغي توجيه النظر إلى هذه القواعد عند مواجهة نزاعات متعلقة بالمسئولية التقصيرية الناشئة عن استخدام أو ملكية عناوين المواقع الإلكترونية. لذلك سنتناول هذا المبحث على النحو الاتي:

المطلب الاول: القانون الواجب التطبيق على ضوء قواعد التنازع الوطنية.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على ضوء القواعد المادية.

المطلب الاول: القانون الواجب التطبيق على ضوء قواعد التنازع الوطنية

The applicable law in light of national conflict rules

حرصت التشريعات المقارنة والقانون العراقي على وضع ضابط إسناد خاص بالالتزامات غير التعاقدية، حيث تشير إلى تطبيق قانون دولة نشوء الفعل الضار (القانون المحلي)، اختلف الفقه في تفسير هذا الضابط؛ فبعض الفقهاء يرون أن المقصود هو تطبيق قانون دولة وقوع الفعل الضار، بينما يذهب آخرون إلى أن القانون المعني هو قانون دولة تحقق الضرر الناشئ عن الفعل الضار، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، حيث نجد بعض التشريعات تنص على تطبيق القانون الشخصي للمضرور أو قانون دولة طلب الحماية، مما يضيف بعدًا إضافيًا في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالات الضرر الناتج عن أفعال غير تعاقدية، سنتناول هذا المطلب على النحو الاتي:

الفرع الاول: تطبيق قانون دولة وقوع الفعل الضار القانون المحلي

تنص المادة ١/٢٥ من القانون المدني العراقي علي أنه" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه"، وفقا لنص المادة السابقة نجد أنه أشارت إلي ضابط إسناد مفاده تطبيق قانون دولة حدوث الواقعة المنشئة للالتزام (القانون المحلي).

وتشترط جميع التشريعات السابقة أن يكون الفعل الضار سبب دعوى المسئولية غير مشروع في كل من قانون الدولة التي وقع الفعل المنشئ للالتزام وقانون دولة القاضي الذي ينظر دعوى المسئولية، بحيث أنه إذا كان العمل المنشئ للالتزام غير مشروع وفقا لقانون محل وقوعه، ولكن مشروع في قانون القاضي فلا تنعقد المسئولية عنه، وقد سار على هذا النسق المشرع المصري حيث نص في المادة ٢١/٢ من التقنين المدني على عدم تطبيق قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام " على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه"[١].

---

[١] أحمد محمد أمين الهواري، مرجع سابق، ص ١٣٩.

واجه تطبيق القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية صعوبات تقليدية، أبرزها توزيع عناصر العمل غير المشروع بين أكثر من دولة، فقد يقع الفعل الضار في دولة معينة بينما يتحقق الضرر الناتج عنه في دولة أخرى، أمام هذا التحدي، تبنى بعض الفقهاء وجهة نظر مفادها أن قانون مكان ارتكاب الفعل الضار هو القانون الواجب التطبيق، لعدة أسباب، أولاً، يُعتبر الخطأ أساس المسئولية المدنية، بينما يُنظر إلى الضرر على أنه نتيجة لهذا الخطأ، ويجب تقدير الخطأ وفقًا لقانون الدولة التي وقع فيها. ثانيًا، تهدف القواعد التي تنظم الأفعال غير المشروعة إلى حماية المجتمع وضمان سلامته، وهو ما يدخل في نطاق قواعد الأمن المدني للدولة، فإن ارتكاب الفعل الضار يُعد خرقًا لهذه القواعد، مما يستدعي تطبيق قانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار لضمان تحقيق العدالة وحماية النظام الاجتماعي[١].

الفرع الثاني: تطبيق قانون دولة تحقق الضرر

تبنى جانب من الفقهاء وجهة نظر تدعو إلى تطبيق قانون محل وقوع الضرر عند تحديد القانون الواجب التطبيق على المسئولية التقصيرية، ويستند هذا الاتجاه إلى أن الضرر يُعد العنصر الجوهري في تحقق المسئولية، إذ أن الغاية الأساسية منها هي تعويض المضرور، وليس معاقبة الفاعل، تُعتبر المسئولية التقصيرية قائمة على وجود ضرر فعلي، بحيث لا يمكن أن تنشأ هذه المسئولية من دون تحقق الضرر، في حين يمكن أن تتحقق في غياب الخطأ، كما يُضاف إلى ذلك أن التعويض عن الضرر يتحدد وفقًا لقانون مكان تحقق الضرر، والذي غالبًا ما يكون مكان إقامة المضرور، يُعتبر تطبيق قانون محل وقوع الضرر منسجمًا مع الهدف الرئيسي للمسئولية التقصيرية، وهو ضمان حصول المضرور على تعويض عادل يتماشى مع القانون الذي يتصل بشكل مباشر بحالة الضرر وآثاره[٢].

يرى جانب من الفقهاء أن ضابط قانون محل وقوع الضرر يمكن تطبيقه بشكل فعّال في مجال المسئولية التقصيرية المتعلقة بالإنترنت، نظرًا لما يتمتع به هذا الضابط من مرونة تتيح للقاضي سهولة تحديد القانون الواجب التطبيق، وتتمثل هذه المرونة في أن الضرر غالبًا ما يكون العنصر الأكثر وضوحًا وتحديدًا في النزاعات، مما يسهل ربطه بقانون الدولة التي تحقق فيها، وقد تبنّى القضاء هذا الاتجاه بالفعل في بعض القضايا، مثل الاعتداء على العلامات التجارية عبر الإنترنت، وكذلك التسجيل بسوء نية لعناوين المواقع الإلكترونية، في هذه الحالات، اعتمد القضاء على قانون محل وقوع الضرر لتحديد المسؤولية وتقديم

---

[١] حسن الهداوي و غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، بدون دار نشر، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٥ ، ص ٦٢ .

[٢] سامي بديع منصور و عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية بيروت، بدون سنة نشر، ص٣٥٧.

الحماية للطرف المضرور، باعتبار أن الضرر غالبًا ما يتجسد في مكان إقامة المضرور أو المكان الذي تتأثر فيه حقوقه بشكل مباشر[١].
ان تطبيق القانون الشخصي للمضرور، يثير العالم الافتراضي المتمثل في شبكة الإنترنت مشكلة أنه عالم بلا حدود ولا سيادة دولية، وبالتالي يستلزم تطبيق قواعد تنازع تتناسب مع خصوصية المكان الذي يقع فيه العمل الإلكتروني غير المشرع. ولهذا ظهر اتجاه يدعو إلى تطبيق قانون الجنسية، ويكون الضابط المعتمد في حالة حصول الفعل الضار في تلك المناطق وهو ضابط الجنسية، لكن تطبيقات هذا الضابط اختلفت من نظام قانوني لأخر، مثال ذلك، لو وقع عمل ضار على ظهر سفينة في البحر العالي، يشير المبدأ الراجح إلى تطبيق قانون جنسية السفينة مثلاً.
ومن هنا يأتي السؤال المهم ما هو المقصود بالجنسية في العالم الافتراضي فهل هو جنسية صاحب الموقع الإلكتروني أم جنسية الشخص المسئول عنه أي مصمم الموقع أو مزود الخدمة؟ فقد تثور صعوبة في معرفة مكان عنوان الموقع الإلكتروني لكن بالإمكان معرفة المسئول عنها، ومضمون ذلك تطبيق قانون جنسية المسئول عن الموقع الإلكتروني.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على ضوء القواعد المادية

Applicable law in light of material rules

ينبغي التأكيد في البداية على أنه، لا توجد اتفاقية دولية شاملة تتضمن قواعد مادية تعالج جميع مسائل التجارة الإلكترونية، فما هو متاح حاليًا لا يتجاوز كونه مجموعة من القوانين النموذجية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) بشأن التجارة الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية، توجد مجموعة من التوجيهات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي التي تتناول موضوعات محددة، مثل حماية البيانات الشخصية، قواعد البيانات، الإطار المشترك للتوقيعات الإلكترونية، والتوجيه المعروف باسم "الجوانب القانونية للخدمات الإلكترونية"، والمعروف أيضًا بتوجيه التجارة الإلكترونية الصادر في عام ٢٠٠٠، ورغم الجهود المبذولة على الصعيد الدولي لتنظيم التجارة الإلكترونية من خلال وضع قواعد قانونية موحدة، فإن مسألة المسئولية التقصيرية المتعلقة بعناوين المواقع الإلكترونية لم تحظ بالاهتمام الكافي، ويظل هذا المجال يفتقر إلى تنظيم قانوني دولي موحد يعالج القضايا المرتبطة بالنزاعات الناشئة عن استخدام عناوين المواقع أو التعدي عليها، مما يترك فراغًا قانونيًا يتطلب معالجة مستقبلية لضمان حماية الحقوق وتنظيم التعاملات الإلكترونية بشكل شامل[٢].

---

[1] D.COOK, P.R., P.1250.

[٢] وإن كان المجتمع الدولي يكشف عن وجود مساعي لإصدار اتفاقية دولية خاصة بتنظيم المسائل المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، لمزيد من التفصيل راجع: P.POLANSKI, International Electronic Contracting in the

يضاف لذلك ضابط جديد في تحديد القانون الواجب التطبيق على جميع الالتزامات غير التعاقدية هي إرساء مبدأ سلطان الإرادة، وحق أطراف النزاع في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بالمسئولية التقصيرية[١].

ولهذا سنحاول أن نعرض للضوابط التي حاول التوجيه الأوربي وضعها لتحكم الالتزامات غير التعاقدية ومن بينها بطبيعة الحال المسئولية التقصيرية الناجمة عن عنوان الموقع الإلكتروني.

الفرع الاول: **تطبيق قانون الارادة**

يجيز التوجيه الأوروبي للأطراف المتنازعة اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة عن المسئولية التقصيرية، لكنه يضع شروطًا لضمان تحقيق العدالة وحماية الأطراف المتعاقدة، من بين هذه الشروط أن يكون الاتفاق على القانون الواجب التطبيق صريحًا وواضحًا، وأن لا يؤدي هذا الاختيار إلى التأثير سلبًا على حقوق الأطراف الأخرى[٢].

وهذا الضابط قد يكون مناسبًا في الدعاوي المتعلقة بعنوان الموقع الإلكتروني التي قد يكون قد سبق فيها اللجوء لمنظمة الأيكان لاتخاذ الإجراء الإداري، ومن ثم المجال رحب أمام أطراف الدعوي لتحديد القانون الواجب التطبيق.

ان تطبيق قانون دولة وقوع الضرر، يظهر هذا الضابط في حال عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعهم، حيث يقتضي تطبيق قانون الدولة التي وقع فيها الضرر فعليًا، دون اعتبار للدولة أو الدول التي وقع فيها الفعل الضار، أو للدولة التي ظهرت فيها النتائج غير المباشرة لهذا الفعل.

إلا أن هذا التوجيه لم يقدم حلاً قانونيًا للمواقف التي يتسبب فيها فعل واحد في إلحاق الضرر بنفس الشخص في أكثر من دولة، وهو ما يتجلى في منازعات عنوان الموقع الإلكتروني، ومع ذلك، إذا تبين من الظروف وجود رابطة موضوعية أقوى بقانون دولة أخرى، وكان هناك غياب للارتباط الجوهري بين الالتزام غير التعاقدي ودولة وقوع الضرر، فيُعتبر قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق، وقد تتجسد هذه الرابطة في وجود علاقة تعاقدية سابقة بين الأطراف، مثل العقد المرتبط بالفعل الضار[٣].

Newest UN Convention, Journal of International Commercial Law and Technology, Volume 2, Issue 3, 2007, P.115

[١] المادة ١٤ من اللائحة (EC) رقم ٢٠٠٧/٨٦٤ للبرلمان الأوروبي والمجلس بتاريخ ١١ يوليو ٢٠٠٧ بشأن القانون المنطبق على الالتزامات غير التعاقدية (روما الثانية) "١. يجوز للأطراف الاتفاق على إخضاع الالتزامات غير التعاقدية للقانون الذي يختارونه: (أ) بموجب اتفاقية تُبرم بعد وقوع الحدث المسبب للضرر؛ أو (ب) إذا كان جميع الأطراف يمارسون نشاطًا تجاريًا، فبموجب اتفاقية يتم التفاوض عليها بحرية قبل وقوع الحدث المسبب للضرر".

[2] F.WANG, P.R., P.57.

[3] M.BRKAN, P.R., P.336.

الفرع الثاني: تطبيق القانون الاوثق صلة

يذهب هذا الاتجاه في التوجيه الأوروبي بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، حيث تشير المادة الرابعة من التوجيه إلى ضرورة تطبيق القانون الأقرب اتصالًا بالنزاع في حال عدم تطبيق قانون الدولة التي وقع فيها الضرر كضابط أول لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، وهذا ينطبق بشكل خاص على المنازعات الناشئة عن عنوان الموقع الإلكتروني، حيث يصعب ربطها باختصاص أو سيادة دولة معينة[١].

يمكن القول إن هذا الضابط يُعدّ مناسباً لتسوية المنازعات المتعلقة بعناوين المواقع الإلكترونية، وكذلك ما قد ينشأ عنها من مسؤولية تقصيرية، ففي الحالات التي لا تكون فيها هناك صلة واضحة ومحددة بدولة بعينها، أو في حال وجود ارتباط بعدة دول، فإن القانون الواجب التطبيق يكون هو القانون الذي تُعدّ صلته بالقضية هي الأوثق، وتُناط مهمة تحديد مدى وثاقة هذه الصلة بالقاضي المختص، والذي يستند في قراره إلى جملة من الضوابط والعوامل الموضوعية المستمدة من طبيعة النزاع وظروفه، وذلك بما يتوافق مع الوقائع المعروضة أمامه في القضية.

يتعيّن علينا أن نوضح بأن القانون الواجب التطبيق، وفقاً للضوابط التي أقرها التوجيه الأوروبي، هو الذي يتولى تنظيم مختلف الجوانب المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، سواء من حيث أركانها أو آثارها القانونية. فهذا القانون هو الذي يُعتمد عليه في تحديد مفهوم الخطأ وما يتفرع عنه من عناصر أساسية، فضلاً عن تصنيفه لأنواع الخطأ المختلفة، سواء كان خطأً عمدياً أو غير عمدي. كما يُرجع إليه في تحديد الحالات التي تنتفي فيها المسؤولية، كحالة الضرورة مثلاً، والتي قد تُعفي الفاعل من المسؤولية إذا توافرت شروطها القانونية، فإن القانون المختص هو الذي يحكم كافة المسائل المتعلقة بالضرر الناجم عن الخطأ، بما في ذلك تحديد طبيعة الضرر وشروط تحققه، وكذلك تحديد من هو الشخص الذي يحق له إقامة دعوى المطالبة بالتعويض، ومن هو الشخص الذي يجوز الرجوع عليه في حال تعدد المسؤولين عن الضرر. كما يختص هذا القانون ببيان الوضع القانوني للمسؤولية في حال توجيه الدعوى إلى ممثلي الأشخاص المعنوية، بالإضافة إلى تحديد من له الصفة في مباشرة الدعوى إذا انتقل الالتزام بالتعويض إلى الخلف العام[٣٧].

---

[١] طوني ميشال عيسي، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت دارسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولي، ٢٠٠١، ص١٣٤.

[٣٧] المرجع نفسة، ص١٧٤.

الخاتمة

وفي نهاية البحث توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات نلخصها على النحو الاتي:

اولا: النتائج

١- نتيجة للمستوى العالمي للإنترنت، فإن المنازعات القانونية المرتبطة بالمواقع الإلكترونية غالبًا ما تكون معقدة بسبب تعدد القوانين التي قد تطبق على النزاع.

٢- تزداد التحديات التقنية المتعلقة بكيفية تطبيق القوانين على الأنشطة التي تتم عبر الإنترنت، بما في ذلك تحديد نطاق القوانين وحماية خصوصية الأفراد في بيئة رقمية دولية.

٣- يمكن أن تساهم الجهود الدولية في إنشاء إطار قانوني موحد يتعلق بالمواقع الإلكترونية، مثل ما يحدث في بعض الاتفاقيات الدولية التي تنظم التجارة الإلكترونية وحماية البيانات، هذا سيساهم في تقليل التحديات القانونية التي تواجه الأطراف في المنازعات عبر الإنترنت.

٤- ينبغي للمشرع العراقي أن يضع تشريعات حديثة تنظم المعاملات الإلكترونية، بما في ذلك تحديد القوانين الواجب تطبيقها في حالة المنازعات عبر الإنترنت، مع ضمان حماية البيانات الشخصية للأفراد، يتعين أيضًا تحديد الآليات القانونية التي تعالج التحديات الناتجة عن تعدد الأنظمة القانونية بين الدول، وإقرار آليات تحكيم دولية لحل النزاعات بشكل سريع وفعّال.

ثانيا: التوصيات

١- يجب على المشرع العراقي وضع إطار قانوني يحدد بوضوح القانون الذي يجب تطبيقه في المنازعات الإلكترونية الدولية، خاصة في الحالات التي يكون فيها أطراف النزاع في دول مختلفة. يمكن الاستناد إلى المبادئ الدولية مثل "مكان الإقامة" أو "مكان وقوع الفعل الضار" لتحديد القانون الواجب التطبيق.

٢- نأمل من المشرع العراقي ان ينظم العلاقات والتعاملات التي تنشأ عن طريق الانترنت بتنظيمها تنظيما اكثر اتساعا رغم وجود قانون التوقيع الالكتروني العراقي الا ان هناك جهل وعدم تطبيق خاصة في حماية المستهلك الالكتروني.

٣- نوصي بتشجيع التعاون بين العراق والدول الأخرى في مجالات التنظيم القانوني للإنترنت، والتفاوض على اتفاقيات دولية تشمل المسائل المتعلقة بالمواقع الإلكترونية وحل المنازعات المرتبطة بها.

٤- نظراً لأهمية حماية خصوصية الأفراد في بيئة الإنترنت، يُنصح بإقرار قانون لحماية البيانات الشخصية يحدد كيفية جمع واستخدام البيانات من قبل المواقع الإلكترونية والشركات، يجب أن يتضمن القانون آليات رقابية وعقوبات صارمة على انتهاكات الخصوصية.

المراجع

اولا: المراجع العربية:

I- احمد عبد الكريم سلامه، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولاً ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولي، ١٩٩٦.

II- حسن الهداوي و غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، بدون دار نشر، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٥.

III- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولي، ٢٠١٢.

IV- سامي بديع منصور و عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية بيروت، بدون سنة نشر.

V- صالح المنزلاوي، القانون الواجب على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ٢٠٠٨.

VI- طوني ميشال عيسي، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت دارسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولي، ٢٠٠١.

VII- عادل أبو هشيمه، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

VIII- عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، مطبعة جامعة المنصورة، المنصورة، ٢٠١٨.

IX- غالب علي الداودي حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٣.

X - هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠١.

ثانيا: البحوث:

I- أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، ص ١٨ ، البحث منشور على الإنترنت على الموقع: http://www.arblawinfo.com

II- احمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت الذي نظمته كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٠.

III- توفيق شهبور، مسائل قانونية خاصة بالتجارة الإلكترونية، مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد ٢٠٢٤ ، المجلد ١٩ ، أغسطس ١٩٩٩.

IV- أحمد محمد أمين الهواري، المسئولية التقصيرية الناجمة عن جرائم تقنية المعلومات في القانون الدولي الخاص، ندوة جرائم تقنية المعلومات في ظل القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٠.

V- كمال كيحل، قانون العقد الدولي وأثره على مصلحة المستهلك، بحث مقدم للملتقى الوطني حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي الجزائر، ١٣ - ١٤ أبريل ٢٠٠٨.

VI- يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، بحث منشور على الإنترنت انظر: https://forum.univbiskra.net/index.php?topic=4414.0

VII- طه العبيدي، العقد الإلكتروني بين المهنيين في القانون التونسي، ٢٠٠٥ ، ص ٢٣، منشور على الإنترنت:

https://www.arblaws.com/board/archive/index.php/t-4712.html

VIII- يوسفي نور الدين و بروك إلياس، تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المفكر، العدد ١٣ ، ٢٠١٦.
ثالثا: القوانين:
I- القانون المدني المصري رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.
II- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
III- قانون التوقيع الالكتروني العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢.
رابعا: المواقع الالكترونية:
http://ssrn.com/abstract=921842
http://www.elj.warwick.ac.uk
http://interjurisnet.eu/html/dip/civ1_25_05_48.pdf

المعالجة التشريعية لحق المتهم في الاستعانة بمحامي

(دراسة في ضوء اجراءات التحري وجمع الادلة)

Legislative Treatment of the Accused's Right to Legal Assistance

(A Study in Light of Investigation and Evidence Gathering Procedures)

م. م هبه جاسم محمد
جامعة ميسان - كلية العلوم السياسية

م. م مؤيد كريم حسان
جامعة ميسان — كلية الهندسة

الملخص :

يعد حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء الإجراءات الجنائية السابقة على محاكمته من الضمانات التي تكفل عدم اعترافه بطرق ووسائل قسرية أو غير طوعية، وهذا الحق ثابت لدى أغلب التشريعات القانونية، فالأصل في الأنسان البراءة ومن ثم فإن من حقه التمتع بحريته وكافة الحقوق التي ينص عليها القانون.

ومن المراحل التي اختلفت القوانين في مدى إمكانية الاستعانة بمحام فيها هي مرحلة التحري وجمع الأدلة، وهي المرحلة التي يبدأ فيها وضع التصور الأولي للجريمة التي يتم بصددها التحري، وعلى الرغم من خطورة هذه المرحلة ودقتها كونها تكون الأساس لبقية المراحل إلا أن القانون العراقي لم ينص عليها، كما هو الحال لكثير من القوانين الأخرى،.

لذا فإن الاعتراف بحق المتهم في توكيل محام بهذه المرحلة يشكل دعامة قوية من دعامات حقوق الأنسان، ومن ثم نهدف في هذا البحث إلى معرفة مدى أحقية المتهم في الاستعانة بمحام في ظل النصوص الموجودة في القوانين العراقية، والاطلاع على بقية القوانين العربية والغربية .

Abstract

The right of the accused to seek assistance from a lawyer during the criminal proceedings prior to his trial is one of the guarantees that guarantees that he will not confess through coercive or involuntary

means. This right is established in most legal legislation. The principle of human beings is innocence, and therefore he has the right to enjoy his freedom and all the rights stipulated by the law.

Among the stages in which laws differed in the extent to which it is possible to seek the assistance of a lawyer is the stage of investigation and evidence gathering, which is the stage in which the initial conception of the crime being investigated begins. Despite the seriousness and accuracy of this stage, as it is the basis for the rest of the stages, Iraqi law does not stipulate it. As is the case for many other laws،

Other laws.

Therefore, recognizing the right of the accused to hire a lawyer at this stage constitutes a strong pillar of human rights, and therefore we aim in this research to know the extent of the accused's right to hire a lawyer in light of the provisions in Iraqi laws, and to review the rest of the Arab and Western laws.

المقدمة :

منح الله عز وجل للإنسان أغلى ما قد يمتلكه وهي الحرية، الأمر الذي حثت عليه كل الشرائع السماوية (الاسلامية، اليهودية، المسيحية) إذ كفلت الحرية الفردية للإنسان فكلما تم كفالة هذه الحرية من خلال الضمانات تقدم المجتمع وارتقى نحو الافضل وذلك بتحقيق العدل والعكس اي انتهاك لتلك الحرية تأرجحت ثقة الفرد في المجتمع وأضطرب كيانه وباضطراب كيان الانسان يضطرب كيان المجتمع والامة.

فمن الجوانب الأساسية التي تكفل تحقيق المحاكمة العادلة وتوفر الحماية والضمانة لحقوق الأفراد داخل نظام العدالة الجنائية هو أن يكون للمتهم الحق في الاستعانة بمحام، لذا تعد مرحلة التحري وجمع الأدلة من أهم مراحل العدالة الجنائية، إذ يتعين على الجهات القضائية والأمنية ضمان توفير العدالة وحقوق الأفراد، وابرز هذه الحقوق هي "حق المتهم في الاستعانة بمحامي".

أن من شأن الأعتراف والاقرار بحق المتهم بالاستعانة بمحام أن يعكس مبدأ العدالة والتوازن بين الجانبين في النظم الجنائية، وهو ما أقرته بنص صريح العديد من المعاهدات التي تعنى بحقوق الأنسان، من بينها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، كما أن من شأن النص على حق المتهم في الاستعانة بمحام أن يحقق التوازن بين الدولة كطرف قوي والمتهم كطرف أقل قوة وحمايته من احتمالية عدم نزاهة محاكمته، وإن فهم مدى أهمية هذا الحق وتأثيره على سير التحقيق وجمع الأدلة يتطلب دراسة دقيقة للإطار القانوني والتطورات التي شهدها هذا الحق على مر الزمن.