



الجانب التشريعي والقضائي
في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية
ودوره في دعم التعاملات والتجارة الإلكترونية

إعداد

د. سليمان بن محمد الشدي

عضو الدائرة الإدارية الخامسة
المملكة العربية السعودية

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد،
يُعدُّ إيجاد بيئة نظامية للاستثمار عموماً أمراً في غاية الأهمية، ويتأكد ذلك متى ما كان محل الاستثمار المعلومات والبيانات والبرمجيات والتجارة الإلكترونية، وذلك لما تجلبه هذه المظلة القانونية من توفير الثقة والحماية والخصوصية اللازمة لمثل هذا النوع من التجارة والاستثمار ومن جلب لرؤوس الأموال للاستثمار بما يعود بالنفع العام على الوطن والمواطن بنقل التقنية العلمية للوطن ونقل الحاضنات التكنولوجية إليها وتعرف المواطن عليها والعمل فيها بما يعود بالنفع عليه علمياً وخدمياً ومادياً.

هذه التجارة الإلكترونية والاستثمار فيها لا يمكن أن تنشأ في فراغ قانوني دون إقرارها وضبطها بقانون يبيِّن قواعد إبرامها وقواعد إثباتها وقواعد تنفيذها وانتهائها والمسؤولية المترتبة على الالتزام بعقدها والقانون المطبق عليها،





د. سليمان بن محمد

وجهات النفاذي المختصة بنظر المنازعات حولها فكان من الضروري وجود قواعد قانونية لأحكام المسائل السابقة ، وهذا ما سعت إليه الأجهزة الرسمية في دول الخليج العربي وذلك من خلال إعداد بعض الأنظمة ذات العلاقة كالتوانين المعلوماتية والتجارية الحديثة وقوانين حقوق الملكية الفكرية.

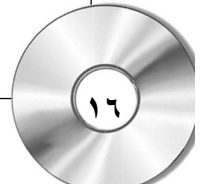
والتنظيم والتقنين في هذا المجال وإن سُلِّمَ بضرورته، إلا أنه يحتاج إلى مراعاة بعض المبادئ الهامة قبل إصداره ، لكي يكون تقنياً نموذجياً سليماً ، فليس المهم إصدار أو تعديل قانون، وإنما المهم ترتيب الأولويات وتتبع الدراسات والتجارب لكي يأتي هذا التدخل التنظيمي بعد استيفاء تلك المبادئ ، وكما أن الوضع يتطلب إصدار قوانين حديثة ذات علاقة فإنه يتطلب أيضاً إدخال تعديلات على بعض القوانين الأخرى ذات الصلة، بما يجعلها متوافقة مع متطلبات هذا الاستثمار الحديث في مجال تقنية المعلومات ومسايرة لها.

لذا فالحديث في ورقة العمل سيكون في ثلاث فقرات:

الفقرة الأولى: التقدم في مجال المعاملات الإلكترونية يتطلب بنية قانونية قوية ومرنة:

فلأجل أن تفتتح المؤسسات ويقتنع الأفراد بالتعامل عبر الوسائط الإلكترونية، لا بد من إعطاءهم الثقة والأمان والشرعية لمثل هذه المعاملات والدعم والتشجيع المتوازن للاستثمار في مجالها، وهذا لا يتأتى إلا بوجود نصوص قانونية تغطي الجوانب الهامة لهذا التعامل الإلكتروني وتمنحه القوة القانونية المطلوبة.

فالانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الرقمي في مجال المعاملات دون تهيئة بيئة قانونية ملائمة لمعطيات التقنية الحديثة في تبادل





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

البيانات من شأنه تهديد حقوق المتعاملين وتقليل الاستفادة من التبادل الإلكتروني. وقد أكدت إحدى الدراسات أن الدول ولكي تدخل عالم الاقتصاد الرقمي فإنها مطالبة بتوفير البيئة القانونية المناسبة للتجارة الإلكترونية، وإلا فإنها ستكون على هامش الاقتصاد العالمي الجديد^(١).

الفقرة الثانية: مبادئ هامة لا بد من مراعاتها عند إقرار أي قانون أو تعديل يتعلق بالمعاملات الإلكترونية:

فليس من الحكمة التسرع في سن تشريعات جديدة أو استحداث تنظيمات إدارية، قبل مراعاة عدد من المبادئ الخاصة بموضوع المعاملات الإلكترونية وذلك عند إصدار أي نظام لها، وخصوصاً فيما يتعلق بتكوين العقود والإثبات وحماية حقوق وحريات الأطراف، فالمسألة ليست مسألة تعديل أو تطوير القوانين وإنما المسألة ترتيب أولويات ودراسة حيثيات الموضوع.

الفقرة الثالثة: ضرورة تعديل بعض القوانين بما يتوافق مع متطلبات المعاملات الإلكترونية.

ومن ناحية أخرى فإن دور القضاء ومدى استعداداه وجاهزيته في البت في قضايا موضوعاتها ذات طبيعة مختلفة من حيث الحق المحمي وموضوع المطالبة ومعرفة أبعادها ومستنداتها والتي هي عبارة عن مخرجات حاسوبية ورقمية أمر مهم يتطلب الأمر عرضه وبيان أوجه الدعم القضائي للأموال والحقوق المتداولة في التجارة الإلكترونية.

بالتالي فإن البحث في ورقة العمل هذه سيكون في ثلاثة مطالب:

(١) دراسة أعدتها منظمة الأونكتاد.





د. سليمان بن محمد

المطلب الأول: ضرورة إصدار قوانين خاصة بدعم المعاملات الإلكترونية والتجارة والاستثمار الإلكتروني.

المطلب الثاني: دور القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي في حماية المعاملات الإلكترونية والتجارة والاستثمار الإلكتروني. ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: الوضع الحالي لقوانين دول مجلس التعاون الخليجي (عدا قانون المعاملات الإلكترونية) ومدى كفايتها لمعالجة قضايا التجارة والاستثمار المعلوماتي

الفرع الثاني: الوضع المطلوب لقوانين دول مجلس التعاون الخليجي ذات العلاقة بالتجارة الإلكترونية ،

المطلب الثالث: حجية القوانين المحلية في قضايا التجارة الإلكترونية والاستثمار المعلوماتي والقانون الواجب التطبيق على مسائلها.

هذا وأتمنى لي ولكم التوفيق والنجاح ،،





المطلب الأول

ضرورة إصدار أنظمة خاصة بالتجارة الإلكترونية

يُعدُّ إيجاد بيئة نظامية للأعمال الإلكترونية بصفة عامة والتجارة الإلكترونية منها على وجه الخصوص أمراً في غاية الأهمية، وذلك لما تجلبه هذه المظلة النظامية من توفير الثقة والحماية والخصوصية اللازمة لمثل هذا الاستثمار، فمثل هذه الاستثمارات لا يمكن أن تنشأ في فراغ نظامي دون إقرارها وضبطها بتنظيم يبيِّن قواعد إبرامها وقواعد إثباتها وقواعد تنفيذها وانتهائها والمسؤولية المترتبة على الالتزام بعقدها والقانون المطبق عليها، وجهات التقاضي المختصة بنظر المنازعات حولها فكان من الضروري وجود قواعد نظامية لأحكام المسائل السابقة، وهذا ما سعت إليه الأجهزة الرسمية في دول الخليج وذلك من خلال إعداد وإصدار نظام للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

والتنظيم والتقنين للمعاملات الإلكترونية وإن سلّم بضرورته، إلا أنه يحتاج إلى مراعاة بعض المبادئ الهامة قبل إصداره، لكي يكون تنظيمًا نموذجياً سليماً، فليس المهم إصدار أو تعديل نظام، وإنما المهم ترتيب الأولويات وتتبع الدراسات والتجارب لكي يأتي هذا التدخل التنظيمي بعد استيفاء تلك المبادئ، وكما أن الوضع يتطلب إصدار قانون خاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية فإنه يتطلب أيضاً إدخال تعديلات على بعض القوانين الأخرى ذات الصلة بالمعاملات الإلكترونية، بما يجعلها متوافقة مع متطلبات الاستثمار فيها.

لذا فالحديث في هذا المطلب سيكون في ثلاث فقرات:

الفقرة الأولى: التقدم في مجال المعاملات الإلكترونية يتطلب بنية قانونية قوية





د. سليمان بن محمد

ومرنة:

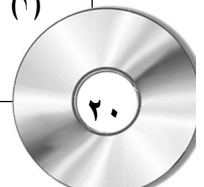
فأجل أن تقتنع المؤسسات ويقتنع الأفراد بالتعامل عبر الوسائط الإلكترونية وبالتجارة الإلكترونية، لابد من إعطاءهم الثقة والأمان والشرعية لمثل هذه التعاملات، وهذا لا يتأتى إلا بوجود قواعد قانونية تغطي الجوانب الهامة لهذا التعامل الإلكتروني وتمنحه القوة القانونية المطلوبة.

فالانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الرقمي في مجال التجارة دون تهيئة بيئة نظامية ملائمة لمعطيات التقنية الحديثة في تبادل البيانات من شأنه تهديد حقوق المتعاملين وتقليل الاستفادة من التعاملات الإلكترونية.

فبالإطلاع على الصعيد العالمي: نجد أن الولايات المتحدة الأمريكية تحتل المرتبة الأولى في الاستعداد الإلكتروني والمرتبة الأولى في التعاملات الإلكترونية حيث صنفتها وحدة المعلومات الاقتصادية أنها أول الدول في الاستعداد الإلكتروني بنسبة ٨,٧٣^(١).

هذه المرتبة المتقدمة التي احتلتها الولايات المتحدة الأمريكية في مجال التعاملات الإلكترونية، لها عدة مسببات، والذي يرتبط منها بالموضوع هو وجود (البيئة النظامية المناسبة والغطاء القانوني المطلوب) والذي أعطى التعاملات الإلكترونية الثقة والمصداقية، وساهم بشكل مباشر في انتشار هذه التعاملات وتسارع نموها وإقبال الأطراف عليها، فقد أصدرت الحكومة الأمريكية عدداً من الأنظمة في هذا المجال منها:

(١) انظر الخطة الوطنية لتقنية المعلومات إعداد جامعة الملك فهد للبترول والمعادن ص ٤٩.





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

قانون جرائم الكمبيوتر الفيدرالي أو القانون الخاص بمكافحة الغش والاستخدام غير القانوني، وقانون الاتصالات عام ١٩٩٦م شهر فبراير، وقانون خصوصية الاتصالات ، الصادر عام ١٩٩٨م، وقانون اعتماد التوقيع الإلكتروني، الصادر في شهر يونيو/٢٠٠٠م، والقواعد الاتحادية للتوقيع والسجلات الإلكترونية، الصادر في ٢٠ مارس ١٩٩٧م.

كما أصدر البيت الأبيض مصنفاً بعنوان (الإطار العام للتجارة الإلكترونية) تناول هذا المصنف العديد من الجوانب القانونية، وحقوق الملكية الفكرية في التجارة الإلكترونية، حيث ركز كثيراً على قضية أسماء المواقع والأحقية في تملكها، كما نظم مسألة المحكمة الإلكترونية من حيث كيفية انعقادها، ونظرها للقضية، وقوة الأحكام الصادر عنها، وكيفية تنفيذها^(١) ، وأصدرت جمعية التحكيم الأمريكية (A-A-A): مشروعاً أساسياً للنقاضي عبر الشبكة الإلكترونية بالتعاون مع بعض الجهات المعنية بالتحكيم الإلكتروني^(٢).

وبالاطلاع على الصعيد العربي والخليجي تحديداً: نجد أن إمارة دبي، خطت خطوات متقدمة في مجال التعاملات و التجارة الإلكترونية، حيث طبقت منذ وقت مبكر مفهوم الحكومة الإلكترونية ثم تلاها مشروع التجارة الإلكترونية والتصديق الإلكتروني، وهذا التقدم إنما جاء بسبب تهيئة البيئة القانونية المناسبة لنشؤ مثل هذه الأعمال:

حيث أصدرت حكومة دبي في بادئ الأمر قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام برقم (١) لعام ٢٠٠٠م في ثلاثين مادة، ثم أعقب

(١) الإطار العام للتجارة الإلكترونية- من إصدارات البيت الأبيض الأمريكي، ترجمة: محمد أحمد عبد الرحمن.

(٢) انظر المشروع الأساسي في موقع <http://vmag.vclip.org>.





د. سليمان بن محمد

ذلك قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية في ١٢ فبراير ٢٠٠٢م ومشتماً على تسعة وثلاثين مادة، أضفت على المعاملات والتجارة الإلكترونية صفة الرسمية، والقوة النظامية، وللمتعاملين من خلالها الثقة والمصداقية، فقد كان لمجتمع المال والأعمال في دبي ردود فعل إيجابية عند صدور هذا القانون خاصة القطاعات المرتبطة بالتجارة الإلكترونية، تعكس مدى احتياجهم لمثل هذه القوانين ودورها في طمأنتهم.^(١)

وفي المملكة ومنذ عام ٢٠٠٧م توجت الجهود التنظيمية التي سعت المملكة لإقرارها بإصدار نظامي المعاملات الإلكترونية وما تضمنه من مواد أعطت للمستندات والحقوق والمنتجات والوسائط الإلكترونية القيمة الشرعية والنظامية اللازمة لحمايتها أمام الجهات والسلطات عند الاقتضاء، وكذا نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية والذي يمثل الجانب الحمائي للمعاملات والتجارة الإلكترونية وذلك فيما تضمنه من مواد تصف الفعل غير المشروع الذي يتم من خلال الأجهزة الإلكترونية وتجريمه وتحدد عقوبته كما تحدد آلية الاستدلال والضبط والتحقيق والاستعانة والادعاء العام والمحاكمة.

الفقرة الثانية: مبادئ هامة لا بد من مراعاتها عند وضع قانون يتعلق بالمعاملات الإلكترونية: يؤكد بعض المختصين في مجال التجارة الإلكترونية على أنه ليس من الحكمة التسرع في سن تشريعات جديدة أو استحداث تنظيمات إدارية، قبل مراعاة عدد من المبادئ الخاصة بموضوع التجارة الإلكترونية وذلك عند إصدار أي نظام لها، وخصوصاً فيما يتعلق بتكوين

(١) انظر مقال التجارة الإلكترونية والمعوقات التشريعية لمحمد أبو الهيجاء، حيث رصد فيه آراء العديد من المستثمرين في مجال الأعمال الإلكترونية عن دور وجود البيئة القانونية في حماية مثل هذه الأعمال.





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

العقود والإثبات وحماية حقوق وحرريات الأطراف، فالمسألة ليست مسألة تعديل أو تطوير القوانين وإنما المسألة ترتيب أولويات ودراسة حيثيات الموضوع^(١)، ويمكن حصر هذه المبادئ في ثلاثة:

أولاً: التآني في إصدار القانون ، حتى تتبلور الصورة في أذهان أفراد المجتمع وتتضح الرؤية، قبل سن أي قانون ، بحيث يكون التدخل التشريعي في مجال التجارة الإلكترونية متدرجاً وحذراً وفي أضيق الحدود لا يؤثر سلباً على النشاط ، وذلك بالإطلاع الوافي على التجارة الإلكترونية ودراسة جميع جوانبها ، وإجراء العديد من الدراسات حولها وحول طبيعة الدولة وسكانها، ودراسة النواحي الاقتصادية والضريبية لهذه التجارة وإجراء الدراسات حول صيغة النظام وجعله متسماً بالمرونة والشمولية والمعيارية دون الدخول في تفاصيل المسائل التي قد تقيد التجارة وتحد من نشاطها.

ثم الاستفادة من تجارب الدول المتقدمة في مجال التجارة الإلكترونية ؛ لأنها لم تصدر أنظمتها إلا بعد ممارسة وتجربة عميقة لهذه التجارة، لذا كان على المنظم المحلي مراعاة هذه التجربة والاستفادة منها عند إصدار النظام.

وكذلك ممارسة التجارة الإلكترونية محلياً ومراعاة نتائج هذه الممارسة عند صياغة نصوص النظام: فالتأكيد على ضرورة الاستفادة من تجارب الدول المتقدمة في مجال التجارة الإلكترونية، لا يعني نقل ما عند غيرنا وتطبيقه محلياً، فكل بلد له طبيعته وخصوصيته الدينية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية ؛ فقد يترتب على الاقتصار على الاستفادة من تجارب الدول

(١) انظر بتصريف بحث الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها د. أحمد شرف الدين ص ١٥٧٦-١٥٧٧ المجلد الرابع من بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية.





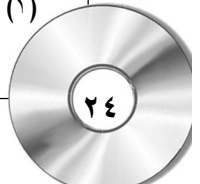
د. سليمان بن محمد

المتقدمة إرهاب المجتمع وذلك نتيجة لعدم مراعاة طبيعته وخصائصه ، لذا كان على المنظم مراعاة ذلك ، بحيث يخلق مزيجاً متناسقاً ومعتدلاً من الاستفادة من تجارب الدول المتقدمة مع التجربة و الممارسة الفعلية لهذه التجارة ، ثم استخراج النصوص النظامية بناءً على نتيجة التجربتين .

ثانياً: عدم الحجر على التعاملات الإلكترونية، وذلك بعدم الحجر قانونياً بتوفير عنصرى العمومية والتجريد عند إصدار النظام، بأن تكون نصوصه شاملة لعناصر المنظم مستوفية لأحكامه، وهذا الشمول لا بد أن يكون معيارياً، يضع المعيار والمقياس لتوزن به صور وأشكال المنظم، مما يضمن صلاحيته واستمراره. وأيضاً عدم الحجر تقنياً على التعاملات الإلكترونية، بعدم محاباة تقنية معينة في أي مجال من المجالات على غيرها، إذ من شأنه قصر التجارة الإلكترونية بتقنية أو تقنيات محددة، فالوسائل التقنية لا تقف عند حد معين بل هي دائمة التقدم والتطور، وفي حالة الحجر تقنياً على أحدها فإنه يؤدي إلى استبعاد تقنيات أخرى مماثلة و متاحة للجمهور في ذات المجال، ويؤدي إلى وضع احتكاري لصالح مقدم تقنية معينة بعينها، وهذا يعود على التجارة الإلكترونية بالضعف، كأن ينص المنظم على وجوب استخدام تقنية معينة في التوقيع الإلكتروني أو تشفير البيانات أو تصديق الشهادات (١).

ثالثاً: مراعاة الاتفاقيات والمعاهدات والأعراف والعادات المتبعة في التعاملات الإلكترونية وذلك لكي لا يتعارض النظام مع هذه الاتفاقيات والأعراف، فعالمية التعاملات والتجارة الإلكترونية وصفتها الدولية تلزم المنظم المحلي بمراعاة الاتفاقيات والأعراف والتماشي معها.

(١) انظر الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية ص ١٤ .د. أحمد حسام لطفى.





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

الفقرة الثالثة: ضرورة تعديل بعض الأنظمة بما يتوافق مع متطلبات التجارة الإلكترونية:
فالجانب النظامي للتجارة الإلكترونية لا يقتصر على إصدار نظام خاص بها - وإن كان ذلك مهماً - بل لابد من تعديل بعض الأنظمة الأخرى ذات الارتباط بالتجارة الإلكترونية بما يتوافق مع متطلباتها، بحيث لا تكون هذه الأنظمة عائقاً أمام تقدمها.

المطلب الثاني

دور القوانين الخليجية في حماية التعاملات والتجارة الإلكترونية (المملكة العربية السعودية أنموذجاً)

الأنظمة المحلية في المملكة العربية السعودية وبوضعها الحالي توفر نسبة جيدة من البنية النظامية للتعاملات الإلكترونية والاستثمار المعلوماتي، مما يلزم على المدى الطويل إصدار أنظمة تكمل بعض جوانب النقص كنظام للخصوصية البيانات الشخصية، وتعديل نصوص بعض الأنظمة لتغطية الفجوة النظامية الحالية ، لذا فإن تناولي لهذا المطلب سيكون في قسمين:
القسم الأول: الوضع الحالي لباقي للأنظمة السعودية (عدا نظامي التعاملات الإلكترونية والجرائم المعلوماتية) ومدى كفايتها لمعالجة قضايا الاستثمار المعلوماتي، ويشمل:

١- الحرية النظامية لإبرام العقد وتكوينه في المملكة العربية السعودية ، فهي ليست مقننة بنظام مدني يقيد مسألة التعاقد بشروط شكلية أو موضوعية ، بل إن أحكام الفقه وقواعده هي الحاكمة في هذا المجال.





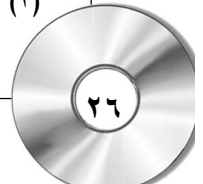
د. سليمان بن محمد

فعدم وجود مثل هذا القانون في المملكة ساهم في تكوين مبدأ حرية التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية، بخلاف بعض الدول التي تنظم نصوص القانون المدني فيها معظم أوجه النشاط اليومي بما فيها العقد، حيث تنص على الشروط الشكلية والموضوعية اللازم توفرها لكي تكتسب بعض العقود والتصرفات الصحة واللزوم، فهذه الدول عند دخولها إلى عالم التجارة الإلكترونية يلزمها الوقوف ملياً عند نصوص القانون المدني وتعديلها بما يتوافق مع متطلبات التجارة الإلكترونية وانعقاد العقد من خلال الوسائط الإلكترونية والتي قد تتعارض مع ما يشترطه القانون من إجراءات وشكليات معينة ، لذا يطالب أحد المختصين في مجال التجارة الإلكترونية: "بضرورة تعديل القانون المدني لينظم مسائل التعاقد بين الأطراف في التجارة الإلكترونية خاصة فيما يتصل بالإيجاب والقبول عبر الوسائل الإلكترونية والمعلوماتية وشبكات الاتصال عن بعد"^(١)، ويؤكد آخر "عدم ملائمة التشريعات الحالية لعقود التجارة الإلكترونية وتبنيها لمتطلبات (الكتابة) و(التوقيع) الخطيين و(الأصل)"^(٢)

ولهذا فإن عقد التجارة الإلكترونية يمكن التفاوض عليه و إبرامه في المملكة العربية السعودية في ظل الوضع الحالي للأنظمة تأسيساً على الأحكام الفقهية المقررة في العقد ، فإذا كان القضاء يستلزم للنظر في المعاملة الصحة والسلامة والجواز، فهذا متوفر ومتحقق في عقد التجارة الإلكترونية في المملكة، مما يكسبها القيمة الشرعية، وللمال المتبادل من خلالها الاحترام الشرعي.

(١) المحامي عمرو زكي عبد المتعال في بحثه التجارة الإلكترونية والقانون في مصر ص ١١ .

(٢) المحامي عمر المومني في كتابه التوقيع وقانون التجارة الإلكترونية ص ٣٧ .





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

٢- الإثبات: من حيث " مدى حجية مخرجات هذه الوسائل التقنية في الإثبات " وذلك في حالة وجود دعوى قضائية.

فالدول التي تأخذ بمذهب الإثبات المقيد ملزمة أيضاً بتعديل نصوص قانون الإثبات بما يتوافق مع متطلبات التجارة الإلكترونية وفي حاجاتها.

وعند النظر في نظام المرافعات الشرعية السعودي فإنه^(١) أعطى القاضي سلطة تقديرية فعالة في إدارة عملية الإثبات في الدعوى، إذ أكد على أنه "يجوز للقاضي أن يستنتج قرينة أو أكثر من وقائع الدعوى أو مناقشة الخصوم أو الشهود لتكون مستنداً لحكمه أو ليكمل بها دليلاً ناقصاً ثبت لديه ليكون بهما معاً اقتناعه بثبوت الحق لإصدار الحكم"^(٢)، فهذه المادة تعطي القاضي نوعاً من الحرية في إثبات الدعوى المنظورة بأي قرينة تظهر له ومنها المخرجات الإلكترونية كقرينة للإثبات ، ولكن وبعد صدور نظام المعاملات الإلكترونية فإن مسألة حجية المخرجات الحاسوبية من حيث الأصل باتت محسومة أما من حيث التطبيق فإن كل قضية بحسبها تخضع لتقدير ناظر القضية بالنظر إلى الدليل الرقمي والقواعد الواردة عليه ومدى قدرته في الإيصال إلى النتيجة المراد الاحتجاج به عليها.

٣ - الاختصاص القضائي: حيث أفرد نظام المرافعات الشرعية باباً كاملاً عن الاختصاص القضائي^(٣) بين فيه مسائل الاختصاص الدولي ثم الاختصاص النوعي ثم الاختصاص المحلي ، وهذا يساهم في تكوين بنية أساسية هامة

(١) في الباب التاسع.

(٢) المادة ١٥٥ من نظام المرافعات الشرعية.

(٣) الباب الثاني وهو بعنوان " الاختصاص ".





د. سليمان بن محمد

للاختصاص القضائي (الدولي و النوعي و المكاني)، قابلة للتعديل والتطوير بما يحقق الصالح العام للمجتمع ولتطور التعاملات الإلكترونية والاستثمار المعلوماتي. وسيأتي بيان الاختصاص القضائي الدولي في مبحث قادم ، أما الاختصاص المكاني فهو من الوضوح بما لا يستدعي الحديث عنه ، ويمكن أن أشير هنا إلى الاختصاص النوعي في قضايا الاستثمار المعلوماتي: حيث أن نظر قضايا ومنازعات الاستثمار المعلوماتي ينعقد الاختصاص النوعي لها لجهات قضائية حسب نوع المنازعة فيها وحسب أطراف المنازعة:

— فإذا كانت المنازعة تجارية (بيع أو شراء أو تأجير أو نحوه من الأعمال التجارية الأصلية أو تبعية) وأطراف العقد تاجرين فإن الاختصاص بنظر المنازعة ينعقد للمحكمة التجارية والتي تعمل حالياً وبشكل مؤقت في ديوان المظالم ، ومستقبلاً لوزارة العدل حسب التنظيم القضائي الجديد الصادر في عام ١٤٢٨ هـ ، وكون محل الدعوى برمجيات أو معلومات لا ينال من اختصاص المحكمة التجارية حتى مع النص على عدم اختصاصها بالنتاج الذهني من التأليف أو المخترعات أو نحوه إذ أن صناعة المعلومات والبرمجيات أضحت عملاً تجارياً واضحاً واستثماراً قوياً من روافد الاستثمار العالمي الجديد.

— أما إذا كانت المنازعة موضوعها اعتداء على حق من حقوق مالكي البرمجيات والمعلومات والمحفوظة بموجب حقوق المؤلف ونطاقه والذي من ضمنه إنتاج البرمجيات ونحوها وكان موضوع الدعوى حول اعتداء على حق المؤلف بأي وجه كانت دعوى الاعتداء فإن الاختصاص فيها ينعقد للجنة حقوق المؤلف بوزارة الثقافة والإعلام ويتظلم من قرارها أمام المحاكم الإدارية بديوان





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

المظالم، وقد ينعقد الاختصاص مباشرة لديوان المظالم إذا رأت اللجنة أن الجرم أو المخالفة جسيمة بما يستدعي سجن المتهم أو تغريمه بأكثر من مائة ألف ريال.

— منازعات مقدمي خدمات الاتصال بشكل عام (الهاتف، الجوال، الانترنت):

- * التجاري منها المتعلق بمنازعة تجارية تختص بنظرها المحكمة التجارية.
- * أما المنازعة بين مزود الخدمة والجهة الإدارية ذات الصلاحية (هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات) فتتظر أمام المحكمة الإدارية (كتلك المنازعات المتعلقة بالتراخيص الإدارية لمزودي الخدمة).
- * أما المخالفات و المجازات عليها فينعقد نظرها للجنة مختصة في هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات وينتظم من قراراتها أمام ديوان المظالم.
- * منازعات الأفراد (المستفيد) مع مزود الخدمة الاتصال تتظر أمام المحكمة العامة.

— وينعقد الاختصاص فيما عدا ذلك من دعاوى مدنية أو جنائية تتعلق بالاستثمار المعلوماتي للمحاكم صاحبة الولاية العامة (المحكمة الشرعية حسب توزيع الاختصاص النوعي لكل قضية بحسبها).

٤— أنظمة الملكية الفكرية: تعنى أنظمة الملكية الفكرية بحماية المنتج الفكري والأدبي والذهني حتى وإن ظهر هذا الحق الأدبي أو الفكري في شكل مادي ملموس من كتاب أو قرص مرن أو شريط ونحوه وذلك من الاعتداء عليه أدبياً (من حيث حق صاحبه في نسبة المنتج أو المؤلف إليه) ومالياً (من حيث حفظ الحق المالي والتجاري للمنتج أو المؤلف والمبتكر في منتجه أو مؤلفه من الاستفادة غيره منه بدون وجه حق أو من تفويت استفادته منه) ، فقد أصدرت



د. سليمان بن محمد

المملكة أنظمة تعنى بتنظيم جانب الملكية الفكرية وما هو المحمي منه وكيفية حمايته والتعويض عن الاعتداء عليه كنظام حماية حقوق المؤلف ونظام براءات الاختراع ونظام العلامات التجارية ، والذي يعنينا هنا بالدرجة الأولى هو نظام حقوق المؤلف وما تبعه من انضمام المملكة لعدد من اتفاقيات الملكية الفكرية حيث أنصمت الى اتفاقية (برن) لحماية المصنفات الأدبية والفنية بموجب المرسوم الملكي في ١٢/٧/١٤٢٤ هـ مما ضاعف من مسؤوليات ومهام الجهات المعنية بمكافحة أعمال القرصنة على المصنفات الفكرية إلى جانب رفع مستوى التوعية بمفهوم حماية حقوق المؤلف كما انضمت المملكة إلى اتفاقية الجوانب التجارية المتصلة بالملكية الفكرية (تريبس)- وهي إحدى اتفاقيات منظمة التجارة العالمية بعد انضمام المملكة للمنظمة في نهاية ١٤٢٦ هـ.

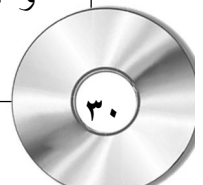
القسم الثاني: الوضع المطلوب للقوانين السعودية ذات العلاقة بالتجارة الإلكترونية:

من اللازم _ علاوةً على إصدار قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية _ إجراء تعديلات على بعض نصوص الأنظمة ذات العلاقة لكي تكتمل المنظومة القانونية ولا تصطدم إجراءاتها أو نظامها بإحدى مواد هذه الأنظمة ، وهذا ما سأطرحه في الوضع المأمول والمطلوب مستقبلاً للأنظمة ذات العلاقة بموضوعها:

١ - الأنظمة التجارية ، وتتضمن:

أ - نظام الأسماء التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٥، وتاريخ ١٢/٨/١٤٢٠ هـ.

و نظام العلامات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٢١ / وتاريخ





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

٢٨/٥/١٤٢٣هـ.

الوضع المطلوب مستقبلاً للنظامين: يتطلب الوضع التدخل الفوري من المنظم بتعديل هذين النظامين ليشمل التنظيم: تسجيل وحماية" أسماء المواقع والنطاقات والعلامات التجارية على الإنترنت" بحيث يدرج في النظام ما يبين وينظم شروط وكيفية التسجيل وأحكام وملكية صاحب الموقع للاسم التجاري له على الشبكة الإلكترونية وأحقيقته به، وعدم جواز تسجيله واستخدامه من غير صاحبه، والعقوبات المقررة في حالة المخالفة ، والعلاقة التي تربط بين أسماء المواقع على الإنترنت وبين العلامات التجارية المسجلة من حيث أسبقية التسجيل ومن له الحق في تسجيل اسم الموقع هل هو الأسبق في تسجيله في فضاء الإنترنت أم صاحب العلامة التجارية المسجلة ، فمسألة: " امتداد ملكية الاسم أو العلامة التجارية المادية إلى مواقع الشبكة الإلكترونية " تتطلب تدخلاً من قبل المنظم لبيان الحكم ، إذ هي من ضمن المسائل التي دائماً ما تحدث النزاعات حولها ، وكان التوجه فيها أن الاسم والعلامة التجارية تمتد لتحمي الاسم في الفضاء الإلكتروني ، وأن العبرة في ذلك أسبقية تسجيل العلامة لا أسبقية حجز الموقع.

ب - نظام البيانات التجارية: الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م / ١٥ ، وتاريخ ١٤/٤/١٤٢٣هـ.

الوضع المأمول والمطلوب مستقبلاً: هذا النظام وضع ضماناً للمستهلك والمشتري لتوفير مزيد من الاطمئنان والثقة في المنتج وذلك بقراءة البيانات المدونة عليه، إلا أن توفير ذلك للمستهلك عبر الوسائط الإلكترونية ألزم و





د. سليمان بن محمد

أولى؛ نظراً لما تقتضيه طبيعة الشراء الإلكتروني من خصوصية ، إذ لا توجد معاينة لمحل التعاقد بل يعتمد على الوصف وذكر بيانات السلعة أو الخدمة محل التعاقد ، مما يترتب عليه ضرورة تعديل نظام البيانات التجارية ليحقق ما يلي:

— إلزام البائع والعارض على الشبكة الإلكترونية بتوفير البيانات اللازمة للسلع المعروضة.

— تنظيم البيانات التجارية اللازمة للسلع المعروضة على الشبكة الإلكترونية بما يراعي طبيعة الشراء الإلكتروني الذي يتم عن بُعد.

ج — نظام مكافحة الغش التجاري: الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ١١ وتاريخ ١٤٠٤/٥/٢٩هـ، ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم ١/٣/١٣٢٧ وتاريخ ١٤٠٥/٦/١هـ.

الوضع المطلوب مستقبلاً:مسألة الغش من خلال الوسائط الإلكترونية تعد ظاهرة موجودة في التجارة الإلكترونية، فالمستهلك في ظل الاقتصاد الرقمي أصبح عرضةً للتلاعب بمصالحه أو محاولة غشه وخداعه عن طريق استخدام التكنولوجيا في ذلك، فهناك من يسعى بوسائل غير أخلاقية إلى تضليله وخداعه عن طريق إيهامه بمزايا غير حقيقية في السلع ، وصرف نظره عن عيوبها ، لذا كان من الضروري وضع حدٍ لمثل هذه الممارسات التي من شأنها إضعاف ثقة المستهلك في بيانات السلع المعروضة عبر الوسائط الإلكترونية، ومن ثم إضعاف التجارة الإلكترونية ، ويكون ذلك عن طريق التدخل النظامي بحيث يضاف في نظام مكافحة الغش التجاري ما يعالج مسألة الغش عبر الوسائط الإلكترونية ، والذي يأخذ أساليب تختلف عن أساليب الغش التقليدي كالجوانب



الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

الفنية والتقنية المستخدمة في هذا النوع من الغش.

٢- الأنظمة الجنائية:

أ - نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية: صدر النظام حديثاً مواكباً للثورة المعلوماتية وتطور شبكات الاتصال وازدياد مستخدميها لأجل ضمان الاستخدام الأمثل لتلك التقنيات فيما يعود بالفائدة على الفرد والمجتمع والمؤسسة العامة والخاصة، ولحماية الأفراد والأموال والأعراض والقيم والدين من المساس بها عبر تقنيات المعلومات. إلا أن ثمة جانب مهم لم يتناوله النظام يتعلق بمسألة ضرورة للفرد سواء كان مستخدماً لشبكة الاتصال أم أنه عولجت بيانه من خلالها وهي مسألة (حماية الخصوصية عند معالجة البيانات) بما يكفل استخدام البيانات للغرض الذي من أجله تمت معالجتها، وأيضاً سربيتها وعدم تداولها إلى وفق نصوص النظام. وهو ما اهتمت به بعض الدول (كندا، السويد، بريطانيا).

ب - نظام التزوير: الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١١٤ وتاريخ ١٣٨٢/١١/٥ والمعدل بالمرسوم الملكي رقم ٥٣ وتاريخ ١٣٨٠/١١/٢٦

الوضع المطلوب مستقبلاً: النظام بحالته الراهنة لا يوفر الحماية الجنائية اللازمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية ، وذلك تجاه جرائم التزوير المعلوماتي للمعلومات والبيانات، لأن النصوص السابقة وضعت لحماية الأشياء المادية في مواجهة صور التعدي المألوفة، مما يتعذر معه أن يقع تحت طائلة العقاب أفعال التعدي على عناصر ومكونات الأنظمة المعلوماتية ذات الطابع غير المادي ، كتزوير البيانات المخزنة على ذاكرة الحاسب ، وكتزوير التوقيع الإلكتروني.

وتجدر الإشارة إلى أن المنظم السعودي قد اهتم بهذا الموضوع ، حيث شكّلت





د. سليمان بن محمد

لجنة فرعية من عدد من الجهات المعنية بمكافحة التزوير في المملكة العربية السعودية ، للنظر حول مسألة التزوير الإلكتروني لبطاقة الائتمان ونحوها، وقد توصلت اللجنة إلى تعديل نظام التزوير وذلك بإضافة مادة تقنن التزوير الإلكتروني وتحدد ماهيته والعقوبة المقررة له ، حيث جاء نص التعديل المقترح: " من قلد الأوراق الخاصة بالمصارف أو البطاقات المصرفية أو زورها أو أحدث أي تغيير غير مشروع في الوثائق والوسائل والمعلومات الإلكترونية المالية بجميع صورها مع علمه بذلك.. الخ "

المطلب الثالث

حجية القوانين في قضايا التجارة الإلكترونية (القانون الواجب التطبيق على مسائلها)

إن الطبيعة الدولية للتجارة الإلكترونية أوجدت مجالاً خصباً لتنازع القوانين الدولية على مسائلها وكذلك مدى حجية النظام المحلي في مسائل هذه التجارة ، وقبل الدخول في تفاصيل القانون الواجب التطبيق تجدر الإشارة هنا إلى أن المختصين في هذا المجال تباينت آرائهم حول وضع حلول مناسبة إزاء مشكلة القانون الواجب التطبيق:

أ – فذهب البعض إلى أن قواعد القانون الدولي الخاص⁽¹⁾ ومناهجه لا تتماشى ولا تتناسب مع طبيعة العمليات التجارية الإلكترونية ، لأن هذه العمليات تقع في منطقة خارج دائرة القانون، مما جعل من المناسب البحث عن نظام ومناهج

(1) وهو مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التي تحتوى على عنصر أجنبي من حيث بيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق.





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

قانونية بديلة حتى لا يكون هناك فراغ قانوني، وذلك بوضع قانون موضوعي إلكتروني دولي للمعاملات الإلكترونية، بحيث يكون تنظيمًا موضوعيًا خاصاً ومستقلاً عن حلول القوانين الوطنية، فهو عبارة عن مجموعة حلول وقواعد موضوعية خاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي، ومتميزة عن تلك التي تحكم العلاقات الوطنية، وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنت، وطورتها المحاكم ومستخدمو الإنترنت وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات ، فهو قانون تلقائي النشأة، وجد ليتلاءم مع حاجيات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والرقمية في البيانات التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحاسب الآلي، ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملات.

وقد وجّه لهذا الرأي عدة انتقادات أبرزها:

— انه يقوم على أساس وضع قانون دولي موضوعي يحكم مسائل التعاملات الإلكترونية ويكون متفقاً عليه بين الدول التي ترغب في التعامل عبر الوسائط الإلكترونية، مما يجعل هذا الرأي مجرد فكرة ، تقوم على افتراض وجود مجتمع دولي متجانس ، قادر على خلق قواعد سلوك ملزمة لأعضائه من المتعاملين إلكترونياً، وهو فرضٌ يخالف واقع الأمر، فالمجتمع الدولي وإن فرضنا وجوده ، فهو مجتمع غير متجانس و غير متماسك ، وغير قادر على وضع قواعد ملزمة ؛ لأن الكل يبحث عن مصالح أفراد ووطنه.

كما أن التجارة الإلكترونية أصبحت قائمة بالفعل في كثير من الدول، الأمر





د. سليمان بن محمد

الذي يتطلب وضع حلول فورية لمشكلة القانون الواجب التطبيق ومدى الاحتجاج بالنظام المحلي، وهو مالا يتوفر في الرأي السابق ، الذي لا يضع حلاً فورياً لمسألة واقعة وقائمة، بل هو نظرة استشرافية قد تتم وقد لا تتم ، فلا زالت في بدايتها الأولى.

ب – بينما يرى فريق آخر أن قواعد القانون الدولي الخاص بوضعها الحالي قادرة على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود المعاملات والتجارة الإلكترونية طالما أن هذه العقود تتمتع بالصفة الدولية ووجود العنصر الأجنبي، مستنديين إلى أن الدول الأوروبية المتقدمة قد أحالت في التوجيه الأوربي بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات المجتمع المعلوماتي وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية رقم EC/٦١/٢٠٠٠، وتاريخ ٨ يونيو ٢٠٠٠م، في المادة رقم ٤/١ إلى قواعد القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق ، وما ذاك إلا لاقتناعها بكفايتها.

وقد أُجيبَ عن هذا الرأي بما يلي:

- أن قواعد القانون الدولي الخاص ، وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق إنما وضعت للعقد الدولي^(١) بينما التجارة الإلكترونية وإن كان من خصائصها الصفة الدولية إلا أنها قد تكون عقداً محلياً وذلك إذا كان أطراف العقد في موطن واحد مما يترتب عليه أن إنزال قواعد القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على التجارة الإلكترونية على العموم يترتب عليه استبعاد القانون المحلي من التطبيق على مسائل التجارة الإلكترونية إذا كان

(١) وهو كل عقد اشتمل على عنصر أجنبي، سواء اتصل هذا العنصر بالأعمال المتعلقة بإبرامه أو بتنفيذه أو بموطن المتعاقدين أو جنسيتهم





الجاناب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

أطرافها محليين - كما أن قواعد القانون الدولي الخاص في بعض الاتفاقيات كاتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية عام ١٩٨٠ تحيل في حالة عدم الاتفاق على القانون إلى قانون محل إبرام العقد، وهذا يصعب تحديده في التجارة الإلكترونية؛ لأن العقد فيها يتم في مجتمع افتراضي.

وبعد استعراض المذهبين ووجهة نظرهما، وبعد الإجابة عنهما، فإنه يلاحظ أن كلاً من الرأيين حاول التخلص من السلبيات والانتقادات الموجهة للرأي الآخر، فالذين ينادون بوضع قانون دولي موضوعي إلكتروني يحكم المسائل الإلكترونية والاستثمار المعلوماتي، أرادوا العدول عن قواعد القانون الدولي الخاص بمظهرها الحالي والتي وضعت للعقود المادية الدولية، والتي متى ما أعملت على مسائل التجارة الإلكترونية ذات الفضاء الإلكتروني نتج عنها عدد من المعوقات. أما الذين يرون الاقتصار على قواعد القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق؛ فلأن المذهب السابق إنما قَدَّمَ رأياً استشرافياً لواقع المستقبل، وهذا قد يتحقق و قد لا يتحقق، ولا يقدم حلاً فورياً لمنازعات التجارة الإلكترونية حول القانون الواجب التطبيق القائمة في الوقت الحالي.

ج - بعد استعراض وجهة نظر المذهبين السابقين فإنني أتوصل - والعلم عند الله تعالى - إلى رأي أجمع فيه بين القواعد المستقرة التي تحكم مسألة القانون الواجب التطبيق^(١)، وبين ما تتميز به العقود التجارية الإلكترونية والاستثمار

(١) كاتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية عام ١٩٨٠ واتفاقية لاهاي ١٩٦٤ والتي موضوعها عن البيع الدولي للمنقولات المادية، وكذلك اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ حول القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة، واتفاقية لاهاي ١٩٧٨ حول القانون الواجب التطبيق على الوساطة التجارية، مؤتمر لاهاي عام ١٩٨٠ والذي تنتج عنه اتفاقية القانون الواجب التطبيق على بيوع المستهلكين، وكذلك بعض القوانين الدولية الخاصة.





د. سليمان بن محمد

المعلوماتي من خصائص لا بد من مراعاتها عند العمل بقواعد المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص، وذلك لتجنب السلبيات، ولخلق نوع من التمازج والتجانس المطلوبين. فعقد التجارة الإلكترونية لا يخلو إما أن يكون محلياً بالنظر إلى أطرافه أو دولي:

الحالة الأولى: أن يكون عقد التجارة الإلكترونية محلياً:

وذلك بأن يكون أطرافه في موطن واحد ، ففي هذه الحالة فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون المحلي (قانون موطن أو محل إقامة طرفي العقد) وذلك إعمالاً لمفهوم سيادة الدولة على أراضيها ⁽¹⁾، فيكون للدولة سيادياً الحق في مباشرة كافة الاختصاصات المتصلة بوجودها كدولة، سواء في داخل إقليمها وصلتها برعاياها أو في خارج الإقليم في اتصالها بالدول الأخرى والمجتمع الدولي ، ففي داخل الأقاليم تقوم الدولة بمهمتي التنظيم والقضاء، فتطبيق أنظمتها على النزاعات التي تقع بين رعاياها والمقيمين على أراضيها يعتبر مظهراً من مظاهر السيادة الداخلية للدولة ، لذا فكل اتفاق يجنب القانون المحلي يُعد اتفاقاً باطلاً وملغى، فالقانون حينما ميّز العقود ، بانفراد أطرافها بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فإن تلك الميزة تخص نوعاً معيناً من العقود وهي العقود الدولية، وعلى ذلك تخرج العقود الوطنية أو الداخلية من نطاق تطبيق قانون الإرادة، وتظل خاضعة لأحكام القانون الوطني أو الداخلي ، وأي تحديد لقانون أجنبي ليسري عليها يعد ملغىً ولا يأبه به، فسريان القواعد

(1) السيادة هي: ما للدولة من سلطات على الإقليم الذي تختص به، بما يوجد فيه من أشخاص وأموال.



الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

النظامية المحلية على المنازعات الداخلية يعد قاعدة أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها.

إلا أن البعض يرى أن عقد هذه التجارة دولي حتى وإن كان أطرافه في وطن واحد ؛ لأن معيار الدولية متحقق فيه، وهي الوسيلة التي يتم بها ، فهي شبكة معلومات عالمية ، مما يترتب على هذا الرأي إعطاء الأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون المطبق حتى وإن كان أجنبياً وهم في وطن واحد. إلا أن هذا الرأي يصطدم بمعايير تحديد العقد الدولي التي وضعها فقهاء القانون الدولي الخاص والتي ليس منها ما يسند وجهة نظر الرأي السابق الذي جعل الوسيلة التي تتم بها هذه التجارة معياراً لتحديد دوليتها (١).

الحالة الثانية: أن يكون عقد التجارة الإلكترونية دولياً:

ويتقرر لهذا العقد أحكام خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، لوجود أكثر من قانون يتنازع على التطبيق، لذا ينبغي التفرقة بدايةً بين كون العقد بين مهنيين وبين أن يكون أحد أطراف العقد مستهلكاً:

أ - فإذا كان أطراف العقد من المهنيين (وهو ما يسمى بالأعمال التجارية الإلكترونية بين القطاعات التجارية مع بعضها البعض B to B) : وهم الأشخاص الذين يتصرفون من أجل احتياجاتهم المهنية، بغرض الحصول على الربح ، ففي هذه الحالة:

(١) حدد علماء القانون الدولي الخاص معيارين لمعرفة وتحديد العقد الدولي:

الأول: المعيار الاقتصادي: فالعقد الدولي بناء على هذا المعيار هو كل عقد يستتبع حركة مدّ وجزر للبضائع ورؤوس الأموال عبر حدود دولتين أو أكثر - وقيل أيضاً: كل عقد يتعدى بتبعاته و آثاره الاقتصاد الداخلي للدولة. الثاني: المعيار القانوني: والعقد الدولي بمقتضاه هو كل عقد اشتمل على عنصر أجنبي.



د. سليمان بن محمد

* إما أن يتفق على تحديد القانون الواجب التطبيق: وهنا استقرت قواعد القانون الدولي الخاص على العمل بهذا الاتفاق وعلى لزمه ويسمى هذا الاتفاق بـ " قانون الإرادة " ،ومفهومه:

أن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية هو القانون الذي يختاره أطراف العقد بإرادتهم الصريحة أو الضمنية ، ويتم تعيين قانون الإرادة بطريقتين: — التعيين الصريح: وذلك بأن يختار الأطراف قانون العقد صراحة، بإدراج شرط يحدد فيه القانون الواجب التطبيق على مسائل العقد، سواء كان الاتفاق لحظة إبرام العقد أو بعده أو عند نشوء النزاع.

— التعيين الضمني: وهي عبارة عن إرادة ضمنية تنبئ عن ميل واضح تجاه قانون ونظام معين، وهذه الإرادة أو النية الضمنية التي تحدد القانون واجب التطبيق تستخلص من ظروف الحال، وملابسات العملية التعاقدية، ومن ذلك ما يلي:

— تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع: فإن هذا التحديد يدل على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون المحكمة المختصة، فمن يختار القاضي يختار قانونه.

— أن يُضْمَنَ العقد أحكاماً وقواعد مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب من جوانبه، مما يدل على اتجاه نية الأطراف إلى القانون المستمدة منه أحكام العقد لتطبيقه على مسائل العقد.

— أن يصاغ العقد وفق عقد نموذجي لدولة معينة أو على طريقة قانون دولة معينة، مما يدل على اتجاه إرادة الأطراف إلى تطبيق قانون تلك الدولة.





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

- أن يكتب العقد بلغة معينة تدل على نية الأطراف وإرادتهم الضمنية إعمال قانون الدولة التي كتب العقد بلغتها.
- نوع العملة التي سيتم الوفاء بها تدل على الإرادة الضمنية لتطبيق قانون الدولة التي اعتمدت عملتها للوفاء بقيمة العقد.
- محل التنفيذ، في حالة اشتراط تنفيذ العقد في دولة معينة.
- ومع كون التعيين الضمني للقانون مقبولاً إلا أن الكثير من المختصين في هذا المجال يؤكدون على أهمية الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية.^(١)
- * أما إذا لم يوجد اتفاق بين طرفي العقد من المهنيين على تحديد القانون الواجب التطبيق:

ففي هذه الحالة يلجأ إلى التعيين القضائي: وهو تعيين القانون الواجب التطبيق عن طريق القضاء ، بأن يجتهد القاضي للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، وهو في الغالب قانون بلد القاضي الناظر للقضية. ويتم التعيين القضائي عن طريق تركيز أو توطين العقد في الدولة التي ينتج فيها العقد غالب أو كل آثاره^(٢).

ب- أن يكون أحد أطراف العقد التجاري الإلكتروني الدولي مستهلكاً (وهو ما

(١) يقول د. احمد سلامه " من الخطورة بمكان بالنسبة لرجل قانون المشروعات ألا يشترط في العقد القانون الواجب التطبيق عليه ؛ لأنه سيجد نفسه في ضباب أو مجهول فلماذا لا يدرج شرطاً من سطرين يقول فيه الأطراف صراحة ما هو القانون الواجب التطبيق، إن المتعاقدين هم في الواقع، صناع مغامراتهم السيئة " بحث الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أو تلاق ص ٣٧-٣٨.

(٢) جاء في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ ما يلي " في الحدود التي لم يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وقوفاً".



د. سليمان بن محمد

يسمى بالأعمال التجارية الإلكترونية بين القطاعات التجارية والمستهلكين (B to C):
والمستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد مع طرف مهني من أجل
الحصول على السلعة أو الخدمة، لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو
المنزلية، شريطة أن يكون هذا التعاقد غير مرتبط بنشاط مهني أو تجاري
للمستهلك^(١)، وفي هذه الحالة إما:

* أن يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق: فحكمه حكم اتفاق
الأطراف المهنيين على تحديد قانون من حيث لزوم هذا الاتفاق ولزوم العمل به
كما في المسألة السابقة، فعقود الاستهلاك تخضع للقاعدة العامة في اختصاص
القانون الذي اختاره المتعاقدان صراحةً أو ضمناً.

إلا أن قاعدة لزوم العمل بقانون الإرادة في العقد الذي يكون أحد أطرافه
مستهلكاً ليست على إطلاقها، بل يرد على هذه القاعدة استثناء لصالح المستهلك،
ولفرض مزيد من الحماية له، إذ تنص الكثير من الاتفاقيات وأنظمة القانون
الدولي الخاص^(٢) - وهو الاتجاه السائد فقهاً ونظاماً - على أن اختيار
الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يجوز أن يستتبع حرمان المستهلك من
الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته

(١) حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص د. خالد عبد الفتاح، ص ٣٥.

(٢) مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص والذي أقر الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع
المستهلكين عام ١٩٨٠م، واتفاقية روما عام ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق المادة ٢/٥، والقانون
الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٧٨م المادة ١/١٢٠، والقانون الدولي الخاص النمساوي الصادر عام ١٩٧٨.



الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

العادية. (١)

وهذا الاستثناء من مبدأ قانون الإرادة له مبرراته وأسبابه، فمبدأ قانون الإرادة الذي يمنح المتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم عقودهم ، يُعد من المبادئ الجوهرية التي تنص عليها الكثير من الأنظمة والاتفاقيات الدولية ، إلا أن هذه الحرية للمتعاقدين في تنظيم عقودهم لا تتصور إلا بين الأنداد الذين لهم نفس القوة وذات المقدرة، فعدم التكافؤ الواقعي بين أطراف العلاقة في الناحية الاقتصادية والاجتماعية يقتضي وضع بعض القيود على حرية الطرف الأقوى في العلاقة العقدية تكون عوضاً لضعف الطرف الآخر ، حيث تعمل على الحد من عدم التكافؤ بينهما، ومن هذه القيود جواز الخروج عن قانون الإرادة إلى قانون الدولة التي بها محل إقامة المستهلك ، إذا كانت قواعد الأمره توفر مزيداً من الحماية له.

وقد انقسمت القوانين عند تطبيقها لهذا الاستثناء على قانون الإرادة إلى قسمين:

١- القسم الأول: بالغ في تفعيل هذا الاستثناء على جميع عقود المستهلك، حيث أكد القانون الدولي الخاص السويسري على أنه " يسري على عقود المستهلك قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك " (٢).

— القسم الثاني: ويرى أن عقود المستهلك خاضعة في الأصل إلى قانون الإرادة، إلا إذا كان قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك يوفر حماية أكثر

(١) بحث الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق د. أحمد عبد الكريم سلامة ص ٤٠، وبحث عقود التجارة الإلكترونية والقانون الدولي الخاص د. أحمد الهواري - المجلد الرابع ص ١٩٥٧ - وبحث القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية، د. عزت البحيري - المجلد الرابع ص ١٦٧٣.

(٢) القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام ١٩٧٨ المادة ١/١٣.





د. سليمان بن محمد

له من خلال قواعده الأمانة فإنه

يخرج عن قانون الإرادة استثناء ويعمل به لتوفير الحماية للمستهلك. (١)
وهذا القسم يتسم بالموضوعية والإنصاف في العمل بالاستثناء ، مع عدم إلغاء
قانون الإرادة وتنحيته تماماً كما في القسم الأول.

* أما إذا لم يتفق الأطراف في عقد الاستهلاك على تحديد القانون واجب
التطبيق: فإذا كانت الأنظمة والقوانين الدولية الخاصة وفي حالة اتفاق الأطراف
على تحديد قانون واجب التطبيق تجيز الخروج على هذا القانون، فإنه ومن
باب أولى في حالة عدم الاتفاق أن يكون قانون دولة إقامة المستهلك هو
الواجب التطبيق لفرض مزيد حماية له.
هذا وأسأل الله لي ولكم التوفيق والسداد والله أعلم وصلى الله على نبينا محمد
وعلى آله وصحبه وسلم.

(١) اتفاقية روما الصادرة عام ١٩٨٠، المادة ٢/٥ – انظر بحث الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق
.٤٢





الجانب التشريعي والقضائي
في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية
ودوره في دعم التعاملات والتجارة الإلكترونية

إعداد

د. سليمان بن محمد الشدي

عضو الدائرة الإدارية الخامسة
المملكة العربية السعودية

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد،
يُعدُّ إيجاد بيئة نظامية للاستثمار عموماً أمراً في غاية الأهمية، ويتأكد ذلك متى ما كان محل الاستثمار المعلومات والبيانات والبرمجيات والتجارة الإلكترونية، وذلك لما تجلبه هذه المظلة القانونية من توفير الثقة والحماية والخصوصية اللازمة لمثل هذا النوع من التجارة والاستثمار ومن جلب لرؤوس الأموال للاستثمار بما يعود بالنفع العام على الوطن والمواطن بنقل التقنية العلمية للوطن ونقل الحاضنات التكنولوجية إليها وتعرف المواطن عليها والعمل فيها بما يعود بالنفع عليه علمياً وخدمياً ومادياً.

هذه التجارة الإلكترونية والاستثمار فيها لا يمكن أن تنشأ في فراغ قانوني دون إقرارها وضبطها بقانون يبيِّن قواعد إبرامها وقواعد إثباتها وقواعد تنفيذها وانتهائها والمسؤولية المترتبة على الالتزام بعقدها والقانون المطبق عليها،





د. سليمان بن محمد

وجهات النفاذي المختصة بنظر المنازعات حولها فكان من الضروري وجود قواعد قانونية لأحكام المسائل السابقة، وهذا ما سعت إليه الأجهزة الرسمية في دول الخليج العربي وذلك من خلال إعداد بعض الأنظمة ذات العلاقة كالتوانين المعلوماتية والتجارية الحديثة وقوانين حقوق الملكية الفكرية.

والتنظيم والتقنين في هذا المجال وإن سُلِّمَ بضرورته، إلا أنه يحتاج إلى مراعاة بعض المبادئ الهامة قبل إصداره، لكي يكون تقنياً نموذجياً سليماً، فليس المهم إصدار أو تعديل قانون، وإنما المهم ترتيب الأولويات وتتبع الدراسات والتجارب لكي يأتي هذا التدخل التنظيمي بعد استيفاء تلك المبادئ، وكما أن الوضع يتطلب إصدار قوانين حديثة ذات علاقة فإنه يتطلب أيضاً إدخال تعديلات على بعض القوانين الأخرى ذات الصلة، بما يجعلها متوافقة مع متطلبات هذا الاستثمار الحديث في مجال تقنية المعلومات ومسايرة لها.

لذا فالحديث في ورقة العمل سيكون في ثلاث فقرات:

الفقرة الأولى: التقدم في مجال المعاملات الإلكترونية يتطلب بنية قانونية قوية ومرنة:

فلأجل أن تفتتح المؤسسات ويقتنع الأفراد بالتعامل عبر الوسائط الإلكترونية، لا بد من إعطاءهم الثقة والأمان والشرعية لمثل هذه المعاملات والدعم والتشجيع المتوازن للاستثمار في مجالها، وهذا لا يتأتى إلا بوجود نصوص قانونية تغطي الجوانب الهامة لهذا التعامل الإلكتروني وتمنحه القوة القانونية المطلوبة.

فالانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الرقمي في مجال المعاملات دون تهيئة بيئة قانونية ملائمة لمعطيات التقنية الحديثة في تبادل





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

البيانات من شأنه تهديد حقوق المتعاملين وتقليل الاستفادة من التبادل الإلكتروني. وقد أكدت إحدى الدراسات أن الدول ولكي تدخل عالم الاقتصاد الرقمي فإنها مطالبة بتوفير البيئة القانونية المناسبة للتجارة الإلكترونية، و إلا فإنها ستكون على هامش الاقتصاد العالمي الجديد⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: مبادئ هامة لا بد من مراعاتها عند إقرار أي قانون أو تعديل يتعلق بالمعاملات الإلكترونية:

فليس من الحكمة التسرع في سن تشريعات جديدة أو استحداث تنظيمات إدارية، قبل مراعاة عدد من المبادئ الخاصة بموضوع المعاملات الإلكترونية وذلك عند إصدار أي نظام لها، وخصوصاً فيما يتعلق بتكوين العقود والإثبات وحماية حقوق وحرية الأطراف، فالمسألة ليست مسألة تعديل أو تطوير القوانين وإنما المسألة ترتيب أولويات ودراسة حيثيات الموضوع.

الفقرة الثالثة: ضرورة تعديل بعض القوانين بما يتوافق مع متطلبات المعاملات الإلكترونية.

ومن ناحية أخرى فإن دور القضاء ومدى استعداداه وجاهزيته في البت في قضايا موضوعاتها ذات طبيعة مختلفة من حيث الحق المحمي وموضوع المطالبة ومعرفة أبعادها ومستنداتها والتي هي عبارة عن مخرجات حاسوبية ورقمية أمر مهم يتطلب الأمر عرضه وبيان أوجه الدعم القضائي للأموال والحقوق المتداولة في التجارة الإلكترونية.

بالتالي فإن البحث في ورقة العمل هذه سيكون في ثلاثة مطالب:

(1) دراسة أعدتها منظمة الأونكتاد.





د. سليمان بن محمد

المطلب الأول: ضرورة إصدار قوانين خاصة بدعم المعاملات الإلكترونية والتجارة والاستثمار الإلكتروني.

المطلب الثاني: دور القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي في حماية المعاملات الإلكترونية والتجارة والاستثمار الإلكتروني. ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: الوضع الحالي لقوانين دول مجلس التعاون الخليجي (عدا قانون المعاملات الإلكترونية) ومدى كفايتها لمعالجة قضايا التجارة والاستثمار المعلوماتي

الفرع الثاني: الوضع المطلوب لقوانين دول مجلس التعاون الخليجي ذات العلاقة بالتجارة الإلكترونية،

المطلب الثالث: حجية القوانين المحلية في قضايا التجارة الإلكترونية والاستثمار المعلوماتي والقانون الواجب التطبيق على مسائلها.

هذا وأتمنى لي ولكم التوفيق والنجاح ،،





المطلب الأول

ضرورة إصدار أنظمة خاصة بالتجارة الإلكترونية

يُعدُّ إيجاد بيئة نظامية للأعمال الإلكترونية بصفة عامة والتجارة الإلكترونية منها على وجه الخصوص أمراً في غاية الأهمية، وذلك لما تجلبه هذه المظلة النظامية من توفير الثقة والحماية والخصوصية اللازمة لمثل هذا الاستثمار، فمثل هذه الاستثمارات لا يمكن أن تنشأ في فراغ نظامي دون إقرارها وضبطها بتنظيم يبيِّن قواعد إبرامها وقواعد إثباتها وقواعد تنفيذها وانتهائها والمسؤولية المترتبة على الالتزام بعقدها والقانون المطبق عليها، وجهات التقاضي المختصة بنظر المنازعات حولها فكان من الضروري وجود قواعد نظامية لأحكام المسائل السابقة، وهذا ما سعت إليه الأجهزة الرسمية في دول الخليج وذلك من خلال إعداد وإصدار نظام للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

والتنظيم والتقنين للمعاملات الإلكترونية وإن سلِّمَ بضرورته، إلا أنه يحتاج إلى مراعاة بعض المبادئ الهامة قبل إصداره، لكي يكون تنظيمًا نموذجياً سليماً، فليس المهم إصدار أو تعديل نظام، وإنما المهم ترتيب الأولويات وتتبع الدراسات والتجارب لكي يأتي هذا التدخل التنظيمي بعد استيفاء تلك المبادئ، وكما أن الوضع يتطلب إصدار قانون خاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية فإنه يتطلب أيضاً إدخال تعديلات على بعض القوانين الأخرى ذات الصلة بالمعاملات الإلكترونية، بما يجعلها متوافقة مع متطلبات الاستثمار فيها.

لذا فالحديث في هذا المطلب سيكون في ثلاث فقرات:

الفقرة الأولى: التقدم في مجال المعاملات الإلكترونية يتطلب بنية قانونية قوية





د. سليمان بن محمد

ومرنة:

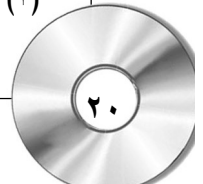
فأجل أن تقتنع المؤسسات ويقتنع الأفراد بالتعامل عبر الوسائط الإلكترونية وبالتجارة الإلكترونية، لابد من إعطاءهم الثقة والأمان والشرعية لمثل هذه التعاملات، وهذا لا يتأتى إلا بوجود قواعد قانونية تغطي الجوانب الهامة لهذا التعامل الإلكتروني وتمنحه القوة القانونية المطلوبة.

فالانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الرقمي في مجال التجارة دون تهيئة بيئة نظامية ملائمة لمعطيات التقنية الحديثة في تبادل البيانات من شأنه تهديد حقوق المتعاملين وتقليل الاستفادة من التعاملات الإلكترونية.

فبالإطلاع على الصعيد العالمي: نجد أن الولايات المتحدة الأمريكية تحتل المرتبة الأولى في الاستعداد الإلكتروني والمرتبة الأولى في التعاملات الإلكترونية حيث صنفتها وحدة المعلومات الاقتصادية أنها أول الدول في الاستعداد الإلكتروني بنسبة ٨,٧٣^(١).

هذه المرتبة المتقدمة التي احتلتها الولايات المتحدة الأمريكية في مجال التعاملات الإلكترونية، لها عدة مسببات، والذي يرتبط منها بالموضوع هو وجود (البيئة النظامية المناسبة والغطاء القانوني المطلوب) والذي أعطى التعاملات الإلكترونية الثقة والمصداقية، وساهم بشكل مباشر في انتشار هذه التعاملات وتسارع نموها وإقبال الأطراف عليها، فقد أصدرت الحكومة الأمريكية عدداً من الأنظمة في هذا المجال منها:

(١) انظر الخطة الوطنية لتقنية المعلومات إعداد جامعة الملك فهد للبترول والمعادن ص ٤٩.





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

قانون جرائم الكمبيوتر الفيدرالي أو القانون الخاص بمكافحة الغش والاستخدام غير القانوني، وقانون الاتصالات عام ١٩٩٦م شهر فبراير، وقانون خصوصية الاتصالات، الصادر عام ١٩٩٨م، وقانون اعتماد التوقيع الإلكتروني، الصادر في شهر يونيو/٢٠٠٠م، والقواعد الاتحادية للتوقيع والسجلات الإلكترونية، الصادر في ٢٠ مارس ١٩٩٧م.

كما أصدر البيت الأبيض مصنفاً بعنوان (الإطار العام للتجارة الإلكترونية) تناول هذا المصنف العديد من الجوانب القانونية، وحقوق الملكية الفكرية في التجارة الإلكترونية، حيث ركز كثيراً على قضية أسماء المواقع والأحقية في تملكها، كما نظم مسألة المحكمة الإلكترونية من حيث كيفية انعقادها، ونظرها للقضية، وقوة الأحكام الصادر عنها، وكيفية تنفيذها^(١)، وأصدرت جمعية التحكيم الأمريكية (A-A-A): مشروعاً أساسياً للنقاضي عبر الشبكة الإلكترونية بالتعاون مع بعض الجهات المعنية بالتحكيم الإلكتروني^(٢).

وبالاطلاع على الصعيد العربي والخليجي تحديداً: نجد أن إمارة دبي، خطت خطوات متقدمة في مجال التعاملات و التجارة الإلكترونية، حيث طبقت منذ وقت مبكر مفهوم الحكومة الإلكترونية ثم تلاها مشروع التجارة الإلكترونية والتصديق الإلكتروني، وهذا التقدم إنما جاء بسبب تهيئة البيئة القانونية المناسبة لنشؤ مثل هذه الأعمال:

حيث أصدرت حكومة دبي في بادئ الأمر قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا

(١) الإطار العام للتجارة الإلكترونية- من إصدارات البيت الأبيض الأمريكي، ترجمة: محمد أحمد عبد الرحمن.

(٢) انظر المشروع الأساسي في موقع <http://vmag.vclip.org>.





د. سليمان بن محمد

والتجارة الإلكترونية والإعلام برقم (١) لعام ٢٠٠٠م في ثلاثين مادة، ثم أعقب ذلك قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية في ١٢ فبراير ٢٠٠٢م ومشتماً على تسعة وثلاثين مادة، أضفت على المعاملات والتجارة الإلكترونية صفة الرسمية، والقوة النظامية، وللمتعاملين من خلالها الثقة والمصدقية، فقد كان لمجتمع المال والأعمال في دبي ردود فعل إيجابية عند صدور هذا القانون خاصة القطاعات المرتبطة بالتجارة الإلكترونية، تعكس مدى احتياجهم لمثل هذه القوانين ودورها في طمأنتهم.^(١)

وفي المملكة ومنذ عام ٢٠٠٧م توجت الجهود التنظيمية التي سعت المملكة لإقرارها بإصدار نظامي المعاملات الإلكترونية وما تضمنه من مواد أعطت للمستندات والحقوق والمنتجات والوسائط الإلكترونية القيمة الشرعية والنظامية اللازمة لحمايتها أمام الجهات والسلطات عند الاقتضاء، وكذا نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية والذي يمثل الجانب الحمائي للمعاملات والتجارة الإلكترونية وذلك فيما تضمنه من مواد تصف الفعل غير المشروع الذي يتم من خلال الأجهزة الإلكترونية وتجريمه وتحدد عقوبته كما تحدد آلية الاستدلال والضبط والتحقيق والاستعانة والادعاء العام والمحاكمة.

الفقرة الثانية: مبادئ هامة لا بد من مراعاتها عند وضع قانون يتعلق بالمعاملات الإلكترونية: يؤكد بعض المختصين في مجال التجارة الإلكترونية على أنه ليس من الحكمة التسرع في سن تشريعات جديدة أو استحداث

(١) انظر مقال التجارة الإلكترونية والمعوقات التشريعية لمحمد أبو الهيجاء، حيث رصد فيه آراء العديد من المستثمرين في مجال الأعمال الإلكترونية عن دور وجود البيئة القانونية في حماية مثل هذه الأعمال.





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

تنظيمات إدارية، قبل مراعاة عدد من المبادئ الخاصة بموضوع التجارة الإلكترونية وذلك عند إصدار أي نظام لها، وخصوصاً فيما يتعلق بتكوين العقود والإثبات وحماية حقوق وحريات الأطراف، فالمسألة ليست مسألة تعديل أو تطوير القوانين وإنما المسألة ترتيب أولويات ودراسة حيثيات الموضوع^(١)، ويمكن حصر هذه المبادئ في ثلاثة:

أولاً: التأمني في إصدار القانون، حتى تتبلور الصورة في أذهان أفراد المجتمع وتتضح الرؤية، قبل سن أي قانون، بحيث يكون التدخل التشريعي في مجال التجارة الإلكترونية متدرجاً وحذراً وفي أضيق الحدود لا يؤثر سلباً على النشاط، وذلك بالإطلاع الوافي على التجارة الإلكترونية ودراسة جميع جوانبها، وإجراء العديد من الدراسات حولها وحول طبيعة الدولة وسكانها، ودراسة النواحي الاقتصادية والضريبية لهذه التجارة وإجراء الدراسات حول صيغة النظام وجعله متسماً بالمرونة والشمولية والمعيارية دون الدخول في تفاصيل المسائل التي قد تقيد التجارة وتحد من نشاطها.

ثم الاستفادة من تجارب الدول المتقدمة في مجال التجارة الإلكترونية ؛ لأنها لم تصدر أنظمتها إلا بعد ممارسة وتجربة عميقة لهذه التجارة، لذا كان على المنظم المحلي مراعاة هذه التجربة والاستفادة منها عند إصدار النظام. وكذلك ممارسة التجارة الإلكترونية محلياً ومراعاة نتائج هذه الممارسة عند صياغة نصوص النظام: فالتأكيد على ضرورة الاستفادة من تجارب الدول

(١) انظر بتصرف بحث الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها د. أحمد شرف الدين ص ١٥٧٦-١٥٧٧ المجلد الرابع من بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية.





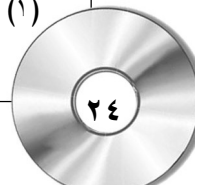
د. سليمان بن محمد

المتقدمة في مجال التجارة الإلكترونية، لا يعني نقل ما عند غيرنا وتطبيقه محلياً، فكل بلد له طبيعته وخصوصيته الدينية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية؛ فقد يترتب على الاقتصار على الاستفادة من تجارب الدول المتقدمة إرهاب المجتمع وذلك نتيجة لعدم مراعاة طبيعته وخصائصه، لذا كان على المنظم مراعاة ذلك، بحيث يخلق مزيجاً متناسقاً ومعتدلاً من الاستفادة من تجارب الدول المتقدمة مع التجربة و الممارسة الفعلية لهذه التجارة، ثم استخراج النصوص النظامية بناءً على نتيجة التجريبتين.

ثانياً: عدم الحجر على التعاملات الإلكترونية، وذلك بعدم الحجر قانونياً بتوفير عنصرى العمومية والتجريد عند إصدار النظام، بأن تكون نصوصه شاملة لعناصر المنظم مستوفية لأحكامه، وهذا الشمول لا بد أن يكون معيارياً، يضع المعيار والمقياس لتوزن به صور وأشكال المنظم، مما يضمن صلاحيته واستمراره. وأيضاً عدم الحجر تقنياً على التعاملات الإلكترونية، بعدم محاباة تقنية معينة في أي مجال من المجالات على غيرها، إذ من شأنه قصر التجارة الإلكترونية بتقنية أو تقنيات محددة، فالوسائل التقنية لا تقف عند حد معين بل هي دائمة التقدم والتطور، وفي حالة الحجر تقنياً على أحدها فإنه يؤدي إلى استبعاد تقنيات أخرى مماثلة و متاحة للجمهور في ذات المجال، ويؤدي إلى وضع احتكاري لصالح مقدم تقنية معينة بعينها، وهذا يعود على التجارة الإلكترونية بالضعف، كأن ينص المنظم على وجوب استخدام تقنية معينة في التوقيع الإلكتروني أو تشفير البيانات أو تصديق الشهادات (١).

ثالثاً: مراعاة الاتفاقيات والمعاهدات والأعراف والعادات المتبعة في التعاملات

(١) انظر الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية ص ١٤ د. أحمد حسام لطفي.





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

الإلكترونية وذلك لكي لا يتعارض النظام مع هذه الاتفاقيات والأعراف، فعالمية التعاملات والتجارة الإلكترونية وصفتها الدولية تلزم المنظم المحلي بمراعاة الاتفاقيات والأعراف والتماشي معها.

الفقرة الثالثة: ضرورة تعديل بعض الأنظمة بما يتوافق مع متطلبات التجارة الإلكترونية:

فالجانب النظامي للتجارة الإلكترونية لا يقتصر على إصدار نظام خاص بها – وإن كان ذلك مهماً – بل لابد من تعديل بعض الأنظمة الأخرى ذات الارتباط بالتجارة الإلكترونية بما يتوافق مع متطلباتها، بحيث لا تكون هذه الأنظمة عائقاً أمام تقدمها.

المطلب الثاني

دور القوانين الخليجية في حماية التعاملات والتجارة الإلكترونية (المملكة العربية السعودية أنموذجاً)

الأنظمة المحلية في المملكة العربية السعودية وبوضعها الحالي توفر نسبة جيدة من البنية النظامية للتعاملات الإلكترونية والاستثمار المعلوماتي، مما يلزم على المدى الطويل إصدار أنظمة تكمل بعض جوانب النقص كنظام للخصوصية البيانات الشخصية، وتعديل نصوص بعض الأنظمة لتغطية الفجوة النظامية الحالية، لذا فإن تناولي لهذا المطلب سيكون في قسمين:

القسم الأول: الوضع الحالي لباقي للأنظمة السعودية (عدا نظامي التعاملات الإلكترونية والجرائم المعلوماتية) ومدى كفايتها لمعالجة قضايا الاستثمار المعلوماتي، ويشمل:





د. سليمان بن محمد

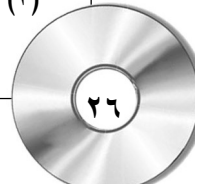
١- الحرية النظامية لإبرام العقد وتكوينه في المملكة العربية السعودية، فهي ليست مقننة بنظامٍ مدني يقيد مسألة التعاقد بشروط شكلية أو موضوعية، بل إن أحكام الفقه وقواعده هي الحاكمة في هذا المجال.

فعدم وجود مثل هذا القانون في المملكة ساهم في تكوين مبدأ حرية التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية، بخلاف بعض الدول التي تنظم نصوص القانون المدني فيها معظم أوجه النشاط اليومي بما فيها العقد، حيث تنص على الشروط الشكلية والموضوعية اللازم توفرها لكي تكتسب بعض العقود والتصرفات الصحة واللزوم، فهذه الدول عند دخولها إلى عالم التجارة الإلكترونية يلزمها الوقوف ملياً عند نصوص القانون المدني وتعديلها بما يتوافق مع متطلبات التجارة الإلكترونية وانعقاد العقد من خلال الوسائط الإلكترونية والتي قد تتعارض مع ما يشترطه القانون من إجراءات وشكليات معينة، لذا يطالب أحد المختصين في مجال التجارة الإلكترونية: "بضرورة تعديل القانون المدني لينظم مسائل التعاقد بين الأطراف في التجارة الإلكترونية خاصة فيما يتصل بالإيجاب والقبول عبر الوسائط الإلكترونية والمعلوماتية وشبكات الاتصال عن بعد"^(١)، ويؤكد آخر "عدم ملائمة التشريعات الحالية لعقود التجارة الإلكترونية وتبنيها لمتطلبات (الكتابة) و(التوقيع) الخطيين و(الأصل)"^(٢)

ولهذا فإن عقد التجارة الإلكترونية يمكن التفاوض عليه و إبرامه في المملكة العربية السعودية في ظل الوضع الحالي للأنظمة تأسيساً على الأحكام الفقهية

(١) المحامي عمرو زكي عبد المتعال في بحثه التجارة الإلكترونية والقانون في مصر ص ١١.

(٢) المحامي عمر المومني في كتابه التوقيع وقانون التجارة الإلكترونية ص ٣٧.





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

المقررة في العقد، فإذا كان القضاء يستلزم للنظر في المعاملة الصحة والسلامة والجواز، فهذا متوفر ومتحقق في عقد التجارة الإلكترونية في المملكة، مما يكسبها القيمة الشرعية، وللمال المتبادل من خلالها الاحترام الشرعي.

٢- الإثبات: من حيث " مدى حجية مخرجات هذه الوسائل التقنية في الإثبات " وذلك في حالة وجود دعوى قضائية.

فالدول التي تأخذ بمذهب الإثبات المقيد ملزمة أيضاً بتعديل نصوص قانون الإثبات بما يتوافق مع متطلبات التجارة الإلكترونية وفي حاجاتها.

وعند النظر في نظام المرافعات الشرعية السعودي فإنه^(١) أعطى القاضي سلطة تقديرية فعالة في إدارة عملية الإثبات في الدعوى، إذ أكد على أنه "يجوز للقاضي أن يستنتج قرينة أو أكثر من وقائع الدعوى أو مناقشة الخصوم أو الشهود لتكون مستنداً لحكمه أو ليكمل بها دليلاً ناقصاً ثبت لديه ليكون بهما معاً اقتناعه بثبوت الحق لإصدار الحكم"^(٢)، فهذه المادة تعطي القاضي نوعاً من الحرية في إثبات الدعوى المنظورة بأي قرينة تظهر له ومنها المخرجات الإلكترونية كقرينة للإثبات، ولكن وبعد صدور نظام المعاملات الإلكترونية فإن مسألة حجية المخرجات الحاسوبية من حيث الأصل باتت محسومة أما من حيث التطبيق فإن كل قضية بحسبها تخضع لتقدير ناظر القضية بالنظر إلى الدليل الرقمي والقواعد الواردة عليه ومدى قدرته في الإيصال إلى النتيجة المراد الاحتجاج به عليها.

(١) في الباب التاسع.

(٢) المادة ١٥٥ من نظام المرافعات الشرعية.





د. سليمان بن محمد

٣ - الاختصاص القضائي: حيث أفرد نظام المرافعات الشرعية باباً كاملاً عن الاختصاص القضائي^(١) بيّن فيه مسائل الاختصاص الدولي ثم الاختصاص النوعي ثم الاختصاص المحلي، وهذا يساهم في تكوين بنية أساسية هامة للاختصاص القضائي (الدولي و النوعي و المكاني)، قابلة للتعديل والتطوير بما يحقق الصالح العام للمجتمع ولتطور التعاملات الإلكترونية والاستثمار المعلوماتي. وسيأتي بيان الاختصاص القضائي الدولي في مبحث قادم، أما الاختصاص المكاني فهو من الوضوح بما لا يستدعي الحديث عنه، ويمكن أن أشير هنا إلى الاختصاص النوعي في قضايا الاستثمار المعلوماتي: حيث أن نظر قضايا ومنازعات الاستثمار المعلوماتي ينعقد الاختصاص النوعي لها لجهات قضائية حسب نوع المنازعة فيها وحسب أطراف المنازعة:

— فإذا كانت المنازعة تجارية (بيع أو شراء أو تأجير أو نحوه من الأعمال التجارية الأصلية أو تبعية) وأطراف العقد تاجرين فإن الاختصاص بنظر المنازعة ينعقد للمحكمة التجارية والتي تعمل حالياً وبشكل مؤقت في ديوان المظالم، ومستقبلاً لوزارة العدل حسب التنظيم القضائي الجديد الصادر في عام ١٤٢٨ هـ، وكون محل الدعوى برمجيات أو معلومات لا ينال من اختصاص المحكمة التجارية حتى مع النص على عدم اختصاصها بالنتاج الذهني من التأليف أو المخترعات أو نحوه إذ أن صناعة المعلومات والبرمجيات أضحت عملاً تجارياً واضحاً واستثماراً قوياً من روافد الاستثمار العالمي الجديد.

— أما إذا كانت المنازعة موضوعها اعتداء على حق من حقوق مالكي

(١) الباب الثاني وهو بعنوان " الاختصاص " .



الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

البرمجيات والمعلومات والمحفوظة بموجب حقوق المؤلف ونطاقه والذي من ضمنه إنتاج البرمجيات ونحوها وكان موضوع الدعوى حول اعتداء على حق المؤلف بأي وجه كانت دعوى الاعتداء فإن الاختصاص فيها ينعقد للجنة حقوق المؤلف بوزارة الثقافة والإعلام وينتظم من قرارها أمام المحاكم الإدارية بديوان المظالم، وقد ينعقد الاختصاص مباشرة لديوان المظالم إذا رأت اللجنة أن الجرم أو المخالفة جسيمة بما يستدعي سجن المتهم أو تغريمه بأكثر من مائة ألف ريال.

— منازعات مقدمي خدمات الاتصال بشكل عام (الهاتف، الجوال، الانترنت):

- * التجاري منها المتعلق بمنازعة تجارية تختص بنظرها المحكمة التجارية.
- * أما المنازعة بين مزود الخدمة والجهة الإدارية ذات الصلاحية (هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات) فتتظر أمام المحكمة الإدارية (كتلك المنازعات المتعلقة بالتراخيص الإدارية لمزودي الخدمة).
- * أما المخالفات و المجازات عليها فينعقد نظرها للجنة مختصة في هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات وينتظم من قراراتها أمام ديوان المظالم.
- * منازعات الأفراد (المستفيد) مع مزود الخدمة الاتصال تنتظر أمام المحكمة العامة.

— وينعقد الاختصاص فيما عدا ذلك من دعاوى مدنية أو جنائية تتعلق بالاستثمار المعلوماتي للمحاكم صاحبة الولاية العامة (المحكمة الشرعية حسب توزيع الاختصاص النوعي لكل قضية بحسبها).

٤— أنظمة الملكية الفكرية: تعنى أنظمة الملكية الفكرية بحماية المنتج الفكري والأدبي والذهني حتى وإن ظهر هذا الحق الأدبي أو الفكري في شكل مادي



د. سليمان بن محمد

لموس من كتاب أو قرص مرن أو شريط ونحوه وذلك من الاعتداء عليه أدبياً (من حيث حق صاحبه في نسبة المنتج أو المؤلف إليه) ومالياً (من حيث حفظ الحق المالي والتجاري للمنتج أو المؤلف والمبتكر في منتجه أو مؤلفه من استفاضة غيره منه بدون وجه حق أو من تفويت استفادته منه)، فقد أصدرت المملكة أنظمة تعنى بتنظيم جانب الملكية الفكرية وما هو المحمي منه وكيفية حمايته والتعويض عن الاعتداء عليه كنظام حماية حقوق المؤلف ونظام براءات الاختراع ونظام العلامات التجارية، والذي يعيننا هنا بالدرجة الأولى هو نظام حقوق المؤلف وما تبعه من انضمام المملكة لعدد من اتفاقيات الملكية الفكرية حيث أنصمت الى اتفاقية (برن) لحماية المصنفات الأدبية والفنية بموجب المرسوم الملكي في ١٢/٧/١٤٢٤ هـ مما ضاعف من مسؤوليات ومهام الجهات المعنية بمكافحة أعمال القرصنة على المصنفات الفكرية إلى جانب رفع مستوى التوعية بمفهوم حماية حقوق المؤلف كما انضمت المملكة إلى اتفاقية الجوانب التجارية المتصلة بالملكية الفكرية (تريبس) - وهي إحدى اتفاقيات منظمة التجارة العالمية بعد انضمام المملكة للمنظمة في نهاية ١٤٢٦ هـ.

القسم الثاني: الوضع المطلوب للقوانين السعودية ذات العلاقة بالتجارة الإلكترونية:

من اللازم _ علاوةً على إصدار قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية - إجراء تعديلات على بعض نصوص الأنظمة ذات العلاقة لكي تكتمل المنظومة القانونية ولا تصطدم إجراءاتها أو نظامها بإحدى مواد هذه الأنظمة، وهذا ما سأطرحه في الوضع المأمول والمطلوب مستقبلاً للأنظمة ذات العلاقة بموضوعها:





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

١ - الأنظمة التجارية، وتتضمن:

أ - نظام الأسماء التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٥، وتاريخ ١٢/٨/١٤٢٠هـ.

و نظام العلامات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٢١ / وتاريخ ٢٨/٥/١٤٢٣هـ.

الوضع المطلوب مستقبلاً للنظامين: يتطلب الوضع التدخل الفوري من المنظم بتعديل هذين النظامين ليشمل التنظيم: تسجيل وحماية" أسماء المواقع والنطاقات والعلامات التجارية على الإنترنت" بحيث يدرج في النظام ما يبين وينظم شروط وكيفية التسجيل وأحكام وملكية صاحب الموقع للاسم التجاري له على الشبكة الإلكترونية وأحقيقته به، وعدم جواز تسجيله واستخدامه من غير صاحبه، والعقوبات المقررة في حالة المخالفة، والعلاقة التي تربط بين أسماء المواقع على الإنترنت وبين العلامات التجارية المسجلة من حيث أسبقية التسجيل ومن له الحق في تسجيل اسم الموقع هل هو الأسبق في تسجيله في فضاء الإنترنت أم صاحب العلامة التجارية المسجلة، فمسألة: " امتداد ملكية الاسم أو العلامة التجارية المادية إلى مواقع الشبكة الإلكترونية " تتطلب تدخلاً من قبل المنظم لبيان الحكم، إذ هي من ضمن المسائل التي دائماً ما تحدث النزاعات حولها، وكان التوجه فيها أن الاسم والعلامة التجارية تمتد لتحمي الاسم في الفضاء الإلكتروني، وأن العبرة في ذلك أسبقية تسجيل العلامة لا أسبقية حجز الموقع.

ب - نظام البيانات التجارية: الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م / ١٥،





د. سليمان بن محمد

وتاريخ ١٤٢٣/٤/١٤هـ.

الوضع المأمول والمطلوب مستقبلاً: هذا النظام وضع ضماناً للمستهلك والمشتري لتوفير مزيد من الاطمئنان والثقة في المنتج وذلك بقراءة البيانات المدونة عليه، إلا أن توفير ذلك للمستهلك عبر الوسائط الإلكترونية أزم و أولى؛ نظراً لما تقتضيه طبيعة الشراء الإلكتروني من خصوصية، إذ لا توجد معاينة لمحل التعاقد بل يعتمد على الوصف وذكر بيانات السلعة أو الخدمة محل التعاقد، مما يترتب عليه ضرورة تعديل نظام البيانات التجارية ليحقق ما يلي:

— إلزام البائع والعارض على الشبكة الإلكترونية بتوفير البيانات اللازمة للسلع المعروضة.

— تنظيم البيانات التجارية اللازمة للسلع المعروضة على الشبكة الإلكترونية بما يراعي طبيعة الشراء الإلكتروني الذي يتم عن بُعد.

ج — نظام مكافحة الغش التجاري: الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ١١ وتاريخ ١٤٠٤/٥/٢٩هـ، ولأئحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم ١/٣/١٣٢٧ وتاريخ ١٤٠٥/٦/١هـ.

الوضع المطلوب مستقبلاً:مسألة الغش من خلال الوسائط الإلكترونية تعد ظاهرة موجودة في التجارة الإلكترونية، فالمستهلك في ظل الاقتصاد الرقمي أصبح عرضةً للتلاعب بمصالحه أو محاولة غشه وخداعه عن طريق استخدام التكنولوجيا في ذلك، فهناك من يسعى بوسائل غير أخلاقية إلى تضليله وخداعه عن طريق إيهامه بمزايا غير حقيقية في السلع، وصرف نظره عن عيوبها، لذا كان من الضروري وضع حدٍ لمثل هذه الممارسات التي من شأنها إضعاف ثقة



الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

المستهلك في بيانات السلع المعروضة عبر الوسائط الإلكترونية، ومن ثم إضعاف التجارة الإلكترونية، ويكون ذلك عن طريق التدخل النظامي بحيث يضاف في نظام مكافحة الغش التجاري ما يعالج مسألة الغش عبر الوسائط الإلكترونية، والذي يأخذ أساليب تختلف عن أساليب الغش التقليدي كالجوانب الفنية والتقنية المستخدمة في هذا النوع من الغش.

٢- الأنظمة الجنائية:

أ - نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية: صدر النظام حديثاً مواكباً للثورة المعلوماتية وتطور شبكات الاتصال وازدياد مستخدميها لأجل ضمان الاستخدام الأمثل لتلك التقنيات فيما يعود بالفائدة على الفرد والمجتمع والمؤسسة العامة والخاصة، ولحماية الأفراد والأموال والأعراض والقيم والدين من المساس بها عبر تقنيات المعلومات. إلا أن ثمة جانب مهم لم يتناوله النظام يتعلق بمسألة ضرورية للفرد سواء كان مستخدماً لشبكة الاتصال أم أنه عولجت بياناته من خلالها وهي مسألة (حماية الخصوصية عند معالجة البيانات) بما يكفل استخدام البيانات للغرض الذي من أجله تمت معالجتها، وأيضاً سربيتها وعدم تداولها إلى وفق نصوص النظام. وهو ما اهتمت به بعض الدول (كندا، السويد، بريطانيا).

ب - نظام التزوير: الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١١٤ وتاريخ ١٣٨٢/١١/٥.

الوضع المطلوب مستقبلاً: النظام بحالته الراهنة لا يوفر الحماية الجنائية اللازمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وذلك تجاه جرائم التزوير المعلوماتي للمعلومات والبيانات، لأن النصوص السابقة وضعت لحماية الأشياء المادية في





د. سليمان بن محمد

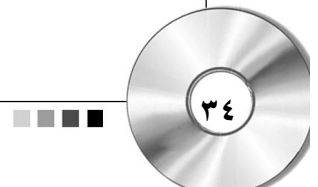
مواجهة صور التعدي المألوفة، مما يتعذر معه أن يقع تحت طائلة العقاب أفعال التعدي على عناصر ومكونات الأنظمة المعلوماتية ذات الطابع غير المادي، كتزوير البيانات المخزنة على ذاكرة الحاسب، وكتزوير التوقيع الإلكتروني. وتجدر الإشارة إلى أن المنظم السعودي قد اهتم بهذا الموضوع، حيث شكّلت لجنة فرعية من عدد من الجهات المعنية بمكافحة التزوير في المملكة العربية السعودية، للنظر حول مسألة التزوير الإلكتروني لبطاقة الائتمان ونحوها، وقد توصلت اللجنة إلى تعديل نظام التزوير وذلك بإضافة مادة تقنن التزوير الإلكتروني وتحدد ماهيته والعقوبة المقررة له، حيث جاء نص التعديل المقترح: " من قلّد الأوراق الخاصة بالمصارف أو البطاقات المصرفية أو زورها أو أحدث أي تغيير غير مشروع في الوثائق والوسائل والمعلومات الإلكترونية المالية بجميع صورها مع علمه بذلك.. الخ ".

المطلب الثالث

حجية القوانين في قضايا التجارة الإلكترونية

(القانون الواجب التطبيق على مسائلها)

إن الطبيعة الدولية للتجارة الإلكترونية أوجدت مجالاً خصباً لتنازع القوانين الدولية على مسائلها وكذلك مدى حجية النظام المحلي في مسائل هذه التجارة، وقبل الدخول في تفاصيل القانون الواجب التطبيق تجدر الإشارة هنا إلى أن المختصين في هذا المجال تباينت آرائهم حول وضع حلول مناسبة إزاء مشكلة القانون الواجب التطبيق:





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

أ – فذهب البعض إلى أن قواعد القانون الدولي الخاص⁽¹⁾ ومناهجه لا تتماشى ولا تتناسب مع طبيعة العمليات التجارية الإلكترونية، لأن هذه العمليات تقع في منطقة خارج دائرة القانون، مما جعل من المناسب البحث عن نظام ومناهج قانونية بديلة حتى لا يكون هناك فراغ قانوني، وذلك بوضع قانون موضوعي إلكتروني دولي للمعاملات الإلكترونية، بحيث يكون تنظيمًا موضوعيًا خاصاً ومستقلاً عن حلول القوانين الوطنية، فهو عبارة عن مجموعة حلول وقواعد موضوعية خاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي، ومتميزة عن تلك التي تحكم العلاقات الوطنية، وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنت، وطورتها المحاكم ومستخدمو الإنترنت وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، فهو قانون تلقائي النشأة، وجد ليلتلاءم مع حاجيات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والرقمية في البيانات التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحاسب الآلي، ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملات.

وقد وجّه لهذا الرأي عدة انتقادات أبرزها:

– انه يقوم على أساس وضع قانون دولي موضوعي يحكم مسائل التعاملات الإلكترونية ويكون متفقاً عليه بين الدول التي ترغب في التعامل عبر الوسائط الإلكترونية، مما يجعل هذا الرأي مجرد فكرة، تقوم على افتراض وجود مجتمع

(1) وهو مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التي تحتوى على عنصر أجنبي من حيث بيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق.





د. سليمان بن محمد

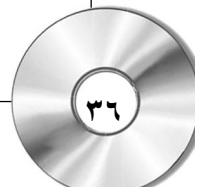
دولي متجانس، قادر على خلق قواعد سلوك ملزمة لأعضائه من المتعاملين إلكترونياً، وهو فرضٌ يخالف واقع الأمر، فالمجتمع الدولي وإن فرضنا وجوده، فهو مجتمع غير متجانس و غير متماسك، وغير قادر على وضع قواعد ملزمة ؛ لأن الكل يبحث عن مصالح أفرادهِ ووطنهِ.

كما أن التجارة الإلكترونية أصبحت قائمة بالفعل في كثير من الدول، الأمر الذي يتطلب وضع حلول فورية لمشكلة القانون الواجب التطبيق ومدى الاحتجاج بالنظام المحلي، وهو ما لا يتوفر في الرأي السابق، الذي لا يضع حلاً فورياً لمسألة واقعة وقائمة، بل هو نظرة استشرافية قد تتم وقد لا تتم، فلا زالت في بدايتها الأولى.

ب – بينما يرى فريق آخر أن قواعد القانون الدولي الخاص بوضعها الحالي قادرة على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود المعاملات والتجارة الإلكترونية طالما أن هذه العقود تتمتع بالصفة الدولية ووجود العنصر الأجنبي، مستنديين إلى أن الدول الأوروبية المتقدمة قد أحالت في التوجيه الأوروبي بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات المجتمع المعلوماتي وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية رقم EC/٦١/٢٠٠٠، وتاريخ ٨ يونيو ٢٠٠٠م، في المادة رقم ٤/١ إلى قواعد القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، وما ذاك إلا لاقتناعها بكفايتها.

وقد أُجيبَ عن هذا الرأي بما يلي:

– أن قواعد القانون الدولي الخاص، وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق إنما





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

وضعت للعقد الدولي^(١) بينما التجارة الإلكترونية وإن كان من خصائصها الصفة الدولية إلا أنها قد تكون عقداً محلياً وذلك إذا كان أطراف العقد في موطن واحد مما يترتب عليه أن إنزال قواعد القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على التجارة الإلكترونية على العموم يترتب عليه استبعاد القانون المحلي من التطبيق على مسائل التجارة الإلكترونية إذا كان أطرافها محليين - كما أن قواعد القانون الدولي الخاص في بعض الاتفاقيات كاتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية عام ١٩٨٠ تحيل في حالة عدم الاتفاق على القانون إلى قانون محل إبرام العقد، وهذا يصعب تحديده في التجارة الإلكترونية؛ لأن العقد فيها يتم في مجتمع افتراضي.

وبعد استعراض المذهبين ووجهة نظرهما، وبعد الإجابة عنهما، فإنه يلاحظ أن كلاً من الرأيين حاول التخلص من السلبيات والانتقادات الموجهة للرأي الآخر، فالذين ينادون بوضع قانون دولي موضوعي إلكتروني يحكم المسائل الإلكترونية والاستثمار المعلوماتي، أرادوا العدول عن قواعد القانون الدولي الخاص بمظهرها الحالي والتي وضعت للعقود المادية الدولية، والتي متى ما أعملت على مسائل التجارة الإلكترونية ذات الفضاء الإلكتروني نتج عنها عدد من المعوقات. أما الذين يرون الاقتصار على قواعد القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق؛ فلأن المذهب السابق إنما قَدَّمَ رأياً استشرافياً لواقع المستقبل، وهذا قد يتحقق و قد لا يتحقق، ولا يقدم حلاً فورياً لمنازعات

(١) وهو كل عقد اشتمل على عنصر أجنبي، سواء اتصل هذا العنصر بالأعمال المتعلقة بإبرامه أو بتنفيذه أو بموطن المتعاقدين أو جنسيتهم





د. سليمان بن محمد

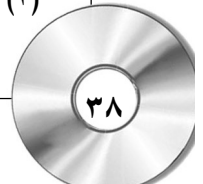
التجارة الإلكترونية حول القانون الواجب التطبيق القائمة في الوقت الحالي.
ج - بعد استعراض وجهة نظر المذهبين السابقين فإنني أتوصل - والعلم عند الله تعالى - إلى رأي أجمع فيه بين القواعد المستقرة التي تحكم مسألة القانون الواجب التطبيق^(١)، وبين ما تتميز به العقود التجارية الإلكترونية والاستثمار المعلوماتي من خصائص لا بد من مراعاتها عند العمل بقواعد المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص، وذلك لتجنب السلبات، ولخلق نوع من التمازج والتجانس المطلوبين.

فعقد التجارة الإلكترونية لا يخلو إما أن يكون محلياً بالنظر إلى أطرافه أو دولي:

الحالة الأولى: أن يكون عقد التجارة الإلكترونية محلياً:

وذلك بأن يكون أطرافه في موطن واحد، ففي هذه الحالة فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون المحلي (قانون موطن أو محل إقامة طرفي العقد) وذلك إعمالاً لمفهوم سيادة الدولة على أراضيها^(٢)، فيكون للدولة سيادياً الحق في مباشرة كافة الاختصاصات المتصلة بوجودها كدولة، سواء في داخل إقليمها وصلتها برعاياها أو في خارج الإقليم في اتصالها بالدول الأخرى والمجتمع

(١) كاتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية عام ١٩٨٠ واتفاقية لاهاي ١٩٦٤ والتي موضوعها عن البيع الدولي للمنفولات المادية، وكذلك اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ حول القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة، واتفاقية لاهاي ١٩٧٨ حول القانون الواجب التطبيق على الوساطة التجارية، مؤتمر لاهاي عام ١٩٨٠ والذي تنتج عنه اتفاقية القانون الواجب التطبيق على بيوع المستهلكين، وكذلك بعض القوانين الدولية الخاصة.
(٢) السيادة هي: ما للدولة من سلطات على الإقليم الذي تختص به، بما يوجد فيه من أشخاص وأموال.





الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

الدولي، ففي داخل الأقاليم تقوم الدولة بمهمتي التنظيم والقضاء، فتطبيق أنظمتها على النزاعات التي تقع بين رعاياها والمقيمين على أراضيها يعتبر مظهراً من مظاهر السيادة الداخلية للدولة، لذا فكل اتفاق يجنب القانون المحلي يُعد اتفاقاً باطلاً وملغى، فالقانون حينما ميّز العقود، بانفراد أطرافها بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فإن تلك الميزة تخص نوعاً معيناً من العقود وهي العقود الدولية، وعلى ذلك تخرج العقود الوطنية أو الداخلية من نطاق تطبيق قانون الإرادة، وتظل خاضعة لأحكام القانون الوطني أو الداخلي، وأي تحديد لقانون أجنبي ليسري عليها يعد ملغىً ولا يأبه به، فسيريان القواعد النظامية المحلية على المنازعات الداخلية يعد قاعدة أمر لا يجوز الاتفاق على خلافها. إلا أن البعض يرى أن عقد هذه التجارة دولي حتى وإن كان أطرافه في وطن واحد ؛ لأن معيار الدولية متحقق فيه، وهي الوسيلة التي يتم بها، فهي شبكة معلومات عالمية، مما يترتب على هذا الرأي إعطاء الأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون المطبق حتى وإن كان أجنبياً وهم في وطن واحد. إلا أن هذا الرأي يصطدم بمعايير تحديد العقد الدولي التي وضعها فقهاء القانون الدولي الخاص والتي ليس منها ما يسند وجهة نظر الرأي السابق الذي جعل الوسيلة التي تتم بها هذه التجارة معياراً لتحديد دوليتها (١).

(١) حدد علماء القانون الدولي الخاص معيارين لمعرفة وتحديد العقد الدولي:

الأول: المعيار الاقتصادي: فالعقد الدولي بناء على هذا المعيار هو كل عقد يستتبع حركة مدّ وجزر للبضائع ورؤوس الأموال عبر حدود دولتين أو أكثر - وقيل أيضاً: كل عقد يتعدى بتبعاته و آثاره الاقتصاد الداخلي للدولة. الثاني: المعيار القانوني: والعقد الدولي بمقتضاه هو كل عقد اشتمل على عنصر أجنبي.



د. سليمان بن محمد

الحالة الثانية: أن يكون عقد التجارة الإلكترونية دولياً:

ويتقرر لهذا العقد أحكام خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، لوجود أكثر من قانون يتنازع على التطبيق، لذا ينبغي التفرقة بدايةً بين كون العقد بين مهنيين وبين أن يكون أحد أطراف العقد مستهلكاً:

أ – فإذا كان أطراف العقد من المهنيين (وهو ما يسمى بالأعمال التجارية الإلكترونية بين القطاعات التجارية مع بعضها البعض B to B): وهم الأشخاص الذين يتصرفون من أجل احتياجاتهم المهنية، بغرض الحصول على الربح، ففي هذه الحالة:

* إما أن يتفق على تحديد القانون الواجب التطبيق: وهنا استقرت قواعد القانون الدولي الخاص على العمل بهذا الاتفاق وعلى لزمه ويسمى هذا الاتفاق بـ " قانون الإرادة"، ومفهومه:

أن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية هو القانون الذي يختاره أطراف العقد بإرادتهم الصريحة أو الضمنية، ويتم تعيين قانون الإرادة بطريقتين:

– التعيين الصريح: وذلك بأن يختار الأطراف قانون العقد صراحة، بإدراج شرط يحدد فيه القانون الواجب التطبيق على مسائل العقد، سواء كان الاتفاق لحظة إبرام العقد أو بعده أو عند نشوء النزاع.

– التعيين الضمني: وهي عبارة عن إرادة ضمنية تنبئ عن ميل واضح تجاه قانون ونظام معين، وهذه الإرادة أو النية الضمنية التي تحدد القانون واجب التطبيق تستخلص من ظروف الحال، وملابسات العملية التعاقدية، ومن ذلك ما يلي:



الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

— تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع: فإن هذا التحديد يدل على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون المحكمة المختصة، فمن يختار القاضي يختار قانونه.

— أن يُضَمَّنَ العقد أحكاماً وقواعد مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب من جوانبه، مما يدل على اتجاه نية الأطراف إلى القانون المستمدة منه أحكام العقد لتطبيقه على مسائل العقد.

— أن يصاغ العقد وفق عقد نموذجي لدولة معينة أو على طريقة قانون دولة معينة، مما يدل على اتجاه إرادة الأطراف إلى تطبيق قانون تلك الدولة.

— أن يكتب العقد بلغة معينة تدل على نية الأطراف وإرادتهم الضمنية أعمال قانون الدولة التي كتب العقد بلغتها.

— نوع العملة التي سيتم الوفاء بها تدل على الإرادة الضمنية لتطبيق قانون الدولة التي اعتمدت عملتها للوفاء بقيمة العقد.

— محل التنفيذ، في حالة اشتراط تنفيذ العقد في دولة معينة.

ومع كون التعيين الضمني للقانون مقبولاً إلا أن الكثير من المختصين في هذا المجال يؤكدون على أهمية الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية.^(١)

* أما إذا لم يوجد اتفاق بين طرفي العقد من المهنيين على تحديد القانون

(١) يقول د. احمد سلامه " من الخطورة بمكان بالنسبة لرجل قانون المشروعات ألا يشترط في العقد القانون الواجب التطبيق عليه ؛ لأنه سيجد نفسه في ضباب أو مجهول فلماذا لا يدرج شرطاً من سطرين يقول فيه الأطراف صراحة ما هو القانون الواجب التطبيق، إن المتعاقدين هم في الواقع، صناع مغامراتهم السيئة " بحث الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أو تلاق ص ٣٧-٣٨.



د. سليمان بن محمد

الواجب التطبيق:

ففي هذه الحالة يلجأ إلى التعيين القضائي: وهو تعيين القانون الواجب التطبيق عن طريق القضاء، بأن يجتهد القاضي للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وهو في الغالب قانون بلد القاضي الناظر للقضية. ويتم التعيين القضائي عن طريق تركيز أو توطين العقد في الدولة التي ينتج فيها العقد غالب أو كل آثاره^(١).

ب- أن يكون أحد أطراف العقد التجاري الإلكتروني الدولي مستهلكاً (وهو ما يسمى بالأعمال التجارية الإلكترونية بين القطاعات التجارية والمستهلكين B to C): والمستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد مع طرف مهني من أجل الحصول على السلعة أو الخدمة، لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو المنزلية، شريطة أن يكون هذا التعاقد غير مرتبط بنشاط مهني أو تجاري للمستهلك^(٢)، وفي هذه الحالة إما:

* أن يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق: فحكمه حكم اتفاق الأطراف المهنيين على تحديد قانون من حيث لزوم هذا الاتفاق ولزوم العمل به كما في المسألة السابقة، فعقود الاستهلاك تخضع للقاعدة العامة في اختصاص القانون الذي اختاره المتعاقدان صراحةً أو ضمناً. إلا أن قاعدة لزوم العمل بقانون الإرادة في العقد الذي يكون أحد أطرافه مستهلكاً ليست على إطلاقها، بل يرد على هذه القاعدة استثناء لصالح المستهلك،

- (١) جاء في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ ما يلي " في الحدود التي لم يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وقوفاً".
- (٢) حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص د. خالد عبد الفتاح، ص ٣٥.



الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون الخليجي

ولفرض مزيدٍ من الحماية له، إذ تنص الكثير من الاتفاقيات وأنظمة القانون الدولي الخاص^(١) - وهو الاتجاه السائد فقهاً ونظاماً - على أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يجوز أن يستتبع حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الأمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته العادية.^(٢)

وهذا الاستثناء من مبدأ قانون الإرادة له مبرراته وأسبابه، فمبدأ قانون الإرادة الذي يمنح المتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم عقودهم، يُعد من المبادئ الجوهرية التي تنص عليها الكثير من الأنظمة والاتفاقيات الدولية، إلا أن هذه الحرية للمتعاقدین في تنظيم عقودهم لا تتصور إلا بين الأنداد الذين لهم نفس القوة وذات المقدره، فعدم التكافؤ الواقعي بين أطراف العلاقة في الناحية الاقتصادية والاجتماعية يقتضي وضع بعض القيود على حرية الطرف الأقوى في العلاقة العقدية تكون عوضاً لضعف الطرف الآخر، حيث تعمل على الحد من عدم التكافؤ بينهما، ومن هذه القيود جواز الخروج عن قانون الإرادة إلى قانون الدولة التي بها محل إقامة المستهلك، إذا كانت قواعدها الأمرة توفر

(١) مؤتمر لاهي للقانون الدولي الخاص والذي أقر الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين عام ١٩٨٠م، واتفاقية روما عام ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق المادة ٢/٥، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٧٨م المادة ١/١٢٠، والقانون الدولي الخاص النمساوي الصادر عام ١٩٧٨.

(٢) بحث الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق د. أحمد عبد الكريم سلامة ص ٤٠، وبحث عقود التجارة الإلكترونية والقانون الدولي الخاص د. أحمد الهواري - المجلد الرابع ص ١٩٥٧ - وبحث القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية، د. عزت البحيري - المجلد الرابع ص ١٦٧٣.



د. سليمان بن محمد

مزيداً من الحماية له.

وقد انقسمت القوانين عند تطبيقها لهذا الاستثناء على قانون الإرادة إلى قسمين:
 ١- القسم الأول: بالغ في تفعيل هذا الاستثناء على جميع عقود الاستهلاك، حيث أكد القانون الدولي الخاص السويسري على أنه " يسري على عقود الاستهلاك قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك " (١).

— القسم الثاني: ويرى أن عقود الاستهلاك خاضعة في الأصل إلى قانون الإرادة، إلا إذا كان قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك يوفر حماية أكثر له من خلال قواعده الأمره فإنه

يخرج عن قانون الإرادة استثناء ويعمل به لتوفير الحماية للمستهلك. (٢)

وهذا القسم يتسم بالموضوعية والإنصاف في العمل بالاستثناء، مع عدم إلغاء قانون الإرادة وتنحيته تماماً كما في القسم الأول.

* أما إذا لم يتفق الأطراف في عقد الاستهلاك على تحديد القانون واجب التطبيق: فإذا كانت الأنظمة والقوانين الدولية الخاصة وفي حالة اتفاق الأطراف على تحديد قانون واجب التطبيق تجيز الخروج على هذا القانون، فإنه ومن باب أولى في حالة عدم الاتفاق أن يكون قانون دولة إقامة المستهلك هو الواجب التطبيق لفرض مزيد حماية له.

هذا وأسأل الله لي ولكم التوفيق والسداد والله أعلم وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

(١) القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام ١٩٧٨ المادة ١/١٣.

(٢) اتفاقية روما الصادرة عام ١٩٨٠، المادة ٥/٢ — انظر بحث الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق ٤٢.

