تنازع القوانين على العقد الالكتروني الدولي: دراسة مقارنة

يونس صلاح الدين علي

قسم إدارة الأعمال، جامعة جيهان-أربيل، كوردستان، العراق

المستخلص

يحاول هذا البحث التعرف على كيفية حل مشكلة تنازع القوانين على العقد الالكتروني الدولي عموماً، ووفقاً للقانون العراقي على وجه الخصوص. وتجدر الإشارة إلى أن الدراسة تأخذ بنظر الاعتبار فكرة العقد الدولي بشكل عام والعقد الالكتروني الدولي بشكل خاص. ويخضع العقد الدولي لقانون العقد الدولي وهو قانون الارادة الصريحة او الضمنية وذلك وفقا للنظرية الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي. كما يخضع لضوابط الإسناد الجامدة والمرنة وفقاً لنظرية التركيز الموضوعي للعقد الدولي. وتناولت هذه الدراسة أخيراً حل تنازع القوانين على العقد الالكتروني الدولي وفقاً للقانون العراقي. وذلك بمقتضى القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم 78 لسنة 2012.

الكلمات المفتاحية: العقد الالكتروني الدولي، تنازع القوانين، التوقيع الإلكتروني، المعاملات الإلكترونية، ضوابط الإسناد.

1. المقدمة

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بوجه العموم والعقد الالكتروني الدولي بوجه الخصوص كانت ولا تزال من المواضيع المهمة في القانون الدولي الخاص. ويكتسب هذا الموضوع أهمية بسبب ما يتمتع به العقد الدولي من أهمية كبيرة في عملية انتقال السلع والبضائع والخدمات بين الدول وذلك ضمن إطار العلاقات الخاصة الدولية او ما يعرف بالعلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. كما يكتسب هذا الموضوع اهمية إضافية لأنه يعالج مسألة أخرى لها أهميتها وهي تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي أو العقد الدولي المبرم الكترونياً في القانون العراقي. علماً بأن انعقاد مثل هذا النوع من العقود في القانون العراقي يخضع لنوعين من القواعد. النوع الاول هي القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني العراقي، والنوع الثاني القواعد التي نص عليها قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012. كما يخضع تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود لقواعد الاسناد في القانون المدني العراقي. وبالتحديد الفقرة الاولى من المادة -25- من هذا القانون. فضلا عن امكانية الرجوع الى قواعد اخرى في القانون المدني العراقي وقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012. لذا فإننا سوف نقوم في هذه الدراسة باستعراض ضوابط الإسناد الشخصية والموضوعية فضلا عن استعراض موقف القانون العراقي من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي. إن من أهم الأسباب التي دعتنا لاختيار موضوع القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي هو التطور التقني الهائل الذي حصل في ميدان وسائل الاتصال الالكترونية الحديثة. وعدم قدرة قواعد الاسناد في القانون المدني العراقي على مواكبة هذا التطور. والرغبة في الاخذ بقوانين بعض الدول المتقدمة في هذا المجال. كما كان من بين الاسباب الرئيسة لاختيارنا لهذا الموضوع هو صدور قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 ومعالجته للعقد المبرم الكترونياً. أما مشكلة البحث فتكمن في كيفية حل تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي بسبب صعوبة تحديد محل إبرامه. والتساؤل المهم هو هل يمكن الإفادة من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 لمواجهة هذه الصعوبة. وقد إنتهجت الدراسة أسلوب البحث القانوني التحليلي المقارن وذلك من خلال مقارنة النصوص المتاحة في القانون العراقي سواء القانون المدني العراقي أو قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 مع بعض القوانين الأخرى المقارنة الرئيسة كالقانون الدولي الخاص السويسري، فضلا عن استعراض الآراء الفقهية والأحكام القضائية (إن وجدت) بهذا الخصوص.

مجلة جامعة جيهان- اربيل للعلوم الانسانية والاجتماعية
المجلد 8، العدد 2 (2024).
أُستلم البحث في 5 كانون الاول 2022؛ قُبل في 23 أيار 2024
ورقة بحث منتظمة: نُشرت في 30 تموز 2024
younis.salahaldein@cihanuniversity.edu.iq :البريد الإلكتروني للمؤلف
حقوق الطبع والنشر © 2024 يونس صلاح الدين علي. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الإبداعي النسبية - CC BY-NC-ND 4.0

2. مفهوم العقد الالكتروني الدولي

كان العقد ولا يزال يلعب دوراً كبيراً وأساسياً في تبادل وتداول الثروات والخدمات في القانون الداخلي، ويتزايد دور العقد من حيث الأهمية في مجال القانون الدولي الخاص وذلك في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. ولاسيما في ظل التطور الكبير الذي حدث في القرن الحادي والعشرين في مجال العقود المبرمة الكترونياً، ولا سيما الدولية منها، والتي ينظمها ما يعرف بالعقد الدولي المبرم الكترونياً، وما قد يترتب على هذه العلاقات من آثار قانونية بالغة الأهمية (Massoudi, 2022). لذا فسوف نمهد لهذه الدراسة بالتعرف على مفهوم العقد الألكتروني الدولي عن طريق البحث في تعريفه ومعايير دولية العقد وكما يأتي:

2.1 تعريف العقد الالكتروني الدولي

يمكن تعريف العقد عموماً بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين يتمثل في التزام شخص أو أكثر في مواجهة شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل (سلامة، 2001). ويعرف جانب من فقه القانون الدولي الخاص العقد الدولي بأنه ذلك الاتفاق الذي يكون أحد عناصره أجنبياً لكي يمكن إضفاء صفة الدولية عليه .(Pommier, 1992) ويظهر العنصر الأجنبي عند إختلاف جنسية الأطراف في العقد أو مكان إبرامه أو مكان تنفيذه. ويعرف جانب آخر من الفقه العقد الدولي بأنه ذلك الاتفاق الذي يتضمن عنصراً أجنبياً يتمثل في جنسية أحد أطرافه أومحل إقامته أو مكان ابرامه أو مكان تنفيذه (عبد الغفار, 2009.). أما المشرع العراقي فقد عرف العقد الالكتروني في الفقرة العاشرة من المادة الاولى من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم -78- لسنة 2012. بأنه (ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية) كما نص في الفقرة الاولى من المادة -18- من هذا القانون على أنه (يجوز أن يتم الايجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية). ولا يكفي أن يكون أحد عناصر العقد أجنبياً لكي يمكن إضفاء صفة الدولية عليه، فاختلاف جنسية الأطراف في العقد أو مكان إبرامه أو مكان تنفيذه قد لا يكفي لإضفاء الطابع الدولي على هذا العقد (محمد خليل, 2009). لذا فقد وضع الفقه معايير لتحديد الصفة الدولية في العقد. وأخيراً فإنه يمكننا تعريف العقد الالكتروني الدولي بأنه (كل أتفاق يكون أحد عناصره أجنبياً او يكون مشوباً بعنصر أجنبي وتصدر فيه أرادة الايجاب والقبول بوسيلة الكترونية أو عبر وسيط الكتروني).

2.2 معايير دولية العقد

توصل فقه القانون الدولي الخاص إلى وضع معايير لتحديد الصفة الدولية للعقد هي: أ- المعيار القانوني الذي يقوم على فكرة أساسية مؤداها أن الرابطة العقدية تتسم بالطابع الدولي عندما تتضمن بين عناصرها القانونية عنصراً أجنبياً أو أكثر. فيكون العقد دولياً إذا كان بسبب إبرامه أو تنفيذه أو بالنظر إلى دولة الأطراف المتعاقدة أو جنسيتهم يرتبط بأكثر من نظام قانوني، وبناء على هذا المعيار فإن العقد الالكتروني يعد دولياً إذا تم الاتفاق بين طرفي العلاقة عبر وسيط الكتروني أو بوسيلة الكترونية، أي عن طريق التعاقد ما بين غائبين في مجلس العقد الحكمي وكل منهما في دولة معينة أو إذا تم تنفيذه في إقليم دولة أجنبية، أو إذا كان أحد طرفي العلاقة أجنبياً، أو أن الموجب علم بالقبول في أقليم دولة أخرى غير الدولة التي صدر فيها القبول. ب-المعيار الاقتصادي الذي يستند على اعتبار اقتصادي يتمثل في حركة المد والجزر عبر الحدود لرؤوس الأموال والسلع والخدمات ودون الأخذ بنظر الاعتبار المبررات القانونية التي استند عليها المعيار السابق. ووفقا لهذا المعيار يعد العقد دولياً إذا ترتب عليه انتقال رؤوس الأموال من دولة إلى أخرى، وذلك بصرف النظر عن جنسية الأطراف، لأن مجرد انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود يؤدي إلى ظهور العنصر الأجنبي في العقد وهو ما يؤدي إلى اعتباره دوليا في المنظور الاقتصادي (صادق, 2001). ويضاف إلى هذين المفهومين مفهومان آخران لتحديد دولية العقد وفق المفهوم الاقتصادي وهما تجاوز العقد نطاق الاقتصاد الداخلي للدولة وارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية. ج-المعيار المختلط الذي يجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي. إذ ينبغي لكي يكون العقد دولياً أن يتضمن عنصراً أجنبياً فضلاً عن تعلقه بمصالح التجارة الدولية وإنتقال رؤوس الأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود. ونميل إلى الأخذ بالمعيار القانوني في مجال العقد الالكتروني الدولي. إذ يكفي أن يتصل العقد الالكتروني بأحد عناصره بأكثر من قانون أو نظام قانوني حتى يتسم بالطابع الدولي طالما أنه إنعقد بوسيلة الكترونية أو عبر وسيط الكتروني.

3. ضوابط الإسناد الشخصية ضمن نطاق العقد الإلكتروني الدولي

تتمثل ضوابط الإسناد الشخصية في مجال العقد الدولي بشكل عام والعقد الالكتروني الدولي بشكل خاص في إرادة المتعاقدين (الكردي, 2009.)، وهذه الإرادة تكون إما صريحة أو ضمنية، وهي من أهم الضوابط الشخصية التي يتضمنها منهج التنازع المزدوج الجانب. لذا فسوف نقوم بدراسة وتحليل ضابط إرادة المتعاقدين في إسناد العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إلى أفضل القوانين التي يمكن أن تحكم العقد الالكتروني الدولي وكما يأتي:

3.1 أعمال ضابط الإرادة (الصريحة أو الضمنية) ضمن نطاق العقد الالكتروني الدولي

من المبادئ القانونية الراسخة في فقه القانون الدولي الخاص هو تطبيق مبدأ سلطان الإرادة المطبق أصلاً ضمن دائرة العقود الوطنية أو الداخلية، وذلك على العقود ذات الطابع الدولي أو التي تكتنفها علاقات قانونية مشوبة بعنصر أجنبي (سلامة, 1996). وقد كرس هذا المبدأ مبدأ آخر هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. وقد تطور هذان المبدأن ليجدا تطبيقها بشكل واضح في مجال القانون الدولي الخاص وذلك من خلال ما يعرف بمبدأ قانون الإرادة والذي يخضع له العقد الدولي. وقد أخذ المشرع العراقي بهذا المبدأ إذ نص في الفقرة الأولى من المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على انه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه). ويتبين من هذا النص بأن المشرع العراقي أخضع العقد الدولي للقانون الذي يختاره الطرفان المتعاقدان في العقد بإرادتهما الصريحة إذا ما تبين ذلك بوضوح في العقد وإلا فبإرادتهما الضمنية التي يمكن للقاضي أن يستخلصها من الظروف المحيطة بالعقد (علي, 2023). كالاتفاق على إدراج شرط المحكمة المختصة في العقد والذي يجعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة معينة .(Audit, 2000) وهذا يعني انصراف إرادة الطرفين المتعاقدين ضمنيا إلى تطبيق قانون الدولة التي تم إعطاء الاختصاص لمحاكمها أو على الأقل كتابة أو صياغة العقد بلغة دولة معينة مما يمكن القاضي أن

يستشف إرادة الطرفين الضمنية لتطبيق قانون تلك الدولة من هذه القرينة (الهداوي والداودي, 1988). وفيما يخص موضوع هذه الدراسة وهو العقد الالكتروني الدولي فإن من الممكن إعمال قواعد تنازع القوانين المتعلقة بالالتزامات التعاقدية في مجال العقد الالكتروني الدولي وبالتالي إخضاع هذا العقد لضابط الإرادة التعاقدية وإعمال قانون الإرادة نظرا لأن العقد الالكتروني الدولي هو عقد رضائي وملزم للجانبين ويخضع للقواعد العامة في نظرية العقد (الكردي, 2009). لذا يمكن إخضاع العقد الالكتروني الدولي لقانون الإرادة الصريحة او الضمنية متى ما وجدت فإذا لم توجد يتم اللجوء إلى ضوابط الاسناد الاحتياطية وهي ضوابط اسناد جامدة عن طريق الموطن المشترك للمتعاقدين أذا اتحدا موطناً أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذ العقد. لذا يمكن الأخذ بالإرادة الصريحة متى ما حدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة وقد لا يتم التعبير عنها صراحة في العقد ففي هذه الحالة يجب البحث عن الإرادة الضمنية للطرفين المتعاقدين فهي إرادة حقيقية ولكنها غير معلنة يستخلصها القاضي من ظروف الحال (علي, 2023). إذ يبقى العقد الالكتروني الدولي خاضعا لقانون الارادة الصريحة متى ما اتفق الطرفان المتعاقدان عليه بإرادتهما الصريحة فإذا لم تتوافر فبإرادتهما الضمنية كما بينا سابقا .

3.2 الاختيار المقيد أو المحدد (الموجه) لضابط إرادة المتعاقدين

وقد ظهر اتجاه آخر في فقه القانون الدولي الخاص يرى بأن أعمال مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه وما يمنحه للأطراف المتعاقدة من حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة في نطاق العقد الدولي ولاسيما في العقود الدولية التي يكون أحد طرفيها عاقداً ضعيفاً كعقد العمل الدولي وعقد المستهلك الدولي. وبالتالي إجحاف الطرف القوي بالطرف الضعيف في هذا النوع من انواع الروابط العقدية .(Mayer, 1996) فإنه في نطاق مثل هذه العقود فإن هناك حاجة إلى حماية العاقد الضعيف وهو العامل مثلا او المستهلك (الهواري. 2000). ولا تتوفر هذه الحماية إلا من خلال الحد من الدور الذي تلعبه الإرادة التعاقدية في هذا الشأن. ويتم تقييد الإرادة التعاقدية بالإختيار المقيد أو المحدد أو الموجه لضابط إرادة المتعاقدين بطريقتين: الأولى تقييد الإرادة عن طريق تحديد القوانين التي يجب الاختيار منها. والثانية تقييد الإرادة عن طريق ضرورة توافر صلة أو رابطة بين قانون الإرادة والعقد الالكتروني الدولي .

4. ضوابط الإسناد الموضوعية ضمن نطاق العقد الالكتروني الدولي

بعد أن بحثنا ضوابط الإسناد الشخصية أو الذاتية والتي يكون مبناها مبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين سنحاول الآن دراسة ضوابط الإسناد الموضوعية ضمن نطاق العقد الدولي لمعرفة أهميتها بالنسبة إلى إسناد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من أنواع العقود أو إسناد العقد الدولي إلى القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني من قبل أطراف العلاقة التعاقدية لقانون الإرادة أو في أسوأ الاحتمالات عند استبعاد مبدأ سلطان الإرادة وبالتالي إبعاد العقد الدولي من الخضوع لقانون الإرادة (القانون المختار). إن أعمال ضوابط الإسناد الموضوعية يرجع إلى تطبيق نظرية التركيز الموضوعي للفقيه الفرنسي (Batiffol) والتي تعود جذورها إلى الفقيه الألماني (Savigny) وذلك لأنها تقوم على إسناد العقد إلى قانون معين وفقا لظروف موضوعية (سلامة, 1996). وهذه النظرية لا تعطي أي دور للإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد .(Pommier, 1992) إذ يبرر الدور الحقيقي لإرادة المتعاقدين بموجب تلك النظرية وينحصر في تركيز العقد في دولة معينة من خلال عناصر العلاقة القانونية والظروف المحيطة بها (صادق, 2001)، فالارادة وكما أشرنا سابقاً تكون مجرد عنصر من عناصر التركيز. إذ يقوم أطراف العلاقة التعاقدية بتركيز العقد في مكان ما (عبد الغفار، 2009)، ثم يمنح القاضي بعد تركيز العقد حرية البحث عن القواعد القانونية التي تتناسب مع هذا العقد (رياض ود.راشد, 1992). وإذا ما تمكن القاضي من معرفة أين يتركز العقد ومركز ثقله فإن قانون ذلك المكان يكون هو الواجب التطبيق. إذ أن اختيار أطراف العقد لهذا القانون ليس سوى عنصر من عناصر التركيز. فإرادة الأطراف المتعاقدة تقوم بتركيز أو توظيف العقد في دولة معينة وليس اختيار القانون الواجب التطبيق (Batiffol, 1993) . فالطرفان المتعاقدان لا يقوما باختيار قانون معين يكون مفروضا على القاضي أن يلتزم به، بل يعملان على تركيز عقدهما في مكان معين ومن خلال هذا التركيز يقوم القاضي باستخلاص القانون الواجب التطبيق (Batiffol, 1960) وبحسب هذه النظرية فإن التركيز أو التوطين الموضوعي للعقد هو العنصر الوحيد لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه. أما الإرادة الصريحة أو الضمنية فدورها ثانوي واحتياطي وفي النهاية يكون الدور الأساسي للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عن طريق العناصر التي يستعين بها لتركيز الرابطة العقدية وكما أشرنا إليها سابقا. أما الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة فهي أحد عناصر التوطين فحسب (Gerard, 1973).وهناك أربعة أنواع من ضوابط الإسناد الموضوعية التي تختص بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بوجه عام والعقد الالكتروني الدولي بوجه خاص وذلك من خلال منهج تنازع القوانين المزدوج الجانب (سلامة, 1996). وسوف نبحث في هذه الضوابط وكما يأتي:

4.1 ضابط محل إبرام العقد الدولي

يعد هذا الضابط من ضوابط الإسناد الجامدة وهو يقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق بشكل مسبق من قبل المشرع وغالبا ما يرتبط بالعلاقة القانونية برابطة وثيقة. وجدير بالذكر أن القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 يتبنى هذا المعيار ضمن ضوابط الإسناد الاحتياطية التي نصت إليها المادة (25) من القانون المدني العراقي ضمن فقرتها الأولى المشار إليها سابقا (علي, 2023). وتبرز أهمية ضابط محل إبرام العقد بسبب الأهمية الكبيرة لمحل أبرام العقد فهو المكان الذي يشهد ولادة العقد باعتباره الخطوة الأولى نحو هذا العقد وبالتالي يسهل معرفته من كلا الطرفين المتعاقدين وبالتالي سهولة الوقوف والتعرف على الأحكام التي يتضمنها قانون محل إبرام العقد وهو ما يحقق الأمان القانوني وحماية توقعات الطرفين نتيجة لعلمهم به. إلا أن جانبا آخر من الفقه ينتقد هذا الضابط على أساس أن المكان الذي يبرم فيه الطرفان العقد قد يتم اختياره أو يظهر بشكل عرضي أو عن طريق الصدفة ولا يعبر عن مركز ثقل العلاقة التعاقدية (صادق وعبد العال, 2011). كما أن هذا الضابط يثير بعض الصعوبات خصوصاً في التعاقد ما بين غائبين أو عند استخدام وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت والبريد الإلكتروني وغيرها وهو مايتحقق في العقد الالكتروني الدولي الذي هو مدار بحثنا، إذ تثور مشكلة كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود، بسبب صعوبة تحديد محل إبرام العقد الالكتروني الدولي (علي, 2023). فلو أراد شخص عراقي مثلاً التعاقد مع شخص أنكليزي وتم التعاقد عبر

المراسلة أو بوسائل الاتصال الحديثة، أي بوسيلة الكترونية أو عبر وسيط الكتروني ولاسيما أذا لم يتفق الطرفان على اختيار القانون المختار (قانون الارادة) صراحة أو ضمناً. ففي هذه الحالة تظهر صعوبة تحديد محل إبرام العقد بسبب إختلاف النظم القانونية في تحديد محل إبرام العقد عند التعاقد ما بين غائبين فمنها ما يأخذ بمكان إعلان القبول أو تصدير القبول أو وصول القبول أو بمكان علم الموجب بالقبول (الهواري, 2000) .

4.2 ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين

يعد هذا الضابط أيضاً من ضوابط الاسناد الجامدة التي أخذت بها نظرية التركيز الموضوعي في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي. واهم مايتميز به ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، هو أنه يسند الاختصاص لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين (علي, 2023). وهذا القانون غالباً ما يكون معلوماً لهما، لانه يطبق في الاقليم الذي يتوطن فيه كلا المتعاقدين، وأن تطبيقه لايثير إستياء أحدهما بخلاف قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، والذي قد يكون غير معلوم لدى أحدهما، والذي قد يكو مقيماً طوال حياته على اقليم دولة اخرى .

4.3 ضابط محل تنفيذ العقد الدولي

يعد تنفيذ العقد هو الغاية الأساسية التي يسعى إليها الطرفان أو الأطراف المتعاقدة، ويكتسب هذا الضابط أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي عند سكوت إرادة المتعاقدين عن الاختيار الصريح او الضمني لقانون العقد (علي, 2023). ويعد ضابط محل تنفيذ العقد أيضاً من الضوابط الجامدة، والتي تأخذ بالاسناد المسبق وتسند الاختصاص لقانون دولة التنفيذ لكونه يعبر عن مركز ثقل الرابطة العقدية بعده القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية، ولاسيما عند سكوت الارادة عن الاختيار الصريح او الضمني لقانون الارادة. وتبرز أهمية هذا الضابط بشكل خاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، ولاسيما عقد العمل الالكتروني الدولي، عندما يبرم العامل عقد العمل مع صاحب العمل عبر وسيط الكتروني أو بوسائل الكترونية عن طريق التعاقد مابين غائبين. اذ تميل أغلب دول العالم في تنظيم عقد العمل بقواعد آمرة توفر الحماية المطلوبة للعاقد الضعيف في عقد العمل وهو العامل (صادق وعبد العال, 2011). ولا تتحقق هذه الحماية إلا بتطبيق قواعد محل تنفيذ العمل على العمال الذين يمارسون نشاطهم على الإقليم الوطني. فالإسناد إلى محل تنفيذ العمل يجد أساسه في كون علاقة العمل ترتبط برابطة وثيقة مع محل أو مكان تنفيذ العمل والذي يمثل مركز الثقل في عقد العمل، ويكتسب أهمية كبيرة في تركيز عقد العمل (الهواري, 2000). كما ويكتسب هذا الضابط أهمية كبيرة لأن مكان أو محل تنفيذ العمل هو المكان الذي يقيم أو يعيش فيه العمال عادة ويكون رب العمل حاضراً متواجداً فيه شخصيا أو عن طريق من يمثله. وبالتالي فإن هذا الضابط يعبر وعلى نحو أصدق عن حقيقة مركز الثقل في الرابطة العقدية ويكون أحياناً أوثق صلة بها من قانون محل أبرام العقد (Batiffol, 1960)

4.4 ضابط محل الإقامة المعتاد للطرف الملتزم (المدين) بالأداء المميز

اتجه جانب من فقه القانون الدولي الخاص إلى تطوير مفهوم جديد وهو الأداء المميز للعقد. ويدور هذا المفهوم حول فكرة مفادها أن العقد الواحد تترتب عليه عدة التزامات، إلا أن أحد هذه الالتزامات فقط هو الذي يميز العقد ويمثل جوهره وبالتالي يجب التركيز والاقتصار على هذا الالتزام لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد (Schnitzer, 1968)ومن مزايا هذا الضابط أنه لما كان الالتزام الذي يميز أي عقد هو التزام واحد, لذا فإن الاستناد إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يمنع تجزئة العقد كما أن فكرة الأداء المميز تشير إلى أن أحد أطراف العقد يكون له دور فعال ومميز في إبرام العقد وتأثيره في الحياة الاقتصادية للعقد, أما الطرف الآخر فيكون دوره عاديا ويتمثل التزامه في أغلب الأحيان بدفع مبلغ من النقود. لذا فإن الأداء الذي يقوم به الطرف الأول هو الذي يميز العملية التعاقدية، أما الأداء الآخر فهو مجرد مقابل نقدي كما في عقد البيع مثلاً. وعليه يكون من المنطقي إحترام توقعات الأطراف وإخضاع العقد لقانون موطن أو محل الاقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز في العقد (محمد خليل, 2009). لذا وكما ذكرنا سابقاً فإن الالتزام بالأداء المميز للعقد يكون التزاماً واحداً مما يمنع تجزئة العقد وإخضاع الالتزامات المترتبة عليه لعدة قوانين (Mayer, 1991)، لأننا عندما نقوم باستبعاد الالتزام الذي يرتبه العقد على عاتق أحد طرفيه بدفع مبلغ من النقود لأنه لا يتضمن ما يميز العقد. فإن الالتزام المقابل للطرف الآخر هو الذي يسمح بتمييز العقد عن أي عقد آخر وبالتالي يعبر عن الوظيفة الاقتصادية للعقد (الهواري, 2000). وهذه الفكرة تضع قرينة قانونية مفادها أن العقد يرتبط بالدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز للعقد بأكثر الروابط وثوقاً، لأن هذه الفكرة تقوم على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب الأهمية والوزن القانوني والتأثير الواقعي للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد، ولما كان هذا الأداء أو الالتزام يختلف من عقد إلى آخر، فمن الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حده (سلامة, 2001). وقد أخذ القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 بهذا الضابط في المادة (117) منه والتي نصت على أنه (وعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد فإن هذا الأخير يخضع لقانون الدولة الأكثر ارتباطا بالعقد وقانون الدولة التي يرتبط معها العقد بروابط أكثر وثوقا) وهذه الروابط يفترض وجودها أو تتوافر في الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتاد للطرف الملتزم بالأداء المميز (الطرف المدين بالأداء المميز) أو التي توجد فيها منشأة هذا الأخير إذا كان العقد قد أبرم في إطار ممارسة نشاطه المهني او التجاري .

5. تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي وفقا للقانون العراقي

تظهر أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي، إذا تم التعاقد ما بين غائبين عن طريق وسائل الاتصال الفورية، خصوصا بعد التطور الذي طرأ على وسائل الاتصال الحديثة، كالأنترنت أو الموبايل أو التلكس، أو الفاكس، أو عن طريق تبادل الرسائل الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني، مما يستوجب معه تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بدقة، وذلك عندما يكون الطرفان في مكانين مختلفين في دولتين، إذ يصدر الإيجاب في دولة والقبول في دولة أخرى ، بحيث تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور التعبير عن الإرادة عن أحد الطرفين وعلم الطرف الآخر به في مجلس العقد الحكمي (حافظ, 1977)، ولذا فسوف نتناول بالبحث حل تنازع القوانين على العقد الإلكتروني الدولي وفقا للقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، وقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 وكما يأتي

5.1 حل تنازع القوانين على العقد الألكتروني الدولي 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، ولاسيما عند سكوت الإرادة عن تحديد القانون المختار صراحة، وعدم تمكن القاضي من استخلاص الإرادة الضمنية للطرفين، فضلا عن عدم اتحادهما موطنا (علي, 2023)، الا أن الأصل هو خضوع العقد الالكتروني الدولي لقانون الارادة الصريحة أو الضمنية بمقتضى نص الفقرة الاولى من المادة (25) من القانون المدني العراقي السالفة الذكر. فقد وضع المشرع العراقي قاعدة إسناد مركبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد الدولي بوجه عام ويمكن أيضاً تطبيقها على العقد الالكتروني الدولي بوجه خاص، وتتضمن هذه القاعدة أربعة ضوابط إسناد وردت على سبيل التدرج، وهي ضابط الإرادة الصريحة وضابط الإرادة الضمنية، وهما ضابطان أصليان، ثم ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً، وضابط محل إبرام العقد. وهذان الضابطان الأخيران هما ضابطان احتياطيان. وهذه الضوابط الأربعة جميعها وردت على سبيل التدرج، مما لا يتيح للقاضي فرصة الانتقاء من بينها (الكتبي, 2011)، ويتضح من عبارة (هذا ما لم يتفق المتعاقدان) بأن المشرع العراقي أعطى الأولوية في الاختيار إلى قانون الإرادة الصريحة، والتي يتم اختيارها وفقا لضابط إسناد أصلي، هو ضابط الإرادة الصريحة، وفي هذه العبارة تأكيد واضح على أهمية الاختيار الصريح في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، لأن هذا الاختيار يدل دلالة قاطعة على إتجاه نية الأطراف ورغبتهم في تطبيق قانون معين على عقدهم إستنادا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. ثم يأتي بعد ذلك قانون الإرادة الضمنية، والذي يستخلص من عبارة (أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه). فإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة على القانون الواجب التطبيق، عن طريق إدراج ما يعرف بشرط الاختصاص التشريعي في العقد المبرم بينهما، ولم يتمكن القاضي من التوصل إلى إحدى القرائن التي يمكن عن طريقها استنتاج إرادتها الضمنية، فإنه يتم اللجوء إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية التي تضمنها النص، وهي ضوابط إسناد جامدة ومحددة بصفة مسبقة (علي, 2023). وهذا الإسناد الجامد أو المسبق للرابطة العقدية يعد تطبيقاً لنظرية الإسناد الموضوعي الجامد والمسبق، والتي يتم اللجوء إليها عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد، ويقصد بالإسناد الجامد تطبيق أكثر القوانين صلة بالرابطة العقدية، وتتجسد هذه الصلة إما بجنسية الأطراف المتعاقدة، أو موطنهم، أو محل إبرام العقد، أو محل تنفيذه. ومن أهم ضوابط الإسناد الاحتياطية الجامدة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (25) من القانون المدني العراقي، ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً، وفي حالة إختلافهما موطناً يتم تطبيق قانون محل إبرام العقد. وهناك عدة نظريات لتحديد زمان إنعقاد العقد ومكانه مما يساعد في تحديد القانون الواجب التطبيق على التعاقد ما بين غائبين والذي يعد العقد الالكتروني الدولي من أبرز صوره. ومن أهم هذه النظريات نظرية إعلان القبول، ونظرية تصدير القبول، وكذلك نظرية إستلام القبول ونظرية العلم بالقبول. وتنسجم 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 الذي ينبغي أن يعلم بالقبول (الحكيم, 1967.). وقد أخذ القانون المدني العراقي بنظرية العلم بالقبول، وعد وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به بموجب المادة (87) التي نصت 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 مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيها). وعلى هذا الأساس يعد العقد الالكتروني الدولي المبرم ما بين غائبين بوسائل الكترونية او عبر وسيط الكتروني منعقداً في العراق، إذا كان الطرف الموجب موجوداً فيه وقت علمه بالقبول (الفخري, 2007. ص25)، وبأية وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، طالما أن القانون المدني العراقي قد أخذ بنظرية العلم بالقبول. فالتعاقد بين غائبين يكون قد تم في الزمان الذي علم فيه الموجب بالقبول وفي مكان حصول هذا العلم. فالعبرة في تحديد مكان انعقاد العقد هي بالمكان الذي علم فيه الموجب بالقبول (منصور, 2009). وكذلك فأن وصول القبول إلى الموجب قرينة على العلم به وذلك بمقتضى الفقرة الثانية المادة (87)، إذ يفترض علم الموجب بالقبول في زمان ومكان وصوله إليه، وهذا هو العلم المفترض أو الحكمي وليس العلم الحقيقي، فوصول القبول إليه هو قرينة افتراض علمه بمضمونه وإن لم يكن قد علم به فعلاً.

5.2 حل تنازع القوانين على العقد الإلكتروني الدولي وفقاً لقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012

نظم الفصل الخامس من هذا قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 موضوع العقود الإلكترونية، ونصت الفقرة- أولاً- من المادة (18) على أنه (يجوز أن يتم الإيجاب والقبول في العقد بوسيلة إلكترونية)، وتظهر مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي المبرم عبر وسيط إلكتروني، عندما يختلف المكان الذي يوجد فيه الموجب لحظة وصول القبول إلى موقع الموجب في صندوق البريد الإلكتروني ، أي لحظة دخول الرسالة الإلكترونية في الصندوق، عن المكان الذي يوجد فيه الموجب لحظة فتحه لهذا الموقع وعلمه الفعلي بقبول الطرف الآخر(عبد المجيد, 2015)، وفي هذه الحالة قد يكون المكانان مختلفين، أي أنهما يقعان في دولتين مختلفتين، والسؤال المطروح هو كيف يتم تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني الدولي لمعرفة مكان انعقاده، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي وفقاً لقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 ؟ وهل أن وصول القبول إلى الموقع الإلكتروني للموجب يعد كافيا لافتراض علم الموجب به، أم أن هذا الافتراض لا يتحقق، وبالتالي لا ينعقد العقد الإلكتروني إلا في مكان وزمان علم الموجب الفعلي بالقبول؟ كنا قد أشرنا سابقاً إلى أنه وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني العراقي، فإن العقد الإلكتروني ينعقد في المكان والزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول (علي, 2023)، مع افتراض وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به. إلا أن قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 فرق بين فرضين مختلفين: الأول إذا حدد الموجب (المرسل إليه) نظاماً معيناً لمعالجة المعلومات، أي برنامجاً معيناً لاستلام الرسائل الإلكترونية، والثاني: إذا لم يحدد الموجب نظاماً معيناً لمعالجة المعلومات (عبد المجيد, 2015). إذ نصت الفقرة ثانياً من المادة (20) على أنه (إذا كان المرسل إليه قد حدد نظاماً لمعالجة المعلومات لتسلم المستندات، فتعد متسلمة 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 بأنه إذا حدد الموجب مسبقاً نظاماً معيناً لمعالجة المعلومات لتسلم المستندات والرسائل الإلكترونية، بموجبه يتم تسلم 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 الالكتروني الدولي ينعقد لحظة وصول القبول إلى البريد الإلكتروني للموجب (علي, 2022)، ونرى بأن ذلك يعد تجسيداً واضحاً لنظرية استلام القبول او وصوله والتي ينعقد العقد بمقتضاها بمجرد وصول القبول الى الموجب وبصرف النظر عن علمه به (الحكيم والبكري والبشير, 1980), وهي تعتد بالزمان والمكان اللذين يصل فيها القبول الى الموجب, فإذا كان الموجب تاجراً عراقياً مثلاً، وتصادف وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى نظامه المعين لمعالجة المعلومات, الذي هو البرنامج المعين لإستلام الرسائل الإلكترونية، وهو في الأردن، إلا أنه علم بالرسالة فعلياً واطلع على محتوياتها وهو في تركيا، فيعد العقد الدولي منعقداً في الأردن، ويخضع للقانون الأردني بوصفه قانون دولة محل إبرام العقد، ما لم يتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على اختيار قانون آخر، أو يوجد لهما موطن مشترك في دولة معينة، وذلك طبقا للفقرة الأولى من المادة (25) من القانون المدني العراقي ويمكن إثبات لحظة وصول القبول إلى البريد الإلكتروني للموجب بسهولة وذلك عن طريق تاريخ وصول الرسالة الإلكترونية. أما 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 أصلا 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 مسبقا، أي باطلاعه عليها وعلمه فعليا بمضمونها (علي، 2022) وهو ما يعد تجسيداً واضحاً لنظرية العلم بالقبول والتي لاينعقد العقد بمقتضاها الا اذا وصل القبول الى علم الموجب وذلك تطبيقاً للقواعد العامة والتي تقضي بأن التعبير عن الارادة لاينتج اثره الا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه. أما بالنسبة إلى الفرض الثاني فقد نصت الفقرة ثالثا من المادة (20) على أنه (إذا لم يحدد المرسل إليه نظاما لمعالجة معلومات لتسلم المستندات الإلكترونية، فيعد وقت تسلمها هو وقت دخولها لأي نظام لمعالجة المعلومات تابع للمرسل إليه). فمقتضى هذا النص إذا لم يحدد الموجب نظام معالجة معلوماتي لتسلم رسالة القبول الإلكترونية، فإن العقد الدولي الإلكتروني ينعقد لحظة دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول في أي نظام لمعالجة المعلومات يخص الموجب (شلقامي, 2008)، وذلك تطبيقا لنظرية إستلام أو وصول القبول، والذي يعد قرينة على العلم به (أبو عمرو, 2011)، وأخيرا وكقاعدة عامة، فقد عدت الفقرة الأولى من المادة (20) المستندات الإلكترونية مرسلة من وقت دخولها البرنامج الخاص بالمرسل إليه، والذي لا يخضع لسيطرة المرسل، ونصت هذه الفقرة على أنه (تعد المستندات الإلكترونية مرسلة 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 (عبد المجيد, 2015). وهذا النظام إما أن يكون نظام المرسل إليه مباشرة، أو نظام مزود خدمة الإنترنت، والذي يتسلم الرسالة الإلكترونية، ثم يحولها إلى نظام المرسل إليه (محمد عزب, 2012). الا ان الفقرة الاولى من المادة الحادية والعشرين -21- من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -78- لسنة 2012 نصت على أنه (تعد المستندات الالكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وأنها أستلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل أليه. وأذا لم يكن لآي منهما مقر عمل يعد محل الاقامة مقراً للعمل مالم يكن الموقع والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك). ويتبين من هذه الفقرة بأنها عدت، وكأصل عام، بأن المستندات الالكترونية قد تم أرسالها من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل الموقع.وأنه قد تم أستلامها في المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل اليه. أذا كان لاي منهما مقر عمل. وهذا يعني بأنه أذا كان الموقع على المستند الالكتروني أو المرسل اليه شخصاً معنوياً، فأن مقر عمله هو مركز أدارته الرئيس الفعلي. وأذا باشر نشاطاً رئيساً له في العراق عن طريق فرع، فأن ذلك الفرع يعد بمثابة مقر عمله (علي, 2022). أما أذا كان الموقع على المستند الالكتروني أو المرسل اليه شخصاً طبيعياً، فأن مقر عمله هو مركزه أو محله التجاري. أما أذا لم يكن لاي منهما مقر عمل فيعد محل اقامتهما بمثابة مقر للعمل. الا أنه يمكن لكل من الموقع على المستند الالكتروني والمرسل اليه الاتفاق على خلاف هذا الاصل العام (شلقامي. 2008. ص146). حينئذ يمكن عد المستند الالكتروني مرسلاً أو متسلماً في مكان آخر غير مقر عمل الموقع والمرسل اليه أو محل اقامتهما (عبد المجيد. 2015). وعلى الرغم من أن نص الفقرة الاولى من المادة -21- من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -78- لسنة 2012 لايمثل قاعدة أسناد، الا أننا يمكن أن نستخلص بعض المعايير والضوابط الجامدة لتعيين مكان أنعقاد العقد الالكتروني ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق عليه (علي, 2023). وهي مركز الادارة الرئيس الفعلي للمشروع أو المؤسسة الخاصة بالموقع على المستند الالكتروني والمرسل اليه أو فرعها أذا كانا شخصين معنويين. فضلاً عن محل أقامتهما المعتادة أذا كانا شخصين طبيعيين. أما في حالة أمتلاك الموقع على المستند الالكتروني أو المرسل اليه لاكثر من مقر عمل فيعد المقر الاقرب صلة بالمعاملة هو مكان الارسال أو التسلم , وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الارسال او التسلم والى ذلك أشارت الفقرة الثانية من المادة الحادية والعشرين -21- من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -78- لسنة 2012 والتي نصت على أنه اذا كان للموقع أو المرسل أليه 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 .

6. النتائج والتوصيات

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 وكما يأتي:

6.1 النتائج

توصلت هذه الدراسة الى النتائج الآتية:

1. إن العقد الدولي هو ذلك الاتفاق الذي يكون أحد عناصره أجنبياً أو مشوباً بعنصر أجنبي لكي يمكن إضفاء صفة الدولية عليه .

2. العقد الالكتروني هو كل أتفاق تصدر فيه أرادة الايجاب والقبول بوسيلة الكترونية أو عبر وسيط الكتروني.

3. تمثل ضوابط الإسناد الشخصية في مجال العقد الدولي بوجه عام والعقد الالكتروني الدولي بوجه خاص في إرادة المتعاقدين وهذه الإرادة إما أن تكون صريحة أو ضمنية. وهناك طريقتان لتطبيق هذا الضابط وهما: الإختيار الحر غير المقيد لضابط إرادة المتعاقدين، أو الاختيار المقيد أو المحدد أو الموجه لضابط إرادة المتعاقدين .

4. تمثل ضوابط الإسناد الموضوعية ضمن نطاق العقد الدولي بوجه عام والعقد الالكتروني الدولي بوجه خاص بضوابط أسناد جامدة تتمثل بضابط محل إبرام العقد الدولي وضابط الموطن المشترك للمتعاقدين وضابط محل تنفيذ العقد الدولي وضابط مرن هو محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم (المدين) بالأداء المميز.

5. أما بالنسبة الى موقف المشرع العراقي من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بوجه العموم والعقد الالكتروني الدولي بوجه الخصوص، فقد تناولت ذلك القواعد العامة في القانون المدني العراقي رقم -40- لسنة 1951 ثم قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم -78- لسنة 2012 .

6. ميز قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -78- لسنة 2012 , بين زمان أنعقاد العقد الالكتروني ومكانه. فبالنسبة الى زمان أنعقاد العقد الالكتروني فقد فرق هذا القانون بين فرضين مختلفين: الأول إذا حدد الموجب (المرسل إليه) نظاما معينا لمعالجة المعلومات، أي برنامجا معينا لاستلام الرسائل الإلكترونية، والثاني: إذا لم يحدد الموجب نظاما معينا لمعالجة المعلومات .

7. أما بالنسبة الى مكان أنعقاد العقد الالكتروني الدولي فقد عدت الفقرة الاولى من المادة الحادية والعشرين -21- من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -78- لسنة 2012 , وكأصل عام، بأن المستندات الالكترونية قد تم أرسالها من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل الموقع.وأنه قد تم أستلامها في المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل اليه. أذا كان لاي منهما مقر عمل,أما أذا لم يكن لاي منهما مقر عمل فيعد محل اقامتهما بمثابة مقر للعمل. الا أنه يمكن لكل من الموقع على المستند الالكتروني والمرسل اليه الاتفاق على خلاف هذا الاصل العام. حينئذ يمكن عد المستند الالكتروني مرسلاً أو متسلماً في مكان اخر غير مقر عمل الموقع والمرسل اليه أو محل اقامتهما، كالمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول بمقتضى المادة -87- من القانون المدني العراقي، كما يمكن للمتعاقدين تحديد القانون المختار عن طريق ضابط الارادة الصريحة أو الضمنية، فحينئذ يؤخذ بهذا الاختيار بمقتضى الفقرة الاولى من المادة -25- من القانون المدني العراقي. أما الفقرة الثانية من المادة الحادية والعشرين من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -78- لسنة 2012 فقد عالجت حالة أمتلاك الموقع على المستند الالكتروني أو المرسل اليه لاكثر من مقر عمل فيعد المقر الاقرب صلة بالمعاملة هو مكان الارسال أو التسلم، وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الارسال او التسلم .

6.2 التوصيات

بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة فإننا نوصي بالمقترحين الآتيين :

ضرورة الأخذ بضابط محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز في إطار العقد الدولي بوجه العموم والعقد الالكتروني الدولي بوجه الخصوص، ونوصي بأن يتبنى المشرع العراقي النص الآتي ضمن قواعد الإسناد في القانون المدني العراقي (يخضع العقد الالكتروني الدولي لقانون الدولة الأكثر إرتباطاً بالعقد وهذه الرابطة يفترض وجودها في الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بالأداء المميز أذا كان شخصاً طبيعياً، أو التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيس الفعلي أذا كان شخصاً معنوياً).

كما نوصي المشرع العراقي بضرورة الاستفادة من ضابطي الارادة الصريحة والضمنية في مجال العقد الالكتروني الدولي, ويمكن الاستفادة كذلك من نص الفقرة الاولى من المادة الحادية والعشرين -21- من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم -78- لسنة 2012 ليكون بمثابة قاعدة أسناد ويأخذ بقانون الارادة الصريحة أو الضمنية كأولوية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي , وفي حالة عدم اتجاه أرادة الطرفين صراحة أو ضمناً الى ذلك فيتم الاخذ بالضوابط التي نصت عليها هذه الفقرة ولاسيما مقر عمل أو مقر أقامة المرسل أليه لاتفاقها مع القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة -87- من القانون المدني العراقي والتي تقضي بأن يتم التعاقد ما بين الغائبين في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ويكون مفروضا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما. وعليه نقترح النص الاتي: (تعد المستندات الالكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وأنها أستلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل أليه. وأذا لم يكن لآي منهما مقر عمل يعد محل الاقامة مقراً للعمل. ويتم تطبيق قانون مقر عمل المرسل اليه، أو مقر أقامته أذا لم يكن له مقر عمل بوصفه القانون الواجب التطبيق، مالم يكن الموقع والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك صراحة، أو يتبين من الظروف الملابسة أن قانوناً اخر يراد تطبيقه).

المصادر

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

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

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

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

الحكيم عبد المجيد، (1967). الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد.

رياض فؤاد ود. راشد سامية، (1992). الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تاريخ القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية.

سلامة احمد عبد الكريم (1996). علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة،

سلامة احمد عبد الكريم، (2001). قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.

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

صادق هشام علي وعبد العال عكاشة محمد. (2011)، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الاول، تنازع القوانين، دار الفتح للطباعة والنشر.

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

عبد الغفار جابر سالم، (2009). تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، دار الجامعة الجديدة.

علي يونس، (2022). تسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي عن طريق تحديد الإختصاص القضائي الدولي للنظر فيها وفقاً للقانون العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة جيهان-أربيل للعلوم الإنسانية والإجتماعية, المجلد (6), العدد .(2)

علي يونس، (2023). أهمية نظرية الأداء المميز في تحديد القانون الأصلح للعاقد الضعيف في عقد العمل الدولي: دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة جيهان-أربيل للعلوم الإنسانية والإجتماعية, المجلد (7), العدد .(2)

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

الكتبي وسام توفيق، (2011). مسائل الاثبات في المنازعات الخاصة الدولية. دراسة مقارنة. دار الجامعة الجديدة.

الكردي جمال محمود، (2009). تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية.

محمد خليل خالد عبد الفتاح، (2009). حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة.

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

منصور محمد حسين، (2009). المسئولية الالكترونية. دار الجامعة الجديدة الإسكندرية .

الهداوي حسن، ود. الداوودي غالب علي، (1988). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.

الهواري احمد محمد، (2000). حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة.

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012.

القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1989.

المصادر الاجنبية

Batiffol et lagard, (1993). Traite' de droit international prive, Tome-1- 8e edition.

Batiffol, (1960). objectivisme et subjecttivisme dans le droit international prive des contrats .mmel.j. maury. Tome-1-.

Audit Bernard, (2000). Droit international prive. 3e edition. Economica.

Deby Gerard France, (1973)، le role de la regle de conflitdans le reglement des rapports internationaux, these. Paris DALLOZ.

Mayer Pierre, (1991). droit international prive, 2'eme edition montchrestien.

Mayer Pierre, (1996). La Protection de la Partiefaible en droit international prive, Rapport francais, La Protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J.

Massoudi, A. (2022). Reviving Performance by Adopting Chameleon Style of Leadership. Journal of Management and Business Education, 5(1), 1-19. https://doi.org/10.35564/jmbe.2022.0001

Pommier, (1992). principe d'antonomie et loi du contrat en droit international prive conventionnel, preface yvonLoussouarn Paris, econmicam.

Pommier, (1992). Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international prive connventionnel. Paris, Economica.

Schnitzer, (1968)، la loi applicable aux contrats Rev. crit. 1955, P.479.Les contrats internationaux en droit international prive Suisse. Rec. des cours, Vol.123.

Abstract

This piece of research is concerned with the manner how to solve the conflict of laws on the international electronic contract according to the Iraqi law generally, and in conformity with the Iraqi law in particular. it is to be noted that this study takes into account the concept of the international contract in general and the international electronic contract particularly. The international contract is subordinated to the law of contract i.e. the law of will or the voluntary law, according to the subjective theory of determining the applicable law. It is also subordinated to both the rigid and flexible connecting factors in accordance with the theory of objective localization of the international contract. Finally, this research studied the solution of the conflict of laws on the international electronic contract according to the Iraqi law, that is to say, the Iraqi civil law No.40 in 1951, and the Iraqi law of electronic signature and electronic bargains No. 78 in 2012.

Keywords: International electronic contract, Conflict of Laws, Electronic signature, electronic bargains, Connecting Factors.