Journal of Law and Society Management 7 (1)

© Nabu Research Academy, 2021

The problem of the electronic contract and determining the applicable law in Iraqi and French legislation (a comparative study)

Ala'a Mizher Mehdi

Abstract:
The data message exchanged by the two parties to the contractual relationship is the one that is reliable in proving the legal act concluded electronically, so we will address the definition of the electronic contract through what was mentioned in the UNCITRAL Model Law and the Arab Electronic Transactions Laws. Article 1 of the 1996 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce stipulates The definition of a data message is: "Information that is generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means, including but not limited to electronic data exchange, e-mail, telegram, telex or telecopy."
And some jurisprudence defines the contract through an electronic data message as, electronic information sent or received by electronic means, whatever the method of extracting it in the place in which it was received. This definition also gave the electronic editor a wide scope so that it was not limited to the Internet, but permitted that by other electronic means, such as a data message sent by fax or telex or any technical means available in the future ().
Keywords: electronic contract, legal adaptation, applicable law, Iraqi legislation, French legislation.

مشكلة العقد الإلكتروني وتحديد القانون واجب التطبيق في التشريع العراقي والتشريع الفرنسي (دراسة مقارنة)

علاء مزهر مهدي

الملخص:

تعتبر رسالة البيانات التي يتبادلها طرفي العلاقة العقدية هي التي يعول عليها في اثبات التصرف القانوني الذي أبرم إلكترونياً، لذلك سنتناول تعريف العقد الإلكتروني من خلال ما أورده قانون اليونسترال النموذجي وقوانين المعاملات الإلكترونية العربية، فقد نصت المادة الأولى من قانون اليونسترال النموذجي لسنة 1996 بشأن التجارة الإلكترونية على تعريف رسالة البيانات بأنها:" المعلومات التي يتم انشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الالكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"[1].

وعرف بعض الفقه العقد من خلال رسالة بيانات إلكترونية بأنه، معلومات الكترونية ترسل أو تستلم بوسائل الكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه. وهذا التعريف أيضا أعطى المحرر الالكتروني مجالاً واسعاً بحيث لم يقتصر على شبكة الإنترنت بل أجاز ذلك بوسائل إلكترونية أخرى كأن تكون رسالة بيانات مرسلة عن طريق الفاكس أو التلكس أو أي وسيلة تقنية متاحة في المستقبل[2].

الكلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني، التكييف القانوني، القانون واجب التطبيق، التشريع العراقي، التشريع الفرنسي.

المقدمة:

إن التكييف القانوني لعقد معين على أنه إلكتروني له أهمية بالغة بالنظر إلى وجوب إخضاعه تبعًا لهذا التكييف للقواعد القانونية الخاصة الواردة في قوانين المعاملات الإلكترونية. وإذا كان من السهل القول بأن العقد الذي تم فيه تبادل الإيجاب والقبول إلكترونيًا، بأنه إلكتروني فإن الأمر مختلف في عقد تم فقط فيه التعبير عن إحدى الإرادتين بوسيلة إلكترونية دون الإرادة الأخرى، ذلك أن مسألة وصف هذا العقد بأنه تم إلكترونيًا تعتمد على تحديد أي إرادة هي التي تمت إلكترونيًا الإيجاب أم القبول، أضف إلى ذلك فإن بعض وسائل الاتصال الإلكترونية التقليدية كالهاتف العادي والتلكس والفاكس، ليس فيها إمكانية فنية لتبادل رسائل المعلومات على النحو الموصوف في القانون وهي تعمل في مكان جغرافي ثابت، وهذا ينعكس بالتالي على التكييف القانوني للوثائق التي يتم تبادلها بهذه الوسائط في حال اشتمالها على تصرفات قانونية أو تعبير عن إرادات لأطراف العقد، وبما أنّ العقد الإلكتروني من العقود الدولية، فهذا يدفعنا إلى التفكير في تكييفه، في ظل عبوره لحدود أكثر من دولة، ووجود الأطراف في عدة دول، وجاءت النتائج مؤكدة على أن التنظيم الداخلي أو الوطني للعقد الإلكتروني لا يكون كافياً، بل يجب الاتفاق دولياً على بعض القواعد القانونية التي تنظم هذا العقد بصفة خاصة فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر منازعاته؛ كما يتميز عقد البيع الإلكتروني في الكثير من الأحيان بكونه عقداً دولياً يربط بين متعاقدين لا تجمعهم دولة واحدة ولا نظاماً قانونياً واحدا لذلك يثير بعض الصعوبات الخاصة بتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاعات التي يثيرها هذا العقد سواء فيما يتعلق بإبرامه أو تنفيذه.

اولاً- أهمية البحث:

([1]) قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 والصادر في جلسة رقم (57) للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 52/ ديسمبر/ 1996.

([2]) د. عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010م، ص33.

تكمن أهمية البحث في التعرف على الحلول القانونية لمشكلة العقد الإلكتروني وتحديد القانون واجب التطبيق في ظل التعاقد الإلكتروني؛ إذ أوضح إن مجال تنازع القوانين يتحدد بوجود الصفة الأجنبية في أحد عناصر العلاقة القانونية يستوي في ذلك أن يكون هذا العنصر هو الأطراف أو السبب وباعتبار عقد البيع الإلكتروني هو عقد دولي، فيتأكد بالتالي خضوعه لقاعدة التنازع التقليدية التي تحكم العقود الدولية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، والتي تتمثل في حرية اختيار القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف المتعاقدة، ولكن في حالة غياب اتفاق بين الأطراف، فما هو القانون الواجب للتطبيق؟ كما تناول البحث مبدأ قانون إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يخضع له العقد الإلكتروني بالإضافة إلى الحلول المقترحة من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص في حالة غياب اتفاق بين طرفي العقد عن القانون الذي يحكم علاقتهم القانونية.

ثانياً- هدف البحث:

يكمن هذف البحث بـ:

1- تعريف العقد الإلكتروني وتكييفه القانوني.
2- بيان مشكلة العقدالإلكتروني وتحديد القانون واجب التطبيق في التشريع العراقيؤوالتشريع الفرنسي.
3- الوقوف على المنهج التنازعي، والمنهج القواعد الموضوعية.
4- بيان موقف المشرع العراقي من تكييف العقد الإلكتروني.
5- بيان موقف المشرع الفرنسي من تكييف العقد الإلكتروني.

ثالثاً- مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في أنَّ وسائل التقدم العلمي العالي والسريع في الإتصال، والتنوع فيها جعل من العالم قرية صغيرة، فأصبح بإمكان الأفراد أن يعقدوا ما يشاؤون من العقود عن طريق وسائل الاتصال المختلفة وهذا ما أسفر عن ظهور ما يسمى بالتسوق الالي أو تجارة الإنترنت أو التجارة الإلكترونية، وهذا كله يتم عن طريق العقد الإلكتروني، والذي بدورة يثير بعض المسائل المهمة الجديرة بالمناقشة والتحليل، ألا وهي تحديد القانون الواجب التطبيق عليه والمحكمة المختصة بالنزاعات التي تنشأ عنه وطرح تساؤل مهم ألا وهو هل القواعد العامة التقليدية تفي بحل مشكلة العقد الإلكتروني من حيث القانون الواجب التطبيق؟ لا سيما وأن بعض الدول تخلو تشريعاتها من تنظيم صريح ومتخصص لهذا النوع من العقود ومنها العراق، وعليه فاننا سنقوم بمناقشة هذه المسائل من خلال مقارنة التشريع العراقي مع التشريع الفرنسي.

رابعاً- منهجية البحث:

سوف نتبع المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك من خلال تحليل الأحكام التي وردت في التشريعين العراقي والفرنسي، وكذلك المنهج المقارن من خلال المقارنة في أغلب الأحيان بين التشريع العراقي والتشريع الفرنسي والتشريعات العربية والأجنبية كلما تطلب الأمر.

خامساً-هيكلية البحث:

قسمنا هذا لبحث إلى مقدمة تناولنا فيها أهمية البحث وهدفه ومشكلته ومنهجيته، ومن ثم مبحثين تناولنا في المبحث الأول تكييف العقد الإلكتروني وقسمناه إلى مطلبين، خصصنا المطلب الأول للمنهج التنازعي، وتطرقنا في المطلب الثاني لمنهج القواعد الموضوعية، أما المبحث الثاني موقف المشرع العراقي والمشرع الفرنسي من تكييف العقد الإلكتروني، وكان تقسمه إلى مطلبين، خصصنا المطلب الأول لموقف المشرع العراقي من تكييف العقد الإلكتروني، وبيّنا في المطلب الثاني موقف المشرع الفرنسي من تكييف العقد الإلكتروني، وختمنا بحثنا بمجموعة من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول
تكييف العقد الإلكتروني

البداية في هذا الموضوع تتمثَل في الطبيعة العالمية للإنترنت؛ إذ لا يمكن حصرُه في إقليم دولة معينة، أو في منطقة جغرافية محددة، أي إنه يتجاوز الحدود المعترف بها، ليجعل من الدول قرية واحدة بفضل ثورة المعلوماتية (information) بالتعاون مع ثورة الاتصالات؛ مما أدّى إلى إيجاد رابطة بين العقود الإلكترونية التي تُبرم في ظل نُظم قانونية مختلفة؛ ولهذا ارتفع عالياً صوت المنادِين بضرورة صياغةِ قانون لتنظيم التجارة الإلكترونية، مستقل عن القوانين المحلية أو الإقليمية، يتضمّن القواعد الواجب اتباعها لحل المنازعات التي تنشأ عن تفسير وتطبيق مضمون العقد الإلكتروني وشروطه.

هذا وأبرز المشاكل التي يثيرها إبرام العقد الالكتروني، هي مشكلة تحديد القانون الواجب تطبيقه على هذا الصنف من العقود، التي يكون فيها طرف أجنبي، مما يؤدي إلى الانتقال من التنازع الداخلي إلى التنازع الدولي، وبالتالي تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص من أجل حل الإشكاليات أو النزاعات المترتبة على هذه العقود، وحسب مقتضيات القانون الدولي الخاص نجده اعتمد لحل هذه الإشكالية على منهجين رئيسيين، وهما المنهج التنازعي، ومنهج القواعد المادية، سوف نتاولهما في مطلبين، خصصنا المطلب الأول للمنهج التنازعي، وتطرقنا في المطلب الثاني لمنهج القواعد الموضوعية.

المطلب الأول
المنهج التنازعي

يطرح كل نزاع معروض على القضاء مسألة الاختيار بين القواعد القانونية الواجبة التطبيق، وإذا كان هذا الاختيار بسيطاً في حالة نزاع داخلي، فإن الأمر يختلف إذا تعلق الأمر بنزاع دولي؛ حيث يتعين على القاضي أولا أن يحدد ضمن قواعد التنازع في الدولة القاعدة التي على ضوئها يتحدد النظام القانوني المختص، والذي قد يكون وطنياً أو أجنبياً، وهذه القواعد هي التي يصطلح عليها بقواعد الإسناد، أي أنها تسند العلاقة محل النزاع إلى قانون من القوانين المتزاحمة[1].

وهنا تلعب الإرادة أو الإسناد الشخصي دورها في تحديد القانون الواجب التطبيق، ويقصد بالإسناد الشخصي ذلك الإسناد الذي يأخذ من الإرادة أساسا له في تحديد القانون الواجب التطبيق، أي أنه يتم اختيار القانون الذي سيطبق على العقد من طرف المتعاقدين أنفسهم، والإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق تكون إما صريحة أو ضمنية وهذا ما نصت عليه المادة (155) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 بقولها:" 1-العبرة في العقود للمقاصد

([1]) أسماء واعظ، رسالة دبلوم ماستر بعنوان (الحماية المدنية لعقود التجارة الإلكترونية)، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، المغرب، 2011م، ص171.

والمعاني لا للالفاظ والمباني. 2-على ان الاصل في الكلام الحقيقة اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز" [1]، والإرادة هنا إما تكون صريحة أو ضمنية.

أولاً- الإرادة الصريحة:

تلعب الإرادة الصريحة دوراً في فض إشكالية تنازع القوانين؛ حيث يتفق الأطراف مسبقاً على القانون الواجب تطبيقه، وبالتالي يعرفون مسبقاً الجهة المختصة والقانون الواجب التطبيق، وهذا يعني أنه لا يطبق عليهم قانون آخر، وهذا يريح القاضي الذي سيعرض عليه النزاع من البحث عن القانون الواجب تطبيق؛ لكن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا الإطار هو هل حرية اختيار القانون الواجب التطبيق مطلقة أم ترد عليها بعض القيود؟

لقد انقسم الفقه في إلى اتجاهين اثنين[2]:

الأول- يقول بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد، ولو لم تكن له صلة به ما دام هذا الاختيار لا يتعارض مع النظام العام، ولا يشوبه غش نحو القانون.

الثاني- فقد قيد حرية الأطراف في اختيار القانون الذي سيطبق على عقدهم بأن يكون للقانون المختار صلة بالعقد الذي سيطبق علي، أما بخصوص العقد الإلكتروني الذي أبرم عن طريق الانترنيت، فإن بعض الفقه يذهب إلى أنه لا بد من توافر صلة بين العقد والقانون الذي سيطبق عليه.

ثانياً- الإرادة الضمنية:

إذا تخلفت الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار القانون الذي يرغبون في أن يطبق على عقدهم في حالة نزاع، فإن القاضي يحاول استنفاذ الإرادة الضمنية للأطراف من ظروف وملابسات العقد، ويمكن استخلاص الإرادة من خلال التقنية التي حرر بها العقد، وقد أشارت بعض التشريعات إلى مسألة كون العقد قد يكون ضمنياً، وهذا ما لاحضناه في نص المادة (155) من القانون المدني العراقي، والمادة (1305) من القانون الفرنسي لسنة 2018 بشأن القانون المدني[3].

هذا وتبقى الإرادة الأداة المثلى لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني وتفادي إشكالية التنازع، والإرادة بنوعيها تعرف قصوراً في احتواء مجال العقد الالكتروني بخصوص إشكالية تنازع القوانين، وهذا راجع إلى خصوصية هذا الأخير نظرا لصعوبة تحديد هوية الأطراف وإرادتهم وجدية التعاقد وإثبات العقد، ورغم هذه العراقيل فإن الإرادة تبقى الأداة المثلى لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني وتفادي إشكالية التنازع[4].

([1]) وهذا ما نصت عليه المادة (1305) من القانون الفرنسي لسنة 2018 بشأن القانون المدني بقولها:" قد يكون التعبير صريحاً أو ضمنياً في حالة عدم التوصل إلى اتفاق، يمكن للقاضي إصلاحه بالنظر إلى طبيعة الالتزام وحالة الأطراف".

([2]) د. أحمد زوكاغي، أحكام التنازع بين القوانين في التشريع المغربي، ط2، مطبعة الكرامة، الرباط، 2002م، ص26.

([3]) د. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009م، ص268.

([4]) د. خالد ممدوح إبراهيم محمد، رسالة دكتوراه بعنوان (إبرام العقد الإلكتروني)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005م، ص50.

المطلب الثاني
القواعد الموضوعية

أولاً- ماهية القواعد الموضوعية:

يمكن النظر إلى القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، باعتبارها مجموعة من القواعد القانونية الدولية والعادات والأعراف التجارية التي درج رجال الأعمال والتجارة على استخدامها واللجوء إليها، على اعتبار ان هذه القواعد والعادات والأعراف هي وليدة هذه العلاقات التجارية، وبالتالي يكون تطبيقها على منازعات هذه العلاقات أكثر تحقيقاً للعدالة من أي حلٍ آخر ، بما فيه الحل الذي يقدمه أعمال وتطبيق منهج قواعد الأسناد[1].

ومصادر القواعد الموضوعية باعتبارها أحد المناهج التي طرحت نفسها لتنظيم العلاقات الدولية الخاصة هي:

أ. **الاتفاقيات الدولية**: أن التطور الذي أصاب العلاقات الخاصة، لاسيما العلاقات التجارية دفع العديد من دول العالم إلى إبرام من الاتفاقات الدولية التي تتضمن قواعد موضوعية يتم اللجوء إليها لحل المنازعات القانونية ذات الطبيعة التجارية ، ومثال هذه المعاهدات تلك الخاصة بالنقل الجوي والبحري والاتفاقات المتعلقة بالشيكات وهي القواعد التي اصطلح الفقه على تسميتها بقواعد القانون الخاص الدولي تمييزاً لها عن قواعد القانون الخاص الدولي[2].

ب. القضاء الداخلي: كذلك يمكن اعتبار القضاء الداخلي في بعض الدول من أغزر المصادر التي تستسقي منها القواعد الموضوعية، ومن أبرز الأمثلة في هذا المجال إقرار القضاء الفرنسي لصحة شرط التحكم الوارد في عقد تجاري دولي رغم بطلان هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي، وكذلك ما قضى به نفس القضاء من صحة شروط الحماية النقدية التي تستهدف توقي مخاطر تغير سعر العملة متى كانت هذه الشروط واردة في عقد تجاري دولي في حين يعتبر هذا الشرط باطل بطلاناً مطلقاً إذا ورد في عق داخلي وذلك لمخالفته للنظام العام الفرنسي[3].

ت. العادات والأعراف الدولية: كذلك تدخل العادات والأعراف الدولية باعتبارها من أهم المصادر التي تتشكل منها القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، حيث أدى التطور في العلاقات التجارية إلى ظهور أعراف وعادات تجارية جرى المتعاملون على اتباعها واللجوء إليها بصورة مباشرة ، بحيث لم تعد العقود بينهم بحاجة إلى اخضاعها إلى نظام قانوني معين تفرضه أحدى الدول عن طريق قواعد الاسناد فيها أو يفرضه أتفاق دولي[4].

([1]) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2006م، ص241.

([2]) د. صادق زغير محيسن، بحث بعنوان (الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية)، منشور في مجلة جامعة ذي قار العلمية، المجلد العاشر، العدد الثالث، أيلول/ 2015، ص12.

([3]) د. أحمد صادق القشيري، بحث بعنوان (نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص)، نشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 1968م، ص17.

([4]) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين ، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971م، ص119.

وفي المجال الالكتروني يرى بعض الفقه أن القواعد الموضوعية في الانترنت وعملياتها هي كيان موضوعي خاص بالعمليات التي تتم عبر الانترنت، وتشكل مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للأنترنت وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات[1].

في ما عرفها البعض الآخر بأنها:" بأنها مجموعة القواعد التي تضع تنظيماً مباشراً أو خاصاً لروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الالكترونية تطلق عليها عدة تسميات لعل أدقها و أوسعها انتشارا القانون الدولي الخاص الالكتروني"[2].

ثانياً- مصادر القواعد الموضوعية في العقد الالكتروني:

لقد اختلف الفقه حول مصادر القواعد الموضوعية في العقد الالكتروني، فذهب البعض إلى أنه ليس لهذه القواعد استقلال عن القواعد التقليدية، وذهب البعض الآخر أي أنصار القانون الدولي الالكتروني إلى أن مصادره تتشكل من الاتفاقيات الدولية والأعراف والعادات الناشئة عن الممارسات التعاقدية، وكذا قواعد السلوك للعقود النموذجية الالكترونية والتوصيات الدولية، وسوف يتناولها الباحث على التوالي:

أ- الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية:

الثابت قانونا أن الاتفاقيات الدولية تعد أداة مهمة وفعالة في توحيد القواعد الموضوعية بين الدول الأطراف فيها، وبذلك تعد سبيلا للحد من نشأة ظاهرة تنازع القوانين، ولهذا يجب على الدول أن تتفق فيما بينها لتضع قانونا موحدا للمعاملات الدولية الالكترونية، وفي هذا الإطار فقد بذلت مجهودات كبيرة لتنظيم التجارة الالكترونية عن طريق تجميعه بنظام قانوني متماسك يعد ويصاغ بواسطة مجموعة دولية ذات سلطة واهتمام بالجوانب القانونية مثل منظمة الأمم المتحدة أو جمعية الانترنت الأمريكية، على أن تكون على نظام اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980[3].

ب- الأعراف والعادات الناتجة عن الممارسة المهنية:

ابتداءً لابد من التمييز بين العادة والعرف التجاري من خلال تعريف كل منهما؛ حيث تعرف العادة التجارية الإلكترونية بأنها سلوك أطرد المتعاملون في ميدان التجارة الإلكترونية، تجاراً أم مستهلكين، على القيام به في مسألة تجارية معينة من مسائل التجارة الإلكترونية، أما العرف التجاري الإلكتروني فهو يشتمل على تعريف العادة التجارية الإلكترونية مع تمتعها بعنصر الإلزام؛ لأنه متى أعتقد المتعاملون بالصفقات الإلكترونية بإلزامية سلوك معين، يصبح الأخذ به ملزم والإعراض عنه يترتب عليه جزاءً محدد؛ حيث ساهم العاملون في مجال التجارة الالكترونية تلقائياً في إرساء بعض القواعد الموضوعية للقانون الالكتروني ولعل من ابرز هذه القواعد، هي ما استقرت عليه الاوساط المهنية من عادات واعراف وممارسات في العالم الرقمي للمعلومات والاتصالات والتي

([1]) د. ضياء علي أحمد نعمان، المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الإلكتروني بالبطائق البنكية، دراسة مقارنة، ج2، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2010م، 392.

([2]) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م، ص110.

([3]) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007م، ص159.

تتميز بكونها ذات طابع تعاوني طائفي خاص بكل نوع من التعامل الذي يتم في هذا العالم الافتراضي كما في الاعراف والعادات السائدة في مجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات، وكذلك في مجال حماية الحياة الخاصة، وما يتعلق بشأن حماية المستهلك الالكتروني، اضافة الى الاعراف والعادات المتعلقة بشأن الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية[1].

أما بالنسبة لتطبيق عادات واعراف التجارة الإلكترونية، فأن الكثير من العادات قد تم تقنينها ، والبعض الآخر في طريقها الى التقنين , وذلك من خلال تضمينها في العقود النموذجية أوفي الشروط العامة الواردة في العقود اللازمة لمباشرة التجارة الإلكترونية أو تلك التي تم تقنينها من قبل هيئات أو المؤسسات الدولية على شكل قواعد سلوك، مما جعل هذه العادات ترقى الى مرتبة وسطى بين القاعدة الاتفاقية والقاعدة القانونية[2].

ت- قواعد السلوك:

تعد قواعد السلوك من المصادر المهمة للقواعد الموضوعية للعقود الالكترونية، ويرجع ذلك إلى أن تنوع المتعاملين مع شبكة الأنترنت يتعارض مع وضع تنظيم آمر محكم، وبهذه المناسبة تأتي ضرورة وجود قواعد السلوك التي تضمن حدا من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتعاملين والمستفيدين من التعامل في هذا العالم، وتتمثل أهمية هذه المبادئ في الأحكام التي تجرم استخدام الحاسب الآلي بإلحاق الأذى بالآخرين أو التدخل في العمل المعلوماتي أو استخدامه في السرقة أو انتحال مصنفات الغير أو التفتيش والبحث عن أرقام البطائق البنكية الخاصة بالآخرين[3].

ث- التوصيات الدولية:

أمام قلة الاتفاقيات الدولية في ميدان المعاملات الالكترونية، ظهرت بعض الأعمال الدولية التي تهدف إلى سد النقص، وهذه الجهات الدولية تلعب الدور الأكبر في ذلك، منها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الذي أصدرت القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في 11/ يوليو/ 1996[4].

وحقيقة إن مصادر القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية يعتريها نقص واضح خصوصا من حيث التباين في القوة الإلزامية التي تنطوي عليها، هذه القواعد نجد من بينها قواعد ملزمة للأطراف وحدها كالاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والتوجيهات الأوروبية وتوصيات أخرى غير ذات قيمة قانونية إلزامية يمكن القول بأنه نظام قانوني يفتقر للكمالية والاستقلال، بسبب عدم قدرته على الإحاطة بكافة المسائل التي يمكن أن يثور بشأنها النزاع بين المتعاقدين وإزاء هذا الوضع تظل الحاجة قائمة إلى المنهج التنازعي لسد النقص الذي يعتري هذا المنهج[5].

([1]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، بحث بعنوان (الانترنت والقانون الدولي الخاص، فراق ام تلاقي)، مقدم لمؤتمر الكمبيوتر والقانون والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، مايو/ 2000، ص17.

([2]) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص28.

([3]) د. ضياء علي أحمد نعمان، المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الإلكتروني بالبطائق البنكية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص396 .

([4]) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003م، ص19.

([5]) د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009م، ص217.

المبحث الثاني
موقف التشريع العراقي والتشريع الفرنسي من تكييف العقد الإلكتروني

تنهيد وتقسيم:

يخضع العقد الإلكتروني الدولي للقانون الذي يحدده الأطراف بإرادتهم، أو للموطن المشترك بين المتعاقدين، أو لقانون مكان إبرام العقد، وتلك هي القاعدة الأصلية التي تقررها النظرية العامة لتنازع القوانين في مجال العقود الدولية[1].

فالعقد الإلكتروني الدولي كقاعدة عامة يخضع لما يعرف بقانون إرادة المتعاقدين؛ حيث تعد إرادة الأطراف هي ضابط الإسناد في قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود الدولية[2]، ولكي تطبق هذه القاعدة على العقد الإلكتروني يجب توفر شروط معينة[3].

وإن فكرة خضوع العقد لقانون الإرادة فكرة قديمة ترجع للفقيه والمحامي (ديمولان)[4].

فحق المتعاقدين في اختيار القانون الذي يخضع له العقد الدولي يرد أساسه إلى مبدأ حرية التعاقد التي تخول المتعاقدين الحرية المطلقة في تنظيم اتفاقهم على النحو الذي يروه مناسباً، وهذا الإختيار وفق منظور النظرية الشخصية، هو اختيار مادي؛ لأنه يؤدي إلى اندماج القانون المختار ونزول أحكامه منزلة الشروط التعاقدية التي يستطيع المتعاقدان الإتفاق على خلافها، فيما تستند قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد الإلكتروني إلى قوة القانون الذي منح الإرادة هذا الحق بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي وهو مايعرف الإختيار التنازعي والذي تكلم عنه الباحث في المطلب الأول من هذا المبحث، ووفق منضور النظرية الموضوعية[5].

ولكن تبقى حرية الأطراف مقيدة فقناعة القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي مرهونة في أن لا يكون القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام والآداب في بلده، وبذلك ممكن أن يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون مكان إبرام العقد. وبذلك سوف يقسم الباحث هذا المطلب إلى فرعين، تناول في الفرع الأول موقف التشريع العراقي من التكييف القانوني للعقد الإلكتروني، وفي المطلب الثاني موقف التشريع الفرنسي من التكييف القانوني للعقد الإلكتروني.

([1]) د. خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2002م، ص73.

([2]) د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007م، ص19.

([3]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرةن دون سنة طبع، ص331.

([4]) د. فراس كريم شيحان، بحث بعنوان (أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية)، منشور في مجلة تكريت للحقوق، السنة الثامنة، العدد التاسع والعشرون، آذار/ 2016م، جمادي الآخر/ 1437هـ، العراق، ص228.

([5]) د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م، ص57.

المطلب الأول

موقف التشريع العراقي من التكييف القانوني للعقد الإلكتروني

عرّف المشرع العراقي العقد الإلكتروني في الفقرة (10) من المادة الأولى من القانون رقم (78) لسنة 2012 بشأن قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية على أنه:" ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية".

يلاحظ من خلال تعريف العقد الالكتروني أعلاه أنّ هذا العقد لايخرج من نطاق القواعد العامة لنظرية العقد التي حددها القانون المدني فالعقد حسب نص المادة (73) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 هو:" اقتران الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول من الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه".

بداية نقول أن المشرع العراقي قد بين أحكام العقد في القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 وذلك بنصه على قاعدة خاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الموضوع الفقرة الأولى من المادة (25) ، أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد أفردت قاعدة خاصة للعقار، وتطرق نفس القانون أعلاه في المادة (26) على العقد من حيث الشكل؛ كما أفرد قاعدة خاصة للزواج في المادة (19).

ونلاحظ على هذه النصوص أنه أتى بتعدد متدرج، فهناك إسناد أول يحل مكانه عند عدم توافره ضابط آخر؛ حيث أن صياغة النص قد قدمت الموطن المشترك للمتعاقدين، وتلاه محل آخر هو قانون الدولة التي أبرم بها العقد، في حين تلاه القانون المتفق عليه بين المتعاقدين، إلّا أن هذا التدرج لا يعني أنه لا يجوز تقديم وتأخير حسب التسلسل المار ذكره، بل التدرج حسب ما يمليه معنى النص، وهو إعطاء الاختصاص بالالتزامات التعاقدية أولاً إلى القانون المختار، وعند غياب الإرادة يصار إلى تطبيق قانون الموطن المشترك، وعند عدم وجود موطن مشترك للمتعاقدين، يصار إلى العمل بالضابط الثالث وهو محل إبرام العقد[1].

وجاء في الفقرة الأولى من المادة (19) من القانون المدني العراقي على أنه:" ....، أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو اذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين"، وهذا النص لا يختلف عن النصوص السابقة التي ذكرناها من حيث التدرج في ضابط الإسناد، بأن الشكلية في الزواج تخضع لقانون البلد الذي تم به الزواج، أو إلى قانون كل من الزوجين، أو القانون المشترك بينهما، وتلتها الفقرة الثانية من نفس المادة (19) بقولها:" ويسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزواج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال".

وسوف نتناول في هذا المطلب ضابط الإسناد على التدرج، ضابط إرادة المتعاقدين، ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين، ضابط المكان).

([1]) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1995م، ص151.

أولاً- ضابط إرادة المتعاقدين:

يخضع موضوع العقد للقانون الذي اختاره الأطراف صراحة، أو ضمناً، وهذه القاعدة معمول بها في مختلف الأنظمة القانونية، والمعاهدات الدولية[1].

وهذه الإرادة تحدد القانون الواجب التطبيق، الذي يحكم العلاقة العقدية بين الأطراف بإضافة بند خاص في بنود العقد الإلكتروني، وبالفعل جرى العمل على ذلك بقيام بعض المواقع بإضافة هذا البند في عقودها[2].

والأصل أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق وتحديده باتفاق صريح بين الأطراف، بتضمين العقد شرطاً صريحاً ينص على ذلك، أو باتفاق لاحق مستقل، وهذا التحديد يمثل عنصر أمان قانوني للأطراف، فهم يعرفون مقدماً القانون الواجب التطبيق على أي نزاع حول العقد المبرم بينهما[3].

والإرادة تكون صريحة بالنص عليها في سند العقد الإلكتروني، ويجب أن تكون هناك إمكانية بحفظ مضمونه على جهاز المتعاقد بصورة دائمة، تضمن السلامة حتى يمكن الاعتداد بهذا النص[4].

وقد لا يتم النص صراحة على القانون الواجب التطبيق في العقد، بل تترك الحرية لإرادة الأطراف عند حدوث نزاع بينهما، أو ضمناً تستقصي الإرادة من ظروف التعاقد، أو المحكمة المعروض عليها النزاع، أو لغة العقد، أو عملة الدفع وهذه مسألة تقديرية لقاضي الموضوع[5].

وإخضاع العقد لقانون الإرادة لا يزال الحالة السائدة فقهاً، وقضاءً، وتشريعاً، ويتعين قانون العقد بالإرادة الصريحة أو الضمنية، ويمكن للمتعاقدين إخضاع عقدهم لقانون دولة معينة، تعترف بصحة المعاملات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، أو تمكينهم من إخضاع عقدهم إلى عقد نموذجي معترف به في الأوساط التجارية، ويمكن للأطراف اختيار قانون يحكم العقد بجملته، واختيار قوانين أخرى تحكم بعض جوانبه، ولا يشترط لاختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق وجود صلة حقيقة بينه وبين موضوع العقد، وهذا الاختيار ينص على القواعد

([1]) يحيى يوسف فلاح، رسالة ماجستير بعنوان (التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007م، ص67.

([2]) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2005م، ص19.

([3]) د. سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص76.

([4]) د. صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص67.

([5]) د. بشّار طلال المؤمني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دارسة مقارنة، ط1، عالم الكتب، إربد، 2004م، ص253.

الموضوعية دون قواعد التنازع. وبالرغم من حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن ذلك مقيد بعدم تعارضه مع النظام العام[1].

ومن المعروف في القانون العراقي أن القانون الأجنبي وإن كان من إختيار الأطراف المتعاقدين وبإرادتهم، فهو لا يطبق إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب، وهذا مانصت عليه المادة (32) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 بقولها:" لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للآداب في العراق".

ثانياً- ضابط الموطن المشترك:

نصت الفقرة الأولى من المادة (25) من القانون المدني العراقي على أنه:" يسري على الالتزامات التعقادية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، ....."

فإذا لم يتفق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية المبرمة بينهم، وتعذر استخلاص الإرادة الضمنية لهم في هذا الشأن، فلا يكون ذلك مبرراً للقاضي العراقي بالامتناع عن الفصل في النزاع المعروض أمامه، وإلّا اعتبر منكرًا للعدالة، فيجب عليه أن يستعرض القوانين المتزاحمة لحكم النزاع، وعليه بذل الإجتهاد اللازم للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، بالاعتماد على ما قصده المعتاقدان، والقاضي هنا لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يلجأ إلى القرائن المستمدة من ظروف الرابطة العقدية، فإرادة القاضي تعيين القانون الواجب التطبيق عن طريق اللجوء إلى مؤشرات موضوعية تشير إلى القانون المرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد، ويقوم بعد ذلك بتعين هذا القانون عن طريق ضوابط معينة ومعلومة سلفاً للمتعاقدين كالموطن المشترك لهما[2].

وفي حال لم يتمكن القاضي من معرفة ضابط الموطن المشترك يلجأ إلى الاستعانة بلغة العقد، أو العملة المتفق عليها لدفع الثمن من خلالها، وإلى المبادئ العامة في حالة تنازع القوانين[3].

ثالثاً- ضابط المكان:

نصت المادة (26) من القانون المدني العراقي على أنه:" تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها"، كذلك جاء هذا النص بتدرج ضابط الإسناد؛ إذ قال أنه يسري على العقد من حيث الشكل قانون البلد الذي تم فيه [4].

وجدير بالذكر أن لموضوع تحديد مكان انعقاد العقد في البيئة الإلكترونية أهمية خاصة نظراً لتعلق المسألة بطبيعة الوسط الإلكتروني من جهة وبالصفة الدولية الغالبة على التعاملات التجارية الإلكترونية من جهة أخرى، مما يترتب على ذلك من آثار قانونية بالغة الأهمية كمعرفة

([1]) د. صالح المنزلاوي، لقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص289.

([2]) يحيى يوسف فلاح، رسالة ماجستير بعنوان (التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية)، مرجع سابق، ص68.

([3]) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص120.

([4]) د. علاء الدين محمد ذيب، تنازع القوانين في العقد الإلكتروني الدولي (دراسة مقارنة في القانون البحريني والمقارن)، مرجع سابق، ص263.

المحكمة المختصة مكانياً في حالة وجود أي نزاع[1]، حول العقد والقانون الواجب التطبيق في حالة التنازع الدولي بين القوانين[2].

والقاضي هنا لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يلجأ إلى القرائن المستمدة من ظروف الرابطة العقدية، فإرادة القاضي تعيين القانون الواجب التطبيق عن طريق اللجوء إلى مؤشرات موضوعية تشير إلى القانون المرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد، ويقوم بعد ذلك بتعين هذا القانون عن طريق ضوابط معينة ومعلومة سلفاً للمتعاقدين، كمكان إبرام العقد، أو تنفيذه، وفي حال لم يتمكن القاضي من معرفة ضابط المكان، كالموطن المشترك يلجأ إلى الاستعانة بلغة العقد، أو العملة المتفق عليها لدفع الثمن من خلالها، وإلى المبادئ العامة في حالة تنازع القوانين[3].

ونرى أنّ العقد الإلكتروني يتطلب تضافر الجهود على المستوى الدولي والإقليمي، في مسعى لوضع القواعد القانونية، التي تنظم هذه المعاملات بصورة لا تتعارض مع القواعد القانونية المختلفة، مع ضمان عدم إمكانية التحايل على القواعد الوطنية، وفي نفس الوقت مراعاة، الأنظمة القانونية، والاجتماعية، والاقتصادية المختلفة.

المطلب الثاني

موقف التشريع الفرنسي من تكييف العقد الإلكتروني

التزم المشرع الفرنسي بأحكام التوجيه الأوروبي رقم (7) لسنة 1997، والتوجيه الأوربي رقم (31) لسنة 2000؛ حيث أصدر الأمر رقم (741) لسنة 2002 المتعلق بالبيع عن بعد، الذي تولى فيه المشرع وضع مفهوم للعقد عن بعد من خلال إضافة المادة (121-16) إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي رقم (949-92) لسنة 1993 التي تضمنت تعريفاً للعقد عن بعد، والتي نصت على أنه:" تنطبق أحكام هذا القسم على كل بيع لمال أو أداء خدمة، ويبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف، بين مستهلك ومهني، والذين يستخدمان لأبرام هذا العقد، على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد"[4].

ويتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي عرّف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه للعقد عن بعد، وذلك لأن العقد الإلكتروني يتم بوسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الحديثة دون حضور مادي معاصر لأطراف العلاقة الودية، وقد تجسد هذا التعريف وتوسع في ظل القانون

([1]) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م، ص148.

([2]) د. عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بُعد، مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، بدون دار النشر 2005م، ص27.

([3]) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص120.

([4]) جاء نص المادة (121–6) من تقنين الاستهلاك الفرنسي كما يلي:

" Ies dispositions de Ia prêsente section, s'appliquent **â** tout vente d'une prestation de service conclude, sans prêsence physique simultanêe des parties, entre un exclusivement une ou plusieurs techniques de communication **â** distance".

الخاص بالتجارة الإلكترونية المسمى بقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الذي يحمل رقم (575) لسنة 2004[1].

والمشرع الفرنسي بمقتضى القانون رقم (230) لسنة 2000 المتعلق بإدخال تكنولوجيا المعلوماتية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني المعدل للقانون المدني الفرنسي، نص في مادته (1316) على أنه:" يشمل الإثبات بالكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة مفهومة أياً كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره"[2].

وعرفت المادة (14) من قانون التجارة الإلكترونية الفرنسي بأنه:" نشاط اقتصادي يقوم شخص من خلاله بتأكيد تبادل السلع أو الخدمات عن بعد بطريقة إلكترونية"، ويرى بعض الفقه الفرنسي، أن القانون أعطى تعريفات واسعة للعقد الإلكتروني، ويرجع الفقه بذلك على أن حداثة هذا القانون وتأثره بالتطور السريع لوسائل الاتصال الذي لا يقف عند حد معين[3].

ونصت المادة (1125) من القانون الفرنسي لسنة 2018 بشأن القانون المدني على أنه:" يمكن استخدام الطريقة الإلكترونية لإتاحة نصوص تعاقدية أو معلومات حول السلع أو الخدمات"[4].

وسوف نتناول في هذا المطلب ضابط الإسناد على التدرج، (ضابط إرادة المتعاقدين، ضابط الموطن المشترك، ضابط المكان).

أولاً- ضابط إرادة المتعاقدين: يلاحظ أنه في هذا الفرض يعتد بهذه الإرادة كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي؛ أي أنّ العقد يخضع للقانون الذي تختاره الأطراف المتعاقدة تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة المعروف في القانون الداخلي[5].

ويجد قانون الإرادة أساسه في الاعتبارات العملية التي يفرضها التنوع الهائل والمتعدد للمعاملات والعقود التي لا يمكن حصر أنواعها، ومن هنا وجب السماح للمتعاقدين باختيار القانون المناسب لهم والذي يتوافق مع طبيعة العلاقة التعاقدية[1].

([1]) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية العدد (143) في 22/ 6/ 2004، ص1168، منشور على الموقع الإلكتروني www.legifrance.gouv.fr زيارة الباحث لهذا الموقع 2/5/ 2018.

([2]) د. محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، دار الكتب القانونية، دار الشتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2008م، ص53.

([3]) د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005م، ص18.

([4]) ونصت المادة (1126) من نفس القانون على أنه:" يجوز إرسال المعلومات المطلوبة لإبرام عقد أو ما يتم إرساله أثناء تنفيذه بالبريد الإلكتروني إذا كان المرسل إليه قد قبل استخدام هذه الوسيلة".

([5]) بيار ماير، فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص،، ترجمة: عي محمود مقلّد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008م، ص641.

ويمكن للمتعاقدين أن يختاروا قانوناً ليحكم علاقتهم العقدية دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد، مثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الالكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 ابريل عام 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين، فينص هذا العقد في أحد بنوده على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، ونتيجة لذلك يمكن للمتعاقدين في مجال عقود التجارة الالكترونية أن يقدروا بحرية تامة إخضاع عقدهم لقانون دولة تقر بصحة التوقيعات الالكترونية دون اشتراط وجود أية صلة بين القانون المختار والعقد[2].

وهذا الاختيار لقانون محايد من جانب الأطراف دون استلزام توافر علاقة أو رابطة ، يعتبر تمشيا مع طبيعة هذا العالم الافتراضي، وإمكانية إطلاق حرية الأطراف في العقود الإلكترونية الدولية[3].

ثانياً- ضابط الموطن المشترك: يعتمد ضابط الاسناد هذا على الموطن المشترك لكلا طرفي العقد، فإن اتحدا موطنا، كان قانون الموطن المشترك هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة[4]، ويرجع الفضل في ظهور هذه القاعدة إلى الفقيه الفرنسي (ديمولان) في القرن السادس عشر[5].

ولكن يصعب تطبيق هذا الضابط على عقود التجارة الالكترونية؛ لأن التعامل عن طريق الانترنت يعتمد على العناوين الالكترونية وليس على العناوين الحقيقية ، وهذه العناوين لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي[1].

([1]) د. محمد وليد المصري، بحث بعنوان (العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة)، منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد العشرون، سنة 2004م، ص168.

([2]) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص383.

([3]) د. نبيل زيد مقابلة ، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص117.

([4]) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص333.

([5]) كان ذلك بمناسبة فتوى تتعلق بالنظام المالي للزوجين (دوجاني) تقدما له للفتوى في مدى امكانية تجنب القواعد العرفية السائدة في باريس، والتي كانا قد اتخذا موطناً لهما عند الزواج وقد أفتى (ديمولان) بإمكان تطبيق العرف السائد في باريس بوصفها الموطن المشترك لهما عند الزواج وحيث أن النظام المالي للزوجين هو عقد ضمني يجوز اخضاعه لقانون ارادة الزوجين وهو في حالتهما العرف السائد في باريس باعتبار أن ارادتهما انصرفت ضمناً إلى تطبيق القانون السائد في موطن الزوجية الأول. د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والشر، 1983م، ص255. د. فراس كريم شيحان، بحث بعنوان (أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية)، مرجع سابق، ص228.

وفي الحقيقة، أن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي من حيث تكوينه وأركانه باستثناء وسيلة التعاقد، ومن هذا المنطلق فإن العقود الإلكترونية تخضع مثلها مثل العقود الدولية لقانون الإرادة، ولكن في حالة عدم تحديد القانون المختص بحكم النزاع وتعذر تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، فإن التشريعات الحديثة ومنها التشريع الفرنسي بدأت تنادي بتطبيق قانون الموطن المشترك، كقواعد النصوص المتعلقة بالتجارة الإلكترونية بما لا يتعارض مع القواعد العامة التي استقرت عليها نظرية العقد[2].

ويختار القضاء الفرنسي تطبيق قانون المزود الإلكتروني أي قانون الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقدم السلع والخدمات عبر شبكة الأنترنت[3].

ثالثاً- ضابط المكان: لم يرد في التشريع الفرنسي أي نص خاص يبحث في مسألة مكان إبرام، لعقد عبر الوسائل التقنية ولا حتى في العقود التي تبرم بين غائبين، فجاء القانون المدني الفرنسي خاليا من أي نص يشير إلى هذه المسألة وحتى التعديل الذي ورد على بعض نصوص القانون المدني بموجب القانون(2/230) اقتصر على مسألة الإثبات والتوقيع الالكتروني ولم يرد فيه ما يفيد بتحديد مكان إبرام العقود[4].

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن النزعة الإقليمية والسياسية في هذا المشرع غالباً ما تتدخل لمحاولة التأثير على مشرعي الكثير من الدول بوضع قاعدة إسناد احتياطية تسلب الاختصاص من القانون الأجنبي لصالح تطبيق القانون الوطني[5].

فعلى سبيل المثال نصت الفقرة (14) من المادة (311) من القانون المدني الفرنسي على أنه:" تخضع البنوة لقانون جنسية الأم يوم ميلاد الطفل، أو لقانون جنسية الطفل في حالة جهالة الأم"، ولكن المشرع الفرنسي أورد استثناء مهم على هذه القاعدة التي تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي أو قانون أجنبي تبعاً لجنسية الأم أو الطفل، وهذا الاستثناء جاء في الفقرة (15) من

([1]) د. يوسف العلي، بحث بعنوان (مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت)، مقدم للمؤتمر الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 26 – 28/ إبريل/ 2003، ص240.

([2]) د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008م، ص246.

([3]) د. محمد فواز المطلقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2006م، ص129.

([4]) القانون رقم 230 الصادر في 13 مارس لسنة 2000 بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني، منشور في الجريدة الرسمية الفرنسية، العدد (62) بتاريخ 14/ مارس/ 2000، ص3968، منشور في موقع وزارة العدل الفرنسية الإلكتروني http:// www. Justice. Gouv.Fr تاريخ زيارة الباحث لهذا الموقع 2018/5/2.

([5]) د. عوض الله، شيبه الحمد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977م، ص340.

نفس المادة أعلاه بقولها:" ترتب الحالة الظاهرة آثارها المقررة في القانون الفرنسي إذا كان للطفل الشرعي ووالديه أو الطفل الطبيعي وأحد أبناءه إقامة عادية في فرنسا"، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد زاد من حالات تطبيق القانون الوطني الفرنسي على حساب القانون الأجنبي[1].

ولكن القضاء الفرنسي يعتد بمكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذي يحكم العقد حال عدم اختيار الأطراف لهذه القانون ، ومع ذلك فإن إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد محل إبرام العقد يصعب تحقيقه في مجال عقود التجارة الالكترونية التي تتم عن طريق الانترنت[2].

وبذلك فإن القضاء الفرنسي[3]، يعتبر أن العقد الذي تم إبرامه في مكان تصدير القبول، فهذا المكان هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، ويرى مؤيد هذا الرأي بأن تطبيقه على العقود المبرمة بواسطة الانترنت لا يكون المكان سهل التحديد ولا القانون الواجب التطبيق، إذا كان الموجب والقابل لا يقيمان في ذات الدولة، وهو ما يشكل حسب ما يسميه البعض بـ(تنازع الأمكنة)[4].

وبذلك إذا لم إذا يفصح أطراف العقد عن رغبتهم في اختيار تطبيق قانون معين، وتعذر تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة فنكون بصدد تطبيق قاعدة قانون مكان إبرام العقد ويتطلب ذلك تعيين هذا المكان، ولا توجد أي صعوبة في تعيينه إذا كان التعاقد بين حاضرين بخلاف ما إذا كان التعاقد بين غائبين قد تم بين غائبين فإن المشرع الفرنسي أخذ بنظرية العلم بالقبول؛ أي أنّ التعاقدمابين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك[5].

([1]) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص156.

([2]) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص228.

([3]) Guichard (s), Hari chaux (m) et bourdonnet (r) internet pour le droit, éd mante respect, 1999.p.210.

([4])GUILLEMARD Sylvette, Le Droit international Privé Face Au Contrat De Vente Cyber spatial, Thèse de doctorat, faculté des études supérieures de l'université LAVAL,QUEBEC et l'université PATHEON-ASSAS, Paris II janvier 2003, P.256.

([5]) أنظر: يوسف مسعودي، بحث بعنوان (القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني)، المركز الجامعي، تمنراست، ص150. منشور على الموقع الإلكتروني https://manifest.univ-ouargla.dz/documents/Archi تاريخ زيارة الباحث لهذا الموقع 2018/5/3.

الخاتمة:

بعد الإنتهاء من بحثنا المتواضع هذا توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات أهمها:

اولاً-النتائج:

1- عرف الفقه العقد الإلكتروني من خلال رسالة بيانات إلكترونية بأنه، معلومات الكترونية ترسل أو تستلم بوسائل الكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه.
2- إنّ أبرز المشاكل التي يثيرها إبرام العقد الالكتروني، هي مشكلة تحديد القانون الواجب تطبيقه على هذا الصنف من العقود، التي يكون فيها طرف أجنبي، مما يؤدي إلى الانتقال من التنازع الداخلي إلى التنازع الدولي، وبالتالي تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص من أجل حل الإشكاليات أو النزاعات المترتبة على هذه العقود.
3- يتعين قانون العقد الإلكتروني بالإرادة الصريحة أو الضمنية، ويمكن للمتعاقدين إخضاع عقدهم لقانون دولة معينة، تعترف بصحة المعاملات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، أو تمكينهم من إخضاع عقدهم إلى عقد نموذجي معترف به في الأوساط التجارية، ويمكن للأطراف اختيار قانون يحكم العقد بجملته، واختيار قوانين أخرى تحكم بعض جوانبه، ولا يشترط لاختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق وجود صلة حقيقة بينه وبين موضوع العقد.
4- إن القاضي في العقد الإلكتروني لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يلجأ إلى القرائن المستمدة من ظروف الرابطة العقدية، فإرادة القاضي تعيين القانون الواجب التطبيق عن طريق اللجوء إلى مؤشرات موضوعية تشير إلى القانون المرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد، ويقوم بعد ذلك بتعين هذا القانون عن طريق ضوابط معينة ومعلومة سلفاً للمتعاقدين، كمكان إبرام العقد، أو تنفيذه، وفي حال لم يتمكن القاضي من معرفة ضابط المكان، كالموطن المشترك يلجأ إلى الاستعانة بلغة العقد، أو العملة المتفق عليها لدفع الثمن من خلالها، وإلى المبادئ العامة في حالة تنازع القوانين.

ثانياً-التوصيات:

1- نوصي المشرع العراقي باستحداث بعض القواعد الخاصه التي تتناسب مع التقنيات الحديثة والوسائل الالكترونية في التعاقد؛ لأنه لو تركت الى القواعد العامه فان هذه القواعد يجب أن تطور بعض التي حتى لاتتعارض والطبيعه الخاصة للعقود الالكترونية.
2- نقترح على المجتمع الدولي صياغه اتفاق دولي خاص يوفر من خلاله نظام قانوني قادر على حل النزاعات التي قد تنشأ بشأن التعاقد في حال وجود نزاعات بين اطراف ينتمون لاكثر من دوله حتى يكون من السهل تحديد القانون الواجب والتطبيق والمحكمة المختصة في نظر النزاع.
3- نقترح على المشرع العراقي بضرورة ايراد نص خاص يُحدد من خلاله العقوبات التي يستحقها كل من يسيء أو يستغل العقد الالكتروني وبالشكل الذي ينسجم مع الآليات والأحكام المنصوص عليها في قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

المراجع:

اولاً- الكتب القانونية:

1- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
2- د. أحمد زوكاغي، أحكام التنازع بين القوانين في التشريع المغربي، ط2، مطبعة الكرامة، الرباط، 2002م.
3- د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
4- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م .
5- د. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م.
6- د. بشّار طلال المؤمني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دارسة مقارنة، ط1، عالم الكتب، إربد، 2004م.
7- د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1995م.
8- د. خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2002م.
9- د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008م.
10- د. سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
11- د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م.
12- د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2006م.
13- د. ضياء علي أحمد نعمان، المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الإلكتروني بالبطائق البنكية، دراسة مقارنة، ج2، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2010م.
14- د. عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010م.
15- د. عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بُعد، مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، بدون دار النشر، 2005م.
16- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007م.
17- د. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009م.
18- د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007م.
19- د. عوض الله، شيبه الحمد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977م.
20- د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2005م.
21- د. محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، دار الكتب القانونية – دار الشتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2008م.
22- د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005م
23- د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003م.
24- د. محمد فواز المطلقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2006م.
25- د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م.
26- د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2009م.
27- د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971م.
28- د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1983م.

ثانياً- الكتب المترجمة:

29- بيار ماير، فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة: عي محمود مقلّد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008م.

ثالثاً-الرسائل العلمية:

30- أسماء واعظ، رسالة دبلوم ماستر بعنوان (الحماية المدنية لعقود التجارة الإلكترونية)، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، المغرب، 2011م.

31- د. خالد ممدوح إبراهيم محمد، رسالة دكتوراه بعنوان (إبرام العقد الإلكتروني)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005م.

32- يحيى يوسف فلاح، رسالة ماجستير بعنوان (التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007م.

رابعاً-المجلات والدوريات العلمية:

33- د. أحمد صادق القشيري، بحث بعنوان (نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص)، نشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 1968م.

34- د. صادق زغير محيسن، بحث بعنوان (الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية)، منشور في مجلة جامعة ذي قار العلمية، المجلد العاشر، العدد الثالث، أيلول/ 2015.

35- د. فراس كريم شيحان، بحث بعنوان (أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية)، منشور في مجلة تكريت للحقوق، السنة الثامنة، العدد التاسع والعشرون، آذار/ 2016م، جمادي الآخر/ 1437ه.

36- د. محمد وليد المصري، بحث بعنوان (العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة)، منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد العشرون، 2004م.

خامساً-المؤتمرات والندوات:

37- د. أحمد عبد الكريم سلامة، بحث بعنوان (الانترنت والقانون الدولي الخاص، فراق ام تلاقي)، مقدم لمؤتمر الكمبيوتر والقانون والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، مايو/ 2000.

38- د. يوسف العلي، بحث بعنوان (مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت)، مقدم للمؤتمر الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 26 – 28/ إبريل/ 2003.

سادساً-التشريعات والقوانين:

39- الأمر الفرنسي رقم (741) لسنة 2001 المتعلق بالبيع عن بعد .

40- تقنين الاستهلاك الفرنسي رقم (949-92) لسنة 1993م.

41- التوجيه الأوربي رقم (31) لسنة 2000م.

42- التوجيه الأوروبي رقم رقم (7) لسنة 1997م.

43- العقد النموذجي للتجارة الالكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 ابريل سنة 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين.

44- القانون الفرنسي الخاص بالتجارة الإلكترونية المسمى بقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي رقم (575) لسنة 2004م.

45- القانون الفرنسي رقم (230) لسنة 2000 المتعلق بإدخال تكنولوجيا المعلوماتية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني.

46- القانون الفرنسي رقم (230) لسنة 2000 بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني.

47- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م.

48- القانون العراقي رقم (78) لسنة 2012 بشأن قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية

49- قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996م.

سابعاً- الاتفاقيات الدولية:

50- اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980م.

ثامناً- المراجع الأجنبية:

51- Guichard (s), Hari chaux (m) et bourdonnet (r) internet pour le droit, éd mante respect, 1999.

52- GUILLEMARD Sylvette, Le Droit international Privé Face Au Contrat De Vente Cyber spatial, Thèse de doctorat, faculté des études supérieures de l'université LAVAL,QUEBEC et l'université PATHEON-ASSAS, Paris II janvier, 2003.

تاسعاً-المواقع الإلكترونية:

53- http:// www.legifrance.gouv.fr

54- http:// www. Justice. Gouv.Fr

55- https://manifest.univ-ouargla.dz/documents/Archi