

تسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي عن طريق تحديد الإختصاص القضائي الدولي للنظر فيها وفقاً للقانون العراقي

يونس صلاح الدين علي

قسم القانون، جامعة جيهان- اربيل، كردستان، العراق

المستخلص

إن الإختصاص القضائي الدولي هو ولاية المحاكم الوطنية في نظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي. وقواعد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية هي مجموعة القواعد القانونية التي تحدد ولاية المحاكم الوطنية في نظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، تجاه غيرها من المحاكم الأجنبية للدول الأخرى، وتستند على مجموعة من الضوابط تعرف بضوابط الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية. وجدير بالذكر فإن العقد الإلكتروني هو إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل. ويتحدد الإختصاص القضائي الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة به في القانون العراقي بضابط الإختصاص القضائي الدولي التقليدي الذي ينعقد به الإختصاص للمحاكم العراقية بمقتضى الفقرة (ج) من المادة (15) من القانون المدني العراقي. على الرغم من أننا حاولنا في هذه الدراسة أن نسد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية للنظر في تسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي إلى بعض الضوابط التي نص عليها قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012.

الكلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني، الإختصاص القضائي، المحكمة، منازعة، قانون.

1. المقدمة

بضابط الإختصاص القضائي الدولي التقليدي الذي ينعقد به الإختصاص للمحاكم العراقية بمقتضى الفقرة (ج) من المادة (15) من القانون المدني العراقي. ويتطلب الأمر لغرض تحديد ذلك الإختصاص التكييف المسبق لتحديد مكان وزمان إنعقاد العقد الإلكتروني الدولي وفقاً للقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، وقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012.

1.1 أسباب إختيار موضوع البحث

إن السبب في اختيار موضوع البحث هو محاولة التوصل إلى إيجاد تحديد دقيق للإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية للنظر في تسوية المنازعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني الدولي، وإقتراح ضوابط ثابتة للإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، وذلك في ضوء تحديد زمان ومكان إنعقاد العقد، وفقاً للقانون المدني العراقي وقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية.

1.2 أهمية البحث

تكم أهمية البحث في الإفادة من الضوابط الثابتة المقترحة للإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية لتسوية المنازعات الخاصة بالعقد الإلكتروني الدولي.

مجلة جامعة جيهان- اربيل للعلوم الانسانية والاجتماعية
المجلد 6، العدد 2 (2022).

أستلم البحث في 22 حزيران 2022؛ قُبل في 3 آب 2022
ورقة بحث منتظمة؛ نُشرت في 20 آب 2022

البريد الإلكتروني للمؤلف: younissalah@gmail.com

حقوق الطبع والنشر © 2022 يونس صلاح الدين علي. هذه مقالة الوصول إليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الإبداعي النسبية - 4.0 CC BY-NC-ND

1.3 مشكلة البحث

القاضي، وما إذا كانت المنازعة تدخل ضمن نطاق اختصاصها المكاني أو النوعي (العيسى، 2009، ص 308)، وهو ما يطلق عليه بالاختصاص الخاص، ثم يأتي بعد ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة ذات العنصر الأجنبي، وهذا هو التسلسل المنطقي لأن تحديد المحكمة الوطنية المختصة وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المعمول بها في قانون تلك الدولة، يعد أسبق من الناحية الزمنية من تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية. وجدير بالذكر فقد عرفت الفقرة العاشرة من المادة الأولى منه قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 العقد الإلكتروني بأنه (ارتباطاً بالإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه والذي يتم بوسيلة إلكترونية). وعرفه جانب من الفقه (مجاهد، 2000، ص 39) بأنه إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل. وعرف أيضاً (إبراهيم، 2011، ص 72) بأنه إتفاق يتم بواسطة الإتصالات الإلكترونية عن بعد، ودون التواجد المادي المتزامن للطرفين، حتى إتمام العقد بينها. ويتسم العقد الإلكتروني بمجموعة من الخصائص من أبرزها غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف، ووجود وسيط إلكتروني، والسرعة في إنجاز الأعمال والمعاملات (الجنبيبي، " بدون سنة نشر"، ص 156). ويرى جانب من الفقه الفرنسي (Gautrais, 2003) بأنه يمكن تصنيف العقد الإلكتروني إلى نوعين بحسب نوع الشبكة التي يتم فيها التعبير عن الإرادة ومن ثم التعاقد: الأول هو العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة مفتوحة (Le contrat électronique en reseau ouvert)، والثاني هو العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة مغلقة (Le contrat électronique en reseau fermé).

ويمتاز النوع الثاني بأنه أكثر أماناً من النوع الأول، ولا سيما فيما يتعلق بإبرام العقود المهمة والمركبة، والتي تسبقها مفاوضات تتطلب عملية التبادل الإلكتروني لبيانات ووثائق تتسم بالسرية ولها أهميتها في التعاقد. أما العقد الدولي فقد عرفه جانب من الفقه (عرفة، 2013) بأنه الإتفاق الذي يتطرق العنصر الأجنبي إلى أحد العناصر المكونة له، كأن يكون أحد طرفيه أو كلاهما أجنبياً، أو يكون قد تم إبرامه أو تنفيذه في الخارج. معايير دولية العقد الإلكتروني فهي: المعيار القانوني الذي يقوم هذا المعيار على فكرة أساسية مؤداها أن الرابطة العقدية تتسم بالطابع الدولي عندما تتضمن بين عناصرها القانونية عنصراً أجنبياً أو أكثر. والمعيار الاقتصادي الذي يقوم على أساس اعتبار اقتصادي يمثل في حركة المد والجزر عبر الحدود لرؤوس الأموال والسلع والخدمات (صادق، 2001، ص 110)، ودون الأخذ بنظر الاعتبار المبررات القانونية التي استند عليها المعيار السابق. والمعيار المختلط الذي يجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي. إذ ينبغي لكي يكون العقد دولياً أن يتضمن عنصراً أجنبياً فضلاً عن تعلقه بمصالح التجارة الدولية وانتقال رؤوس الأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود.

ووثائق تتسم بالسرية ولها أهميتها في التعاقد. أما العقد الدولي فقد عرفه جانب من الفقه (عرفة، 2013) بأنه الإتفاق الذي يتطرق العنصر الأجنبي إلى أحد العناصر المكونة له، كأن يكون أحد طرفيه أو كلاهما أجنبياً، أو يكون قد تم إبرامه أو تنفيذه في الخارج. معايير دولية العقد الإلكتروني فهي: المعيار القانوني الذي يقوم هذا المعيار على فكرة أساسية مؤداها أن الرابطة العقدية تتسم بالطابع الدولي عندما تتضمن بين عناصرها القانونية عنصراً أجنبياً أو أكثر. والمعيار الاقتصادي الذي يقوم على أساس اعتبار اقتصادي يمثل في حركة المد والجزر عبر الحدود لرؤوس الأموال والسلع والخدمات (صادق، 2001، ص 110)، ودون الأخذ بنظر الاعتبار المبررات القانونية التي استند عليها المعيار السابق. والمعيار المختلط الذي يجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي. إذ ينبغي لكي يكون العقد دولياً أن يتضمن عنصراً أجنبياً فضلاً عن تعلقه بمصالح التجارة الدولية وانتقال رؤوس الأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود.

2.2 خصائص قواعد الإختصاص القضائي الدولي ومقارنتها بخصائص قواعد الإختصاص

التشريعي

تتسم قواعد الإختصاص القضائي الدولي بالخصائص الآتية:

1. أنها قواعد وطنية: إذ ينحصر المشرع الوطني في كل دولة بوضع قواعد الإختصاص القضائي الدولي لمحكمة دولته، وتحديد نطاق ولاية المحاكم الوطنية بنظر المنازعات ذات الطابع الدولي، فضلاً عن تحديده اختصاص

تكن مشكلة البحث في عدم تحديد ضابط الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة العراقية على أساس محل إبرام أو تنفيذ العقد بمقتضى الفقرة (ج) من المادة (15) من القانون المدني العراقي، للإختصاص القضائي الدولي للمحكمة العراقية للنظر في تسوية المنازعات الخاصة بالعقد الإلكتروني الدولي تحديداً مباشراً وصریحاً، وذلك بسبب عدم هذا القانون وعدم مواكبته عن طريق التعديلات لتحديد الدقيق للإختصاص القضائي الدولي للمحكمة العراقية للنظر في تسوية المنازعات الخاصة بالعقد الإلكتروني الدولي. وإناطة الأمر للتكييف المسبق للعلاقة التعاقدية الخاصة الدولية المشوبة بعنصر إجنبي، لتحديد زمان ومكان إنعقاد العقد، ثم تحديد الإختصاص القضائي الدولي على أساس ذلك. على الرغم من صدور قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 الذي لم يولي إهتماماً أيضاً لتحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة العراقية للنظر في تسوية المنازعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني الدولي.

1.4 منهجية البحث

لوصول إلى الغايات المرجوة من البحث، فقد إنتهجت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي، بإجراء تحليل قانوني للدراسة موضوع البحث.

2. مفهوم الإختصاص القضائي الدولي في تسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي

إن دراسة مفهوم الإختصاص القضائي الدولي في تسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي تستلزم منا تعريفه وبيان أهم خصائص قواعده ومقارنتها بقواعد الإختصاص التشريعي (قواعد الإسناد المزدوجة الجانب) ودراسة مبدأ عدم التلازم بين الإختصاصين القضائي الدولي والتشريعي. وهذا ما سوف نقوم به في المطالب الآتية:

2.1 تعريف الإختصاص القضائي الدولي في تسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي

الإختصاص القضائي الدولي هو ولاية المحاكم الوطنية في نظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي. وقواعد الإختصاص القضائي الدولي هي مجموعة القواعد القانونية التي تحدد ولاية المحاكم الوطنية في نظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، تجاه غيرها من المحاكم الأجنبية للدول الأخرى، كما عرفه جانب من فقه القانون الدولي الخاص في العراق (حافظ، 1977، ص 243). أنه ذلك الإختصاص الذي يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، وذلك إزاء الإختصاص الداخلي الذي يتضمن المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية الوطنية البحتة بجميع عناصرها من أشخاص ومحل وسبب، ويطلق أيضاً على الإختصاص القضائي الدولي بالإختصاص العام (الفخري، 2007، ص 4). لأن هذا الإختصاص يتعدى على وجه العموم، للمحكمة الوطنية لدولة معينة، دون تحديد نوع المحكمة المختصة في نظر النزاع، فإذا ما طرحت على القاضي الوطني منازعة متعلقة بعلاقة دولية خاصة، فإنه ينبغي عليه أن يحدد كمسألة أولية، ما إذا كانت محكمة دولته المختصة بنظر هذه المنازعة، بصفة عامة، أم لا، فإذا تبين أن المنازعة تدخل في اختصاص محاكم دولته، فإنه يجب عليه الانتقال إلى قواعد الإختصاص القضائي الداخلي المنصوص عليها في قانون المرافعات، لتحديد المحكمة المختصة داخل دولة

في الأصل العام والاعتبارات التي يقوم عليها، ثم التأثير المتبادل بين الاختصاصين القضائي والتشريعي.

2.3.1.2 الأصل: عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي

إن الأصل والمبدأ العام هو عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، وقد استقر هذا الاستقلال أو الانفصال بين هذين النوعين من الاختصاص بعد زوال السيادة الإقطاعية للقوانين، والتي كانت تقوم على أساس مبدأ إقليمية القوانين المطلقة، إذ بدأت الدول بتبني سياسات تشريعية تقبل بتطبيق قوانين أجنبية في إقليمها، لذلك فإن عدم التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي يعد شرطاً أساسياً لنشوء ظاهرة تنازع القوانين (سلام، بدون سنة طبع، ص 26)، إن السبب في عدم التلازم بين هذين الاختصاصين يرجع إلى اختلاف الاعتبارات التي يقوم عليها كل من الاختصاصين، فالاعتبارات التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي تتمثل بالسيادة والأمن، والسلامة أو السكينة العامة في الإقليم، أما الاعتبارات التي يقوم عليها الاختصاص التشريعي فهي العدالة والملائمة، أي اختيار أكثر القوانين عدالة وملائمة لحكم المنازعة ذات العنصر الأجنبي، وكذلك أنسبها لحل المسألة موضوع النزاع (سلام، المصدر نفسه، ص 27)، وبالتالي التوصل إلى نوع من التعايش المشترك بين مختلف الأنظمة القانونية، وما يترتب عليه من سراح كل دولة بتطبيق قوانين الدول الأخرى على إقليمها (العيسى، طلال ياسين، مصدر سابق، ص 311)، وعلى هذا الأساس فإذا ما قضت قواعد الاختصاص القضائي الدولي باختصاص محكمة دولة معينة بنظر المنازعة ذات الطابع الدولي، فإن قواعد الاختصاص التشريعي قواعد الإسناد في قانون تلك الدولة قد تقضي بتطبيق قانون آخر غير قانون القاضي قانون دولة المحكمة، إذا كان أكثر ملاءمة وارتباطاً بالعلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وأفضل منه في تحقيق العدالة لحل النزاع.

2.3.2 الاستثناء: التأثير المتبادل بين الاختصاصين القضائي والتشريعي

على الرغم من أن الأصل العام هو استقلال هذين النوعين من الاختصاص عن بعضهما البعض، إلا أن هناك نوعاً من التأثير المتبادل بينهما. إذ قد يؤثر أحد الاختصاصين في الآخر، فيؤثر تحديد المحكمة المختصة على تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة محل النزاع أو بعض المسائل الأخرى الاختصاص التشريعي، كما قد يؤثر تحديد القانون الواجب التطبيق الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي وكما يأتي:

2.3.2.1 تأثير الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي

إذا كان المبدأ العام هو عدم التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي، فإن عقد الاختصاص لمحكمة دولة معينة قد يؤثر على تحديد القانون الواجب التطبيق الاختصاص التشريعي في فرضين: الأول: إمكانية حدوث التلازم بين الاختصاصين في حالات معينة. والثاني: إمكانية اختلاف القانون الواجب التطبيق فيما لو رفعت نفس الدعوى أمام محكمة دولة أخرى، فيختلف القانون الواجب التطبيق من دولة إلى أخرى تبعاً للمحكمة التي ترفع فيها الدعوى، ويمكن توضيح هذين الفرضين في الحالات الآتية:

أولاً: التكيف

إذا انعقد الاختصاص لمحكمة دولة معينة وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانونها، فإن تكيف العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي سوف يتم وفقاً لقانونها الوطني أي قانون القاضي كما في المادة 1/17 من القانون المدني العراقي وهنا يحدث التلازم بين الاختصاصين، ويترتب على ذلك أيضاً اختلاف التكيف أو ما يعرف

محكم دولته بنظر المنازعات الوطنية البحتة.

2. أنها قواعد أحادية الجانب: تحدد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الوطنية، ولا تتدخل في تحديد الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية، على الرغم من أن جانباً من الفقه (الهداوي، 1967، ص 233)، يرى أن بإمكانها تحديد الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية بطريقة غير مباشرة، وذلك عندما تتخلى عن الاختصاص ولا تعقده للمحكمة الوطنية لدولة القاضي، على العكس من قواعد الإسناد والتي كما ذكرنا، تنسب بكونها قواعد مزدوجة الجانب.
3. إنها قواعد موضوعية ذات مضمون مادي أو موضوعي: لأنها تحدد وبطريقة مباشرة حالات الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الوطنية بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، على العكس من قواعد الإسناد والتي هي قواعد إرشادية وتوجيهية، فقواعد الاختصاص القضائي الدولي لا تتكفل بتحديد القانون الواجب التطبيق لحل مشكلة تداخل اختصاص المحاكم الوطنية والأجنبية، ولكن تحل هذه المشكلة مباشرة من الناحية الموضوعية بتحديد المحكمة الوطنية المختصة.
4. أنها قواعد ذات طابع سياسي: فهي تتأثر بكون المدعى عليه وأحياناً المدعي، وطني أم أجنبي، خلافاً لقانون تنازع القوانين ذات الطابع المحايد، والتي تحدد القانون الواجب التطبيق، وبصرف النظر عن جنسية أطراف النزاع المشوب بعنصر أجنبي، وعماً إذا كان أحد أطراف النزاع وطنياً أم أن كلاهما أجنبي.
5. أنها قواعد مباشرة تحدد الاختصاص القضائي الدولي للقضاء الوطني مباشرة، بعكس قواعد الإسناد، والتي هي قواعد غير مباشرة لا تطبق مباشرة على المسألة محل النزاع، لذلك فإن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد مباشرة يؤدي إعمالها إلى تحديد المحكمة الوطنية المختصة بنظر النزاع بشكل أو بطريقة مباشرة ونهائية (الفخري، مصدر سابق، ص 5).
6. أنها قواعد أولية: يجب على المحكمة الوطنية الرجوع إليها أولاً، للبت في مشكلة تحديد الاختصاص القضائي الدولي، كمشكلة أولية، ومن ثم الانتقال إلى تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد، وكخطوة ثانية (حافظ، مصدر سابق، ص 247).

2.3 مبدأ عدم التلازم بين الاختصاصين القضائي الدولي والتشريعي

يقصد بهذا المبدأ أنه بعد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الوطنية لدولة معينة بنظر المنازعة ذات الطابع الدولي أو ذات العنصر الأجنبي، فإنه يجب على القاضي الوطني المنحصر الاستناد على مقتضيات العدالة والملاءمة، عند اختيار القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعة على أساس قواعد الإسناد الوطنية، لحل تنازع القوانين الذي يكتنف العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وبالتالي إمكانية تطبيق قانون أجنبي صادر عن السيادة التشريعية لدولة أخرى، ولكن له صلة جديّة بالمنازعة، لذلك فإذا كان هذا المبدأ يقوم على أصل هو عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، إلا أن هذا الأصل لا يعني عدم وجود استثناءات يظهر فيها التأثير المتبادل لأحد هذين الاختصاصين على الآخر، وسوف نبحث أولاً

التشريعي، بسبب تأثر القاضي بمفاهيم التفسير السائدة في قانون دولته، كما أن الاختلاف في التفسير قد ينشأ نتيجة لجوء محكم بعض الدول إلى القواعد السائدة في تفسير القانون الوطني، في حين تتبع محاكم دول أخرى قواعد التفسير المعمول بها في النظام القانوني لدولة القانون الأجنبي نفسه (الهداوي، مصدر سابق، ص 220). ويرتبط على ذلك اختلاف الحل النهائي نتيجة اختلاف تطبيق القاعدة القانونية الأجنبية، فيما لو رفعت الدعوى أمام محكمة دولة أخرى تتبنى قواعد تفسير مختلفة كما قد يختلف الحل أيضا بين محكمة دولة أحسنت تفسير القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص التشريعي ومحكمة دولة أخرى أساءت تفسير القانون الأجنبي المختص.

سادسا: تعذر التعرف على القانون الأجنبي الواجب التطبيق وقد اقترح الفقه عدة نظريات لسد هذه الثغرة القانونية، إذا ما تعذر على القاضي الوطني معرفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إلا أن الأرجح من بينها هو تطبيق قانون القاضي نفسه، وهو ما يؤدي أيضا إلى حدوث التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي.

سابعا: الإجراءات الوقية والتحفظية والمستعجلة تخصص المحاكم الوطنية بالإجراءات الوقية والتحفظية والمستعجلة، ولو أنها غير مختصة بنظر الدعوى الأصلية، مثال ذلك، الطلبات الوقية والتحفظية، كطلب حصر الأموال ووضع الأختام عليها، وفرض حراسة عليها، وبيع ما يخشى عليه من التلف منها (النمر، مصدر سابق، ص 88). فتخصص المحكمة الوطنية باتخاذ هذه الإجراءات، إذا كان المال موجودا على إقليمها، وتطبق قوانين الأمن المدني السائدة في إقليمها، والتي تحكم هذه الإجراءات الهادفة إلى حماية الأموال والأشخاص في الدولة (الفخري، مصدر سابق، ص 9). وفي هذه الحالة أيضا يحدث التلازم بين الاختصاص القضائي والتشريعي.

ثامنا: الدعوى المتعلقة بعقار

تخصص المحكمة الوطنية بنظر الدعوى المتعلقة بعقار كائن في إقليمها وتطبق قانونها الوطني قانون القاضي على المسألة محل النزاع، حتى وإن كان أحد الأطراف أجنبيا، وبذلك يحدث التلازم مرة أخرى بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي. وقد إتجه المشرع العراقي الى نفس هذا الإتجاه في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، فبعد أن اسند اختصاص القضاء الدولي لمحكمة موقع العقار في الفقرة من المادة (15) منه. عاد وأعطى الإختصاص لقانون موقع العقار في المادة (24) والفقرة الثانية من المادة (25) منه. إذ نصت المادة (24) على أن (المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار....) كما نصت الفقرة الثانية من المادة (25) على أن (قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه). ويبدو واضحا من هذين النصين بأن القانون المدني العراقي أخذ بموقع المال، والذي يمثل هنا بموقع العقار كضابط إسناد، وذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال غير المنقولة، وهو قانون موقع العقار.

2.3.2.2 تأثير الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي

على الرغم من أن الأصل العام هو عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، إلا أن انعقاد الاختصاص التشريعي لقانون دولة معينة بوصفه القانون واجب التطبيق قد يؤثر على الاختصاص القضائي الدولي في فرضين وكما يأتي:

أولا: الأثر الطارد للاختصاص القضائي

بتنازع التكييف فيما لو رفعت نفس الدعوى أمام محكمة دولة أخرى بسبب اختلاف المفاهيم القانونية المستعملة في التكييف (الفخري، مصدر سابق، ص 7).

ثانيا: قواعد الإسناد

إذا اختصت المحكمة الوطنية لدولة معينة بنظر المنازعة ذات العنصر الأجنبي، فإنها تطبق قواعد الإسناد الخاصة بقانون دولتها بما تتضمنه من حلول مختلفة عن قواعد الإسناد في قوانين الدول الأخرى (النمر، 2008، ص 21). وهذا ما سوف يؤدي أيضا إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق على المنازعة، فيما لو كانت نفس المنازعة قد طرحت أمام محاكم دولة أخرى. فقواعد الإسناد في قوانين بعض الدول تخضع الأهلية لقانون الجنسية في حين تخضعها قوانين دول أخرى لقانون الموطن، كما يمكن أن يحدث في هذه الحالة تلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي، بسبب تطبيق القاضي الوطني لقواعد الإسناد الوطنية المعمول بها في قانون دولته.

ثالثا: الإحالة

قد يظهر تأثير الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي في مسألة الإحالة أيضا، مثال ذلك، إذا عقد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة دولة معينة وكان قانونها الوطني يقبل الإحالة من قاعدة الإسناد الوطنية في القانون الواجب التطبيق، فإن ذلك أيضا سوف يؤدي إلى اختلاف الحل النهائي للمسألة محل النزاع فيما لو عرضت نفس المنازعة على محكمة دولة أخرى يرفض قانونها الوطني الإحالة، وذلك بسبب اختلاف القانون الواجب التطبيق على النزاع، كما أن قبول قانون دولة المحكمة قانون القاضي للإحالة من الدرجة الأولى من شأنه أن يعيد الاختصاص التشريعي في حكم المنازعة لقانون القاضي نفسه، فيحدث التلازم مرة أخرى بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي.

رابعا: النظام العام

إذا انعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة دولة معينة للنظر في نزاع مشوب بعنصر أجنبي، وكان القانون الواجب التطبيق على النزاع بموجب قواعد الإسناد الوطنية في قانون القاضي قانونا أجنبيا يخالف النظام العام في دولة القاضي، فإنه ينبغي على القاضي الوطني استبعاد هذا القانون المخالف للنظام العام كليا أو جزئيا، وتطبيق قانونه بدلا عنه، وفي هذه الحالة أيضا يحدث التلازم بين الاختصاص القضائي والتشريعي، فضلا عن إمكانية اختلاف القانون واجب التطبيق، فيما لو طرحت نفس المنازعة أمام محكمة دولة أخرى لا يصطدم القانون واجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد في قانونها مع النظام العام فيها فقد يتم استبعاد القانون الأجنبي الذي تقضي قاعدة الإسناد بتطبيقه في دولة لمخالفته للنظام العام فيها، ولا يتم استبعاده في دولة أخرى لعدم مخالفته لنظامها العام (النمر، 2008، ص 21).

خامسا: تفسير القانون الأجنبي

إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي إلى تطبيق قانوني أجنبي على المسألة محل النزاع، فقد لا يتمكن القاضي الوطني من تطبيق القاعدة القانونية الأجنبية الخاصة محل النزاع تطبيقا ينسجم مع المحكمة من تشريعيها في دولة القانون الأجنبي، وذلك بسبب اختلاف النظم القانونية بين الدول. مثال ذلك إذا كان قانون القاضي ينتمي إلى القوانين اللاتينية، في حين ينتمي القانون الواجب التطبيق إلى القوانين الأنكلوسكسونية، ففي هذه الحالة قد يرتكب القاضي خطأ في تفسير القاعدة القانونية الأجنبية، وهنا أيضا قد يحدث التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص

ونظرية العلم بالقبول، والتي تعد العقد منعقدا في الزمان والمكان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول، وتتسجم هذه النظرية الأخيرة مع القواعد العامة في القانون المدني، والتي تقضي بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه وهو الموجب، والذي ينبغي أن يعلم بالقبول، وقد أخذ القانون المدني العراقي بنظرية العلم بالقبول، وعد وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به (الحكيم، 1967، ص 170)، فنصت المادة 87 على أنه 1- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. 2- ويكون مفروضا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيها. وعلى هذا الأساس يعد العقد المبرم ما بين غائبين منعقدا في العراق، إذا كان الطرف الموجب موجودا في العراق وقت علمه بالقبول (الفخري، 2007، ص 25)، وبأية وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، 2016، ص 463)، طالما أن القانون المدني العراقي قد أخذ بنظرية العلم بالقبول، وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني العراقي عد التعاقد بالتليفون بمثابة تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان لعدم وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به (الفضل، 2006، ص 109)، وتعاقد بين غائبين من حيث المكان، لوجود المتعاقدين في حمتين مختلفتين (الحكيم، 1963، ص 84)، إذ نصت المادة 88 على أنه يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان.

3.1.2 تكييف تحديد مكان وزمان إنعقاد العقد الإلكتروني الدولي وفقاً لقانون التوقيع

3.1.2.1 تكييف تحديد مكان وزمان إنعقاد العقد الإلكتروني العراقي رقم (78) لسنة 2012

حدد قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 مكان إنعقاد العقد الإلكتروني في ثلاثة فروع مختلفة، وحدد زمان إنعقاده في فرضين مختلفين. وسوف نبحث في هذه الفروع المختلفة لتكييف تحديد مكان وزمان إنعقاد العقد الإلكتروني الدولي وفقاً لقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وكما يأتي:

3.1.2.1 تكييف تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني وفقاً لقانون التوقيع الإلكتروني

3.1.2.1.1 المعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012

أورد قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 ثلاثة فروع مختلفة بالنسبة إلى تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني (بكر، 2015، ص 221) وهي: 1- تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني بمقر عمل المرسل أو المرسل إليه 2- تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني بمحل إقامة المرسل أو المرسل إليه، إذا لم يكن لأي منهما مقر عمل 3- تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني بمقر العمل الأقرب صلة بالمعاملة، إذا كان للمرسل أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل. وبمقر العمل الرئيس عند تعذر التحديد، أي في حالة عدم وجود معاملة. وقد تناولت الفقرة الأولى من المادة الحادية والعشرين 21- من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78- لسنة 2012 الفرضين الأول والثاني فنصت على أنه (تعد المستندات الإلكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وأنها أستلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه. وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد محل الإقامة مقراً للعمل ما لم يكن الموقع والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك). بتبين من الشطر الأخير من هذه الفقرة بأن القانون قد منح الأطراف الحرية في تحديد مكان إنعقاد العقد بترك الباب مفتوحاً أمام مبدأ سلطان الإرادة لتحديد مكان إرسال وإستلام المستندات الإلكترونية، وبالتالي تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني. فإذا

قد يؤدي انعقاد الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي بصفته القانون واجب التطبيق إلى تحلي القاضي الوطني المختص أصلاً عن اختصاصه بنظر المنازعة، وزوال الاختصاص القضائي الدولي عن المحكمة الوطنية، إذا كان القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الوطنية في قانون القاضي يقتضي أعمال نظم قانونية غريبة ومجهولة في قانون القاضي (صادق وعبد العال، 2011، ص 23). وهذا يعني قدرة الاختصاص التشريعي على طرد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية.

ثانياً: الأثر الجالب للاختصاص القضائي

في هذه الحالة فإن الاختصاص القضائي الدولي يكون غير منعقد أصلاً للمحاكم الوطنية لدولة معينة، إلا أنها تختص بنظر المسألة محل النزاع على أساس أن القانون الوطني لدولة القاضي هو الواجب التطبيق على النزاع. فينعد الاختصاص التشريعي لقانون دولة معينة أولاً، ثم يؤدي بدوره إلى عقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم تلك الدولة، فيجلب الاختصاص التشريعي للاختصاص القضائي.

3. تحديد الإختصاص القضائي الدولي لتسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي وفقاً للقانون العراقي

لغرض تحديد الإختصاص القضائي الدولي لتسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي وفقاً للقانون العراقي، فإنه يتعين علينا في هذا المحثدراسة أهمية التكييف في تحديد مكان وزمان إنعقاد العقد الإلكتروني الدولي وفقاً للقانون العراقي، ثم تحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية لتسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي في ضوء تكييف مكان وزمان إنعقاد العقد، وذلك على أساس المادة (15) من القانون المدني العراقي وفي ضوء المادة (87) منه. والمادتين (20) و (21) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية في المطلبين الآتين وكما يأتي:

3.1 أهمية التكييف في تحديد مكان وزمان إنعقاد العقد الإلكتروني وفقاً للقانون

العراقي

نتناول في هذا المطلب بالدراسة أهمية تكييف مكان وزمان إنعقاد العقد الإلكتروني الدولي وفقاً للقانون العراقي وفقاً لكل من القانون المدني وقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وكما يأتي:

3.1.1 تكييف تحديد مكان وزمان إنعقاد العقد الإلكتروني وفقاً للقانون المدني

العراقي رقم (40) لسنة 1951

نظم القانون المدني العراقي مسألة التعاقد ما بين غائبين لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، إذ تظهر أهمية تحديد زمان انعقاد العقد في تحديد القانون النافذ وقت إبرام العقد، في حين تبرز أهمية تحديد مكان انعقاد العقد وبشكل أكبر في حل مشكلة تنازع القوانين. وذلك بالرجوع إلى ضابط محل إبرام العقد، لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ولا سيما عند سكوت الإرادة عن تحديد القانون المختار صراحة، وعدم تمكن القاضي من استخلاص الإرادة الضمنية للطرفين، فضلاً عن عدم اتحادها موطناً، وقد وضع الفقه عدة نظريات لتحديد زمان انعقاد العقد ومكانه، منها نظرية إعلان القبول، والتي تعتد بوقت ظهور القبول إلى حين الوجود (حاجد، 2016، ص 106)، وتعد العقد منعقدا بمجرد إعلان القابل عن قبوله، ونظرية تصدير القبول، والتي تشترط تصدير القبول لانعقاد العقد نهائياً، ونظرية استلام القبول، والتي تعتد بالزمان والمكان اللذين يصل فيها القبول إلى الموجب، ويصرف النظر عن علمه به.

الالكتروني معين لتسلم المستندات الالكترونية . وسوف نبحث في هذين الفرضين , ثم تحديد زمان ارسال المستندات الالكترونية وكما يأتي:

تحديد المرسل إليه لنظام معالجة معلومات الكتروني معين لتسلم المستندات الالكترونية
نصت الفقرة ثانياً من المادة (20) على أنه (إذا كان المرسل إليه قد حدد نظاماً لمعالجة المعلومات لتسلم المستندات، فتعد متمسمة عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعد إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بإعادتها إلى النظام المحدد منه لتسلم المعلومات) يتبين من هذا النص بأن الفرض الأول المتمثل بتحديد المرسل إليه لنظام معالجة معلومات الكتروني معين لتسلم المستندات الالكترونية يتحلل أيضاً إلى فرضين فرعيين : الاول تحديد المرسل إليه (الموجب) لنظام معالجة معلومات الكتروني معين لتسلم المستندات الالكترونية ودخول تلك المستندات الى ذلك النظام المعين . والثاني تحديد المرسل إليه (الموجب) لنظام معالجة معلومات الكتروني معين لتسلم المستندات الالكترونية وارسال المستندات الى نظام آخر غير الذي تم تحديده. فبمقتضى الفرض الفرعي الاول إذا حدد الموجب مسبقاً نظاماً معيناً لمعالجة المعلومات لتسلم المستندات والرسائل الإلكترونية، بموجبه يتم تسليم القبول، فإن العقد الإلكتروني ينعقد في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول، وتتحدد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني في هذا الفرض بدخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول في نظام المعلومات الذي حدده الموجب، فإذا تم إرسال القبول عن طريق البريد الإلكتروني، فإن العقد الإلكتروني ينعقد لحظة وصول القبول إلى البريد الإلكتروني للموجب . ونظام معالجة المعلومات هو نظام الكتروني يستخدم لإنشاء رسائل البيانات او المعلومات او ارسالها او تسلمها او معالجتها او تخزينها او تجهيزها . ونظام معالجة المعلومات هو موقع على الشبكة أو حاسب آلي يكون خارج سيطرة المنشئ (المرسل) ، وقد يكون نظاماً تابعاً لوسيط أو نظاماً تابعاً للمرسل إليه (الجواري، مصدر سابق، ص55) . ويخضع مستند المعلومات للمعالجة داخل هذا النظام سواء أكان المستند وقت دخوله هذا مفهوماً أو قابلاً للاستعمال من جانب المرسل إليه أم لا . ويمكن إثبات لحظة وصول القبول إلى البريد الإلكتروني للموجب بسهولة وذلك عن طريق تاريخ وصول الرسالة الإلكترونية. ونرى بأن ذلك يعد تجسيدا واضحا لنظرية استلام القبول أو وصوله والتي ينعقد العقد بمقتضاها بمجرد وصول القبول الى الموجب وبصرف النظر عن علمه به (الحكيم، والبكري، و البشير، 1980، ص48). وبمقتضى الفرض الفرعي الثاني إذا أرسلت الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول إلى نظام معالجة معلومات آخر غير الذي حدده الموجب، فيعد إرسالها قد تم منذ قيام الموجب (المرسل إليه) بإعادتها إلى النظام الذي حدده أصلاً لتسلم المعلومات، ويتم انعقاد العقد في هذا الفرض في اللحظة التي يقوم فيها الموجب باستخراج الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول وإعادتها إلى نظام معالجة المعلومات المحددة مسبقاً، أي باطلاعه عليها وعلمه فعليا بمضمونها. وهو ما يعد تجسيدا واضحا لنظرية العلم بالقبول، والتي لا ينعقد العقد بمقتضاها الا اذا وصل القبول الى علم الموجب ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة والتي تقضي بأن التعبير عن الارادة لا ينتج أثره الا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه.

عدم تحديد المرسل إليه لنظام معالجة معلومات الكتروني معين لتسلم المستندات الالكترونية

أما بالنسبة إلى الفرض الثاني فقد نصت الفقرة ثالثاً من المادة (20) على أنه (إذا لم

وجد الإنفاق حول ذلك إلترزم الأطراف بذلك الإنفاق، أما إذا لم يوجد مثل ذلك الإنفاق فتحل أحكام هذه الفقرة محل الإنفاق لحل النزاع القائم حول مسألة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني (زكية، مصدر سابق، ص467). كما يتبين من هذه الفقرة أيضاً بأنها عدت، وكأصل عام، بأن المستندات الالكترونية قد تم إرسالها من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل الموقع . وأنه قد تم أستلامها في المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه . إذا كان لاي منها مقر عمل (د.بكر، مصدر سابق، ص222). وهذا يعني بأنه إذا كان الموقع على المستند الإلكتروني أو المرسل إليه شخصاً معنوياً ، فإن مقر عمله هو مركز أدارته الرئيس الفعلي . أما إذا كان الموقع على المستند الإلكتروني أو المرسل إليه شخصاً طبيعياً ، فإن مقر عمله هو مركزه أو محله التجاري . وإذا لم يكن لاي منها (أي للموقع أو المرسل إليه) مقر عمل فيعد محل إقامتها بمثابة مقر للعمل . الا أنه يمكن لكل من الموقع على المستند الإلكتروني والمرسل إليه الاتفاق على خلاف هذا الاصل العام . حينئذ يمكن عد المستند الإلكتروني مرسلأ أو متسلماً في مكان اخر غير مقر عمل الموقع والمرسل إليه أو محل إقامتها . اما الفرض الثالث فقد اشارت اليه الفقرة الثانية من المادة الحادية والعشرين -21- من هذا القانون والتي نصت على أنه (اذا كان للموقع أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل فيعد المقر الاقرب صلة بالمعاملة هو مكان الارسال أو التسلم ، وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الارسال أو التسلم) . ففي حالة امتلاك الموقع على المستند الإلكتروني أو المرسل إليه لأكثر من مقر عمل فيعد المقر الاقرب صلة بالمعاملة ، أي الأوثق صلة بتلك المعاملة المعنية هو مكان الارسال أو التسلم ، وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الارسال او التسلم . ويمكن القول وبأختصار ، بأن مكان انعقاد العقد الإلكتروني ، بمقتضى المادة الحادية والعشرين -21- من هذا القانون هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ، او المكان الذي يقع فيه محل إقامته ، اذا لم يكن له مقر عمل . او المكان الذي يقع فيه مقر عمله الاقرب صلة بالمعاملة ، اذا له أكثر من مقر عمل . ومقر العمل الرئيس عند تعذر التحديد ، اي في حالة عدم وجود معاملة . والسبب في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني بمقر عمل المرسل إليه او بمحل إقامته المعتادة او بمقر عمله الاقرب صلة بالمعاملة ، اذا له أكثر من مقر عمل ، او بمقر العمل الرئيس وليس بمكان وجود نظام معالجة المعلومات الخاص بالمرسل إليه هو ان نظام معالجة المعلومات الخاص بالمرسل إليه والذي يتم تلقي المستندات الالكترونية منه ، كثيراً ما يكون موجوداً في مكان أو اختصاص قضائي غير المكان الذي يوجد فيه المرسل إليه نفسه . والحكمة من ذلك هي التأكد من أن لا يكون مكان وجود نظام معالجة المعلومات، هو العنصر الرئيس بل أن تكون هناك صلة معقولة بين المرسل إليه والمكان الذي يعتبر مكان التلقي ، وان يتسنى للمنشئ التحقق من ذلك المكان بسهولة . ويتم الاعتماد على معيار واضح للإرتباط المكاني بين المرسل إليه ومكان معين (الجواري، 2004، ص110) ، لأن نظام معالجة المعلومات الخاص بالمرسل إليه غالباً ما يكون موجوداً في مكان آخر غير المكان الذي يوجد فيه المرسل إليه نفسه (شلقامي، 2008، ص146).

3.1.2.2 تكييف تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني وفقاً لقانون التوقيع الإلكتروني

والمعاملات الالكترونية رقم 78 لسنة 2012

فرق قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 بين فرضين مختلفين بالنسبة الى تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني(بكر، مصدر سابق، ص219). الأول هو تحديد المرسل إليه لنظام معالجة معلومات الكتروني معين لتسلم المستندات الالكترونية ، والثاني هو عدم تحديد المرسل إليه لنظام معالجة معلومات

ويوضح من هذا النص بأن المشرع العراقي أقام ضابط الاختصاص القضائي الدولي في هذه الحالة على محل مصدر الالتزام أو محل تنفيذه، إذ ينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية بنظر المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي، إذا كانت متعلقة بالترام نشأ في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه. ويستند هذا الاختصاص أيضاً على مبدأ قوة النفاذ (الفخري، مصدر سابق، ص 24)، فينعقد لمحكمة محل نشوء الالتزام لكونها أقدر من غيرها على حل المنازعة، وأكثر معرفة بالظروف والوقائع المحيطة بهذه المنازعة، كما ينعقد الاختصاص لمحكمة محل تنفيذ الالتزام على أساس ما تمتلكه من قوة وملاءمة. ويتضمن هذا الاختصاص الالتزامات الناشئة عن الأعمال القانونية التصرفات القانونية كالعقد، والأعمال المادية الواقعة كالفعل الضار والفعل النافع، فبالنسبة إلى الالتزامات الناشئة عن العقد الدولي، ينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، إذا كانت الدعوى متعلقة بعقد تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه، أما بالنسبة إلى تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني الدولي موضوع دراستنا، فإنه يعد وكما أسلفنا تعاقداً ما بين غائبين، فيعد العقد منعقداً في العراق إذا كان الموجب موجوداً فيه وقت علمه بالقبول، استناداً إلى المادة 87 من القانون المدني العراقي الذي أخذت بنظرية العلم بالقبول. وتختص محكمة محل إبرام العقد في المكان الذي كان الموجب موجوداً فيه وقت علمه بالقبول. فضلاً عن إمكانية انعقاد الاختصاص لمحكمة محل تنفيذ العقد الإلكتروني الدولي، إذا كان تنفيذه في العراق، على الرغم من إمكانية انعقاده خارج العراق. وذلك وفقاً للفقرة (ج) من المادة (15) من القانون المدني العراقي أيضاً.

3.2.2 تحديد الإختصاص القضائي الدولي لتسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي على أساس المادة (15) من القانون المدني العراقي وفي ضوء المادتين (20) و (21) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية

بمقتضى الفقرة (ج) من المادة (15) من القانون المدني العراقي السالفة الذكر فإن المحاكم العراقية تعد مختصة للنظر في تسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي، إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه. ويعد العقد الإلكتروني الدولي مبرماً في العراق وبالتالي ينعقد الاختصاص للمحكمة العراقية، إذا كان في العراق محل عمل المرسل أو المرسل إليه. وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل فمحل إقامة أيهما (أي المرسل أو المرسل إليه). مالم يتفق على خلاف ذلك (شلقاي، مصدر سابق، ص 146). وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة الحادية والعشرين -21- من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية. أما إذا كان للموقع أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل فيعد المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم، وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الإرسال أو التسلم. وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الحادية والعشرين -21- من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية. وتكرر هنا أيضاً ما ذكرناه بشأن تحديد الإختصاص القضائي الدولي لتسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي في ضوء المادة (87) من القانون المدني العراقي وبدلالة المادة (15/ج) منه، بأن الإختصاص القضائي الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني الدولي، والناشئة عن العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، يمكن أن ينعقد لمحكمة محل تنفيذ العقد الإلكتروني الدولي، إذا كان تنفيذه في العراق، على الرغم من إمكانية انعقاده خارج العراق. وذلك وفقاً للفقرة (ج) من المادة (15) من القانون المدني العراقي أيضاً.

يحدد المرسل إليه نظاماً لمعالجة معلومات لتسلم المستندات الإلكترونية، فيعد وقت تسلمها هو وقت دخولها لأي نظام لمعالجة المعلومات تابع للمرسل إليه) وبمقتضى هذا النص، فإذا لم يحدد الموجب نظام معالجة معلوماتي لتسلم رسالة القبول الإلكترونية، فإن العقد الإلكتروني ينعقد لحظة دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول في أي نظام لمعالجة المعلومات يخص الموجب، وذلك تطبيقاً لنظرية استلام أو وصول القبول، والذي يعد قرينة على العلم به (أبو عمرو، 2011، ص 128). فزمان انعقاد العقد يتحدد باللحظة التي يتم فيها تسلم القبول، وليس بلحظة اعلان القبول أو تصديره، وإنما بتسلمه أو وصوله أي بدخول المستند الإلكتروني إلى أي نظام لمعالجة المعلومات يخص الموجب (شلقاي، مصدر سابق، ص 130)، وذلك لمعالجة المستند أو تجهيزه أو تخزينه، أو إعادة إرساله أو استقباله. وبطبيعة الحال فإنه لا يشترط في هذه الحالة علم المرسل إليه (بكر، مصدر سابق، ص 218).

تحديد زمان ارسال المستندات الإلكترونية

عدت الفقرة الأولى من المادة (20) المستندات الإلكترونية مرسلّة من وقت دخولها البرنامج الخاص بالمرسل إليه، والذي لا يخضع لسيطرة المرسل، ونصت هذه الفقرة على أنه (تعد المستندات الإلكترونية مرسلّة من وقت دخولها نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة الموقع أو الشخص الذي أرسلها نيابة عنه ما لم يتفق الموقع والمرسل إليه على غير ذلك). ويتبين من هذا النص بأن وقت إرسال الرسائل والمستندات الإلكترونية يتحدد بالوقت الذي تخرج فيه من نظام معالجة المعلومات الخاص بالمرسل، وتدخل إلى نظام معالجة معلومات آخر لا يكون للمرسل سيطرة عليه، وهذا النظام إما أن يكون نظام المرسل إليه مباشرة، أو نظام مزود خدمة الإنترنت (نظام تابع لوسيط)، والذي يتسلم الرسالة الإلكترونية، ثم يحولها إلى نظام المرسل إليه (عزب، 2012، ص 339). كما يتبين من الشطر الأخير من هذه الفقرة بأن القانون قد أعطى أطراف التعاقد الحرية في تحديد لحظة إرسال المستندات الإلكترونية، وبالتالي تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني. بترك المجال واسعاً أمام مبدأ سلطان الإرادة للقيام بهذا التحديد، فإذا وجد الإتفاق حول ذلك إلترزم الأطراف بذلك الإتفاق، أما إذا لم يوجد مثل ذلك الإتفاق فتحل أحكام هذه الفقرة محل الإتفاق لحل النزاع القائم حول مسألة تحديد لحظة إرسال المستندات الإلكترونية (زكية، مصدر سابق، ص 467).

3.2 تحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية لتسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي في ضوء تكييف مكان وزمان انعقاد العقد

بعد أن تناولنا بالدراسة تكييف مكان وزمان انعقاد العقد الإلكتروني وفقاً للقانون المدني العراقي وقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، فإنه يمكننا تحديد المحكمة المختصة بدلالة الفقرة (ج) من المادة (15) من القانون المدني العراقي. بعد التعرف على مكان وزمان انعقاد العقد في هذين القانونين وكما يأتي:

3.2.1 تحديد الإختصاص القضائي الدولي لتسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي على أساس المادة (15) من القانون المدني العراقي وفي ضوء المادة (87) منه

نصت الفقرة (ج) من المادة (15) من القانون المدني العراقي على أنه (يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية... ج- إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق).

المدني العراقي بالزمان والمكان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول، لأن هذا القانون تبني نظرية العلم بالقبول، وعد وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به.

4. أما قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 فقد حدد زمان انعقاد العقد الإلكتروني في فرضين مختلفين هما: تحديد المرسل إليه لنظام معالجة معلومات الكتروني معين لتسلم المستندات الإلكترونية، وعدم تحديد المرسل إليه لنظام معالجة معلومات الكتروني معين لتسلم المستندات الإلكترونية. ومكان انعقاده في ثلاثة فروض مختلفة وهي: 1- تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني بمقر عمل المرسل او المرسل اليه. 2- تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني بمحل اقامة المرسل أو المرسل اليه، إذا لم يكن لأي منها مقر عمل 3- تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني بمقر العمل الأقرب صلة بالمعاملة، إذا كان للمرسل أو المرسل اليه أكثر من مقر عمل. وبمقر العمل الرئيس عند تعذر التحديد، أي في حالة عدم وجود معاملة.

4.2 التوصيات

بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة، فأنا نقترح التوصيات الآتية:

1. نوصي المشرع العراقي بأن يقوم بتحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية للنظر في تسوية المنازعات الخاصة بالعقد الإلكتروني الدولي تحديداً مباشراً ودقيقاً بأن يخصص له ضابط من ضوابط الإختصاص القضائي الدولي. يقوم على أساس إبرام العقد الإلكتروني الدولي في العراق، في حالة علم الموجب بالقبول فيه، أو تنفيذه فيه أو الخضوع الإرادي لإختصاص القضاءي كلما كان ذلك ممكناً. وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (تختص المحكمة العراقية بالنظر في تسوية المنازعات الخاصة بالعقد الإلكتروني الدولي، إذا كان الموجب قد علم بالقبول في العراق بوسيلة الكترونية، ويكون وصول القبول إليه قرينة على علمه به. كما تختص المحكمة العراقية إذا كان من المقرر تنفيذ العقد الإلكتروني في العراق، أو خضع الطرفان خضوعاً إرادياً لإختصاص المحاكم الإدارية كلما كان ذلك ممكناً).
2. كما نقترح على المشرع العراقي بأن يقوم بتحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية للنظر في تسوية المنازعات الخاصة بالعقد الإلكتروني الدولي تحديداً مباشراً ودقيقاً بأن يخصص له ضابط من ضوابط الإختصاص القضائي الدولي. يقوم على أساس وجود محل عمل المرسل أو المرسل إليه في العراق، وإذا لم يكن لأي منها مقر عمل فمحل إقامة أيهما. وإذا كان للموقع أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل فينعتد الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي يقع دائرتها المقر الأقرب صلة بالمعاملة وهو مكان الارسل أو التسلم، وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الارسل أو التسلم. كما يمكن أن ينعقد الإختصاص القضائي الدولي لمحكمة محل تنفيذ العقد الإلكتروني الدولي، إذا كان تنفيذه في العراق، على الرغم من إمكانية انعقاده خارج العراق، أو الخضوع الإرادي لإختصاص القضاءي كلما كان ذلك ممكناً. وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (ينعتد الإختصاص

4. الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية

4.1 النتائج

1. إن الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية هو ولاية المحاكم الوطنية في نظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي. وقواعد الإختصاص القضائي الدولي هي مجموعة القواعد القانونية التي تحدد ولاية المحاكم الوطنية في نظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، تجاه غيرها من المحاكم الأجنبية للدول الأخرى.
2. العقد الإلكتروني هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية.
3. إن الأصل هو عدم التلازم بين الإختصاص القضائي الدولي وبين الإختصاص التشريعي المتمثل بالقانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية الشائبة أو المزدوجة الجانب، والذي قد يكون وطنياً أو أجنبياً. إلا أن هذا الأصل لا يعني عدم وجود استثناءات يظهر فيها التأثير المتبادل لأحد هذين الإختصاصين على الآخر، إلا أنه إستثناء فإن انعقاد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية يمكن أن يؤثر على الإختصاص التشريعي في بعض المجالات التي جرى ذكرها في متن البحث. وبالمقابل فإن انعقاد الإختصاص التشريعي لقانون دولة معينة بوصفه القانون واجب التطبيق قد يؤثر على الإختصاص القضائي الدولي، فيكون انعقاد الإختصاص التشريعي قانون دولة معينة طارداً للإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية. أو قد يكون انعقاد الإختصاص التشريعي لقانون دولة معينة أولاً، جالباً للإختصاص القضائي لها. أي عقد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكم تلك الدولة.
4. لم يحدد ضابط الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية على أساس محل إبرام أو تنفيذ العقد بمقتضى الفقرة (ج) من المادة (15) من القانون المدني العراقي، للإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية للنظر في تسوية المنازعات الخاصة بالعقد الإلكتروني الدولي تحديداً مباشراً وصرحاً، كما لم يحدد قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 أيضاً الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية للنظر في تسوية المنازعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني الدولي.
5. يتطلب تحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية للنظر في تسوية المنازعات الخاصة بالعقد الإلكتروني الدولي التكيف المسبق للعلاقة التعاقدية الخاصة الدولية المشوبة بعنصر إجنبي، لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد على أساس القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، وقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012، ومن ثم تحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية في ضوء ذلك.
6. يتحدد زمان ومكان العقد بين غائبين بمقتضى المادة (87) من القانون

الفخري، عوني محمد ، (2007). الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، بغداد، مكتبة صباح، بغداد.

عرفة، محمد السيد . (2013). القانون الدولي الخاص. دار الفكر والقانون. المنصورة.

أبو عمرو، مصطفى احمد (2011)، مجلس العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة.

حافظ ممدوح عبد الكريم ، (1977). القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقرن، دار الحرية للطباعة، بغداد.

الفضل، منذر (2006). لوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقهاء وأحكام القضاء، منشورات آراس، أربيل.

الجنبي، منير محمد والجنبي ممدوح محمد. (بدون سنة نشر). الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني. دار الفكر الجامعي . الاسكندرية.

صادق، هشام علي . (2001). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. دار الفكر الجامعي.

صادق، هشام علي ود. عبد العال عكاشة محمد ، (2011). التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفتح للطباعة والنشر.

الجواري، سلطان عبد الله محمود. (2004). عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق دراسة قانونية مقارنة . اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الموصل.

زكية بولمعلي. آذار (2016). زمان ومكان إنعقاد العقد الإلكتروني. بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية. الجزء الأول، المجلد 53. العدد الأول.

العيسى، طلال ياسين، (2009). دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول.

القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78- لسنة 2012.

https://www.bibliodroit.com/2020/04/blog-post_571.html

Vincent Gautrais. (2003). Le contrat électronique international. Encadrement Juridique. Academia Bruylant.

Abstract:

The international jurisdiction is competence of the national courts to decide the disputes containing a foreign element. Whereas the rules of the international jurisdiction of the Iraqi courts are the group of legal rules determining the competence of the Iraqi courts to decide the disputes of foreign element, against other foreign courts. And are based upon a group of standards or criteria, well-known as the standards of the international jurisdiction of Iraqi courts. It is worth bearing in mind that the electronic contract is an agreement through which the offer and acceptance are meeting in an open international online network of distance communication, by visual and audible means. Thanks to the interaction between offer or and acceptor. It is also worth-noting that international

للمحكمة العراقية، إذا كان في العراق محل عمل المرسل أو المرسل إليه. وإذا لم يكن لأي منها مقر عمل فمحل إقامة أيهما وإذا كان للموقع أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل فينعتد الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي يقع دائرتها المقر الأقرب صلة بالمعاملة وهو مكان الارسل أو التسلم، وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الارسل أو التسلم. كما يمكن أن ينعتد الإختصاص القضائي الدولي لمحكمة محل تنفيذ العقد الإلكتروني الدولي، إذا كان تنفيذه في العراق، على الرغم من إمكانية إنعقاده خارج العراق، أو الخضوع الإرادي لإختصاص القضاء كلما كان ذلك ممكناً.

المصادر

النمر، أبو العلا، (2008). الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، دار النهضة العربية.

سلام، أحمد رشاد ، (بدون سنة طبع). الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، مطبعة كلية الشرطة، ، مجاهد، أسامة أبو الحسن . (2000). خصوصية التعاقد عبر الإنترنت. دار النهضة العربية.

الهداوي، حسن . (1967). تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي. مطبعة الإرشاد بغداد.

ابراهيم، خالد ممدوح . (2011). ابرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي . الاسكندرية.

حاد، درع . (2016). النظرية العامة للالتزامات. القسم الأول. مصادر الالتزام. مكتبة السنهوري. بيروت.

عزب، رانيا صبحي محمد . (2012). العقود الرقمية في قانون الانترنت . دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية .

شلقامي، شحاتة غريب. (2008) . التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة .

السنهوري، عبد الرزاق أحمد . (2004). الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام. منشأة المعارف بالاسكندرية.

الحكيم، عبد المجيد . (1963). الموجز في شرح القانون المدني. الجزء الأول في مصادر الالتزام. مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد.

الحكيم، عبد المجيد الحكيم والبكري عبد الباقي والبشير محمد طه. (1980). الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي. الجزء الأول. مصادر الالتزام. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. جامعة بغداد.

الحكيم، عبد المجيد. (1967). الوسيط في نظرية العقد. مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي. الجزء الأول في انعقاد العقد. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد.

بكر، عصمت عبد المجيد . (2015). دور التقنيات العلمية في تطور العقد. دار الكتب العلمية. بيروت.

international electronic contracts to some standards provided for by the electronic signature and electronic bargains No. 78 of 2012.

Keywords: International Electronic Contract, International Judicial Jurisdiction.

jurisdiction to settle the disputes of the electronic contract is determined by the traditional standard of the international jurisdiction, through which the jurisdiction of Iraqi courts is concluded, in conformity with the paragraph –C- of the article (15) of the Iraqi Civil Law No. (40) of 1951. Although we tried in this piece of research to attribute the international jurisdiction of Iraqi courts in the disputes relevant of