مدلولات تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني في ضوء أحكام التشريع الأردني

Implications of determining the applicable law on the electronic international contract in the light of the provisions of Jordanian legislation

محمد نائل أبو قلبين*

باحث قانوني، الأردن، Mohammad.abuqalben@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2021/01/19 تاريخ القبول: 2021/02/21

الملخص:

تناولت الدراسة مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الإلكترونية، وذلك وفقاً لمدلولات ضوابط الإسناد المتعارف عليها أي في حال تلاقت الإرادة التعاقدية على تحديد قانون معين ودراسة مدى إمكانية الأخذ بالإرادة في التشريع الأردني، وفي حال سكوت الإرادة التعاقدية عن تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لمعايير القانون الدولي الخاص كضوابط الإسناد التقليدية الجامدة منها والمرنة، ومدى إمكانية انطباقها على العقد الدولي الإلكتروني ونقدها وفقاً لمنهجية أكاديمية، كما وتبيان موقف المشرع الأردني في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق بالتدرج التشريعي الذي أخذ به، وفي الخلاصة تبين إن المشرع الأردني كان قد احترم الإرادة، وفي حال غيابها ينطبق معيار مكان صدور القبول حال تعذر انطباق المعايير الجامدة كضوابط (الموطن والجنسية المشتركة) (مكان إبرام وتنفيذ العقد)، وبالرغم مما سبق يتضح بأن التشريع الأردني مازال قاصراً على أن يلائم كافة أشكال هذه العقود الدولية الإلكترونية وعليه اقترح الباحث أن يأخذ المشرع بمعيار مختلف كمعيار الأداء المميز في الإسناد المرن.

الكلمات المفتاحية: التعاقد الإلكتروني؛ التعاقد الدولي؛ القانون الواجب التطبق؛ الإرادة التعاقدية؛ ضوابط الإسناد.

Abstract:

The study addressed the issue of determining the Law applicable to electronic international contractes in accordance with the implications of the support officers such as the contractual will as soon as they meet and the extent to which they can be introduced in Jordanian legislation, and in other measures the silence of the will as the traditional rigid and flexible support officers, and the extent to which they can be applied and criticized according to an academic methodology, as the position of the Jordanian legislator was indicated, and in summary shows that the Jordanian legislator respected the will In the absence of it، the standard of place of acceptance is applied، and in this regard the researcher suggested that the legislator take the standard of flexible attribution.

Keywords: *electronic contracting ; international contracting ; applicable law ; contractual will ; attribution officers.*

* المؤلف المراسل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة:

أصبح لا يخفى بأننا اليوم نعيش عصر تزدهر فيه العولمة والتي أدت بدورها إلى انفتاح العلاقات ما بين الأشخاص في مختلف الدول، الأمر الذي أفضى إلى خلق حيز واسع الأفق من إتاحة المجال التعاقدي ما بين أطراف دول مختلفة، ومع زيادة انتشار تلك العلاقات فمن الطبيعي أن ينشأ العديد من النزاعات التعاقدية ما بين أطراف العلاقة، الأمر الذي دعا الفقه للسعي إلى لإيجاد ضوابط إسناد يتم الاستناد إليها حال حصول النزاع ما بين الأطراف في العقد، وذلك إما من خلال تكييف العقود بناءً على ضوابط الإسناد التقليدية، أو الخروج بقواعد إضافية ملائمة لإيجاد الحلول الأكثر تناسب لمثل تلك الحالات.

ونظراً للطبيعة الخاصة لتلك الطائفة والخصائص التي تميزها عن غيرها من الطوائف العقدية فإن الإحكام القانونية التي تنظمها مختلفة أيضاً وذلك لاحتمالية عدم تبعية أطراف العقد لذات النظام القانوني الواحد، ووجودهم بِدُوَل مختلفة، والنزاعات التعاقدية أمر محتمل بكل عقد فالإشكالية تثور حول النظام القانوني الذي ستتبع له تلك العلاقة والاختصاص القضائي الذي ينظر لتلك النزاعات، علماً بأن المشرع الدولي لم يضع لمثل تلك الحالات ضابط إسناد واضح، وتركها لقواعد الدولي الخاص والتي تُعْتَبَر مصدراً رسمياً ثانوياً من مصادر القانون الدولي الخاص بعد غياب العرف عن معالجة تلك المشكلات، الأمر الذي دعا لاختلاف المذاهب التي تتبعها الدول، فللعقد الإلكتروني الدولي ذو الصفة الإلكترونية أحكاماً قد لا يتم لمسها إلا إذا ما توسعنا في حكمها وهو الأمر الذي دعا الباحث لأن يدأب في دراسة والقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الإلكترونية وفقاً للمدلولات الإسنادية المتعددة.

مشكلات الدراسة :

1- إن مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني تُعتبر مثاراً للنقاش ما بين الفقهاء ومجالاً خصباً للباحثين وذلك لتعدد المذاهب التي يتم الإسناد على أساسها، ولطالما كانت ضوابط الإسناد التقليدية لا تصلح لكافة أشكال العقود الدولية الإلكترونية، الأمر الذي يجعل الوضع التشريعي متخبطاً في اختيار القانون الواجب التطبيق، علاوةً على إن القانون الواجب التطبيق في المجتمع القانوني الأردني غالباً ما يتم التطرق إليه من خلال نص المادة (101) بشكل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مباشر من القانون المدني دون إلقاء بالاً لنصوص المواد التي تُعتبر حالات سابقة على إعمال تلك المادة حال انطباق أحكامها كما ورد في المواد (1/20) و (21) من ذات القانون.

2- ما زال موقف المشرع الأردني يتمسك بضوابط الإسناد التقليدية والتي لا يمكن لها وملائمة كافة أشكال العقود.

3- يتعلق الموضوع محل الدراسة بأكثر من تصنيف قانوني، حيث إنه يجمع القانون التجاري (قانون المعاملات الإلكترونية) مع القانون الدولي الخاص.

أهمية الدراسة :

تتلخص أهمية الدراسة بدراسة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الإلكترونية من حيث إن العلاقات التعاقدية الإلكترونية هي حديث كل ساعة في الزمن الراهن وذلك نظراً لازديادها بشكل مستمر، واختلاف أشكالها بشكل أكبر عن السابق، الأمر الذي دعا الباحث لإثارة أبرز المشكلات التي تتعلق بتلك المسائل وتبيانها.

بالإضافة إلى أن النزاعات التعاقدية هي أمر دائم الحدوث فتلك العقود ذات الطبيعة المميزة والمختلفة تحتاج لتبيان الأحكام التي تعمد إلى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها بصورة مفصلة وموضحة لجوانب الاستناد الذي أخذت به الدول لعلاج تلك الإشكالية، كما وتكمن أهمية بالغة لتلك الدراسة في تنظيم أحكام التشريع الأردني في القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني بآلية لم يتم التطرق إليها سابقاً بذات التفصيل " بحدود علم الباحث ".

أهداف الدراسة :

1- تبيان دور الإرادة التعاقدية في تحديد القانون الواجب التطبيق، صراحةً وضمناً.

2- دراسة دور أحكام ضوابط الاسناد التقليدية (الإسناد الجامد) في تحديد القانون الواجب التطبيق ومدى انطباقها على تلك العقود، بناءً على قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركه بالإضافة إلى قانون مكان إبرام ومكان تنفيذ العقد.

3- دراسة دور أحكام ضوابط الإسنادة المرنة (الاسناد المرن) في تحديد القانون الواجب التطبيق ومدى إنطباقها على تلك العقود، بناءًا على معيار الأداء المميز للعقد.

4- بيان موقف المشرع الأردني من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني وتنظيم الأحكام التي سنها المشرع.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تساؤلات الدراسة :

1- ما دور الإرادة التعاقدية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني صراحةً وضمناً؟

2- ما دور الإسناد التقليدي (الجامد) في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني، وما مدى انطباقها على تلك العقود، بناءً على قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركية بالإضافة إلى قانون مكان إبرام ومكان تنفيذ العقد؟

3- ما دور الإسناد المرن في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني، وما مدى انطباقها على تلك العقود،بناءً على معيار الأداء المميز للعقد؟

4- ما هو موقف المشرع الأردني من القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني، وما التنظيم القانوني لتلك الأحكام في التشريع الأردني؟

منهجية الدراسة :

تعددت مَنَاحي الدراسة من خلال سيرها نحو وصف النصوص القانونية والتنظيم القانوني لضوابط الإسناد التي تعمل على تحيد القانون الواجب التطبيق، وتحليل تلك النصوص وتبيان أحكامها وتفصيلها لجعلها واضحة للقراء، كما وانتهجت مبدأ القراءة النقدية لتلك النصوص ولتلك الأحكام القانونية والفقهية، وبهذا تكون منهجية الدراسة تأخذ شكل المنهج الوصفي والتحليلي، والمنهج النقدي في سبيل معالجة كافة إشكاليات الدراسة، وعليه فإن هيكلية الدراسة ستكون على الشكل التالي:

المحور الأول: مفهوم العقد الدولي الإلكتروني

المحور الثاني: مدلول الإرادة التعاقدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني.

المحور الثالث: مدلول الضوابط الجامدة (الإسناد الجامد) في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني .

المحور الرابع: مدلول الضوابط المرنة (الإسناد المرن) وموقف المشرع الأردني من القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المحور الأول: مفهوم العقد الدولي الإلكتروني

من المتضح لنا بأن العقد الدولي الإلكتروني هو عبارة عن مزيج ما بين نوعين من العقود، أي ما بين العقد الدولي وما بين العقد الإلكتروني، ولكي نشرع في تبيان مفهوم هذا العقد لا بد والانطلاق من تعريف كلا العقدين على حدا ومن ثم جمعهما في تعريف يوحد أرضيتهما المشتركة في ماهية جامعة لهما وذلك لنصبح في صدد عقد دولي إلكتروني.

أولا: التعريف بالعقد الإلكتروني

من خلال إستقراء القوانين الناظمة للعقد الإلكتروني سواء في الدرجة الخاصة كقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015، أو في درجة عامة كالقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، سنجد بإن المشرع لم يتطرق إلى إيجاد تعريف لتلك الأنواع من العقود، رغم إنه كان قد عرفها في قانون المعاملات الإلكترونية رقم (85) لسنة 2001 السابق والذي تم الإستعاضة عنه في القانون رقم(15) لسنة 2015على إن العقد الإلكتروني هو " الإتفاق الذي يتم إنعقاده بوسائط إلكترونية "[1] إلا أن القانون البديل لم يبقي على ذات التعريف ولم يستبدله.

ونظرا لسكوت المشرع عن التعريف، وانتشار تلك الأنواع من العقود وأهمية وجودها قد دأب لفقه لإيجاد العديد من التعريفات، ومنها هو العقد الذي يتم انعقاده وإبرامه عبر شبكة الإنترنت، إلا أن هذا التعريف اقتصر تلك العقود على شبكة الإنترنت وضيق من أفق الوسائل الأخرى كالفاكس والتلكس، ويلاحظ بأنه من طوائف التعريف بِنَاءًا على وسيلة الانعقاد.

ومن جهة أخرى عُرف العقد الإلكتروني على أنه التعاقد الذي ينطوي على مبادلة الرسائل والتواصل ما بين البائع والمشتري وفقاً لصيغ معدة مسبقاً ومعالجة بشكل إلكتروني، وترتب التزامات تعاقدية ولنا أن نلاحظ بأن هذا التعريف قد اقتصر على شكل الإذعان بالعقود الإلكترونية وتناسى العقود الإلكترونية التي تأخذ بشكل المساومة، كما وأشترط المبادلة والتواصل ما بين البائع والمشتري وهو ما يعد قاصراً على أن يشمل العقود التي تتم عبر شراء الأشخاص خلال الموقع الإلكتوني الذي يتم فور الضغط على أيقونة الشراء.

وفي هذا الصدد يقترح الباحث التعريف التالي: العقد الإلكترونية هو عبارة عن تقديم إيجاب يلاقيه قبول في إنشاء علاقة تعاقدية، وذلك عبر وسيلة إلكترونية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: مفهوم العقد الدولي

تعد مسألة تعريف العقد الدولي مسألة شائكة، وذلك لاختلاف المعايير التي تجعل من هذا العقد دولياً على حد اعتبارها، فلحتا نستسيغ تعريف العقد الدولي لا بد والولج إلى المعايير التي نلجئ بتعريف العقد الدولي على عمادها، وهي المعايير التالية:

1- المعيار القانوني: وهو المعيار الذي يُعتد باعتبار العقد الدولي إذا ما اشتمل العقد على طرف أجنبي، أو اختلط في عدة أنظمة قانونية، وذلك يظهر خلال العديد من العناصر، منها العناصر الشخصية كالجنسية أطراف العلاقة التعاقدية، ومنها ما هو موضوعي كمكان الإبرام أو التنفيذ للعقد أو محل الإقامة والموطن[2].

2- المعيار الاقتصادي: وهو المعيار الذي يقوم على مبادئ أساسية، كوجود ارتباط وثيق بصالح التجارة العالمية، وكانتقال البضائع عبر الحدود لتتخطى جغرافيات الإقليم التي أنشئت فيه، وتجاوز نطاق الاقتصاد الوطني وامتزاجه بالاقتصادات الدولية الأخرى.

3- المعيار المزدوج: وهو المعيار الذي يبحث في دمج المعيارين القانوني والاقتصادي للقيام باعتبار العقد هو عقد دولي، أيان يكون العقد مقترناً بأكثر من نظام قانوني أو مُتَّصِلاً بِطَرَف أجنبياً على أن يرى في عنايته مصالح التجارة العالمية، وهو المعيار الذي يُعد الأسلم من الناحية النظرية والعملية.

وعلى ما سبق لنا أن نلخص بأن العقد الدولي هو العقد الذي يقترن في أكثر من نظام قانوني أو يشمل طرفاً أجنبياً، كما ويراعي مصالح التجارة العالمية. أما عن تعريف العقد الدولي الإلكتروني، يمكن أن نستخدم ذات التعريف أعلاه مع إضافة عبارة "باستخدام وسائل الإلكترونية".

المحور الثاني: مدلول الإرادة التعاقدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني

مضمون مبدأ تلاقي الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق يستسيغ منطلقه على أساس اتفاق الأطراف في العلاقة التعاقدية على تحديد قانون واجب للتطبيق حال حدوث نزاع تعاقدي، كما ولهم بمنطلق الحرية الكاملة لاستبعاد القانون وجعل الاتفاق خاضعاً إما لمبادئ القانون أو الأعراف التجارية وذلك دونما تجاوز لحدود النظام العام والآداب العامة[3]، ويأخذ هذا المدلول شكلين من الاتفاق وهم الصريح وهو الاتفاق الذي يُعبر عنه الأطراف من منطلق إرادتهم بطريقة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واضحة ومباشرة إما بالقول أو الكتابة وبطريقة لا تقبل شكاً في شأن تحديده، وأما الضمني فهو الذي يمكن الاستدلال عليه من الظروف المحيطة بالعقد، الأمر الذي سبق للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[4] تبيانه، وبالرغم من إن تلك المبادئ سارت نحو تنظيم أحكام العقد الدولي التقليدي إلا أن ولمواكبة التطور ووحدة الأحكام وعدم الاختلاف إلا بمكان الانعقاد فإن ما ورد بالمذكرة الصادرة عن اللجنة ينطبق على العقود الدولية الإلكترونية، وعليه سيتم تبيان هاذين الشكلين وتوضيح ماهيتهما ودورهما في تحديد القانون الواجب التطبيق بالاستناد لمدلول الإرادة.

أولا: الإتفاق الصريح على قانون الواجب التطبيق

الاتفاق الصريح هو الاتفاق الذي يرد بناءً على الإرادة المباشرة والواضحة ما بين أطراف العقد، وقد يرد إما عبر مقدم الإيجاب ويوافق عليه مقدم القبول أو يكون العكس، وقد يكون وليد الاتفاق الذي جرى أثناء المساومة والنقاش والاتفاق على شروط العقد، فكما للأطراف الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل القانون الدولي التقليدي فلهم ذلك في العقد الدولي الإلكتروني وهو الأمر الذي يمكن استنتاجه من نص المادة (1/20)[5] من القانون المدني الأردني، ويستوي أن يتم الاختيار للقانون الواجب التطبيق أثناء فترة النقاش أو المساومة في العقود التي تأخذ شكل المساومة أو إدراجها شرطاً من أحد الأطراف في بنود العقد، أو إيرادها بشكل نموذجي بالعقد المعد سابقاً من طرف البائع أو مقدم الخدمة في العقود التي تأخذ شكل الإذعان.

علماً إن شرط اختيار قانون واجب التطبيق على العقد لا بد وأن يستوفي متطلباته الموضوعية وعليه اِعْتَبَرَ الاتفاق صحيحاً [6]، وغالباً ما تحديد صحة موضوعية هذا الشرط وفقاً للقانون الذي يتم تعينه ليُنظم أحكام العقد[7]، فبموجب الإرادة الصريحة للمتعاقدين يجوز للأطراف أن يتفقوا على أن يكون القانون الواجب التطبيق أما على كامل العقد أوما على جزء منه أو من أثاره على أن تكون الأجزاء الأخرى تتبع لقانون آخر يتم بموجب الاتفاق أيضاً، ولذلك أهمية بالغة من أجل حماية مصالح الأطراف التجارية[8]، وقد أكدت مذكرة مبادئ اختيار القانون المطبق على العقود التجارية الدولية لسنة 2015، في نص المادة (2/2)[9] منها على حرية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد سواء أكان هذا الاتفاق يشمل جميع أجزاء العقد، أم أن يتم تجزئة شروط العقد لأنظمة قانونية مختلفة بناءً على إرادة أطراف العلاقة التعاقدية .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالرغم من إن للأطراف في العلاقة التعاقدية أن يختاروا القانون الواجب التطبيق إلا أن الفقه القانوني[10] يرى وهو رأي محل تسليم من قبل الباحث، بأن القانون الواجب التطبيق وفقاً لإرادة المتعاقدين لا بد وأن تربطه بالعقد الذي ينظم أحكامه صلة معينة، كأن يكون وفقاً لجنسية أحد الأطراف أو موطنه، أو مكان نفاذ أثر العقد، أو أي صلة وثيقة، ودون وجود تلك الصلة يُصار إلى عدم اعتبار القانون الذي وقع عليه الاختيار وتطبيق القانون من قبل القاضي الناظر في النزاع وفقاً لقواعد الإسناد الاحتياطية[11].

وعليه فإن للبحث في تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لمدلول إرادة المتعاقدين في الاتفاق الصريح لابد والبحث في طريقة اختيار القانون، ومدى إمكانية اختيار أكثر من قانون على أجزاء مختلفة من العقد، ومدى صحة شرط الاختيار للقانون الواجب التطبيق، وإذا ما كان يرتبط العقد بصلة في القانون الذي وقعت عليه الإرادة أم لا.

ثانيا: الإختيار الضمني في قانون الواجب التطبيق

يجدر بالذكر بأن انتفاء الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق ليس بالضرورة لأن يُنهي إرادة الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق، بل تم بالمقام الأول الالتفات إلى ما يُسمى بالاتفاق الضمني وهو الاتفاق الذي يصدر من أحد الأطراف أو من كليهما بواسطة ما يدل على قانون واجب للتطبيق وما يمكن استنباطه والاستدلال عليه من ظرف العقد وحالات التعاقد ما بين أطراف العقد، وبالرغم من الاعتداد بالاتفاق الضمني من خلال عدة معايير ودلائل، إلا إنه لا مجال لإعمال الاتفاق الافتراضي أي أن يتم التحديد وفقاً للقانون الذي كان الطرفين سيختارونه دونما أن يتم الاسترشاد بالظروف المحيطة بالعقد، وذلك لأن الأمر قد يواجه العديد من النقاشات والمفاوضات ما بين الأطراف، ومن تلك والمعايير والدلائل التي يتم أخذها بالحسبات للاستدلال على الاتفاق الضمني في تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً للإرادة التعاقدية ما بين أطراف العقد الدولي ما يلي:

1- تحديد الاختصاص القضائي لدولة معينة . 2- اللغة التي حُرر بها العقد. 3- عملة الدفع المتفق عليها. 4- استخدام مصطلحات دالة على قانون معين. 5- أن يكون العقد مرتبطاً بعقد أخر قد سبق إبرامه وفقاً لقانون معين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعند إعمال المؤشرات والدلائل سابقة الذكر في ظل العقد الدولي الإلكتروني فإننا قد نواجه مشكلات عديدة في كل منها، حيث إن تحديد الاختصاص القضائي لدولة معينة قد يكون مؤشر قاصر لأن يصح كشرط لإعمال القانون الواجب التطبيق وذلك لأنه قد يكون غير مرتبط في العقد وقد يكون العقد مخالفاً للنظام العام في تلك الدولة رغم أنه ليس كذلك في الدول التي يتبع إليها أطراف العقد، أما عن اللغة التي يُحرر بها العقد فهي دليلاً ضعيفاً للأخذ فيه والاعتداد بالقانون الواجب التطبيق عليه لأن العقود غالباً ما تُبرم بلغة عالمية بالإضافة إلى أنه يمكن أن يتم ترجمة تلك العقود بشكل آلي، ويستوي لأن يكون العقد مكتوباً بعدة لغات، أما عن عملة الدفع فهي لا تكفي لأن تكون مؤشراً واضحاً وذلك لأن العملة التي يتم التداول بها غالباً هي عملة الدولار، وقد يستوي لأن تكون عملة الدفع رقمية، أو أن يكون الثمن قد دُفع بعملة بلد معين، وحولت لعملة بلد آخر بواسطة الدفع عبر بطاقة التحويل الإلكترونية أو محالّ الوساطة المالية التي توفر خدمة الدفع والتسليم بتبادل العملات النقدية.

أما عن استخدام المصطلحات الدالة على قانون المعين فهي لا تُعتبر حجةً قوية للأخذ بها في اختيار القانون الواجب التطبيق ضمنياً، وذلك لأن تلك المصطلحات قد تُستخدم في أكثر من نظام قانوني، عدا عن قابليتها للتغير وقابلية التوسع في تفسيرها، أما عن ارتباط العقد في عقد سبق إبرامه وفقاً لقانون معين فإن الأمر هنا صعب الحدوث وذلك لأن العقد يُبرم عبر شبكة عالمية وغالباً ما يكون العقد بين أطراف لا يعرف بعضهم الأخر، لكن قد يتم الاستدلال إذا ما كان العقد الإلكتروني تم بين أطراف قد سبق لهم التعاقد بشكل واقعي وجرى التعامل ما بينهم على تحديد قانون معين لحتا أصبح عرفاً مُعتاد عليه في كافة العقود.

وعادةً ما تشرع محكمة الموضوع إلى الاستدلال للإرادة الضمنية وفقاً للدلائل سابقة الذكر حال توفر أكثر من دليل واحد من هذه الدلائل[12]، إلا أن الأخذ بتلك المؤشرات والدلائل هو أمر متروك لمحكمة الموضوع بشكل تقديري[13]، أي للقاضي الناظر في الدعوى.

وعلي ما سبق عرضه وتبيانه قد لخص الباحث بأن حال توافقت الإرادة دون أن يكون هناك مشاكل في اختيار قانون الواجب التطبيق يتم تطبيق القانون الذي اتجهت إليه الإرادة النابعة عن توافق الأطراف، مما يعني بأنه لا نزاع في القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حال توافق الإرادة، إلا أن الإشكالية تكمن بحالة سكوت الإرادة وهو الأمر الذي سيعمد الباحث بتبيانه في كلمن المباحث التالية.

المحور الثالث: مدلول الضوابط الجامدة (الإسناد الجامد) في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني

كما سبق وتبين بأن لا مشكلة تثار في النزاع التطبيقي للقانون إذا ما اتجهت إرادة الأطراف إلى تحديد قانون واجب للتطبيق على أن يكون ذو صلة في العقد، ولكن يستوي لأن يكون شرط القانون الواجب التطبيق من الأمور التي غابت عن ذهن المتعاقدين أثناء التعاقد إلى حين حصول النزاع، وفي هذا المجال يرى جانباً من فقه القانون الدولي الخاص بأن لعلاج تلك الإشكالية لا بد وللولوج إلى القواعد الإسناد الجامدة في التوصل إلى القانون الواجب التطبيق، كالموطن المشترك للمتعاقدين أو الجنسية المشتركة، أو كمكان إبرام العقد ومكان تنفيذ العقد، وهو الأمر الذي قد نص عليه المشرع الأردني صراحة في كل من نص المادة (1/20)[14] و نص المادة (21)[15] من القانون المدني الأردني، وعليه فإن هذا المحور سيتناول قواعد الإسناد المتعلقة بالموطن المشترك والجنسية المشتركة للمتعاقدين، ثم قواعد الإسناد المتعلقة بإبرام العقد ومكان تنفيذ العقد للمتعاقدين .

أولا: قواعد الإسناد المتعلقة بالموطن المشترك والجنسية المشتركة للمتعاقدين

ولأن الموطن المشترك هو قاعدة إسناد مختلفة عن قانون الجنسية المشتركة فسيتم تقسيم تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين على العقد الدولي الإلكتروني، ومن ثم سيتم تقسيم قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين على العقد الدولي الإلكتروني.

1- قانون الموطن المشترك للمتعاقدين على العقد الدولي الإلكتروني:

يُعرف الموطن في القانون الدولي الخاص على أنه " الرابطة التي تقوم بين الفرد وإقليم دولة معينة"[16]، فهو المكان الذي يرى به الشخص له استمرارية البقاء فيه، ويستقر أو يتخذ منه مركزاً لمصالحه المختلفة.

وفي مجال إعمال قانون الموطن المشترك لجعله القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني، فما يراه الباحث إن تطبيق قانون الموطن المشترك لا يصلح لأن يُطبق على العقود الدولية الإلكترونية، وذلك لأنه قد يستوي لأن يكون لأحد الأطراف أكثر من موطن، عدا عن أنه قد يكون الموطن الذي يتخذه أحد الأطراف هو موطن عارض ومؤقت وليس موطن بالمعنى الصحيح،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما إنه من المحتمل أن يتم التحايل باستخدام شبكة الإنترنت من خلال أن يجعل أحد المتعاقدين موطنه هو الموطن الذي لا يعتبر البضائع المجرمة قانوناً في دولة موطنه الأصلي لغرض إتمام الصفقة، عدا عن إن التحايل قد يأخذ شكلاً في استخدام برمجيات تعمل إلى تغيير موقع الشخص بصورة شكلية أمام السيرفارات التي يتم التعاقد من خلالها، هذا عدا عن أنه العقود التي تتم عبر الإنترنت غالباً تتم ما بين أشخاص لا يجمعهما موطن مشترك، أو مع مواقع إلكترونية عالمية لا يوجد لها موطن مشترك مع المتعاقد.

2- قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين على العقد الدولي الإلكتروني:

يُعرف قانون الجنسية بأنه القانون الذي يتبعه أطراف العلاقة بجنسياتهم، أما عن الجنسية فهي الرابطة السياسية والقانونية التي تربط الفرد بالدولة التي ينتمي إليها، أي رابطة تحدد انتماء الأشخاص إلى بلدانهم، وعليه تسري على الأفراد الأحكام القانونية للدولة التي تتبعه لها تلك الجنسية مما يعطيه الحقوق ويرتب عليهم واجبات.

يُعد قانون الجنسية ضابط إسناد ممتاز لحالات لمسائل الأحوال الشخصية، وقد يمكن أن يكون جيداً في حله لنزاعات حول العقد الدولي التقليدي إذا ما اشتركت جنسيات الأطراف وذلك لتعزيز الرابطة الوطنية ما بين الفرد وقانون بلده، كما إن المشرع الأردني قد أخذ بمعيار الجنسية كضابط استناد احتياطي للقانون الواجب التطبيق على العقد ما بين الأحياء حالة سكوت الإرادة، إلا أن الأمر في العقود الدولية التي تبرم بشكل إلكتروني تأخذ شكلاً مختلفاً في الاعتبار للقانون الواجب التطبيق، ويعود ذلك لصعوبة التحقق من جنسية الأفراد عبر الشبكة الافتراضية وصعوبة التحقق من هويتهم الحقيقية أو تحديد أماكن تواجدهم[17]، عدا عن أنه غالباً ما تتم العقود الدولية الإلكترونية دون أن تتحد جنسية الأطراف، كما إنه قد تثار إشكالية التنازع السلبي في الجنسية وهو أن يكون أحد الأطراف يحمل أكثر من جنسية وكل دولة من تلك الدول التي تتبع لها الجنسية تنص في قوانينها على تبعية الأفراد لها واختصاص قانونها في القانون الواجب التطبيق وفقاً لقانون جنسيتها، هذا ويستوي أن يكون أحد الأطراف عديم الجنسية ويستوي أن تكون الشركة المزودة للإنترنت من جنسية والأطراف كل واحد منهم من جنسية وللشركة المزودة لسيرفرات الموقع الذي تم التعاقد من خلاله جنسية مختلفة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: قواعد الإسناد المتعلقة بمكان إبرام العقد ومكان تنفيذ العقد للمتعاقدين

يُقصد بمكان إبرام العقد أي الموقع الذي تم التعاقد فيه، أما مكان تنفيذ العقد هو المكان الذي تتم فيه تبادل الالتزامات المتفق عليها بموجب العقد، وعليه سَيُقَسِّمُ هذا الفرع إلى تبيان قواعد الإسناد المتعلقة بمكان إبرام العقد ومكان تنفيذ العقد.

1- مكان إبرام العقد:

إن مكان إبرام العقد هو من أفضل قواعد الإسناد التقليدية، بحيث إنه يوفر للمتعاقدين الصامتة او الغائبة إرادتهم عن تحديد قانون واجب للتطبيق على العقد فرصة للمعرفة السابقة في تحديد القانون الواجب التطبيق[18]، كما إنه الاتجاه الذي يراه الباحث أكثر صلة في العقد كون الإرادة للمتعاقدين اتجهت إلى إبرام العقد في دولة معينة وهذا يدل على تسليمهم بالنظام القانوني التابع للدولة التي يتم إبرام العقد فيها.

وبالرغم من أنه المعيار الأكثر دقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي التقليدي إلا أن أعماله على العقد الدولي الإلكتروني يأخذ شكلاً مختلفاً وذلك لأن طبيعته التعاقدية مختلفة، فهو أمر لا يمكن الاعتداد به لأن يكون مجالاً في الاستدلال على القانون الواجب التطبيق وذلك لأن مكان إبرام العقد الدولي الإلكتروني يتم عبر شبكة افتراضية عالمية لا مكان لها على مجال الواقع، وشبكة الإنترنت بطبيعتها لا يمكن لأن تكون تابعة لدولة معينة وحتى سيرفارات المواقع التي تتم عبرها عملية التعاقد فهي ذات موقع افتراضي لا يمكن الاستدلال عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق ولا يوجد لها موقع جغرافي حقيقي بغض النظر للدولة المنشئة لهذا السيرفر فالعبرة بمكان التعاقد وليس المكان الذي أنشأ وسيلة التعاقد، كما ويستوي أن يتم التعاقد ما بين أطراف أثناء السفر، وهنا لا يوجد مكان محدد ليتم العول عليه في أنه المكان الذي أبرم فيه العقد.

2- مكان تنفيذ العقد:

يُعتبر مكان التنفيذ أحد أشكال الإسناد المسبق للدولة التي يتم تنفيذ العقد فيها، بيد إنه يُعبر عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، عند سكوت الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني[19] سواء في الإتفاق الصريح أو الضمني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما عن مجال تطبيق قانون محل تنفيذ العقد على العقد الإلكتروني الدولي فهو يواجه العديد من الانتقادات بناءً على ما يراه الباحث، فلا يمكن الأخذ به في شكل مطلق وذلك لأن بعض العقود الدولية الإلكترونية تكون تنفيذ التزاماتها عبر شبكة الإنترنت كتصميم الموقع الإلكتروني والذي يتم مبادلته بثمن في عملة إلكترونية أو خدمة إلكترونية أخرى، كما إنه من المحتمل أن يكون تنفيذ الالتزام مرتبطاً بأكثر من دولة[20]، أو عند تعدد أماكن التنفيذ، كما إنه هناك مشكلة حول إذا ما كان المقصد بالتنفيذ العقد هو تنفيذ مقدم البضائع أو الخدمات أم تنفيذ المشتري فكلا الحالتين يُعتد بهم في إعتبارهم تنفيذاً إلا إنه يبقى أكثر صلة بأمر العقد لو تم معالجة تلك الإشكاليات أو عدم التطرق إليها كما إنه يُعبر بنحو أكثر أدق على مركز الثقل ما بين أطراف العقد في العلاقة التعاقدية[21].

المحور الرابع: مدلول الضوابط المرنة (الإسناد المرن) وموقف المشرع الأردني من القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني

لعله بعد قصور قواعد الإسناد الجامدة والتي بينها الباحث سابقاً على قدرتها في علاج مشكلة إيجاد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني، كونها وضعت أصلاً لتعالج العقد الدولي في حلته التقليدية، أتفق الفقه إلى التطرق لطرق أخرى تعمل في البحث لعلاج تلك الإشكالية، أي الاتجاه إلى ما يسمى الضوابط المرنة والتي يُعبر بها عن الأداء المميز للعقد وهو ما، كما وإنه من المهم أن يتم تبيان موقف المشرع الأردني من القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني.

أولا: معيار الأداء المميز للعقد الدولي الإلكتروني

لتنوع العقود واختلاف إشكالها ولمواكبة التطور المستمر في أشكال التعاقد وآلياته كان لا بد والنظر بأُفق يتعدى مداها قواعد الإسناد الجامدة والتي كانت قد صلحت لانطباقها على عقود ولم تصلح لعقود أكثر بسبب ثباتها وعدم مراعاتها أشكال العقود والتكييف على أساس ظروفه وطبيعته وليس بإسناد القاعدة التي ستحكمه وتحكم نزاعه مسبقاً، الأمر الذي دعا بالفقه للالتفات نحو إيجاد معيار يعمل على تحقيق التوافق ما بين الاعتبارات القانونية والتجارية التي لابد ومراعاتها في تحديد القانون الواجب التطبيق بِنَاءَا على طبيعة العقد وظروفه وهيكلية تشكيله، بالإضافة إلى أنه يُحقق المرونة والتكافؤ في توفيق الحلول التي تتشكل والعقد بل إنه أيضاً

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في ذات الوقت يصون الأمان القانوني ويحفظ التوازن في علاقات الأشخاص التعاقدية كما ويعمل على احترام توقعاتهم المشروعة وذلك من خلال اعتبار المعيار المميز ومركز الثقل في العقد[22].

فقد عُرْف على إنه، الأداء الذي يجيز وصف وتحديد ماهية العقد وتميزه عن غيره من أشكال العقود الآخرى[23]، فهو يقوم على مبدأ تفصيل وتفريغ أحكام العقد والبحث فيها عن الأهمية الواقعية أو العنصر الأكثر صلة وفعالية في العقد، أو بناءً على الالتزام الرئيسي أو بمكان الوفاء بالالتزام أو بمكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز، ومكان الموطن المعتاد للمدين بالأداء المميزعادة ما يعتبره الفقهاء الرابطة الأكثر صلة بالعقد ليقوم منهج الأداء المميز على أساسها[24]، إذ إنه الأصل مع السماح للقضاة بالخروج عن هذا المعيار والأخذ بالظروف والملابسة والمشكلة لطبيعة العقد من المعايير التي تُشكل وزناً قانونياً في العقد[25].

إن مفاد معيار الأداء المميز تدور حول البحث عن الوظيفة الأساسية في العقد، أي البحث في أداء الأطراف بالعلاقة التعاقدية للتوصل إلى الأداء المميز من خلال أطراف العقد[26]، فهو معيار يعمل بتحديد القانون الواجب التطبيق بالعقد وفقاً لآليات غير ثابتة، حيث إن المُعتمد في تحديد المعيار الأداء المميز في العقد هو ظروف العقد وطبيعته ويأخذ على أنه معيار مكان إقامة المدين بالعنصر العقدي الذي تم التوصل على أنه هو عنصر الأداء المميز بالعقد، ولابد في التوصل للقانون الأكثر صلة والأكثر ارتباط في العقد الولوج لنقطتين أساسيتين وهما كما التالي:

1- البحث عن معيار الأداء المميز وتحديده:

لنتمكن من الأخذ في معيار الأداء المميز للعقد لابد والبحث عن ذلك المعيار وتحديده عن غيره، فمعيار الأداء المميز ليس ذاته في كل العقود، وإنما ينصرف في تحديده نحو كل عقد وطبيعته، الأمر الذي هو سبباً في صعوبة توصل القاضي لمعيار الأداء المميز، فالبحث في طبيعة العقد يلزم بأن يتم من خلال تحليل عناصر العقد تحليلاً وافياً للتوصل إلى الأداء الجوهري في العقد، كما حال الموقع منشئ الموقع الإلكتروني الذي يُعتبر أداءً مميزاً في عقد إنشاء عقد إلكتروني، كما وحال المانح للهبة أو التبرع في عقد الهبة أو التبرع الذي يتم دولياً عبر شبكة الإنترنت لكونه عقداً ملزم لَجَانَبَا واحداً.

فمعيار الأداء المميز هو الطرف الملزم بتقديم الهبة أو التبرع كونه مدين بالعنصر الجوهري في العقد، وقد يحتمل لأن ينصرف العقد في محله على عناصر متكافئة الثقل وليس منها ما هو مميز كمبادلة العمل النقدية عبر شبكة الإنترنت ما بين شخص وشركة صرافة، أو القرض فيُعتبر بأن

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدين بالأداء المميز هو الشركة المختصة في هذا المجال أو المصرف لكونهما يُمَارِسَا أحكام العقد وفقاً لوصفهما المهني[27]، وبمقتضى نشاطهما الوظيفي حيث أن تلك العقود تُقسم ما بين طرف (عادي) وطرف (مهني ورئيس) يمارس ذلك العمل باحتراف وانتظام.

2- التركيز لمعيار الأداء المميز في النظام القانوني:

لتحديد ماهية الأداء المميز في العقد أهمية بالغة لإيجاد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني[28] لكنه غير كافي دون أن يتم تركيز الأداء الذي تم تعيينه على إنه الأداء المميز الذي يُعتد بكونه أكثر إرتباطا في القانون الواجب التطبيق والأكثر صلة فيه، والذي هو كان المدين بالأداء الذي تم تحديه على انه الأداء المميز.

وما يراه الباحث فيما يخص معيار الأداء المميز بأنه المعيار الأكثر كفاءة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك لما يضفيه من مرونة على تحديد القانون الواجب التطبيق، كما إنه يعمل على مراعاة اعتبارات العدالة بجانب اعتبارات المرونة، حيث إنه لا يضع اعتبارات مسبقة التحديد على العقد فهو يعمد إلى وضع قواعد تتجسد بِنَاءَا على طبيعة العقد ليلائم كافة أشكال العقود، بالإضافة إلى أنه يحقق الحماية والأمان القانوني للمتعاقدين بجانب كفالته واحترامه لتوقعاتهم المشروعة، فهو يقدم حلولاً تتصف بالوضوح والثبات ويتلاءم مع التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة التعاقدية[29] ، فمعيار تركيزه هو طبيعة العقد ذاته .

ثانيا: موقف المشرع الأردني في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني

سيتم تبيان موقف المشرع الأردني في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الإلكترونية، كما وتقييم ذلك الموقف.

1- موقف المشرع الأردني:

من المستقر عليه فقهاً وقانوناً بأن القاعدة الخاصة تقيد القاعدة العامة وهي الأولى بالإعمال، ولسكوت قانون المعاملات الإلكترونية رقم (15) لسنة 2015 عن الفصل في تلك المسألة والذي يُعتبر قاعدة خاصة لمثل هذه العقود، فكان من ألازم لتبيان موقف المشرع الأردني من القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني استقراء أحكام القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 والذي بدوره القاعدة العامة للمسائل التعاقدية التقليدية منها والإلكترونية، وعليه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإن المشرع كان قد تدرج في وضع الحلول للعقود الدولية، ورتب لها أولويات بشكل تسلسلي وهي كالتالي :

أولاً: تنص المادة (1/20) من القانون المدني الأردني على أن "1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فان اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك "

ويتضح جلياً بأن المشرع الأردني قد أفرد احتراما لإرادة الأطراف في العلاقة التعاقدية ما إن حضرت تلك الإرادة بشكل سليم، أما حال سكوت تلك الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق قد تبنى المشرع بمدلول الإسناد الجامد والذي يتمثل بقانون الموطن المشترك في حالة اتحد الموطن ولم يكن هناك مشكلات تعاقدية ليتم انطباقها من خلال قانون الموطن المشترك، كما وأخذ بمكان تنفيذ العقد والذي بدوره لا يمكن لأن ينطبق لسبب عالمية وافتراضية شبكة الإنترنت التي تُعتبر وسيلة التعاقد ومكان التعاقد في أن واحد، أما في حال لم يرد أي حالة من الحالات المبينة في المادة سابقة الذكر فإن المشرع كان قد أضاف العديد من الأحكام الاحتياطية لمعالجة تلك المسائل والتي سيوضحها الباحث تباعاً في (ثانياً).

ثانياً: تنص المادة (21) من القانون المدني الأردني على أن "تخضع العقود ما بين الاحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز ايضاً ان تخضع للقانون الذي يسري على احكامها الموضوعية كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونهما الوطني المشترك.

كما ويتضح لنا بأنه المشرع الأردني حال لم يأخذ في المدلولات التي ذكرها في المادة(1/20) فإنه قد أخضع النزاعات التعاقدية في شكلها لقانون البلد التي تمت فيه، وهذا ما لا يمكن أن ينطبق على العقود الدولية الإلكترونية لأسباب كان قد أوضحها الباحث في ذات الحالة سابقاً، كما وأجاز وجوب إخضاعها للقانون الذي يحكم أحكامها الموضوعية، كما وأكد على إخضاع العقود للقانون الواجب التطبيق وفقاً لمدلول الإسناد الجامد في القانون الموطن أو قانون الجنسية المشتركة.

ثالثاً: تنص المادة (101) من القانون المدني على أن "اذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق او نص قانوني يقضي بغير ذلك "، أما إذا تم التعاقد من خلال الهاتف الإلكتروني ينطبق على العقد ذات الأحكام المبينة في المادة أعلاه، وبدلالة نص المادة (102)[30] من ذات القانون.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويبدو بأن المشرع الأردني كان قد أزال الشك فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق من خلال النص المذكور أعلاه، والذي يوضح من خلاله بأنه في حالة لم يرد اتفاق ما بين المتعاقدين أو لم يرد نص قانوني أخر على حالة العقد المراد تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، أي عدم انطباق الحالات المبينة بكل من المادة (1/20) والمادة (21) من ذات القانون فإن معيار تحديد القانون الواجب التطبيق يُحدد وفقاً لصدور القبول من أحد الأطراف.

2- تقيم موقف المشرع الأردني:

وبالرغم من إن الاتجاه الذي قد أتخذه المشرع كان واضحاً، ومتنوعاً ما بين الأساليب الجامدة، إلا أن تطبيق قانون صدور القبول في المكان والزمان قد لا يؤتي ثماره، وذلك لأنه من المحتمل أن يكون مكان صدور القبول في دولة أخرى غير التي يُراد إرسال البضائع إليها أو غير الدولة التي يتبع لها المدين فتكون مخالفة للنظام العام الخاص بها وبالتالي يُحكم في بطلان العقد رغم إنه صحيح وفقاً للأنظمة القانونية التي يتبعها المتعاقدان، كما إنه قد يحتمل أن يصدر القبول على مناطق حدودية يصعب تحديد تبعيتها أو مناطق ما زالت مدار نزاع بين عدة دول، كما ويُحتمل أن يصدر القبول في عدة دول كأن يتم صدور القبول أثناء السفر الجوي أو البحري، لذا موقف المشرع الأردني ما زال قاصراً على مواكبة كافة العقود الإلكترونية الدولية الأمر الذي يحتاج إلى تطوير النظرة الأخذية في تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العقود.

خاتمة:

وفي الخلاصة، عملت الدراسة إلى التمهيد للعقود الدولية الإلكترونية من خلال التعريف بكلا العقدين، ومن ثم تناوله مسألة القانون الواجب التطبيق على تلك العقود وفقا لمدلولات قواعد الإسناد المختلفة، كمدلول الإرادة الاتفاقية، ومدلول الإسناد الجامد، ومدلول الإسناد المرن (الأداء المميز للعقد) كما وتم تبيان موقف المشرع الأردني من القانون الواجب التطبيق وتفصيل أحكامه، ناقداً إياه الباحث بما يلزمه النقد ومن خلال ما سبق، قد تم التوصل للنتائج والتوصيات التي سَتُتْلَى تباعاً.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نتائج الدراسة :

1- لوحظ بأن المشرع الأردني رغم إنه أخذ بمدلول الإرادة واحترام إرادة المتعاقدين إلا إنه لم ينص على استنباط الإرادة الضمنية حال غياب الإرادة الصريحة في نص المادة (1/20) من القانون المدني الأردني.

2- لوحظ بأن أحكام العقد الدولي الإلكتروني قد نُظمت وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص وأحكام القانون المدني ولم يتم التطرق إليها في القانون الخاص بتلك المسائل أي قانون المعاملات الإلكترونية.

3- لوحظ بأن المشرع الأردني ما زال يعتمد على مدلول الإسناد الجامد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني، من حيث التسلسل ومن ثم الأخذ بمدلول صدور القبول لتحديد القانون الواجب التطبيق على أساسه في المكان والزمان .

4- لوحظ بأن موقف المشرع الأردني لا يلائم كافة أشكال العقود الإلكترونية، كما وهناك صعوبة لإعمال المدلولات التي اتجه في نحوها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني.

التوصيات :

1- يُصار على المشرع الأردني تعديل نص المادة (1/20) من القانون المدني على أن يُدرج إمكانية تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بالاستناد إلى استنباط الإرادة الضمنية التي يتم التوصل إليها بصورة أكيدة، وذلك لما له دوراً بتلافي إشكاليات تنازع القوانين والبحث في مدلولات ضوابط الإسناد المختلفة.

2- يُصار على المشرع الأردني بأن ينظم أحكاماً خاصة للعقد الدولي الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية، وذلك لأنه القانون المعني بتنظيم القواعد الخاصة لتلك المسألة.

3- يُصار على المشرع الأردني بالأخذ في معيار الأداء المميز للعقد الدولي الإلكتروني، أي الاستناد بمدلول الإسناد المرن في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني من خلال البحث عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، فذلك المدلول يمكنه أن يشمل كافة أشكال العقود الدولية الإلكترونية وذلك لأنه يتجسد في تحديد القانون الواجب التطبيق بِنَاءًا على طبيعة العقد وظروف إبرامه، ويقترح الباحث على المشرع بإضافة مادة في قانون المعاملات الإلكتروني تنص بمضمونها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية الدولية التي تتم بين أطراف عبر وسيلة إلكترونية وفقاً للأداء المميز للعقد، فتكون تلك القاعدة الخاصة على العقود الإلكترونية سواء الدولية أم التقليدية، وحال لم تنطبق يمكن اللجوء إلى القواعد العامة الناظمة لتلك المسألة في القانون المدني.

4- يُصار على المشرع الأردني الأخذ بما ورد في التوصية المبينة في البند الثالث لتلافي إشكالية النتيجة المبينة في البند الرابع من جملة النتائج التي توصل إليها الباحث أعلاه.

قائمة الهوامش و المراجع :

[1] ورد ذلك التعريف في نص المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الإردني رقم (85) لسنة2001 الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 4524 بتاريخ 31/12/2001 على الصفحة 6010، وهو قانون ملغي، وتم الإستعاضة عنه بقانون المعاملات الإلكترونية رقم (15) لسنة 2015) الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5341 بتاريخ 17/05/2015 على الصفحة 5292.

[2] المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط:4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2019، ص177.

[3] الناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص466.

[4] راجع، نص المادة (4) من مذكرة مبادئ إختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية بالدورة الثامنة وأربعين، (2015)، للإتطلاع https://assets.hcch.net/docs/4679993d-5c7b-48d0-adc9-21095ff5c32f.pdf والتي تنص على أن " يجب النصُّ صراحة على القانون المختار وأيّ تعديل في هذا الاختيار أو أن يكون هذا الاختيار وأيُّ تعديل فيه ظاهرين بوضوح من خلال أحكام العقد أو ملابسات الحالة .أمَّا اتفاق الأطراف على جعل محكمة أو هيئة تحكيم ما مختصَّة بالفصل في المنازعات الناشئة في إطار العقد المبرم بينها فلا يكون في حدِّ ذاته إجراءً معادلاً لاختيار القانون المنطبق."، تم التصفح (2020/2/14) الساعة 3 ظهراً.

[5] تنص المادة (1/20) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 01/08/1976 على الصفحة 2 على أن " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فان اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك."

[6] دواس أمين،"إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث(العلوم الإنسانية)، مجلد (25) عدد (10)، نابلس 2011، ص 2542.

[7] دواس أمين، المرجع السابق ذاته، ص 2542

[8] سلامة أحمد، الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون/ جامعة الإمارات العربية المتحدة، بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات الجامعية، مجلد (1)، ط 3، العين، 2004، ص 69.

[9] راجع، نص المادة (2) من مذكرة مبادئ إختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية بالدورة الثامنة وأربعين، 2015،مرجع سابق، والتي تنص على أن"٢ -من حقِّ الأطراف أن تختار ما يلي) :أ) القانون المنطبق على العقد برمَّته أو على جزء منه فحسب؛ ب) قوانين مختلفة تنطبق على أجزاء مختلفة من العقد"

[10] دواس أمين، إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص2544، وراجع، سلامة أحمد، الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق ص70، وراجع العلي يوسف، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، مؤتمر "الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية أكاديمية"، مركز البحوث والدراسات التابع لشرطة دبي،الإمارات العربية المتحدة، (2003/4/26)،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للإطلاع"http://www.arablawinfo.com/Researches_AR/454.pdf" تم التصفح (2020/3/8) الساعة 8:30

[11] دواس أمين، إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مرجع سابق ص 2544- 2545.

[12] حوته عادل، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص89.

[13] المومني بشار طلال، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت -دراسة مقارنة-، ط:1 ،عالم الكتب الحديثة، أربد، 2004، ص253.

[14] راجع، نص المادة(1/20) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 01/08/1976 على الصفحة 2، والتي تنص على أن " 1يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فان اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

[15] راجع، نص المادة(1/20) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 01/08/1976 على الصفحة 2، والتي تنص على أن " تخضع العقود ما بين الاحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز ايضاً ان تخضع للقانون الذي يسري على احكامها الموضوعية كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونهما الوطني المشترك.

[16] فهمية أيت عبد الوهاب، سهيلة خرفلاوي، "القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية"، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016-2017، ص26.

[17] الناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 475.

[18] صادق هاشم علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص549.

[19] فهمية أيت عبد الوهاب، سهيلة خرفلاوي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص37.

[20] القواسمي بيان إسحق، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية -دراسة مقارنة-"، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، رام الله، 2007، ص65.

[21] القواسمي بيان إسحق، المرجع السابق ذاته، ص66.

[22] فيصل عبد السلام علي، العتوم نعيم علي، "منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد (46) العدد (1) ملحق (1)،عمان، (2019)، ص546.

[23] محمد ضياء الدين ناصر إسماعيل، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017- 2018، ص27.

[24] الأنباري أحمد، سكوت الإرادة عن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص 96.

[25] فهمية أيت عبد الوهاب، سهيلة خرفلاوي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق،ص 44.

[26] عبودي نورس عباس، الأداء المميز وأثره على عملية الإسناد، دار السنهوري،بيروت، 2016، ص20.

[27] عبد العال عكاشة، قانون العمليات المصرفية الدولية، الدار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2007، ص69 و راجع ص 124.

[28] فيصل عبد السلام علي، العتوم نعيم علي، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 567

[29] فيصل عبد السلام علي، العتوم نعيم علي، المرجع السابق ذاته، ص569.

[30] تنص المادة (102) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 01/08/1976 على الصفحة 2على أن "يعتبر التعاقد بالهاتف او باية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كانه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد واما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كانه تم بين حاضرين في المجلس ."

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com