

## تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي عند غياب الإرادة الصريحة

(دراسة مقارنة في القوانين العراقي والإنكليزي والسويدي)

### الدكتورة

سناريا محمد نهاد مصطفى

مدرس القانون الدولي الخاص

كلية القانون/جامعة صلاح الدين

### الدكتور

يونس صلاح الدين علي

أستاذ القانون الخاص المساعد

كلية القانون والعلاقات الدولية والدبلوماسية

### الملخص

تتناول هذه الدراسة البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة في القانون الإنكليزي كأساس عام للبحث، ومقارنته بموقف القانونين العراقي والسويدي. وقد تضمن قانون الاحكام العام الإنكليزي بعض المبادئ المستمدة من السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، والتي نتجت عنها ضوابط اسناد تقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي عند غياب الإرادة الصريحة. ثم صدر تشريع القانون الواجب التطبيق على العقود لعام ١٩٩٠، والذي أقر سريان مفعول إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المملكة المتحدة، وهي إتفاقية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. أما في القانون العراقي فقد تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بموجب قاعدة إسناد العقود الدولية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١. كما حددت المادة (٨٧) من هذا القانون أيضاً زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين. ثم صدر قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ والذي حدد هذه المسألة أيضاً. في حين تم تنظيم هذه المسألة في السويد بقانونين: الأول هو

قانون التجارة الالكترونية والخدمات المعلوماتية الأخرى للمجتمع السويدي رقم 562/2002 الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٦ والثاني هو قانون التعاقد عن بعد والعقود خارج أماكن العمل السويدي رقم ٢٠٠٥/٥٩ في ٢٠٠٥/٦/٢٤.

### Abstract

This study is concerned with studying the applicable law on the international electronic contract in the situation where the express will to determine this law is absent in the English law and compares it with the legal situation of both the Iraqi and Swedish laws. It is worth-bearing in mind that the English common law has included some principles derived from the judicial precedents, which formed some Traditional connecting factors. And after the enactment of The contracts (Applicable law) Act 1990. It has brought in force The Rome convention on the law applicable to contractual obligations of 1980, in the UK. Whereas in the Iraqi law the applicable law on the international electronic contract has been determined by the general rules of the Iraqi civil No. 40 of 1951, particularly according to the connecting factor in the article (25). And the conclusion of the contract between absentees, according to the article (87) which determined the time and place of the conclusion of the contract between absentees. Then the Iraqi law of electronic signature and electronic bargains No. 78 of 2012 has been enacted, and it has been supposed to have adopted the theory of the characteristic performance. Whereas this matter has been regulated in Sweden by two Acts: The first is called the electronic commerce and other information services of the Swedish community Act No. 562/2002 in ٢٠٠٢/٦/٦ . and the second is The Swedish Distance-contracting and contracts outside workplaces No. ٢٠٠٥/٥٩ in ٢٠٠٥/٦/٢٤.

## المقدمة

وتتضمن النقاط الآتية:

**أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث:** يحتل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي عند غياب الإرادة الصريحة أهمية كبيرة في مجال العلاقات الخاصة الدولية. وتبرز أهمية هذا الموضوع في القوانين الانكليزي والعراقي والسويدي، لأن هذه القوانين الثلاثة تنتمي إلى ثلاثة نظم قانونية مختلفة. فالقانون الانكليزي يأتي على رأس النظام القانوني الانكلوسكسوني. أما القانون العراقي فينتهي إلى النظام القانوني اللاتيني. ثم القانون السويدي الذي يصنف ضمن النظام القانوني الاسكندنافي. وقد تضمن قانون الاحكام العام الانكليزي (Common law) بعض المبادئ المستمدة من السوابق القضائية للمحاكم الانكليزية، والتي نتجت عنها ضوابط اسناد تقليدية (Traditional connecting factors) لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي عند غياب الإرادة الصريحة. ثم صدر تشريع القانون الواجب التطبيق على العقود لعام ١٩٩٠ (The contracts (Applicable law) Act 1990) والذي أقر سريان مفعول إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المملكة المتحدة، وهي إتفاقية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (The Rome convention on the law applicable to contractual obligations of 1980) أما في القانون العراقي فقد تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بموجب قاعدة إسناد العقود الدولية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١. كما حددت المادة (٨٧) من هذا القانون أيضاً زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين. ثم صدر قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ وتضمن ثلاثة ضوابط مختلفة بالنسبة إلى تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني 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. بالاضافة إلى فرضين لتحديد زمان انعقاده، الأول هو تحديد المرسل إليه لنظام معالجة معلومات الكتروني معين لتسلم المستندات الالكترونية، والثاني هو عدم تحديد المرسل إليه لنظام معالجة معلومات الكتروني معين لتسلم المستندات الالكترونية. في حين تم تنظيم هذه المسألة في السويد بقانونين: الأول هو قانون التجارة الالكترونية والخدمات المعلوماتية الأخرى للمجتمع السويدي رقم 562/2002 الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٦ والثاني هو قانون التعاقد عن بعد والعقود خارج أماكن العمل السويدي رقم ٢٠٠٥/٥٩ في ٢٠٠٥/٦/٢٤.

**ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث:** يكمن السبب الرئيس وراء اختيار موضوع البحث في الرغبة في اجراء دراسة مقارنة بين ثلاثة نظم قانونية مختلفة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة.

**ثالثاً: أهمية البحث:** تكمن أهمية البحث في اجراء دراسة مقارنة بين ثلاثة نظم قانونية مختلفة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة

**رابعاً : مشكلة البحث:** تكمن مشكلة البحث في محاولة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة وفقاً لمعطيات المادة الحادية والعشرين -٢١- من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ والتي تضمنت ثلاثة ضوابط مختلفة بالنسبة الى تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

**خامساً: نطاق البحث:** يتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل دراسة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة في قانونين مقارنين هما القانون الانكليزي والسويدي, فضلاً عن القانون العراقي المتمثل بالقانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١, وقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.

**سادساً: منهجية البحث:** انتهجت هذه الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي الوصفي المقارن , إذ تم إجراء تحليل قانوني لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة في ثلاثة قوانين هي الانكليزي والسويدي والعراقي ومقارنة موقف هذه القوانين ببعضها البعض.

**سابعاً : هيكلية الدراسة:** في ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على مبحثين وكما يأتي:

المبحث الاول: مفهوم العقد الإلكتروني الدولي في القوانين الانكليزي والعراقي والسويدي  
المبحث الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة في القوانين الانكليزي والعراقي والسويدي

### المبحث الأول

#### مفهوم العقد الإلكتروني الدولي في القوانين الانكليزي والعراقي والسويدي

كان العقد ولا يزال يلعب دوراً كبيراً وأساسياً 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 الإلكترونية) والتي نشأت عن التطورات العلمية والتكنولوجية التي شهدتها العالم في العقود الاخيرة, واستعمال الوسائل الفورية الحديثة في ابرام العقود , ولاسيما الدولية منها, بدلاً عن الوسائل التقليدية التي تعتمد على الاوراق<sup>(١)</sup> . ويتسم العقد الإلكتروني , وعلى وجه العموم , بسمات تميزه عن العقد التقليدي بأنواعه المختلفة . لذا فسوف نبحت في مفهوم العقد الإلكتروني الدولي عن طريق تعريفه وبيان معايير دولية العقد واهم السمات التي يتسم بها العقد الإلكتروني في القوانين الانكليزي والعراقي والسويدي وكما يأتي:

- ١- المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني الدولي في القوانين الانكليزي والعراقي والسويدي.
- ٢- المطلب الثاني: معايير دولية العقد.
- ٣- المطلب الثالث : سمات العقد الإلكتروني

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر . دور التقنيات العلمية في تطور العقد . دار الكتب العلمية . بيروت . ٢٠١٥ . ص ٦٩

## المطلب الأول

## تعريف العقد الالكتروني الدولي في القوانين الانكليزي والعراقي والسويدي

يعرف 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<sup>(٢)</sup>. ويعرف جانب من فقه القانون الدولي الخاص العقد الدولي بأنه ذلك الاتفاق الذي يكون أحد عناصره أجنبياً لكي يمكن إضفاء صفة الدولية عليه<sup>(٣)</sup>. ويظهر العنصر الأجنبي عند اختلاف جنسية الأطراف في العقد أو مكان إبرامه أو مكان تنفيذه ويعرف جانب آخر من الفقه<sup>(٤)</sup> العقد الدولي بأنه ذلك الاتفاق الذي يتضمن عنصراً أجنبياً يتمثل في جنسية أحد أطرافه أو محل إقامته أو مكان إبرامه أو مكان تنفيذه. أما بالنسبة إلى العقد الالكتروني فيعرفه جانب من الفقه الانكليزي<sup>(٥)</sup> بأنه إتفاق ملزم يبرم وينفذ بوسائل الكترونية دون استعمال الورق أو أية نسخ صلبة أخرى. ويتبين بأن العقد الدولي هو الاتفاق الذي يتطرق العنصر الأجنبي إلى أحد العناصر المكونة له<sup>(٦)</sup>. ومن الجدير بالذكر بأن المشرع العراقي تطرق إلى العقد الالكتروني في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم -٧٨- لسنة ٢٠١٢. وعرفه في الفقرة العاشرة من المادة الاولى من هذا القانون 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 -١٨- من هذا القانون على أنه ( يجوز أن يتم الايجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية ) . كما عرف جانب من الفقه العقد الالكتروني بأنه ( ذلك الاتفاق الذي يتم إبرامه عبر شبكة الانترنت ويكتسب الطابع الالكتروني من الطريقة التي ينعقد بها )<sup>(٧)</sup> . ولا بد كذلك من الإشارة إلى التوجيهات الصادرة عن البرلمان الاوروبي الموحد في شأن العقد الالكتروني، ففي التوجيه الاوروبي لحماية المستهلكين في العقود المبرمة بالوسائل الالكترونية رقم 7/1997 الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٥/٢٠ جاء تعريف العقد الالكتروني (Remote Contract) على انه (أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الاطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى اتمام العقد) ، وفي القانون السويدي الذي هو جزء من الاتحاد الاوروبي صدر قانون التعاقد عن بعد والعقود خارج أماكن العمل السويدي رقم ٢٠٠٥/٥٩ في ٢٠٠٥/٦/٢٤ لسنة ٢٠٠٥ ( Lag om distansavtal och avtal utanfor affarslokaler ) المعدل بالقانون رقم ٢٠١٦/١٠٢٨

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١، ص ٥٥.

(٣) Pommier: Principe d'autonomie de la loi du contrat en droit international priveconventionnel. Paris, Economica, 1992, P.141.

(٤) د. جابر سالم عبد الغفار، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٤٧.

(٥) Timo Siemer. Formation of electronic contracts under traditional common law principles. GRIN VERLAG.2008. P.18.

(٦) د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣، ص ٥٦٢.

(٧) د. محمد حسين منصور . المسؤولية الالكترونية . دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية . ٢٠٠٩ . ص ١٦

ونصت المادة (٢) منه على تعريف التعاقد عن بعد ( distansavtal och avtal utanfor afferslokaler) إلى انه (العقد الذي ينعقد بين الغائبين مكاناً عندما يكون هناك اتصال بين العاقدين على مسافة متباعدة بينهما وضمن النظام الإلكتروني الخاص للجهة المتعاقدة)<sup>(٨)</sup>. ويحاول هذا القانون تنظيم مسألة التجارة الإلكترونية من خلال بيان المبادئ الأساسية في العقد الإلكتروني<sup>(٩)</sup>.

أما قانون التجارة الإلكترونية والخدمات المعلوماتية الأخرى للمجتمع السويدي رقم 562/2002 الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٦ ( Lag om elektronisk handel och andra informationssamhallets tjänster) والذي نظم الخدمات الإلكترونية فقد نصت المادة (٢) من القانون على ان (المقصود بالخدمات الإلكترونية الخدمات التي تقدم من قبل المؤسسات للمواطنين عبر الوسائل الإلكترونية عن طريق طلباتهم عن بعد)<sup>(١٠)</sup>.

## المطلب 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 نسلط الضوء وبأيجاز على هذه المعايير الثلاثة :

**أولاً- المعيار القانوني.**

ويقوم هذا المعيار على فكرة أساسية مؤداها أن الرابطة العقدية تتسم بالطابع الدولي عندما تتضمن بين عناصرها القانونية عنصراً أجنبياً أو أكثر<sup>(١١)</sup>. 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 الإلكتروني يعد دولياً إذا تم الاتفاق بين طرفي العلاقة عبر وسيط إلكتروني أو بوسيلة إلكترونية 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 إقليم دولة أخرى غير الدولة التي صدر فيها القبول.

### ثانياً- المعيار الاقتصادي.

(٢) (2- distansavtal: avtal som ingas inom ramen för ett av näringsidkaren organiserat system för att träffa avtal på distans, om kommunikationen utslutande sker på distans.)

(٣) CECILIA MAGNUSSON SJOBERG. PETER NORDBECK. ANNA NORDEN. DANIEWESTMAN, RATTSSINFORMATIK, Inblickar Ie-samhället, e-handel och e-forvaltning, studentlitteratur AB, Lund, PAGROUP, Estonia, 2011, p139

(١) (2- informationssamhallets tjänster; tjänster som normalt utförs mot ersättning och som tillhandahålls på distans, på elektroniska väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare. )

(١١) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٩، ص ٤٨٤.

يعد العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار، إذا ما كان متعلقاً بالتجارة الدولية<sup>(١٢)</sup>. 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. ووفقاً 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 دولياً في المنظور الاقتصادي<sup>(١٣)</sup>. ويضاف إلى هذا المفهوم مفهوم آخران لتحديد دولية العقد وفق المفهوم الاقتصادي وهما تجاوز العقد نطاق الاقتصاد الداخلي للدولة وارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية.

### ثالثاً- المعيار المختلط.

ويجمع هذا المعيار 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. ونميل إلى الأخذ بالمعيار القانوني في مجال العقد الإلكتروني الدولي. إذ يكفي أن يتصل العقد الإلكتروني بأحد عناصره بأكثر من قانون أو نظام قانوني حتى يتسم بالطابع الدولي طالما أنه انعقد بوسيلة إلكترونية أو عبر وسيط إلكتروني. ففي هذه الحالة فإن الصفة الدولية للعقد الإلكتروني قد تحدث أكثر من عنصر أجنبي يمكن أن يظهر من خلال جنسية أحد طرفي العقد أو محل إقامته أو مكان علم الموجب بالقبول والكائن في إقليم دولة أخرى غير الدولة التي صدر فيها القبول.

### المطلب الثالث

#### سمات العقد الإلكتروني

يتسم العقد الإلكتروني بالسمات الآتية :

أولاً : استعمال الوسائل الإلكترونية في إبرام العقد : إذ يلعب الوسيط الإلكتروني دوراً مهماً في إبرام العقد الإلكتروني<sup>(١٤)</sup> ، وهو ما عبر عنه المشرع العراقي عند تعريفه للعقد الإلكتروني في الفقرة العاشرة من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨- لسنة ٢٠١٢. بأنه العقد الذي ( يتم بوسيلة إلكترونية ). كما عرف المعاملات الإلكترونية في الفقرة السادسة من المادة الأولى من نفس القانون بأنها ( الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية ) . وعرفت الفقرة الثامنة من المادة الأولى من هذا القانون الوسيط الإلكتروني بأنه ( برنامج أو نظام إلكتروني لحاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو استلام رسالة معلومات ) كما عرفت الفقرة التاسعة من نفس القانون المستندات الإلكترونية بأنها ( المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو

(١٢) د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، المجلد الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٣٠.

(١٣) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التأكيد على عقود التجاره الدولييه. دار الفكر الجامعي. ٢٠٠١. ص ١١٠.

(١٤) د. عصمت عبد المجيد بكر. دور التقنيات العلمييه. مصدر سابق. ص ٧٦.

تخزن او ترسل او تستقبل كلياً او جزئياً بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونياً او البريد الالكتروني او البرق 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<sup>(15)</sup>، 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.

ثانياً: يتسم العقد الالكتروني كذلك بالسمة التجارية، ويطلق عليه في الغالب تسمية عقد التجارة الالكترونية<sup>(16)</sup>.

ثالثاً: ويتسم العقد الالكتروني بسمة الابرام عن بعد ودون التواجد المادي لأطراف العقد، عن طريق مجلس عقد حكومي او افتراضي يصدر فيه الايجاب ويقترن بالقبول، ومن ثم ينعقد العقد بوسائل سمعية وبصرية عبر شبكة الانترنت<sup>(17)</sup>. وهو في الغالب تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.

رابعاً: ويمكن عد العقد الالكتروني أيضاً بأنه من عقود الاستهلاك او ما يعرف بعقود المستهلك، والتي تنصب على توريد منقولات مادية او تقديم خدمات، ان يكون احد الطرفين منتجاً او مهنيّاً، ويتمثل بمورد السلعة او بمقدم الخدمة، في حين يكون الطرف الآخر مستهلكاً.

## المبحث الثاني

### تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في ظل غياب الارادة الصريحة في القوانين الانكليزي والعراقي والسويدي

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في ظل غياب الارادة الصريحة في القوانين الانكليزي والعراقي والسويدي يستلزم معرفة موقف كل واحد منها بالتفصيل وكما يأتي:

#### المطلب الأول

### موقف القانون الانكليزي من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في ظل غياب الارادة الصريحة

إن موقف القانون الانكليزي من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في ظل غياب الارادة الصريحة يتمثل في قانونين مختلفين: الأول هو قانون الاحكام العام الانكليزي (Common law) العرفي الذي تضمن بعض المبادئ المستمدة من السوابق القضائية للمحاكم الانكليزية<sup>(18)</sup>، والتي نتجت عنها قواعد اسناد تقليدية (Traditional connecting factors) لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي عند غياب

<sup>(15)</sup> د. خالد ممدوح ابراهيم . ابرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي . الاسكندرية. ٢٠١١. ص ٥٢

<sup>(16)</sup> د. محمد حسين منصور . مصدر سابق. ص ١٧

<sup>(17)</sup> د. محمد حسين منصور . مصدر سابق. ص ٢٠

<sup>(18)</sup> P.3° Cathy J. Okrent . Torts and personal injury law, Fifth Edition, DELMAR, 201) (



الارادة الصريحة. وكذلك تشريع القانون الواجب التطبيق على العقود لعام ١٩٩٠ (The contracts (Applicable law) Act 1990) والذي أقر سريان مفعول إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المملكة المتحدة، وهي إتفاقية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (The Rome convention on the law applicable to contractual obligations of 1980) وسوف نبحث في موقف هذين القانونين وكما يأتي:

## الفرع الأول

### موقف قانون الأحكام العام الانكليزي من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في ظل غياب الارادة الصريحة

تحدد موقف قانون الاحكام العام الانكليزي (Common law) من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في ظل غياب الارادة الصريحة عن طريق السابقة القضائية التي تمخضت عنها قضية (Entores V. Miles Far East Corp. CA 1955) والتي تتلخص وقائعها بارسال شركة (Entores) المدعية لرسالة بالتلكس من إنكلترا تتضمن إيجاباً بشراء مائة - ١٠٠ - طن من الأقطاب النحاسية (Cathodes) من المدعى عليهم، والذين هم شركة هولندية، مقرها في هولندا، فأرسل المدعى عليهم رسالة بالتلكس من هولندا إلى مكتب الشركة المدعية في لندن بقبول الإيجاب، وقد ظهرت مشكلة أمام المحكمة تتعلق بزمان إنعقاد العقد والقانون الواجب التطبيق عليه، وقد ناقشت المحكمة فرضيتين، فبمقتضى الأولى، إذا رتب القبول أثره وقت إرسال التلكس، فأن العقد يكون قد انعقد في هولندا، ويكون القانون الهولندي هو الواجب التطبيق عليه، وبمقتضى الثانية، إذا رتب القبول أثره وقت استلام التلكس في لندن أو وصوله إليها، فأن العقد يكون قد انعقد في إنكلترا ويكون القانون الواجب التطبيق عليه هو القانون الإنكليزي<sup>(١٩)</sup>، وقد حسمت المحكمة هذا الخلاف واختارت الفرضية الثانية وقضت بأن القبول لا يرتب أثره إلا وقت وصوله إلى الموجب، لأن العقد يكون قد انعقد وقت وصول أو استلام القبول، وذكر القاضي اللورد (Denning) بأن العقد لا ينعقد إلا في الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب<sup>(٢٠)</sup>، وذكر أيضاً بأن القاعدة التي تنظم الإتصال الفوري (Instantaneous Communication) بين الأطراف لا ينعقد العقد بمقتضاها في حالات الإتصال الفوري كالهاتف أو التلكس إلا في الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب. ويولي جانب من الفقه الإنكليزي<sup>(٢١)</sup> إهتماماً كبيراً عادة بقانون محل إبرام العقد (Lex loci contractus) لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عموماً، وعلى العقد الالكتروني على وجه الخصوص، بسبب إختلاف المكان

(١٩) Paul Richards, Law of Contract, Fourth edition, Financial Times, Pitman Publishing, London, 1999, P.36.

(٢٠) Ewan McKendrick, Contract Law, Sixth Edition, Palgrave Macmillan, 2005, P.43.

(٢١) Raleigh C. Minor. Conflict of laws, or, Private international law. nGeneral Books. 2010, p.259 and 262.

الذي يمكن أن تحدث فيه أربعة أمور جوهرية متعلقة بالعقد: الأول إنعقاد العقد (The making of the contract) . والثاني هو توافر شروط صحته (The validity of the contract) أيضاً في هذا المكان. والثالث هو تنفيذه (The performance of the contract) قد يكون في نفس هذا المكان أحياناً، والرابع هو وجود مقابل الالتزام بالوعد (The consideration supporting the contract) الذي يدعم العقد. وتبرز أهمية مقابل الالتزام بالوعد في أن القضاء الإنكليزي لم ينفذ سوى الوعود المدعمة بالمقابل ويعترف بقوتها الملزمة. وبالنتيجة فإنه لم يعترف بالقوة الملزمة للوعد المجرد أو التبرعي أو المجاني أو التبرعي غير الملزم، والذي لا يرقى إلى مستوى العقد<sup>(٢٢)</sup>. وعلى هذا الأساس فإن عقود التبرع في القانون الإنكليزي لا تنفذ وتصير ذات قوة ملزمة ما لم تتوافر فيها الشكلية المطلوبة<sup>(٢٣)</sup>. إذ لا يمكن أن تكون إلا عقوداً شكلية. لذا فإن العقد الذي يستوفي الشكلية المطلوبة ويتم تصديقه ( agreement made under seal ) يصير نافذاً ويكتسب القوة الملزمة كعقد شكلي مصدق ( specialty contract)<sup>(٢٤)</sup>، على الرغم من غياب المقابل عن العقد، إلا أن المقابل يبقى ركناً جوهرياً لإبرام العقد الرضائي البسيط دون الشكلي. وهذا يعني بأن مقابل الالتزام لا يلعب أي دور في عقود التبرع والتي هي عقود شكلية في القانون الإنكليزي، فالعقد الإنكليزي، وكما ذكرنا آنفاً، ينفذ بطريقتين، الأولى: أن يفرغ التراضي في شكل معين ينشأ عنه العقد الشكلي، والثانية: أن يدعم الوعد بمقابل الالتزام بالوعد، فإذا كان الوعد إيجاباً فإن صدور المقابل عن الموعد له يعد قبولاً ينعقد به العقد الرضائي البسيط . فمعيار التمييز بين العقد البسيط (simple contract) والعقد الشكلي المصدق (specialty contract) يتمثل بفكرة العوض (quid pro quo) والتي تعني الأخذ والعطاء المتبادل بين الطرفين، أو ما يعرف بالصفة التبادلية (Reciprocity)<sup>(٢٥)</sup> .

## الفرع الثاني

موقف تشريع القانون الواجب التطبيق على العقود الإنكليزي لعام ١٩٩٠ من تحديد القانون

الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة

أما بالنسبة إلى الموقف الذي تبناه تشريع القانون الواجب التطبيق على العقود الإنكليزي لعام ١٩٩٠ (The contracts (Applicable law) Act 1990) من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة، فقد أقر هذا التشريع إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المملكة المتحدة، لتحل قواعدها محل المبادئ التي تضمنها قانون الأحكام

(٢٢) Edwin Peel and .G. H. Treitel, Treitel on The law of contract, Twelfth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010, P.74.

(٢٣) Robert Duxbury, Nutshells Contract Law, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2001, P.17.

(٢٤) Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract, Oxford University press, 2007, P.94.

Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth edition, Clarendon Press, Oxford, 2005, P.108. (٢٥) Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith.

العام العرفي والمبني على السوابق القضائية<sup>(٢٦)</sup>. وهي إتفاقية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (The Rome convention on the law applicable to contractual obligations of 1980) والتي صارت نافذة في المملكة المتحدة عام ١٩٩٦ بعد صدور الحكم القضائي في قضية (Egon Oldendorff v. Liberia Corpn 1996) والتي تلخصت وقائعها بإدراج شرط التحكيم في عقد إيجار سفينة (Charterparty)، وقد نص الشرط على إجراء التحكيم في لندن. وقد كيفت المحكمة إختيار لندن مكاناً لإجراء التحكيم بمثابة إختيار للقانون الانكليزي بمقتضى الفقرة الأولى من المادة الثالثة من إتفاقية روما، والتي نصت على أنه (يحكم العقد بالقانون الذي إختاره الأطراف. وينبغي أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو يستخلص وعلى نحو مؤكد من نصوص العقد أو ظروف القضية. وبمقتضى هذا الاختيار يكون للطرفين تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد كله أو جزء منه فقط). كما إستخلصت المحكمة ضمناً نية الطرفين في إختيار القانون الانكليزي من كتابة بنود عقد إيجار السفينة باللغة الانكليزية. وفي حالة غياب الارادة الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من الاتفاقية على أنه ( في حالة عدم اختيار قانون العقد وفقاً لما تنص عليه المادة الثالثة، فإن العقد يخضع لقانون البلد الأكثر إرتباطاً به) كما نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من الاتفاقية على أنه (مع مراعاة نصوص الفقرة الخامسة من هذه المادة فإنهيكون من المفترض أن يرتبط العقد بالروابط الأكثر صلة مع البلد الذي يوجد فيه محل الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز عند إنعقاد العقد، أو البلد التي يكون فيه المركز الرئيس لإدارة الأعمال إذا كان هذا الطرف شركة أو جمعية أو شخصاً معنوياً، ومع ذلك إذا كان العقد ضمن النشاط المهني لهذا الطرف فيكون ذلك البلد هو ذلك الذي تقع فيه المؤسسة الرئيسة له). ويرى جانب من فقه القانون الدولي الخاص الانكليزي<sup>(٢٧)</sup> بأنه في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة أو ضمناً فإنه ينبغي تطبيق فكرة الأداء المميز (The concept of characteristic performance). ويرى هذا الجانب من الفقه الانكليزي أيضاً بأن المادة الرابعة السالفة الذكر تكونت من ثلاثة أجزاء رئيسية: الأول هو القاعدة الأساسية المتمثلة بخضوع العقد لقانون البلد الأكثر إرتباطاً به، أو الذي يرتبط باكثر الروابط صلة بالعقد. والثاني هو الفرضية أو القرينة العامة (General presumption) التي قامت عليها هذه المادة والتي تقوم على أساس فكرة الأداء المميز، وذلك لتحديد البلد الذي يرتبط باكثر الروابط صلة وأوثقها بالعقد.

(<sup>٢٦</sup>) Sir peter North, J.J. Faucett. Cheshire and North's Private international law. Thirteenth Edition. Butterworths. London. 1996., P.304.

(<sup>٢٧</sup>) Sir peter North, J.J. Faucett. ibid. P.565.

والثالث هو ضرورة تجاهل القرينة إذا ما تبين بأن العقد يرتبط باكثر الروابط صلة ببلد آخر. وقد إستفاد القانون الانكليزي من الفقرة الثانية من المادة الرابعة من الاتفاقية، وجعل من مكان تنفيذ الأداء المميز للعقد ضابطاً للإسناد (connecting factors). ففكرة الأداء المميز تهدف إلى التركيز على أداء واحد فقط، وهو الأداء الذي يميز العقد برمته ويشكل جوهره. وعلى هذا الأساس فقد ذكر القاضي (Mance) في الحكم الصادر في قضية (bank of Baroda v. Vysya (1994) أن الأداء المميز في العلاقة بين المصرف الذي يصادق على خطاب الاعتماد (The bank confirming a letter of credit) والمصرف الذي يصدر خطاب الاعتماد (The bank issuing a letter of credit) يكون في المكان الذي يوجد فيه المصرف المصادق على خطاب الاعتماد، لأن مصلحة المستفيد تكون لدى المصرف الذي يصادق على خطاب الاعتماد من المصرف الذي يصدر خطاب الاعتماد<sup>(٢٨)</sup>.

### المطلب الثاني

#### موقف القانون العراقي من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة

إن التعرف على موقف القانون العراقي من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة، يستلزم منا البحث في القواعد العامة للقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١. ثم قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ وذلك في الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول

#### موقف القانون المدني العراقي من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة

نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه). يتضح من هذا النص بأن المشرع العراقي وضع قاعدة إسناد مركبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد الدولي، وتتضمن هذه القاعدة عدة ضوابط إسناد وردت على سبيل التدرج<sup>(٢٩)</sup>، 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،

(٢٨) Sir peter North, J.J. Faucett. ibid. P.570.

(٢٩) د. وسام توفيق الكتبي، مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ١٦٨.

فالنص يشير إلى وجود أربعة ضوابط إسناد، تبدأ بضابط الإرادة الصريحة ثم الإرادة الضمنية، وهما ضابطان أصليان، ثم ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، 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 وفقًا 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 عقدهم استنادًا إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. ثم يأتي بعد ذلك قانون الإرادة الضمنية، والذي يستخلص من عبارة (أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر يراد تطبيقه). ويستند هذا القانون بدوره إلى ضابط الإرادة الضمنية، وهو ضابط إسناد أصلي أيضًا، 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، وذلك عن طريق تضمين العقد بما يعرف بشرط الاختصاص القضائي. فإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة على القانون الواجب التطبيق، فإنه يتم اللجوء إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية التي تضمنها النص، وهي ضابط الموطن الأول المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، وفي حالة اختلافهما موطنًا يتم تطبيق قانون محل إبرام العقد، والذي يثير بعض الصعوبات في مسألة التعاقد ما بين غائبين، ولاسيما في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي. وقد أخذت محكمة تمييز العراق بهذا التدرج الوارد في الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، وجاء في أحد أحكامها<sup>(٣٠)</sup> بأن القانون العراقي هو الذي يطبق في هذه الدعوى عملاً بالمادة ٢٥ من القانون المدني، فقد ظهر من ظروف الدعوى أن الطرفين ارتضيا تطبيق القانون العراقي. كما أخذت محكمة تمييز إقليم كردستان بهذا التدرج أيضاً وجاء في أحد أحكامها<sup>(٣١)</sup> بأنه لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أن محكمة إستئناف منطقة أربيل بصفتها الإستئنافية أصدرت حكماً بتاريخ ٢٠٠٦/٧/١٢ يقضي بتأييد الحكم الابتدائي، وذلك بإلزام المستأنفة (المدعى عليها) شركة سيتا الفرنسية بتأديتها مبلغاً قدره (.....) مليون دولاراً إلى المستأنف عليها (المدعية) شركة دولفين للتجارة، دون ان تلاحظ المحكمة بأن المادة (٢٥) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ قضت في فقرتها الأولى بأنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا

(١) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم ٩٩/مدنية عامة ٩٧١/٩ في ١١/٣/١٩٧٢ نقلاً عن ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني والقوانين الخاصة الجزء التاسع بدون مكان طبع، ٢٠٠١، ص ٢٧.

(١) حكم محكمة تمييز إقليم كردستان ذو الرقم ٤٦/الهيئة المدنية الإستئنافية ٢٠٠٦ في ٢٨/١١/٢٠٠٦ (غير منشور)

اتحدا موطننا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه....فإذا ثبت عدم صحة المستند الملحق بالاتفاقية فإن القانون السويسري يكون واجب التطبيق من قبل محكمة الاستئناف بإعتباره القانون الذي تم الاتفاق عليه من قبل الطرفين المتداعين. أما إذا ثبت صحته فإن القانون العراقي يكون واجب التطبيق إستناداً إلى المادة (٢٥) من القانون المدني المشار إليها آنفاً بإعتبارها قانون محل إبرام العقد. 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<sup>(٣٢)</sup>، 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 موطننا، وقد وضع الفقه عدة نظريات لتحديد زمان انعقاد العقد ومكانه، منها نظرية إعلان القبول، والتي تعدت 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 تعدت بالزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى الموجب، وبصرف النظر عن علمه به<sup>(٣٣)</sup>. 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 تنشئ أثراً قانونياً، لا يترتب عليها هذا الأثر الا اذا علم بها من كانت موجهة إليه<sup>(٣٤)</sup>. وقد أخذ القانون المدني العراقي بنظرية العلم بالقبول، وعد وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به<sup>(٣٥)</sup>، فنصت المادة (٨٧) على أنه (١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويكون مفروضا 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<sup>(٣٦)</sup>، وبأية وسيلة من وسائل الاتصال

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، ومحمد طه البشير، الوجيز مصدر سابق، ص ٤٨.

(١) د. رانيا صبحي محمد عزب . العقود الرقمية في قانون الانترنت . دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية . ٢٠١٢ . ص

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيگ في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نقره الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام،

منشأه المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤ . ص ٢٠٢

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١٧٠.

(٣٦) 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، ص ٢٥.

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 التعاقد بين غائبين وبين مكان انعقاده , اي ان اللحظة التي يعد فيها العقد قد انعقدت هي نفسها التي تحدد مكان الانعقاد , فمكان انعقاد هذا العقد يتحدد بزمان انعقاده , أي باللحظة التي يعد فيها العقد منعقدًا . 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<sup>(٣٧)</sup>.

### الفرع الثاني

#### موقف قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في ظل غياب الارادة الصريحة

لقد تضمن قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ معايير وضوابط معينة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني تصلح لتطبيق نظرية الأداء المميز على العقد الإلكتروني. ولا سيما بعد ان أخذت الكثير من القوانين المقارنة بها كالقانون الانكليزي والقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ والقانون الدولي الخاص الالمانى لعام ١٩٨٦ واتفاقية روما السالفة الذكر. لذا فسوف نلقي الضوء أولاً مفهوم نظرية الأداء المميز ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي على اساس ضابط الاداء المميز المرن وفقاً قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم -٧٨- لسنة ٢٠١٢ وكما يأتي:

### المقصد الأول

#### مفهوم الأداء المميز

تقوم نظرية الأداء المميز على أساس التركيز الموضوعي للرابطة العقدية<sup>(٣٨)</sup> , لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية في مجال العلاقات الخاصة الدولية , وذلك عن طريق عملية توزيع الاسناد او تجزئته<sup>(٣٩)</sup> , فيخصص 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 تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل طائفة منها<sup>(٤٠)</sup> , وفقاً لأهمية الاداء او الالتزام الرئيس او الجوهرى في العقد<sup>(٤١)</sup> . كما يقصد بالأداء المميز الالتزام الأكثر

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصدر سابق . ص ٢٠٦

(٣٨) د. هشام علي صادق . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية . مصدر سابق . ص ٥٨٨

(٣٩) د. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. الكتاب الاول. المبادئ العامة في تنازع القوانين.

منشورات الحلبي الحقوقية. ٢٠٠٩. ص ٣٨١

(٤٠) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ١١٠٤.

(٤١) د. بدران شكيب الرفاعي. عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة. دار الكتب القانونية . مصر . ٢٠١١ . ص ٢٢٣.

أهمية والذي يميز العقد عن غيره من العقود<sup>(٤٢)</sup> 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 الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز في العقد الدولي، اذا كان شخصاً طبيعياً ، او منشأة المدين او مقر عمله ، فيما لو كان يمارس نشاطاً مهنيّاً او تجارياً<sup>(٤٣)</sup>. وبالنسبة الى الشخص المعنوي فإنه يكون المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته<sup>(٤٤)</sup>. 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 الجوهرى المميز المترتب على ذلك العقد. لذا يسمى هذا النوع من الاسناد بالاسناد المرن للرابطة العقدية<sup>(٤٥)</sup> ، والذي يحقق الامان القانوني ويحمي توقعات الاطراف المتعاقدة. وبما ان الاداء المميز يقوم على اساس التركيز الموضوعي للرابطة العقدية ، فإن دور ضابط الاداء المميز (La prestation caractéristique du contrat) يبرز عند عدم وجود القانون المختار، اي في حالة سكوت ارادة المتعاقدين عن اختيار قانون العقد صراحة او ضمناً ، فيتم اسناد الرابطة العقدية الى القانون الاوثق صلة بها، والذي يشكل مركز الثقل فيها<sup>(٤٦)</sup> (à défaut de choix exprès, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits) . وفي هذه الحالة يتحدد القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية اما بضوابط جامدة محددة مسبقاً ، كضابط محل ابرام العقد او محل تنفيذه او الموطن المشترك للمتعاقدين. او بضوابط مرنة من اهمها ضابط الاداء المميز . وبطبيعة الحال فان كلاً من الضوابط الجامدة والمرنة هي ضوابط اسناد احتياطية وليست اصلية ، ولا يظهر دورها الا عند تخلف ضابط الاسناد الاصلي الذي يتحدد بمقتضاه قانون الارادة او القانون المختار<sup>(٤٧)</sup>. ويمكن الأخذ بفكرة الإسناد المرن للرابطة العقدية، وإعمال نظرية الأداء المميز في القانون العراقي عن طريق نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي<sup>(٤٨)</sup>، والتي تجيز للقاضي اتباع مبادئ القانون الدولي

(٤٢) عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بغداد، مكتبة صباح، ٢٠٠٧، ص ٤٤.

(٤٣) د. هشام علي صادق . المصدر السابق . ص ٥٩١

(٤٤) د. بدران شكيب الرفاعي . المصدر السابق . ص ٢٢٥

(٤٥) د. هشام علي صادق . المصدر السابق . ص ٥٦٢

(٤٦) Bernard Audit. Droit international prive. 3<sup>e</sup> Edition. Economica 2000, p.685.

(٤٧) د. علي فوزي الموسوي. قاعدة الاسناد وموقف القانون العراقي منها دراسة مقارنة. مكتبة السنهوري . بيروت ٢٠١٦، ص ٥٧

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



الخاص الأكثر شيوعاً، 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.

### المقصد الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي على اساس ضابط الاداء المميز المرن وفقاً قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم -٧٨- لسنة ٢٠١٢

أورد قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ثلاثة ضوابط او معايير مختلفة بالنسبة الى تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني<sup>(٤٩)</sup> 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 المرسل اليه , 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 . 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 المستندات الالكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وأنها أستلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه . وأذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد محل الإقامة مقراً للعمل مالم يكن الموقع والمرسل اليه قد أتفقا على غير ذلك ) . ويتبين من هذه الفقرة 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 اليه . اذا كان لاي منهما مقر عمل<sup>(٥٠)</sup>. وهذا يعني بأنه اذا كان الموقع على المستند الالكتروني أو المرسل اليه شخصاً معنوياً , فأن مقر عمله هو مركز ادارته الرئيس الفعلي . أما اذا كان الموقع على المستند الالكتروني أو المرسل اليه شخصاً طبيعياً , فأن مقر 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 المستند الالكتروني والمرسل اليه الاتفاق على خلاف هذا الاصل العام . حينئذ يمكن عد المستند الالكتروني مراسلاً أو متسلاً في مكان اخر غير مقر عمل الموقع والمرسل اليه أو محل اقامتهما . اما الفرض الثالث فقد اشارت اليه الفقرة الثانية من المادة الحادية والعشرين -٢١- 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 أمتلاك الموقع على المستند الالكتروني أو المرسل اليه لاكثر من مقر عمل فيعد المقر الاقرب صلة

(٤٩) د. عصمت عبد المجيد بكر. دور التقنيات العلمية. مصدر سابق. ص ٢٢١

(٥٠) د. عصمت عبد المجيد بكر. دور التقنيات العلمية. مصدر سابق. ص ٢٢٢

بالمعاملة , أي الأوثق صلة بتلك المعاملة المعينة هو مكان الإرسال أو التسلم , وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الإرسال أو التسلم. وهو ما يقترب كثيراً من النظرية الأصلية للأداء المميز, والتي يرتبط بمقتضاها تركيز العقد عن طريق الأداء المميز بمحل الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز أو بمركز أعماله<sup>(٥١)</sup> (La localisation du contrat par la prestation caractéristique s'attache à la résidence habituelle ou l'établissement du débiteur) . ويمكن القول وبأختصار , بأن مكان انعقاد العقد الإلكتروني , بمقتضى المادة الحادية والعشرين -٢١- من هذا القانون هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه , أو المكان الذي يقع فيه محل إقامته , إذا لم يكن له مقر عمل . أو المكان الذي يقع فيه مقر عمله الأقرب صلة بالمعاملة , إذا له أكثر من مقر عمل . وبمقر العمل الرئيس عند تعذر التحديد , أي في حالة عدم وجود معاملة, أو تعدد المعاملات في أكثر من مكان . والسبب في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني بمقر عمل المرسل إليه أو بمحل إقامته المعتادة أو بمقر عمله الأقرب صلة بالمعاملة , إذا له أكثر من مقر عمل , أو بمقر العمل الرئيس وليس بمكان وجود نظام معالجة المعلومات الخاص بالمرسل إليه هو ان نظام معالجة المعلومات الخاص بالمرسل إليه والذي يتم تلقي المستندات الإلكترونية 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 إليه ومكان معين<sup>(٥٢)</sup> , لأن نظام معالجة المعلومات الخاص بالمرسل إليه غالباً ما يكون موجوداً في مكان آخر غير المكان الذي يوجد فيه المرسل إليه نفسه<sup>(٥٣)</sup>. وعلى هذا الأساس فإنه يمكن تطبيق قانون الدولة التي يقع فيها مقر عمل المرسل إليه , أو التي يقع فيه محل إقامته , إذا لم يكن له مقر عمل . أو التي يقع فيه مقر عمله الأقرب صلة بالمعاملة , إذا له أكثر من مقر عمل . أو التي يقع فيها مقر العمل الرئيس عند تعذر التحديد , أي في حالة عدم وجود معاملة . ويمكن عد كل هذه الضوابط كضوابط للأداء المميز , إذا كان أداء الطرف المرسل إليه هو الأداء الرئيس أو الجوهري أو الأكثر أهمية في الرابطة العقدية الإلكترونية الدولية . وطالما ان المشرع العراقي عد الفقرة الأولى من المادة الحادية والعشرين -٢١- من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم -٧٨- لسنة ٢٠١٢ قاعدة مكملة أو مفسرة وليست أمرة , واجاز الاتفاق على ماخالفها , بإيراده عبارة ( مالم يكن الموقع والمرسل إليه قد أتفقا على غير ذلك ) , فإنه

(٥١) Bernard Audit. Droit international prive. 3<sup>e</sup> Edition. Economica 2000, p.686.

(١) سلطان عبد الله محمود الجواري . عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق دراسة قانونية مقارنة . اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الموصل . ٢٠٠٤ . ص ١١٠  
(٢) د. شحاتة غريب شلقامي . التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة . ٢٠٠٨ . ص ١٤٦

يجوز ، وبرأينا ، تطبيق قانون الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرف الموقع او المرسل ، او التي يقع فيه محل 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 التركيز الموضوعي للرابطة العقدية ، فإن دور ضابط الاداء المميز يبرز عند عدم وجود القانون المختار، اي في حالة سكوت ارادة المتعاقدين عن اختيار قانون العقد صراحة او ضمناً . فآلية عمل النظرية الموضوعية 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<sup>(٥٤)</sup>، 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 سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد، وتعذر قيام القاضي بالكشف عن إرادتهم الضمنية، فإنه ينبغي على القاضي أن يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية عن طريق توطينها، أي إسنادها إلى قانون المكان الذي يتحقق فيه مركز ثقل العلاقة التعاقدية، وهو القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية<sup>(٥٥)</sup>. والذي يتحدد إما وفقاً لضوابط إسناد جامدة محددة بصفة مسبقة، وهو الإسناد الجامد للرابطة العقدية، أو على أساس الإسناد المرن للرابطة العقدية. 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 المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز، او مقر عمله او مقر منشأته التجارية او المهنية . إن أهم ما تتسم به فكرة الأداء المميز هو مرونتها، وتباين صورها طبقاً 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 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 بال لحظة 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

(٥٤) 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

(٥٥) د. هشام علي صادق . المصدر السابق . ص ٥٠٥ و ٥٣٣ و ٥٤٧

لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، وبالمقابل فإن هناك ضوابط معينة لتحديد مكان انعقاد هذا العقد تحديداً مسبقاً لا يخضع لزمان تحديده . فزمان انعقاد العقد يتحدد في اللحظة التي يتسلم فيها 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 الإلكترونية إلى نظام معالجة المعلومات الذي حدده أصلاً لتسلم المعلومات ، إذا أرسلت الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول إلى نظام معالجة معلومات آخر غير الذي حدده الموجب . هذا اذا كان الموجب (المرسل اليه ) قد حدد نظام معالجة معلومات الكتروني معين لتسلم المستندات الالكترونية. وفي حالة عدم تحديده لنظام معالجة معلومات الكتروني معين ، فيتحدد زمان انعقاد العقد الإلكتروني بلحظة دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول في أي نظام لمعالجة المعلومات يخص الموجب<sup>(٥٦)</sup> . اما مكان انعقاد العقد فيتحدد بمعزل عن تحديد زمان انعقاده وبضوابط مكانية محددة مسبقاً ، ويكون في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه ، 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 الإلكتروني الدولي له وظيفة تختلف عن الآخر، فتحدد زمان انعقاد العقد من وظائفه تحديد الوقت الذي يصير فيه العقد نافذاً مرتباً لآثاره ، والتي عادة ما تترتب من تاريخ انعقاده<sup>(٥٧)</sup> . اما وظيفة مكان انعقاد العقد فتكمن اهميتها في تحديد المحكمة المختصة بنظر 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 تاجراً عراقياً، وتصادف وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى نظام معالجة المعلومات الذي حدده والمتمثل ببيده 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 الإلكتروني الدولي وقت دخول الرسالة الى إلى نظام معالجة المعلومات المعين ، اما مكان انعقاد العقد الإلكتروني الدولي فيكون في الدولة التي يوجد فيها مقر عمله ، وهي العراق ويخضع للقانون العراقي بعده قانون دولة محل إبرام العقد، هذا ما لم يتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على اختيار قانون آخر. بعده قانون الإرادة.

(٥٦) د. عصمت عبد المجيد بكر. دور التقنيات العلمية. مصدر سابق. ص ٢١٥ و ٢١٦

(٥٧) 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 . ص ٤٩

### المطلب الثالث

#### موقف القانون السويدي من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد

#### الالكتروني الدولي في ظل غياب الارادة الصريحة

ان الحديث عن القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في ظل غياب الارادة الصريحة لا يكتمل دون التطرق الى قواعد الاونسترال النموذجي الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة ١٩٩٦ والتي تعد قواعدها مبادئ عامة واساسية للقانون الدولي، حيث كانت للدول الاوروبية الدور البارز في ارساء هذه القواعد، وتنص الفقرة الرابعة من المادة الخامسة عشر من قانون الاونسترال النموذجي على ( مالم يتفق المنشيء والمرسل اليه على غير ذلك، يعتبر ان رسالة البيانات ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشيء، ويعتبر انها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر المرسل اليه، ولأغراض هذه المادة فان: أ- اذا كان للمنشيء او للمرسل اليه اكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المكان الذي له اوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي . ب- اذا لم يكن للمنشيء أو المرسل اليه مقر عمل، يشار الى مكان الاقامة المعتادة)<sup>(٥٨)</sup>. ونصت المادة (٥) من قانون التجارة الالكترونية والخدمات المعلوماتية الأخرى للمجتمع السويدي رقم ٢٠٠٢/٥٦٢ لسنة ٢٠٠٢ ( Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster) على ان (القانون السويدي هو الذي يطبق على خدمات مجتمع المعلومات والتي يقدمها مقدمو الخدمات الالكترونية الى السويد باعتبارها الدولة المنشأة، حتى وان كانت الخدمة موجهة بشكل كلي او جزئي الى مستفيدين من دول اخرى داخل منظمة التعاون الاقتصادي الاوروبي (EES)<sup>(٥٩)</sup>. كما ان قانون التعاقد عن بعد والعقود خارج أماكن العمل السويدي رقم ٢٠٠٥/٥٩ لسنة ٢٠٠٥ ( Lag om distansavtal och avtal utanför affarslokaler) المعدل بالقانون رقم ٢٠١٦/١٠٢٨ ركز على حماية الطرف المستهلك المنصوص عليها في قانون الائتمان الاستهلاكي رقم ٢٠١٤/١٤ واكدت على ان

Article 15 Time and place of dipatch and receipt of data message / 4- Unless otherwise agreed between the originator and the adresse a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business and is deemed to be received at the place where the adress has in the place of business.for the purposes of this paragraph: a- if the originator or the adress has mor than one place of business is that which has the closest relationship to the underlying transaction or where there is no underlying transaction the principal place of business .b- if the originator or the adresse does not have a place of business reference is to be made to its habitual residence.

(٤٦) Inom det samordnade regelområdet skall svensk rätt gälla för de informations-samhällets tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer med Sverige som etableringsstat, även om tjänsterna helt eller delvis riktar sig mot tjänstemottagare i någon annan stat inom EES).

[www.riksdagen.se](http://www.riksdagen.se)

العقود الالكترونية بكافة الوسائل الالكترونية لا بد من ان تنسجم احكامها مع قانون الائتمان الاستهلاكي الذي يضمن الحماية للطرف المستهلك سواء كانت العقود المبرمة هي عقود بضائع او خدمات ,ويكون القانون الاوروبي هو المطبق سواء كان المستهلك هو من احد الدول الاوروبية ام الجهة المقدمة للخدمة او البضاعة<sup>(٦٠)</sup>. وجاء التوجيه الاوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ بتأريخ ٢٠٠٨/٦/١٧ ليؤكد المبادئ التي نص عليها قانون الاونسترالانموذجي حيث تنص المادة (٢) من التوجيه على القانون الواجب التطبيق في حالة الاتفاق الصريح أو الضمني على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي ويجوز ان يكون القانون المختار قانون دولة خارج الاتحاد الاوروبي. أما المادة (٤) من التوجيه فعالجت الحالات التي لا يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل اطراف العلاقة القانونية ،وبموجب هذه المادة فان القانون الواجب التطبيق في عقود البضائع تكون قانون الدولة التي فيها محل اقامة البائع المعتادة ، أما عقود الخدمات فان القانون الواجب التطبيق عند عدم تحديد القانون من قبل الاطراف فيكون قانون الدولة التي فيها محل اقامة مقدم الخدمة الالكترونية. وفكرة الاداء المتميز موجودة في القانون الاوروبي ففي حالة عدم تحديد محل الاقامة المعتادة للبائع او مقدم الخدمة فيصير الى قانون الدولة التي فيها الالتزام الرئيسي في العقد. ومع ذلك اذا تبين من الظروف المحيطة بالعقد الى ان العقد اقرب الى بلد اخر فان قانون ذلك البلد هو الذي يطبق على العقد. ولا يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق وفق ما ذكرناه سابقا الا اذا حددنا الدولة التي ترتبط بالعقد ارتباطا وثيقا<sup>(٦١)</sup>.

#### الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة، فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلا عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية وكما يأتي:  
اولاً : النتائج :وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

- ١- جرى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي عند غياب الارادة الصريحة في القانون الانكليزي في بادىء الأمر عن طريق المبادئ العامة التي تضمنها قانون الاحكام العام الانكليزي والمستمدة من السوابق القضائية للمحاكم الانكليزية، والتي نتجت عنها ضوابط اسناد تقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي عند غياب الارادة الصريحة. ثم صدر تشريع القانون الواجب التطبيق على العقود لعام ١٩٩٠، والذي أقر

(٢) artl-14- (ett avtalsvillkor som anger att lagen i ett land utanfor Europiska ekonomiska samarbetsområdet ska tillampas pa avtalet galler inte, om den lag som galler med boretseende fran villkoret ar lagen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och den lagen ger konsumenten ett battre skydd) .

CICILIA MAGNUSSON SJOBERG.PETER NORDBERCK.ANNA NORDEN.DANIEL WESTMAN, [www.riksdagen.se](http://www.riksdagen.se) op.cit, p.243-244

(١)

سريان مفعول إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المملكة المتحدة، وهي إتفاقية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

٢- حددت المادة الرابعة من إتفاقية روما القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في ظل غياب الإرادة الصريحة عن طريق ضابط اسناد مرن يتمثل بإسناد العقد الدولي إلى البلد الأكثر إرتباطاً به. ويكون من المفترض أن يرتبط العقد بالروابط الأكثر صلة مع البلد الذي يوجد فيه محل الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز عند إنعقاد العقد، أو البلد التي يكون فيه المركز الرئيس لإدارة الأعمال إذا كان هذا الطرف شركة أو جمعية أو شخصاً معنوياً، ومع ذلك إذا كان العقد ضمن النشاط المهني لهذا الطرف فيكون ذلك البلد هو ذلك الذي تقع فيه المؤسسة الرئيسة له.

٣- تقوم نظرية الأداء المميز على أساس التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود 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.

٤- حددت الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وفقاً لضوابط إسناد أصلية وإحتياطية.

٥- حددت المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين.

٦- 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 المرسل اليه ، 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 .

٧- ان القوانين السويدية والتي تمثل الدول الاوروبية لأنها تلتزم بالتوجيهات الصادرة عن البرلمان الاوروبي الموحد ، لم تختلف كثيراً عن ما جاءت به إتفاقية روما للبيوع الدولية سنة ١٩٨٠ في تحديد القانون الواجب التطبيق من فكرة الاداء المميز ، كما انها اخذت بنظر الاعتبار قواعد الاونسترال النموذجية الصادرة عن لجنة الامم المتحدة سنة ١٩٩٦، الا ان ما يميز القانون السويدي هو اعطاء الاولوية لقانونها في حالات حماية المستهلك لتقدم قانونها على قوانين الدول الاخرى اذا كان مركز المنشئ للخدمة في دولة السويد.

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

١- نقترح على المشرع العراقي الاستفادة من الضوابط المكانية الواردة في المادة-٢١- من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني كضوابط اسناد مرنة , على اساس التركيز الموضوعي الذي تقوم عليه نظرية الأداء المميز وذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني 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 الإلكتروني 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 الإقامة , واذا كان للمرسل اليه 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 اليه )

٢- كما نقترح على المشرع العراقي استعمال نفس الضوابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني 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 الإلكتروني الدولي لقانون الدولة التي يقع فيها مقر عمله , واذا لم يكن له مقر عمل يعد محل الإقامة مقراً للعمل ويطبق قانون دولة محل الإقامة , 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 ) .



## المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية:

أ. الكتب القانونية :

١. د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦
٢. د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١
٣. د. بدران شكيب الرفاعي . عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة . دار الكتب القانونية . مصر . ٢٠١١ .
٤. د. جابر سالم عبد الغفار، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩
٥. د.جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٩
٦. د. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. الكتاب الاول. المبادئ العامة في تنازع القوانين. منشورات الحلبي الحقوقية. ٢٠٠٩
٧. د. خالد ممدوح ابراهيم . ابرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي . الاسكندرية. ٢٠١١
٨. د. رانيا صبحي محمد عزب . العقود الرقمية في قانون الانترنت . دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية . ٢٠١٢
٩. د. شحاتة غريب شلقامي . التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة . ٢٠٠٨.
١٠. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤
١١. 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.
١٢. د. عصمت عبد المجيد بكر . دور التقنيات العلمية في تطور العقد . دار الكتب العلمية. بيروت. ٢٠١٥.
١٣. د. علي فوزي الموسوي . قاعدة الاسناد وموقف القانون العراقي منها دراسة مقارنة. مكتبة السنهوري . بيروت ٢٠١٦

١٤. عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بغداد، مكتبة صباح، ٢٠٠٧.
١٥. 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.
١٦. د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣.
١٧. د. محمد حسين منصور . المسئولية الإلكترونية . 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، المبادئ 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:

ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني والقوانين الخاصة. الجزء التاسع . بدون مكان طبع , ٢٠٠١

#### ج. الأطاريح والرسائل الجامعية:

- سلطان عبد الله محمود الجوارى . عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق دراسة قانونية مقارنة . اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الموصل . ٢٠٠٤.

د. القوانين.

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢. قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢

#### ثانياً: المصادر باللغة الانكليزية:

#### First: The books:

1- Atiyah .P.S. and Stephen A. Smith. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth edition, Clarendon Press, Oxford. 2005.

2-Cathy J. Okrent . Torts and personal injury law, Fifth Edition, DELMAR, 2015.

- 3- Edwin Peel and .G. H. Treitel, Treitel on The law of contract, Twelfth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010.
- 4- Ewan McKendrick, Contract Law, Sixth Edition, Palgrave Macmillan, 2005
- 5- Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract, Oxford University press, 2007
- 6-Paul Richards, Law of Contract, Fourth edition, Financial Times, Pitman Publishing, London, 1999.
- 7- Raleigh C. Minor. Conflict of laws, or, Private international law. nGeneral Books. 2010.
- 8- Robert Duxbury, Nutshells Contract Law, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2001
- 9- Sir peter North, J.J. Faucett. Cheshire and North's Private international law. Thirteenth Edition. Butterworths. London. 1996.
- 10-Timo Siemer. Formation of electronic contracts under traditional common law principles. GRIN VERLAG.2008.

### **Second: The Laws:**

- 1-The contracts (Applicable law) Act 1990.

### **Third: international conventions:**

- The Rome convention on the law applicable to contractual obligations of 1980.

### **ثالثاً: 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. Bernard Audit. Droit international prive. 3<sup>e</sup> Edition. Economica 2000
3. Pommier: Principe d'autonomieet la loi du contrat en droit international priveconventionnel. Paris, Economica, 1992.

## رابعاً: المصادر باللغة السويدية :

### Boker (Books):

-CECILIA MAGNUSSON SJOBERG.PETER NORDBECK. ANNA NORDEN.DANIELWESTMAN,Rattsinformatik inblickar I e-samhället,e-handel och e-forvaltning,PAGROUP,Estonia,2011.

### Lager (Laws):

1- Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster ٢٠٠٢/٥٦٢ . 2002.

2- Lag om distansavtal och avtal utanfor affarslokaler ٢٠٠٥ /٥٩ . 2005.