ملاءمة معايير تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني الدولي مع نظرية الأداء المميز وفقاً لقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ومقارنتها بالإسناد الجامد في القانون المدني العراقي

د. يونس صلاح الدين علي

younis888_sss@yahoo.com

كلية القانون والعلاقات الدولية والدبلوماسية جامعة جيهان الخاصة

The compatibility of the standards for the determination of the place of the conclusion of the international electronic contract with the theory of the characteristic performance in conformity with the law of electronic signature and electronic bargains No. 78 of 2012 compared with the rigid connecting factors of the Iraqi civil law

Dr. Younis Salahuddin Ali

College of Law & International Relations. Cihan University

الملخص

يتناول هذا البحث دراسة مدى انسجام معايير تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني الدولي وفقاً قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ مع نظرية الأداء المميز في القانون الدولي الخاص، إذ تقوم هذه النظرية على أساس التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، لتحديد القانون المختص على العقود الدولية في مجال العلاقات الخاصة الدولية . وهي تخصص لكل طائفة من العقود ضابط الاسناد الذي ينسجم مع طبيعتها المحددة سلفاً ، وبالتالي تخضع العقد لقانون المكان الذي يتركز فيه الاداء المميز للرابطة العقدية، أي تساعد على تفريد العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل طائفة منها ، وفقاً لأهمية الاداء او الالتزام الرئيس او الجوهري في العقد. وقد أورد هذا القانون ثلاثة ضوابط مختلفة بالنسبة الى تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني يصلح ان يكون كل واحد منها ضابطاً للأداء المميز.

الكلمات المفتاحية: الأداء المميز، الرابطة التعاقدية، قاعدة الإسناد.

Abstract

This piece of research is concerned with studying the the extent to which the criteria or standards determining the location of the formation of the international electronic contract according to Iraqi law of electronic signature and electronic bargains No. 78 of 2012 are compatible with the theory of the characteristic performance in the private international law . it is to be noted that this theory is based upon the objective localisation of the contractual relation to determine the applicable law on international contracts , in the field of private international relations . the theory assigns a connecting factor to each category of contracts in keeping with its predetermined legal nature . and subjects the contract to the law of the place where the characteristic performance of the contractual relation is concentrated or localised. In other words it assists the process of the individualization of contracts according to the importance of the fundamental obligation of the contract. And this law provides for three different criteria each of which is an appropriate connecting factor of the characteristic performance.

Keywords: Characteristic performance, contractual link, connecting factor.

المقدمة

وتتضمن النقاط الآتية :

أولا: مدخل تعريفي بموضوع البحث: تستند نظرية الأداء المميز على أساس التوطين المكاني للرابطة العقدية , لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية في مجال العلاقات الخاصة الدولية . وهي تخصص لكل طائفة من العقود ضابط الاسناد الذي ينسجم مع طبيعتها المحددة سلفاً ، وبالتالي تخضع العقد لقانون المكان الذي يتركز فيه الاداء المميز للرابطة العقدية، أي تساعد على معاملة كل نوع من أنواع العقود معاملة خاصة وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل طائفة منها، وفقاً لأهمية الاداء أو الالتزام الرئيس او الجوهري في العقد. كما يساهم ضابط الاداء المميز في إسناد العقد الدولي إسناداً وظيفياً اي اسناد الرابطة العقدية الى النظام القانوني الذي يحقق للعقد أهميته الاجتماعية والاقتصادية. وقد أورد قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ثلاثة ضوابط مختلفة بالنسبة الى تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني يصلح ان يكون كل واحد منها ضابطاً للأداء المميز ، الا انه لم يحدد ذلك صراحة في المادة الحادية والعشرين -٢١- منه والتي نصت على هذه الضوابط المكانية. ونحاول في هذه الدراسة التوصل الى تأصيل قانوني لهذه الضوابط الثلاثة على أساس نظرية الأداء المميز لأهميتها في التوطين المكاني للرابطة العقدية على وجه العموم، وللعقد الالكتروني الدولي ، على وجه الخصوص. وتقارن هذه الدراسة الإسناد المرن المتمثل بنظرية الأداء المميز بالإسناد الجامد التقليدي الذي تبنته المادة (٢٥) من القانون

المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، وذلك فيما يتعلق بتحديد مكان إنعقاد العقد الألكتروني الدولي، ومن ثم القانون المختص عليه في حالة سكوت إرادة الإختيار الصريحة أو الضمنية.

ثانيا: أسباب اختيار موضوع البحث: يتحدد السبب الرئيس في إصطفاء موضوع البحث في الرغبة في التوصل الى تأصيل قانوني للمادة الحادية والعشرين -٢١- من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ على اساس نظرية الأداء المميز في القانون الدولي الخاص، بسبب عدم النص عليها ضمن قواعد الاسناد في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

ثالثا: أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في محاولة التوصل الى وضع ضابط اسناد جديد يعرف بضابط الاداء المميز ، لأهميته في التركيز الموضوعي او التوطين المكاني لأسناد العلاقات الخاصة الدولية الى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية ، ولاسيما فيما يتعلق بالعقد الالكتروني الدولي . وذلك بوجود الأرضية المناسبة في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية ، والتي تسمح بوضع مثل هذا الضابط ، وعدم الاعتماد على المادة-٣٠- من القانون المدني العراقي التي تسمح بالرجوع الى مبادىء القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً فيما لم يرد بشأنه نص في قواعد الاسناد العراقية لسد النقص فيها.

رابعاً : مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في إحتواء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية على مجموعة من الضوابط المكانية لتحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني ، والتي يصلح كل واحد منها ان يكون ضابطاً للأداء المميز، ولكن المشرع لم يوظف تلك الضوابط على نحو ينسجم مع الأهمية المتزايدة لنظرية الأداء المميز.

خامساً: نطاق البحث: تتضمن هذه الدراسة البحث في نظرية الأداء المميز ضمن نطاق المادة -٢١- من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ومقارنتها بضوابط الاسناد المكانية التي حددتها قواعد الإسناد في القانون المدني العراقي.

سادساً: منهجية البحث: انتهجت هذه الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي الوصفي ، إذ تم إجراء تحليل قانوني للضوابط المكانية التي حددتها المادة -٢١- من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ وذلك في ضوء نظرية الأداء المميز في القانون الدولي الخاص، ومقارنتها بضوابط الإسناد الجامدة بموجب القانون المدني العراقي.

سابعاً : هيكلية الدراسة: توزعت هذه الدراسة على مطلب تمهيدي ومبحثين:

المطلب التمهيدي: التعريف بالعقد الالكتروني الدولي

المبحث الأول: تحديد مكان إنعقاد العقد الالكتروني الدولي على أساس ضابط الأداء المميز وفقاً لقانون التوقيع الألكتروني والمعاملات الألكتروني العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢.

المبحث الثاني: تحديد مكان إنعقاد العقد الالكتروني الدولي على اساس ضوابط الاسناد الجامدة وفقاً للقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

المطلب التمهيدي

التعريف بالعقد الالكتروني الدولي

كان العقد ولا يزال يلعب دورا كبيرا في مجال 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 ، وقد تبلورت فكرة العقد الدولي في مجال العلاقات الخاصة الدولية . كما تمخض عن التقنيات العلمية الحديثة نوع جديد من العقود عرف ب(العقود الالكترونية) والتي نشأت عن التطورات العلمية والتكنولوجية التي شهدها العالم في العقود الاخيرة، واستعمال الوسائل الفورية الحديثة في ابرام العقود، ولاسيما الدولية منها، بدلاً عن الوسائل التقليدية التي تعتمد على الاوراق[١]. إلا أن الإشكاليات التي ترافق تعيين مكان إنشاء العقد الألكتروني ترجع إلى صعوبة تعيين مكان إرسال وإستقبال الرسالة الألكترونية لأنها تجري عبر شبكة الكترونية، والذي يعد وسطاً تتم فيه التعاملات الإلكترونية[٢]. ويتسم العقد الالكتروني عموماً بسمات متعددة تميزه عن العقد التقليدي بأنواعه المختلفة . لذا فسوف نمهد لهذه الدراسة في هذا المطلب التمهيدي بتعريف العقد الالكتروني الدولي وبيان معايير دولية العقد واهم السمات التي يتسم بها العقد الالكتروني ومفهوم الأداء المميز:

الفرع الأول

تعريف العقد الالكتروني الدولي

يعرف العقد عموما بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين يتمثل في التزام شـــخص أو أكثر في مواجهة شـــخص آخر أو أكثر بإعطاء شـــيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل [٣]. ويعرف جانب من فقه القانون الدولي الخاص العقد الدولي بأنه ذلك الاتفاق الذي يكون عنصراً من عناصره أجنبيا لكي يمكن إسباغ سمة الدولية عليه[٤]. ويظهر العنصر الأجنبي عند اختلاف جنسية الأطراف في العقد أو مكان إبرامه أو مكان تنفيذه ويعرف جانب آخر من الفقه [٥] العقد الدولي بأنه ذلك الاتفاق الذي يتضمن عنصرا أجنبيا يتمثل في جنسية أحد أطرافه أومحل إقامته أو مكان ابرامه أو مكان تنفيذه. اما بالنســـبة الى العقد الالكتروني فمن الجدير بالذكر بأن المشـــرع العراقي تطرق الى العقد الالكتروني في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -٧٨- لســـنة ٢٠١٢. وعرفه في الفقرة العاشرة من المادة الاولى من هذا القانون بأنه (أرتباط الايجاب الصـادر من أحد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوســـيلة الكترونية) كما نص في الفقرة الاولى من المادة -١٨- من هذا القانون على أنه (يجوز أن يتم الايجاب والقبول

---

[١] د.عصمت عبد المجيد بكر. دور التقنيات العلمية في تطور العقد. دار الكتب العلمية. بيروت.٢٠١٥. ص٦٩

[٢] د.خالد ممدوح ابراهيم. التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية. دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. ٢٠١٩ .ص١٨٤.

[٣] د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١، ص٥.

[4] Pommier: Principe d'autonomieet la loi du contrat en droit international priveconnventionnel. Paris, Economica, 1992, P.141.

[٥] د. جابر سالم عبد الغفار، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص٤٧.

في العقد بطريقة الكترونية) . كما عرف جانب من الفقه [١] العقد الالكتروني بأنه (ذلك الاتفاق الذي يتم ابرامه من خلال الانترنيت ويكتسب الطابع الالكتروني من الوسيلة التي ينعقد بها). ويرى جانب من الفقه الفرنسي[٢] بأنه يمكن تصنيف العقد الألكتروني إلى نوعين بحسب نوع الشبكة التي يتم فيها التعبير عن الإرادة ومن ثم التعاقد: الأول هو العقد الألكتروني المبرم عبر شبكة مفتوحة (Le contrat electronique en reseau ouvert) ، والثاني هو العقد الألكتروني المبرم عبر شـبكة مغلقة (Le contrat electronique en reseau fermé). ويمتاز النوع الثاني بأنه أكثر أماناً من النوع الأول، ولا سـيما فيما يتعلق بإبرام العقود المهمة والمركبة، والتي تسبقها مفاوضات تتطلب عملية التبادل الألكتروني لبيانات ووثائق تتسم بالسرية ولها أهميتها في التعاقد [٣].

الفرع الثاني

معايير دولية العقد

وضع فقه القانون الدولي الخاص عدة معايير لتحديد الصفة الدولية للعقد ، وذلك لكي يتسنى تطبيق قواعد الاسناد عليه ، ومن ابرز هذه المعايير : المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي والمعيار المختلط ، وسوف نبحث بأيجاز في هذه المعايير الثلاثة:

أولا- المعيار القانوني.

ويستند هذا المعيار على فكرة أساسية مفادها أن العقد يتسم بالطابع الدولي عندما يتضمن بين عناصره القانونية عنصراً أجنبياً أو أكثر. فيكون العقد دولياً إذا كان بسبب إبرامه أو تنفيذه أو بالنظر إلى دولة المتعاقدين أو جنسيتهم يرتبط بأكثر من نظام قانوني وبناء على هذا المعيار فإن العقد الالكتروني يعد دوليا 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 أجنبيا أو أن الموجب علم بالقبول في أقليم دولة أخرى غير الدولة التي صدر فيها القبول.

ثانيا- المعيار الاقتصادي.

ويستند هذا المعيار 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 دوليا إذا ترتب عليه تحرك الأموال والموجودات من دولة إلى أخرى وذلك بغض 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[٤]. ويضاف إلى هذا المفهوم مفهومان آخران لتحديد دولية العقد وفق المفهوم الاقتصادي وهما تجاوز العقد نطاق الاقتصاد الداخلي للدولة وارتباط العقد بمصالح عالم التجارة العابر للحدود.

ثالثا- المعيار المختلط.

ويربط هذا المعيار بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي. إذ ينبغي لكي يكون العقد دوليا أن يتضمن عنصرا أجنبيا فضلا عن تعلقه بمصالح التجارة الدولية وانتقال 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 انعقد بوسيلة الكترونية أو عبر وسيط الكتروني. ففي هذه الحالة فأن الصفة الدولية للعقد الالكتروني قد تحتمل أكثر من عنصر أجنبي يمكن أن يظهر من خلال جنسية أحد طرفي العقد أو محل إقامته أو مكان علم الموجب بالقبول والكائن في أقليم دولة أخرى غير الدولة التي صدر فيها القبول.

الفرع الثالث

سمات العقد الالكتروني

يتسم العقد الالكتروني بالسمات الآتية :

اولاً : استعمال الوسائل الالكترونية في ابرام العقد : اذ يلعب الوسيط الالكتروني دوراً مهماً في ابرام العقد الالكتروني[٥] ، وهو ماعبر عنه المشرع العراقي عند تعريفه للعقد الالكتروني في الفقرة العاشرة من المادة الاولى من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم -٧٨- لسنة ٢٠١٢. بأنه العقد الذي (يتم بوسيلة الكترونية). كما عرف المعاملات الالكتروني في الفقرة السادسة من المادة الاولى من نفس القانون بأنها (الطلبات والسندات والصفقات التي تتم بطرق الكترونية) . وعرفت الفقرة الثامنة من المادة الاولى من هذا القانون الوسيط الالكتروني بأنه (جدول أو صيغة الكترونية لحاسوب او أية وسيلة الكترونية اخرى تستعمل من اجل تطبيق إجراء أو الاستجابة لإجراء بغرض تأسيس او ارسال او استلام رسالة معلومات) كما عرفت الفقرة التاسعة من نفس القانون المستندات الالكترونية بأنها (المستندات والوثائق التي تتم او تربط او يتم خزنها او ارسالها او استقبالها بشكل كلي او جزئي بطرق الكترونية بما في ذلك تبادل المعلومات الكترونياً او البريد الالكتروني او البرقيات او التلكس او النسخ البرقي ويحمل توقيعاً الكترونياً) . وتشير كل هذه التعاريف الى حقيقة واحدة وهي ان العقد الالكتروني يتم ابرامه او تنفيذه عن طريق الوسائط الالكترونية[٦] ، والتي تتخذ ، وفي اغلب الاحيان ، صورة نظام لمعالجة المعلومات والذي هو نظام الكتروني يستخدم لإنشاء رسائل البيانات او المعلومات او ارسالها او تسلمها او معالجتها او تخزينها او تجهيزها .

---

[١] د. محمد حسين منصور . المسئولية الالكترونية . دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية . ٢٠٠٩ . ص١٦

[2] Vincent Gautrais. Le contrat electronique international. Encadrement Juridique. Academia BRUYLANT. 2003. P.29.

[٣] لمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر الموقع الألكتروني: https://www.bibliotdroit.com/2020/04/blog-post_571.html

[٤] د. هشام علي صادق.القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. دار الفكر الجامعي . ٢٠٠١ . ص١١٠.

[٥] د. عصمت عبد المجيد بكر . دور التقنيات العلمية . مصدر سابق . ص٧٦

[٦] د.خالد ممدوح ابراهيم . ابرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي . الاسكندرية. ٢٠١١ .ص٥٢

ثانياً : يتسم العقد الالكتروني كذلك بالسمة التجارية ، ويطلق عليه في الغالب تسمية عقد التجارة الالكترونية[١].
ثالثاً : ويتسم العقد الالكتروني بسمة الابرام عن بعد ودون التواجد المادي لأطراف العقد ، عن طريق مجلس عقد حكمي او افتراضي يصدر فيه الايجاب ويقترن بالقبول ، ومن ثم ينعقد العقد بوسائل سمعية وبصرية عبر شبكة الانترنت[٢]. وهو في الغالب تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.
رابعاً : ويمكن عد العقد الالكتروني أيضاً بأنه من عقود الاستهلاك او مايعرف بعقود المستهلك، والتي تنصب على توريد منقولات مادية او تقديم خدمات ، اذ يكون احد الطرفين منتجاً او مهنياً ، ويتمثل بمورد السلعة او بمقدم الخدمة ، في حين يكون الطرف الآخر مستهلكاً.
خامساً: ويتسم العقد الألكتروني، ولاسيما وفقاً لصياغة الفقرة العاشرة من المادة الاولى من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -٧٨- لسنة ٢٠١٢، بأن إنعقاده يكون على أساس النزعة الموضوعية السائدة في الفقه الإسلامي أو ما يعرف بالمذهب المادي، من دون النزعة الذاتية او ما يعرف بالمذهب الشخصي الذي يسود في الفقه اللاتيني. فالعبرة تكون وفقاً للنزعة الموضوعية بالتعبير عن الإرادة الذي هو المظهر الخارجي لها[٣]، وليست بالإرادة الباطنة نفسها. وهو ما إستمدته الفقرة العاشرة من المادة الاولى من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي السالفة الذكر في تعريفها للعقد الألكتروني من المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي التي عرفت العقد بأنه (إرتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه). ويبدو جلياً من هذا التعريف أنه غلب التعبير عن الإرادة المتمثل بالإيجاب والقبول، اللذين هما وسيلتان أو طريقتان لإظهار الإرادة إلى العالم الخارج[٤]، على الإرادة الحقيقية الكامنة في أعماق النفس، والتي يميل الفقه اللاتيني الى التمسك بها عند تعريفه للعقد. فيعرفه بأنه إتفاق أو توافق إرادتين على إحداث أو ترتيب آثار قانونية تتمثل في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

الفرع الرابع
مفهوم الأداء المميز

تعد نظرية الأداء المميز تطوراً لافتاً في القانون الدولي الخاص، فقد ضيقت من دور قواعد الإسناد الجامدة التي تسعى إلى تحديد مركز الرابطة التعاقدية في العلاقات الخاصة الدولية. مثل ضابط الموطن المشترك وضابطي مكان إنشاء العقد ومحل تطبيقه، في حالة عدم إختيار المتعاقدين القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المترتبة على العقود ذات السمة الدولية[٥]. وأخضعت الرابطة العقدية بدلاً من ذلك إلى روابط أكثر مرونة تهدف إلى تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية. وهو ما يمنح القاضي المختص حرية تقدير واسعة في تعيين القانون المختص على العقد وفقاً للظروف المحيطة بالتعاقد، وذلك عن طريق النظر إلى كل حالة على حده وعلى نحو مستقل، وعلى أساس نظرية التوطين المكاني للرابطة العقدية ولكن في إسنادها المرن وليس الجامد. فتقوم نظرية الأداء المميز على أساس التوطين المكاني للعقد[٦] ، لتحديد القانون المختص على العقود الدولية في مجال العلاقات الخاصة الدولية ، وذلك عن طريق عملية توزيع الاسناد او تجزئته[٧]، ويخصص لكل طائفة من العقود ضابط الاسناد الذي ينسجم مع طبيعتها المحددة سلفاً، وبالتالي خضوع العقد لقانون المكان الذي يتركز فيه الاداء المميز للرابطة العقدية ، اي معاملة كل نوع من أنواع العقود معاملة خاصة وتعيين القانون المختص على كل طائفة منها، وفقاً لأهمية الاداء او الالتزام الرئيس او الجوهري في العقد[٨]. كما يقصد بالأداء المميز الالتزام الأكثر أهمية والذي يميز العقد عن غيره من العقود[٩]. ويربط ضابط الاداء المميز بين العقد وبين البيئة الاجتماعية والاقتصادية التي يكون العقد جزءاً منها، وبالتالي خضوع العقد لقانون الدولة الأوثق صلة بالرابطة العقدية ، وهذه الصلة يفترض وجودها مع الدولة التي يوجد فيها محل الاقامة المألوفة للمدين بالأداء المميز في العقد الدولي، اذا كان شخصاً طبيعياً ، او منشأة المدين او مقر عمله ، فيما لو كان يمارس نشاطاً مهنياً او تجارياً[١٠]. وبالنسبة الى الشخص الإعتباري فإنه يكون المكان الذي يوجد فيه مقر ادارته[١١]. ويعد اسناد العقد الدولي لقانون موطن المدين بالأداء المميز اسناداً وظيفياً ، اي اسناد الرابطة العقدية الى النظام القانوني الذي يحقق للعقد وظيفته الاجتماعية والاقتصادية. كما تتسم نظرية الاداء المميز بالمرونة لاختلاف صورها وفقاً لكل فئة من فئات العقود، وكذلك الاداء الرئيس او الالتزام الجوهري المميز المترتب على ذلك العقد. لذا يسمى هذا النوع من الاسناد بالاسناد المرن للرابطة العقدية[١٢]، والذي يحقق الامان القانوني ويحمي توقعات الاطراف المتعاقدة. وبما ان الاداء المميز يقوم على اساس التوطين المكاني للعقد ، فإن دور ضابط الاداء المميز يبرز عند عدم وجود القانون المختار، اي في حالة عدم اختيار المتعاقدين قانون العقد صراحة اوضمناً ، فيتم اسناد الرابطة العقدية الى القانون الاوثق صلة بها، والذي يشكل مركز الثقل فيها. وفي هذه الحالة يتحدد القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية اما بضوابط جامدة محددة مسبقاً ، كضابط محل انشاء العقد او محل تنفيذه او الموطن المشترك للمتعاقدين. أو بضوابط مرنة من أهمها ضابط الاداء المميز . وبطبيعة الحال فان كلاً من الضوابط

---

(١) د. محمد حسين منصور . مصدر سابق. ص ١٧
(٢) د. محمد حسين منصور . مصدر سابق . ص ٢٠
(٣) د.عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. ١٩٦٣. ص٥٤.
(٤) د.عبد المجيد الحكيم. 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. ١٩٦٧. ص٦٧.
(٥) د.هشام علي صادق. المطول في القانون الدولي الخاص. الجزء الأول تنازع القوانين. المجلد الأول. المبادىء العامة في تنازع القوانين. دار الفكر الجامعي الإسكندرية ٢٠١٤ . ص٥٩٤
(٦) د.هشام علي صادق . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية . مصدر سابق . ص٥٨٨
(٧) د. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. الكتاب الاول. المبادىء العامة في تنازع القوانين. منشورات الحلبي الحقوقية. ٢٠٠٩. ص٣٨١
(٨) د.بدران شكيب الرفاعي . عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة . دار الكتب القانونية . مصر . ٢٠١١ . ص٢٢٣
(٩) عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بغداد، مكتبة صباح، ٢٠٠٧.، ص٤٤.
(١٠) د.هشام علي صادق . المصدر السابق . ص٥٩١
(١١) د.بدران شكيب الرفاعي . المصدر السابق . ص٢٢٥
(١٢) د.هشام علي صادق . المصدر السابق . ص٥٦٢

الجامدة والمرنة هي ضوابط إسناد إحتياطية وليست أصلية ، ولايظهر دورها الا عند تخلف ضابط الاسناد الاصلي الذي يتحدد بمقتضاه قانون الارادة او القانون المختار[١]. ويمكن الأخذ بفكرة الإسناد غير الجامد للعقد، وإعمال نظرية الأداء المميز في القانون العراقي عن طريق نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي[٢]، والتي تجيز للقاضي اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا، فيما لم يرد بشأنه نص يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، لغرض فض تنازع القوانين . الا اننا نرى ان من الافضل ايراد نص جديد بشأنها وتعديل نص المادة -٢١- من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -٧٨- لسنة ٢٠١٢ لتنسجم معها.

المبحث الاول

تحديد مكان إنعقاد العقد الالكتروني الدولي على اساس ضابط الاداء المميز المرن طبقاً لقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -٧٨- لسنة ٢٠١٢

أورد قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ثلاثة ضوابط او معايير مختلفة بالنسبة الى تعيين محل إنشاء العقد الالكتروني[٣] يصلح ان يكون كل واحد منها ضابطاً للأداء المميز ، وهي: ١ –تعيين محل إنشاء العقد الالكتروني بمقر عمل المرسل او المستلم ٢- تحديد مكان انعقاد الالكتروني بمحل اقامة المرسل او المستلم ، اذا لم يكن لأي منهما مكان عمل ٣- تحديد مكان انعقاد الالكتروني بمقر العمل الأقرب صلة بالمعاملة ، اذا كان للمرسل او المرسل اليه اكثر من مقر عمل . وبمقر العمل الرئيس عند تعذر التحديد، اي في حالة عدم وجود معاملة . وقد تناولت الفقرة الاولى من المادة الحادية والعشرين -٢١- من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -٧٨- لسنة ٢٠١٢ الفرضين الاول والثاني فنصت على أنه (تعد الوثائق الالكترونية قد أرسلت من المحل الذي يقع فيه مكان عمل المرسل وأنها أستلمت في المحل الذي يقع فيه مكان عمل المستلم . وأذا لم يكن لآي منهما مكان عمل يعد محل الاقامة مكاناً للعمل مالم يكن المرسل والمستلم قد أتفقا على غير ذلك). يتبين 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 الألكترونية، وبالتالي تحديد مكان إنعقاد العقد الألكتروني. فإذا وجد الإتفاق حول ذلك إلتزم الأطراف بذلك الإتفاق، أما إذا لم يوجد مثل ذلك الإتفاق فتحل أحكام هذه الفقرة محل الإتفاق لحل النزاع القائم حول مسألة تحديد مكان إبرام العقد الألكتروني[٤]. كما يتبين منها أيضاً بأنها عدت ، وكأصل عام ، بأن الوثائق الالكترونية قد تم أرسالها من المحل الذي يوجد فيه مقر عمل الموقع. وأنه قد تم إستلامها في المحل الذي يوجد فيه مقر عمل المستلم. إذا كان لأي منهما مقر عمل[٥]. وهذا يعني بأنه إذا كان الموقع على المستند الالكتروني أو المستلم شخصاً معنوياً ، فأن مقر عمله هو مركز أدارته الرئيس الفعلي. أما أذا كان الموقع على السند الالكتروني أو المستلم شخصاً طبيعياً ، فأن مكان عمله هو مركزه أو محله التجاري . وأذا لم يكن لاي منهما (أي للموقع او المرسل اليه) مقر عمل فيعد محل اقامتهما بمثابة مقر للعمل . الا أنه يمكن لكل من الموقع على السند الالكتروني والمستلم الاتفاق على خلاف هذا الاصل العام . حينئذ يمكن عد السند الالكتروني مرسلاً أو متسلماً في مكان اخر غير مقر عمل المرسل أو المستلم أو مكان اقامتهما . اما الفرض الثالث فقد اشارت اليه الفقرة الثانية من المادة الحادية والعشرين -٢١- من هذا القانون والتي نصت على أنه (اذا كان للمرسل أو المستلم أكثر من مقر عمل فيعد المقر الأكثر صلة بالمعاملة هو مكان الارسال أو التسلم ، وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الارسال أو الإستلام). ففي حالة أمتلاك الموقع على المستند الالكتروني أو المرسل اليه لاكثر من مقر عمل فيعد المقر الاقرب صلة بالمعاملة ، أي الأوثق صلة بتلك المعاملة المعينة هو مكان الارسال أو التسلم ، وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الارسال او التسلم . ويمكن القول وبأختصار ، بأن مكان انعقاد العقد الالكتروني ، بمقتضى المادة الحادية والعشرين -٢١- من هذا القانون هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه[٦] ، او المكان الذي يقع فيه محل اقامته ، اذا لم يكن له مكان عمل . او المكان الذي يقع فيه مقر عمله الأقرب صلة بالمعاملة ، اذا له اكثر من مقر عمل . وبمقر العمل الرئيس عند تعذر التحديد ، اي في حالة عدم وجود معاملة، أو تعدد المعاملات في أكثر من مكان . والسبب في تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني بمقرعمل المرسل اليه او بمكان اقامته المعتادة او بمقر عمله الأقرب صلة بالمعاملة ، اذا له اكثر من مقر عمل ، اوبمقر العمل الرئيس وليس بمكان وجود نظام معالجة المعلومات الخاص بالمرسل اليه هو ان نظام معالجة البيانات 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 ، وإن يتسنى للمنشئ التحقق من ذلك المكان بسهولة ، ويتم الاعتماد على معيار واضح للإرتباط المكاني بين المرسل اليه ومكان معين[٧] ، لأن نظام معالجة المعلومات الخاص بالمرسل اليه غالباً مايكون موجوداً في مكان آخر غير المكان الذي يوجد فيه المرسل اليه نفسه[٨]. وعلى هذا الاساس فانه يمكن تطبيق قانون الدولة التي يقع فيها مكان عمل المستلم ، او التي يقع فيه مكان اقامته ، اذا لم يكن له مقر عمل . او التي يقع فيه مقر عمله الأقرب صلة بالمعاملة ، اذا له اكثر من مقر عمل . او التي

---

(١) د. علي فوزي الموسوي . قاعدة الاسناد وموقف القانون العراقي منها دراسة مقارنة. مكتبة السنهوري . بيروت ٢٠١٦. ص٥٧

(٢) نصت المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي على انه (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً)

(٣) د.عصمت عبد المجيد بكر. دور التقنيات العلمية. مصدر سابق. ص٢٢١.

(٤) د.بولمعالي زكية. زمان ومكان إنعقاد العقد الألكتروني. بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية. الجزء الأول،المجلد ٥٣. العدد الأول. آذار ٢٠١٦ . ص٤٦٧.

(٥) د. عصمت عبد المجيد بكر. دور التقنيات العلمية. مصدر سابق. ص٢٢٢

(٦) د.خالد ممدوح ابراهيم . التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية. مصدر سابق.ص١٨٥.

(٧) سلطان عبد الله محمود الجواري . عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق دراسة قانونية مقارنة . اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الموصل . ٢٠٠٤. ص١١٠

(٨) د. شحاتة غريب شلقامي . التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة .٢٠٠٨. ص١٤٦

يقع فيها مقر العمل الرئيس عند تعذر التحديد ، اي في حالة عدم وجود معاملة . ويمكن عد كل هذه الضوابط كضوابط للأداء المميز ، اذا كان اداء الطرف المرسل اليه هو الاداء الرئيس او الجوهري او الاكثر اهمية في الرابطة العقدية الالكترونية الدولية . وطالما ان المشرع العراقي عد الفقرة الاولى من المادة الحادية والعشرين -٢١- من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -٧٨- لسنة ٢٠١٢ قاعدة مكملة او مفسرة وليست آمرة ، واجاز الاتفاق على مايخالفها ، بإيراده عبارة (مالم يكن المرسل والمستلم قد أتفقا على غير ذلك) ، فإنه يجوز ، وبرأينا ، تطبيق قانون الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرف المرسل او المستلم ، او التي يقع فيه مكان اقامته ، اذا لم يكن له مقر عمل . او التي يقع فيه مقر عمله الأقرب صلة بالمعاملة، اذا له اكثر من مقر عمل . او التي يقع فيها مقر العمل الرئيس عند تعذر التحديد ، اي في حالة عدم وجود معاملة . ويمكن عد كل هذه الضوابط كضوابط للأداء المميز ، اذا كان اداء الطرف الموقع او المرسل هو الاداء الرئيس او الجوهري او الاكثر اهمية في الرابطة العقدية الالكترونية الدولية . وبما ان نظرية الأداء المميز تقوم على أساس التوطين المكاني للعقد ، فإن دور ضابط الاداء المميز يبرز عند عدم وجود القانون المختار، اي في حالة عدم اتجاه ارادة المتعاقدين الى اختيار قانون العقد صراحة اوضمناً . فآلية عمل النظرية المادية في تحديد قانون العقد، تميل إلى الاعتداد بإرادة المتعاقدين في الاختيار الصريح لقانون العقد (والذي يتمثل في هذه الحالة بقانون الإرادة الصريحة أو القانون المختار)، ويكون الإسناد على أساس الاختيار التنازعي لقانون العقد، لأن دور الإرادة هو تركيز العقد في دولة القانون المختار، وهي مجرد عنصر من عناصر التركيز[١]، وفي حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد، فإنه ينبغي على القاضي التصدي للكشف عن إرادتهم الضمنية في اختيار قانون العقد، أما في حالة عدم اتجاه الإرادة الى الاختيار الصريح لقانون العقد، وتعذر قيام القاضي بالكشف عن إرادتهم الضمنية، فإنه ينبغي على القاضي أن يقوم التوطين المكاني للعقد عن طريق توطينه، أي إسنادها إلى قانون المكان الذي يتحقق فيه مركز ثقل العلاقة التعاقدية، وهو القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية[٢]. والذي يتحدد إما وفقا لضوابط إسناد جامدة محددة بصفة مسبقة، وهو الإسناد الجامد للعقد، أو على أساس الإسناد المرن للعقد. ويكون الإسناد الجامد إما إلى قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو موطنهم المشترك، أما الإسناد المرن فيكون إلى قانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المألوفة للمدين بالأداء المميز، او مقر عمله او مقر منشأته التجارية او المهنية . إن أهم ما تتسم به فكرة الأداء المميز هو مرونتها، وتباين صورها طبقا لكل نوع من أنواع العقود. مثال ذلك في عقد البيع الالكتروني الدولي ، والذي هو من عقود التجارة الالكترونية ، يكون أداء البائع هو الأداء المميز مقارنة بالمشتري، والذي يتمثل أداؤه بدفع الثمن، وهو بحد ذاته لا يتميز من عقد بيع إلى آخر، سواء قل أم كثر. وجدير بالذكر فإن قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ لم يعتنق نظرية التلازم بين زمان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين وبين مكان انعقاده ، والتي بمقتضاها يتحدد مكان انعقاد العقد بزمان انعقاده ، أي باللحظة التي يعد فيها العقد منعقداً ، واعتنق نظرية ازدواجية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني ، أي عدم التلازم بين زمان ومكان انعقاد هذا العقد. ويتمثل عدم التلازم بوجود لحظة معينة لتحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني، وبالمقابل فان هناك ضوابط معينة لتحديد مكان انعقاد هذا العقد تحديداً مسبقاً لا يخضع لزمان تحديده . فزمان انعقاد العقد يتحدد في الوقت الذي يتسلم فيه الموجب الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول وهي لحظة دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول في نظام معالجة المعلومات الذي حدده الموجب، او بلحظة قيام الموجب (المرسل إليه) بإعادة الرسالة الالكترونية إلى نظام معالجة المعلومات الذي حدده أصلا لتسلم المعلومات ، إذا أرسلت الرسالة الإلكترونية التي تحتوي على القبول إلى نظام معالجة بيانات آخر غير الذي حدده الموجب . هذا اذا كان الموجب (المرسل اليه) قد عين نظاماً لمعالجة البيانات الألكتروني معين لتسلم المستندات الالكترونية. وفي حالة عدم تحديده لنظام معالجة معلومات الكتروني معين ، فيتحدد زمان انعقاد العقد الالكتروني بلحظة دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول في أي نظام لمعالجة المعلومات يخص الموجب[٣] . أما مكان انعقاد العقد فيتحدد بمعزل عن تحديد زمان انعقاده وبضوابط مكانية محددة مسبقاً ، ويكون في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المستلم ، او في المكان الذي يقع فيه محل اقامته ، اذا لم يكن له مقر عمل . او في المكان الذي يقع فيه مقر عمله الأقرب صلة بالمعاملة ، اذا له اكثر من مقر عمل . وبمقر العمل الرئيس عند تعذر التحديد، اي في حالة عدم وجود معاملة . ونحن نؤيد نظرية الازدواجية ، لأن تحديد كل من زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني الدولي له وظيفة تختلف عن الآخر، فتحديد زمان انعقاد العقد من وظائفه تحديد الوقت الذي يصير فيه العقد نافذاً مرتباً لآثاره ، والتي عادة ما تترتب من تاريخ انعقاده[٤]. اما وظيفة محل إبرام العقد فتكمن اهميتها في تعيين المحكمة ذات الصلة بأي اي نزاع ينشأ بين الطرفين على العقد ، والتي هي المحكمة التي تم في دائرتها العقد. وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، بعده قانون محل ابرام العقد. فإذا كان الموجب او المرسل اليه مثلاً تاجرا عراقيا، وتصادف وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى نظام معالجة المعلومات الذي حدده والمتمثل ببريده الإلكتروني على موقع (ياهو) وهو في الأردن ، إلا أنه علم بالرسالة فعليا واطلع على محتوياتها وهو في تركيا وله مقر عمل في العراق ، فيكون زمان انعقاد العقد الالكتروني الدولي وقت دخول الرسالة الى إلى نظام معالجة المعلومات المعين ، أما مكان انعقاد العقد الالكتروني الدولي فيكون في الدولة التي يوجد فيها مقر عمله ، وهي العراق ويخضع للقانون العراقي بعده قانون بلد محل إنعقاد العقد، هذا ما لم يتفق الطرفان بشكل صريح او ضمني على اختيار قانون آخر، بعده القانون المختار.

المبحث الثاني

تحديد مكان إنعقاد العقد الالكتروني الدولي على اساس ضوابط الاسناد الجامدة وفقاً للقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه (ينطبق على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للطرفين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يطبق قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يظهر من الظروف

---

[1] Anne-Marie de MATos. Les contrats transfrontieres conclus Par Les consommateurs au sein de L'union europeenne, Preface Par Roger Bout, Presses universitaires d'Aix-marseilles, 2001, p.82

[٢] د.هشام علي صادق . المصدر السابق . ص ٥٠٥ و ٥٣٣و ٥٤٧

[٣] د. عصمت عبد المجيد بكر. دور التقنيات العلمية. مصدر سابق. ص٢١٥ و٢١٦

[٤] د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشـير . الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي . الجزء الاول . مصـادر الالتزام . وزارة التعليم العالي والبحث العلمي . جامعة بغداد . ١٩٨٠. ص٤٩

أن قانونا آخر يراد تطبيقه). يتضح من هذا النص بأن المشرع العراقي وضع قاعدة إسناد مركبة لتحديد القانون المختص بالالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد الدولي، وتتضمن هذه القاعدة عدة ضوابط إسناد وردت على سبيل التدرج[١]، والغاية من التدرج هي ترتيب درجة ارتباط القوانين التي من المقرر اختيارها بالعلاقة محل النزاع، والضوابط التي تتضمنها قاعدة الإسناد العراقية الخاصة بالالتزامات التعاقدية هي ضوابط أصلية واحتياطية، فالنص يشير إلى وجود أربعة ضوابط إسناد، تبدأ بضابط الإرادة الصريحة ثم الإرادة الضمنية، وهما ضابطان أصليان، ثم ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، ثم ضابط 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، 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 اتجاه نية الأطراف ورغبتهم في تطبيق قانون معين على عقدتهم استنادا إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين . ثم يأتي بعد ذلك قانون الإرادة الضمنية، والذي يستخلص من عبارة (أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه). ويستند هذا القانون بدوره إلى ضابط الإرادة الضمنية، وهو ضابط إسناد أصلي أيضا، وقد استقر فقه القانون الدولي الخاص على جملة من القرائن التي يستشف منها القاضي توفر الإرادة الضمنية، ومن أبرزها الاتفاق على اختيار محكمة دولة معينة لطرح المسألة محل النزاع أمامها، عند حدوث أي نزاع بين الطرفين المتعاقدين بخصوص العقد[٢]، وذلك عن طريق تضمين العقد بما يعرف بشرط الاختصاص القضائي، كما يمكن للقاضي أيضا أن يستشف هذه الإرادة بواسطة كتابة العقد بلغة دولة معينة، مما يستدل منه ضمنيا على اتجاه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى اختيار قانون تلك الدولة، أو حتى عن طريق استعمال المصطلحات القانونية السائدة في قانون دولة معينة في صياغة العقد، أو اختيار عملة دولة معينة للوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد. 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، وهذا الإسناد الجامد أو المسبق للرابطة العقدية يعد تطبيقا لنظرية الإسناد الموضوعي الجامد والمسبق، والتي يتم اللجوء إليها عند عدم إتجاه إرادة المتعاقدين إلى الاختيار الصريح أو الضمني للقانون المختار، ويعني الإسناد غير المرن تطبيق أكثر القوانين إرتباطاً 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 (٢٥) من القانون المدني العراقي، ضابط الموطن الأول المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، وفي حالة اختلافهما موطنا يتم تطبيق قانون محل إبرام العقد ، والذي هو من ضوابط الاسناد الجامدة ، إلا أن من أهم سلبياته أن محل إبرام العقد قد يقوم على محض صدفة، ولاسيما في مجال العقود الدولية، إذ يمكن للطرفين المتعاقدين إبرام العقد صدفة، وعلى إقليم دولة لا تربطهم بها أية رابطة أو صلة وثيقة، أضف إلى ذلك الصعوبات التي يطرحها في مسألة التعاقد ما بين غائبين، ولاسيما في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي . وقد 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[٣]، 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 عدم إتجاه الإرادة الى تحديد القانون المختار صراحة، وعدم تمكن القاضي من استخلاص الإرادة الضمنية للطرفين، فضلا عن عدم اتحادهما موطنا، وقد وضع الفقه عدة نظريات لتحديد زمان انعقاد العقد ومكانه، منها نظرية إعلان القبول، والتي تعتد بوقت ظهور القبول إلى حيز الوجود، وتعد العقد منعقدا بمجرد إعلان القابل عن قبوله، ونظرية تصدير القبول، والتي تشترط تصدير القبول لانعقاد العقد نهائيا، ونظرية استلام القبول، والتي تعتد بالزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى الموجب، وبصرف النظر عن علمه به[٤] . ونظرية العلم بالقبول، والتي تعد العقد منعقدا في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب 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، والذي ينبغي أن يعلم بالقبول، لأن كل ارادة يراد بها ان تنشيء أثراً قانونياً ، لايترتب عليها هذا الأثر الا اذا علم بها من كانت موجهة اليه[٥] . وقد أخذ القانون المدني العراقي بنظرية العلم بالقبول، وعد وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به[٦]، فنصت المادة (٨٧) على أنه (١-يعد التعاقد ما بين طرفين غائبين قد جرى في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويكون مفترضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما). وعلى هذا الأساس يعد العقد المبرم ما بين غائبين منعقدا في العراق، إذا كان الطرف الموجب موجودا في العراق وقت علمه بالقبول[٧]، وبأية وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، طالما أن القانون المدني العراقي قد أخذ بنظرية العلم بالقبول . ويتبين من هذا النص بأن القانون المدني العراقي اعتنق نظرية التلازم بين زمان انعقاد العقد في

---

[١] د. وسام توفيق الكتبي، مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص١٦٨.

[٢] حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم ٩٩/مدنية عامة ٩٧١/٩ في ١٩٧٢/٣/١١ نقلاً عن ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني والقوانين الخاصة الجزء التاسع بدون مكان طبع ، ٢٠٠١، ص٢٧.

[٣] د. عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، ومحمد طه البشير، الوجيز مصدر سابق ، ص٤٨.

[٤] د. رانيا صبحي محمد عزب. العقود الرقمية في قانون الانترنيت. دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية. ٢٠١٢ . ص ٣٣٧

[٥] د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤ . ص ٢٠٢

[٦] د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص١٧٠.

[٧] عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٧، ص٢٥.

التعاقد بين غائبين وبين مكان انعقاده ، اي ان اللحظة التي يعد فيها العقد قد انعقد هي نفسها التي تحدد مكان هذا الانعقاد ، فمكان انعقاد هذا العقد يتحدد بزمان انعقاده ، أي باللحظة التي يعد فيها العقد منعقداً . وهي اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول، لأن التعبير عن الارادة لاينتج أثره الا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه ، مع عد وصول القبول او استلامه قرينة على العلم به ، وهي قرينة قانونية لأنها وردت في نص قانوني ، ولكنها قرينة غير قاطعة[1]. ونرى بأن نظرية الازدواجية التي اعتنقها قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ توفر حلاً افضل في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي ، لتحقيقها لثلاثة امور جوهرية هي: حماية استقرار المعاملات وتحقيق الامان القانوني والحفاظ على التوقعات المشروعة للمتعاقدين.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن الدراسة، فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلا عن بعض التوصيات الضرورية:

اولاً : النتائج : وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

١- تقوم نظرية الأداء المميز على أساس التوطين المكاني للعقد ، لتحديد القانون المختص بالعقود الدولية في مجال العلاقات الخاصة الدولية ، وذلك عن طريق عملية توزيع الاسناد او تجزئته، فيخصص لكل طائفة من العقود ضابط الاسناد الذي ينسجم مع طبيعتها المحددة سلفاً.

٢- أورد قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ثلاثة ضوابط او معايير مختلفة بالنسبة الى تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني يصلح ان يكون كل واحد منها ضابطاً للأداء المميز ، وهي: ١ -تحديد مكان انعقاد الالكتروني بمقر عمل المرسل او المرسل اليه ٢- تحديد مكان انعقاد الالكتروني بمحل اقامة المرسل او المستلم ، اذا لم يكن لأي منهما مقر عمل ٣- تحديد مكان انعقاد الالكتروني بمقر العمل الأقرب صلة بالمعاملة ، اذا كان للمرسل او المرسل اليه اكثر من مقر عمل . وبمقر العمل الرئيس عند تعذر التحديد ، اي في حالة عدم وجود معاملة .

٣- تميل آلية عمل النظرية الموضوعية في تحديد قانون العقد إلى الاعتداد بإرادة المتعاقدين في الاختيار الصريح لقانون العقد (والذي يتمثل في هذه الحالة بقانون الإرادة الصريحة أو القانون المختار)، ويكون الإسناد على أساس الاختيار التنازعي لقانون العقد، لأن دور الإرادة هو تركيز العقد في دولة القانون المختار، وهي مجرد عنصر من عناصر التركيز، وفي حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد، فإنه ينبغي على القاضي التصدي للكشف عن إرادتهم الضمنية في اختيار قانون العقد، أما في حالة عدم إتجاه الإرادة الى الاختيار الصريح لقانون العقد، وتعذر قيام القاضي بالكشف عن إرادتهم الضمنية، فإنه ينبغي على القاضي أن يقوم بالتوطين المكاني للعقد عن طريق توطينها، أي إسنادها إلى قانون المكان الذي يتحقق فيه مركز ثقل العلاقة التعاقدية، وهو القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية. والذي يتحدد إما وفقا لضوابط إسناد جامدة محددة بصفة مسبقة، وهو الإسناد الجامد للرابطة العقدية، أو على أساس الإسناد المرن للرابطة العقدية.

٤-يتمثل الإسناد الجامد إما بالإسناد إلى قانون مكان إنشاء العقد أو محل تنفيذه، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو موطنهم المشترك، أما الإسناد المرن فيكون إلى قانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز، او مقر عمله او مقر منشأته التجارية او المهنية.

٥- لم يعتنق قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ نظرية التلازم بين زمان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين وبين مكان انعقاده ، والتي بمقتضاها يتحدد مكان انعقاد العقد بزمان انعقاده ، أي باللحظة التي يعد فيها العقد منعقداً ، واعتنق نظرية ازدواجية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني ، أي عدم التلازم بين زمان ومكان انعقاد هذا العقد. ويتمثل عدم التلازم بوجود لحظة معينة لتحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني، وبالمقابل فان هناك ضوابط معينة لتحديد مكان انعقاد هذا العقد تحديداً مسبقاً لا يخضع لزمان تحديده وهي ضوابط مكانية محددة مسبقاً تتحدد بمعزل عن تحديد زمان انعقاده.

٦- اعتنق القانون المدني العراقي نظرية التلازم بين زمان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين وبين مكان انعقاده ، اي ان اللحظة التي يعد فيها العقد قد انعقد هي نفسها التي تحدد مكان هذا الانعقاد ، فمكان انعقاد هذا العقد يتحدد بزمان انعقاده ، أي باللحظة التي يعد فيها العقد منعقداً . وهي اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول. مع عد وصول القبول او استلامه قرينة على العلم به .

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

١- نوصي المشرع العراقي الاستفادة من الضوابط المكانية الواردة في المادة-٢١- من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ لتحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني كضوابط اسناد مرنة ، على اساس التركيز الموضوعي الذي تقوم عليه نظرية الأداء المميز وذلك لتحديد القانون المختص على العقد الالكتروني الدولي، في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم هذا العقد ، وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (اذا لم تتجه ارادة الطرفين المتعاقدين الى اختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً ، يخضع العقد الالكتروني الدولي للقانون الأوثق صلة به وهو قانون الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرف المرسل اليه ، اذا كان هو المدين بالأداء المميز في الرابطة العقدية الألكترونية ، واذا لم يكن له مقر عمل يعد محل الإقامة مقراً للعمل ويطبق قانون دولة محل الاقامة ، واذا كان للمرسل اليه أكثر من مقر عمل فيعد قانون دولة المقر الأكثر علاقة بالصفقة هو قانون العقد ، وعند تعذر التحديد يخضع العقد لقانون دولة مقر العمل الرئيس للمرسل اليه)

٢- كما نقترح على المشرع العراقي استعمال نفس الضوابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي ، اذا كان الطرف المرسل او الموقع هو الطرف المدين بالأداء المميز، وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (ومع ذلك اذا كان الطرف المرسل هو المدين بالأداء المميز فيجوز خضوع العقد الالكتروني الدولي لقانون الدولة التي يقع فيها مقر عمله ، واذا لم يكن له مقر عمل يعد محل الإقامة مقراً للعمل ويطبق قانون دولة محل الاقامة ، واذا كان للمرسل أكثر من مقر عمل فيعد قانون دولة المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو قانون العقد ، وعند تعذر التحديد يخضع العقد لقانون دولة مقر العمل الرئيس للمرسل) .

[1] د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق . ص ٢٠٦

المصادر

أولا: المصادر باللغة العربية:

أ- الكتب القانونية :

١. د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١
٢. د. بدران شكيب الرفاعي . عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة . دار الكتب القانونية . مصر . ٢٠١١ .
٣. د. جابر سالم عبد الغفار، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
٤. د. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. الكتاب الاول. المبادىء العامة في تنازع القوانين. منشورات الحلبي الحقوقية. ٢٠٠٩
٥. د.خالد ممدوح ابراهيم . التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية. دار الفكر الجامعي . الاسكندرية. ٢٠١٩.
٦. د. خالد ممدوح ابراهيم . ابرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي . الاسكندرية. ٢٠١١
٧. د.رانيا صبحي محمد عزب . العقود الرقمية في قانون الانترنيت . دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية . ٢٠١٢
٨. د.شحاتة غريب شلقامي . التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة .٢٠٠٨
٩. د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤
١٠. د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير . الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي . الجزء الاول . مصادر الالتزام . وزارة التعليم العالي والبحث العلمي . جامعة بغداد . ١٩٨٠.
١١. د.عبد المجيد الحكيم. 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. ١٩٦٧.
١٢. د.عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. ١٩٦٣.
١٣. د.عصمت عبد المجيد بكر . دور التقنيات العلمية في تطور العقد . دار الكتب العلمية. بيروت.٢٠١٥.
١٤. د.علي فوزي الموسوي . قاعدة الاسناد وموقف القانون العراقي منها دراسة مقارنة. مكتبة السنهوري . بيروت ٢٠١٦
١٥. عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بغداد، مكتبة صباح، ٢٠٠٧.
١٦. د. عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٧
١٧. د. محمد حسين منصور. المسئولية الالكترونية . دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية . ٢٠٠٩
١٨. د.هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. دار الفكر الجامعي . ٢٠٠١ .
١٩. د.هشام علي صادق. المطول في القانون الدولي الخاص. الجزء الأول تنازع القوانين. المجلد الأول. المبادىء العامة في تنازع القوانين. دار الفكر الجامعي الإسكندرية ٢٠١٤.
٢٠. د.وسام توفيق الكتبي. مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية. دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة. ٢٠١١،

ب- مجموعات أحكام القضاء:

-إبراهيم المشاهدي. المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني والقوانين الخاصة الجزء التاسع. بدون مكان طبع. ٢٠٠١.

ج-البحوث المنشورة

– د.بولمعالي زكية. زمان ومكان إنعقاد العقد الألكتروني. بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية. الجزء الأول،المجلد ٥٣. العدد الأول. آذار ٢٠١٦ .

د- القوانين.

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢. قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢

ه-الروابط الألكترونية.

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

ثانيا: المصادر باللغة الفرنسية:

1. Anne-Marie de MATOS. Les contrats transfrontieres conclus Par Les consommateurs au sein de L'union europeenne, Preface Par Roger Bout, Presses universitaires d'Aix-marseilles, 2001
2. Pommier: Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international priveconnventionnel. Paris, Economica, 1992.
3. Vincent Gautrais. Le contrat electronique international. Encadrement Juridique. Academia BRUYLANT. 2003.