



القانون الواجب التطبيق على عقد النشر الالكتروني

ا.م.د. زانا اسماعيل عزيز

جامعة كركوك - كلية القانون والعلوم السياسية

الباحثة: الاء محمود شاكر

The law applicable to the electronic publishing contract

a.m.d. Zana Ismail Aziz

Kirkuk University - College of Law and Political Science

Researcher: Alaa Mahmoud Shaker

المستخلص: يتسم عقد النشر الالكتروني بالطابع الدولي سواء خلال مرحلة إبرامه أو خلال مرحلة تنفيذه لعدم وجود مناطق جغرافية محددة، فهو يقوم على الاعتبار الشخصي، فالناشر الالكتروني يتعاقد مع المؤلف نظراً لشهرته من أجل نجاح بث المصنف عبر شبكة الانترنت ، أما المؤلف فيسعى للناشر الذي يمتلك الإمكانيات المادية والتقنية العالمية. فمنازعات عقد النشر الالكتروني تتم في الغالب بين اطراف تختلف جنسياتهم، وأماكن إقامتهم، وتتعلق بموقع لا يعلم مكانه، أو مكان الجهة التي تديره، كما أن قانون الواجب التطبيق أيضاً لا يكون محدداً بوضوح، فضلاً عن ذلك أن ثمة العديد من النظم القانونية لا تتضمن حتى الآن تشريعات منظمة لمسائل تقنية المعلومات، خصوصاً وأنه من الطبيعي أن تظهر المنازعات في هذه البيئة الالكترونية كما هو الحال في البيئة غير الالكترونية. **الكلمات المفتاحية:** القانون، النشر، الالكتروني.

Abstract

The electronic publishing contract is characterized by an international character, whether during its conclusion phase or during its implementation phase due to the absence of specific geographical areas, as it is based on personal consideration. and global technology. Disputes of an electronic publishing contract often take place between parties of different nationalities and places of residence, and relate to a site whose location is unknown, or the location of the entity that manages it, and the applicable law is also not clearly defined, in addition to that there are many legal systems that do not even include Now there are legislations regulating information technology issues, especially since it is natural for disputes to appear in this electronic environment, as is the case in the non-electronic environment. **Keywords:** law, publishing, electronic.

المقدمة

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه ومجده، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه، أما بعد : نوضح هذه المقدمة من خلال الفقرات الآتية:

أولاً / مدخل تعريفى بموضوع البحث : تكمن مشكلة منازعات عقد النشر الإلكتروني بأنه يتم في الغالب بين اطراف تختلف جنسياتهم، وأماكن إقامتهم، وتتعلق بموقع لا يعلم مكانه، أو مكان الجهة التي تديره، كما أن قانون الواجب التطبيق أيضاً لا يكون محدداً بوضوح، فضلاً عن ذلك أن ثمة العديد من النظم القانونية لا تتضمن حتى الآن تشريعات منظمة لمسائل تقنية المعلومات، خصوصاً وأنه من الطبيعي أن تظهر المنازعات في هذه البيئة الإلكترونية كما هو الحال في البيئة غير الإلكترونية.

وهذه المنازعات غالباً ما تتضمن طرفاً أجنبياً لقيامها بين أطراف خارج النطاق الإقليمي الواحد باعتبار أن شبكة الأنترنت لا تعترف بالحدود الجغرافية ولا السياسية وليس لها مكان محدد، مما يثير العديد من التساؤلات بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النزاع، وإذا كانت مختلف التشريعات قد واكبت التطورات واعترفت في بعضها بالعقود والمعاملات الإلكترونية إلا أنها أغفلت ولم تولي أهمية لمشكلات تنازع القوانين في هذه البيئة، وبناءً على هذا وفي ضوء فرض منهج التنازع لنفسه وعدم إمكانية الاستغناء عنه لم يكن هناك من بد إلا تطويع هذا المنهج للتطبيق في البيئة الإلكترونية للوصول إلى قانون الواجب التطبيق.

ثانياً / اشكالية موضوع البحث: يثير موضوع البحث عدة اشكاليات منها عدم وجود احكام خاصة لعقد النشر الإلكتروني ضمن قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٧٣ لسنة ١٩٧١ المعدل. عدم وجود نص قانوني في قانون حماية حق المؤلف العراقي يسمح للمؤلف بإعادة النظر في المقابل المالي.

ثالثاً / أهمية موضوع البحث: إن أهمية الموضوع تتلخص بالدرجة الأولى في تعميق دراسة كيفية تحديد القانون المطبق على عقد النشر الإلكتروني، في ظل تنامي إبرام العقود بصفة عامة في ظل العولمة وتطور وسائل الاتصال التي من أبرزها الأنترنت والتي تتطلب إعادة النظر في القوانين القائمة لغرض مواكبة الطبيعة الخاصة للمعاملات الإلكترونية، إذ لا يخفى أن القبول والإيجاب يكونان فيه في ظل فضاءات إلكترونية متباعدة، فضلاً عن انعدام المجلس المادي للعقد، وضمن هذا المجال أيضاً تبرز التحديات المتعلقة بالإثبات وحجية الدليل المستخرج من وسائل الاتصالات الحديثة .

رابعاً / منهجية موضوع البحث: للإحاطة بموضوع البحث وتحديد إطاره العام تم اتباع المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على وصف النصوص كما هي دون زيادة أو نقص، ثم تحليلها لاستنباط الأحكام منها.

خامساً / هيكلية موضوع البحث : نظرا لأهمية دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، سنحاول بيان مضمونه، من خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحثين، نبين في المبحث ماهية قانون الإرادة، من خلال بيان مفهوم قانون الإرادة وتطورها التاريخي وموقف الفقه والتشريع من القاعدة، ونبين في المبحث الثاني آلية اختيار الأطراف لقانون العقد، وكما يلي:

المبحث الأول: ماهية قانون الإرادة: تعد نظرية العقد من أهم مظاهر مبدأ سلطان الإرادة الذي عرف رواجاً كبيراً من القرن التاسع عشر^(١). وقد مارس هذا المبدأ تأثيراً في آلية القانون الدولي الخاص الذي عد النقاء الإيرادات المتعاقدة كافياً بحد ذاته ليكون مصدراً للالتزام.

فعندما تختار الأطراف قانوناً لحكم علاقتهم التعاقدية يصبح هذا القانون جزءاً من بنود العقد. فبموجب هذه الإرادة يستطيع المتعاقدان إخضاع العقد لأي قانون يختارانه.

عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين في المطلب الأول تعريف مبدأ قانون الإرادة وتطورها التاريخي وموقف الفقه منه، وفي المطلب الثاني، سندرس الموقف التشريعي من قانون الإرادة وذلك على الوجه الآتي:

المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة: تلعب الإرادة الفردية دوراً جوهرياً في مجال العقود الدولية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، إذ تخضع هذه العقود أصلاً لقانون الإرادة الذي ينطبق على كل ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية من تراض ومحل وسبب^(٢). ومبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون العقد، يعتبر من أهم القواعد القانونية التي تحكم تعيين القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية، بوصفها مصدراً للالتزام، على أساس أن العقد هو اتفاق إرادي على أحداث أثر قانوني معين، ومصدر الالتزام هو الواقعة التي يترتب على حدوثها نشوء هذا الالتزام^(٣).

ولكي نتمكن من إبراز دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد النشر الإلكتروني من خلال النظريات التي تحكمها، لا بد من تعريف مبدأ قانون الإرادة أولاً، ومن ثم

(١) سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٩.

(٢) د. محمد حمدي محمد، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية في مجال القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ ص ٤.

(٣) د. فواز صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الثامن والعشرون، العدد الأول، ٢٠١٢، ص ١٣٨.

بيان أساس قاعدة (قانون الإرادة)، ليتسنى لنا معرفة تاريخ هذه القاعدة وكيف وصلت إلى شكلها الحالي ومن ثم دراسة موقف النظريتين من هذا القانون.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع نبين في الفرع الأول تعريف مبدأ قانون الإرادة، وفي الفرع الثاني نبين أساس قاعدة (قانون الإرادة) من خلال نبذة تاريخية عن مراحل تطور هذه القاعدة، وفي الفرعين الثالث والرابع سنبيين موقف الفقه من هذا القانون من خلال النظريتين الشخصية والموضوعية، وكما يلي:

الفرع الأول: تعريف مبدأ قانون الإرادة

يراد بقانون الإرادة القانون الذي يختاره المتعاقدان وفقا لمبدأ سلطان الارادة وطبقا لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، والذي يتم الرجوع إليه وحده، بين القوانين التي من المفترض أن يقوم بينها تنازع لوجوب أسباب تدفعها للتطبيق على العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، وذلك عند نشوب نزاع بين أطراف العقد^(١).

ومبدأ سلطان الإرادة يعني أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء التصرفات القانونية بشكل عام والعقود بشكل خاص، وهذه الإرادة الحرة هي التي تملك إنشاء العقد وهي التي تملك أيضا تحديد آثاره بمنأى عن أي قيد يرد في القانون، أي أن للأفراد حرية كاملة في التعاقد أو حتى في عدم التعاقد. وبسبب انتشار مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد و قوة المذهب الفردي الذي ساد منذ القرن الثامن عشر فإن فكرة القانون المختار أو المتفق عليه اعتبرت وسيلة فعالة يلجأ إليها في الالتزامات التعاقدية الدولية أو ذات الأبعاد العالمية^(٢). فقانون الإرادة يطبق بغض النظر عن القانون الشخصي للأطراف أو القانون الإقليمي لموضوع التعاقد.

يتضح مما سبق أن مبدأ قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص يقصد به حرية الأطراف المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

الفرع الثاني: المراحل التاريخية لمبدأ قانون الإرادة: منذ القرن الثالث عشر للميلاد سعى الفقه لتحديد القانون الواجب تطبيقه في التصرفات التعاقدية المشوبة بعنصر أجنبي، فأخضعتها نظرية الأحوال الإيطالية بصورة مطلقة شكلا وموضوعا لقانون مكان إبرامه، واستمر الحال على هذا

(١) د. محمد سليمان الاحمد، تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية، ط١، دار وائل للنشر، ٢٠٠٥، ص١٥٥.

(٢) د. غالب علي الداودي، ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي، وتنفيذ الاحكام الاجنبية، ج٢، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١، ١٤٦-١٤٩.

الوضع حتى نهاية القرن الخامس عشر حيث فسر الفقيه الإيطالي (كورتس) خضوع موضوع العقد لقانون بلد إبرامه على أساس أن إرادة الأطراف قد اتجهت ضمنا إلى اختيار هذا القانون^(١). إلا أنه بالتدرج تغير هذا المبدأ المطلق ففي القرن السادس عشر أشار المحامي والفقيه الفرنسي (ديمولان) لقاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة، وكان ذلك بمناسبة فتوى تتعلق بالنظام المالي للزوجين. وأفتى الفقيه ديمولان بإمكان تطبيق العرف السائد في فرنسا بوصفها مكان إبرام العقد والموطن المشترك عند الزواج، ذلك أن النظام المالي للزوجين هو عقد ضمنى يجوز إخضاعه لقانون إرادة الزوجين. وفي القرن التاسع عشر أخضع الفقيه الألماني سافيني العقد لمكان تنفيذه، وكان سافيني من الفقهاء الذين يركزون الرابطة العقدية في مكان التنفيذ، على أساس أن من يدخل في علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مركزها.

وكان للأستاذ البلجيكي (لوران) في نهاية القرن التاسع عشر دور رئيسي في ترتيب نتائج على أعمال سلطان الإرادة، وهو جواز اختيار المتعاقدين للقانون واجب التطبيق على العقد، ولو لم يكن القانون المختار هو قانون دولة إبرام العقد أو دولة تنفيذه^(٢).

وبذلك برز دور الإرادة في اختيار القانون الواجب تطبيقه على التصرفات التعاقدية المشوبة بعنصر أجنبي، بحيث صار من حق أطراف العلاقة أن لا يتقيدوا بقانون محل إبرام العقد وأن يختاروا أي قانون آخر ليحكم علاقتهم التعاقدية، وأصبحت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قاعدة تقليدية يأخذ بها القضاء في معظم دول العالم، كما تنص عليها غالبية التشريعات صراحة. ويستند هذا المبدأ حسب مناصريه إلى أسس علمية، فهو يستجيب إلى التنوع الهائل والمعقد للعمليات التعاقدية الدولية التي تقتضي السماح للأفراد باختيار القانون الأنسب لهم، فالقانون الذي تحدده الإرادة هو الذي ينسجم مع طبيعة العلاقة التعاقدية ويحقق مصالح المتعاقدين، وهذا يفسر سر نجاح اختصاص قانون الإرادة في التشريعات والاتفاقيات الدولية على السواء.

الفرع الثالث: النظرية الشخصية في اختيار القانون الواجب التطبيق

ولدت النظرية الشخصية في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي الذي ساد في القرن التاسع عشر، وذلك تحت تأثير مبدأ الحرية الفردية التي أعنقتها الثورة الفرنسية وكذلك تحت تأثير نظام الاقتصاد الحر، وقد مارس هذا المبدأ تأثيرا في آلية القانون الدولي الخاص الذي عدّ النقاء الإيرادات المتعاقدة كافيا بحد ذاته ليكون مصدرا للالتزام، وبمعزل عن اختيار أي قانون يحكم

(١) د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي، وتنفيذ الاحكام الاجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط٢، عمان، ٢٠١٣، ص٢١٥.

(٢) د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي، وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص٢٤٩.

العلاقة العقدية^(١). فالنظرية الشخصية تنطلق من منطلق تقديس الحرية الفردية، فالإرادة المشتركة للمتعاقدين مقدسة، لا يجوز المساس بها أو الاقتراب منها، على اعتبار أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية هي حرية مطلقة لا يحدها شيء، فلهم أن يختاروا قانون جنسية أحدهما أو قانون موطن أحدهما أو قانون البلد الذي سيتم تنفيذ العقد فيه أو قانون البلد الذي يوجد فيه موقع المال محل العقد، أو اختيار قانون غريب عنهما^(٢).

وهذه النظرية جاءت بمسالة في غاية الأهمية، ألا وهي قدرة المتعاقدين على تحرير العقد من الخضوع لقانون دولة معينة، بحيث يبقى العقد على هذا النحو طليقاً لا يخضع إلا لما يتضمنه من شروط تعاقدية اتفق عليها الطرفان، أو للعادات والأعراف التجارية الدولية السائدة بين المتعاملين، وكذلك قدرتها على معاقبة القواعد الأمرة في القوانين الداخلية من خلال استبعادها لمجرد مخالفتها مقاصد الطرفين.

والقانون الذي تعينه الإرادة ليست له بذاته قوة الإلزام إلا في الحدود التي ترسمها له تلك الإرادة. كما يندمج القانون المختار في العقد إما عن طريق إيراد نصوصه في صلب ذلك العقد وإما عن طريق الإحالة إلى ذلك القانون، فالقانون ينصهر بالعقد فيصبح شرطاً من شروطه، وقد استلهمت محكمة التمييز الفرنسية في قرار لها بتاريخ ٥ كانون الأول ١٩١٠، هذه النظرية عندما أكدت بأن القانون المطبق على العقود هو القانون الذي تبناه المتعاقدون^(٣)، وبهذه المثابة أصبح القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين وفقاً لهذا الحكم جزءاً من العقد، لتندمج أحكامه على هذا النحو ضمن شروطه التعاقدية.

واستناداً لهذه النظرية، فإن القانون الواجب التطبيق بموجب اتفاق طرفي العقد ليحكم العقد يصبح شرطاً من شروطه التعاقدية بعد أن أدمج في الكيان القانوني للعقد بموجب اختيارهم، وبالتالي فإن القانون الذي اختير يستمد قوته فقط من السلطة المتخصصة بإصداره وفقاً لأحكام القانون، ولا يستطيع القاضي في مثل هذه الحال إن يفرض رقابته على سلطة المتعاقدين التي فرضها على العقد.

الفرع الرابع: النظرية الموضوعية في اختيار القانون الواجب التطبيق: مضت الإشارة إلى أن منطق النظرية الشخصية يقوم على فكرة أساسية مفادها اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني

(١) د. محمود محمد باقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية الشخصية والتطبيق، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٧٣.

(٢) د. فؤاد عبد المنعم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج ١، ط ٧، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٣٢٦.

(٣) علي عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقد النشر الإلكتروني، منشورات زين الحقوقية، ط ١، ٢٠١٨، ص ٧٥.

داخلي يعني أنه لا يوجد قانون يملك الادعاء أنه صاحب الاختصاص بحكم العلاقة العقدية، مما يؤدي في نهاية الأمر إلى تحرير العقد من حكم القانون.

وعلى العكس من ذلك نجد أن النظرية الموضوعية تقوم على أساس أن إرادة المتعاقدين ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة بنصوص القانون الأمرة التي تهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة، ذلك أن العقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط، وإنما هو قبل ذلك كله واقع اجتماعي يخضع للقانون الذي تفرضه الجماعة، ولا يرتب آثاره إلا في حدود ما يسمح به القانون.

ويترتب على هذا الرؤية أن ممارسة الإرادة لحقها في الاختيار الذي خوله لها القانون لا يعني قدرتها على إخراج العقد من دائرة القانون، ذلك أن الإرادة لا تقوى لوحدها على تحرير العقد من حكم القانون، وإنما ينحصر دورها في اختيار القانون الذي يخضع العقد لأحكامه.

فدور الإرادة ينحصر في تركيز العقد في مكان معين ودور القضاء هو تطبيق ذلك المكان على أساس أنه قانون مركز للعقد^(١). وأكدت محكمة التمييز الفرنسية هذه النظرة، ففي قرارها بتاريخ ٢٥ أيار ١٩٨٠ اعتبرت تركيز العقد يتعلق بإرادة أطرافه، فإنه يعود للقاضي بعد تفسير الإرادة المشتركة بصورة مطلقة فيما يتعلق بمسألة التركيز، أن يستنتج من ذلك القانون على العقد موضوع النزاع، وهو ما عادت المحكمة إلى تأكيده في قرار أحدث بتاريخ ٢٥ تشرين الأول ١٩٨٩^(٢). إن حق الاختيار وفق النظرية الموضوعية، يجب أن ينص على قانون له علاقة بالنزاع كقانون دولة التنفيذ أو محل الإبرام أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون جنسية أي منهما، أما فيما يتعلق بعقد النشر الإلكتروني، فإن تحديد الناشر أو المؤلف للقانون الواجب التطبيق وفقاً للنظرية الموضوعية، لا يجب أن يخرج عن ثلاثة فروض وهي:

أولاً- قانون دولة المؤلف: إن هذا الاختيار يعبر عن رغبة الناشر في تطبيق قانون دولته، باعتباره الطرف الأقوى في العقد.

ثانياً- قانون دولة الناشر، وهو تعبير عن آمنيات الناشر بأن يكون هناك دور لقانون دولته في حكم العلاقة التعاقدية.

ثالثاً- قانون دولة أخرى، وذلك باعتباره ذا صلة بالعلاقة التعاقدية، كقانون دولة الموطن المشترك أو محل الإبرام مما يعتبر حلاً مرضياً لكل الأطراف.

(١) د. محمود محمد باقوت، مصدر سابق، ص ٩٦.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، النزاع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٥٦.

المطلب الثاني: الموقف التشريعي من الاختيار الإرادي: إذا كانت إرادة ذوي الشأن تلعب دورا يتفاوت قدره ضيقا واتساعا في أغلبية المسائل التي تتنازع فيها قوانين دولتين أو أكثر، فإن المجال الخصب لدور الإرادة في تنازع القوانين هو الالتزامات، وبصدد الالتزامات التعاقدية نجد أن مختلف النظم القانونية، ومجموع فقه القانون الدولي الخاص المقارن، والاتفاقيات الدولية، والأعمال الصادرة عن الهيئات والجامع العلمية، يجمع على أن إرادة الأطراف هي ضابط الاختصاص التشريعي الأصل الذي يتحدد على أساسه القانون واجب التطبيق في مجال العقود الدولية^(١).

حيث إن تطبيق قاعدة التنازع قد يؤدي إلى نتائج مخالفة للتوقع المشروع للأطراف، ذلك فإن قاعدة التنازع تعتبر قاعدة عمياء تهدف فقط إلى أن تحدد موضوعيا القانون الواجب التطبيق الأمر الذي من شأنه أن يأتي تطبيق القانون المشار إليه بنتائج لم يتوقعها أطراف الرابطة القانونية. لذا فإن معظم التشريعات تفسح المجال لتحديد القانون الواجب التطبيق بواسطة أطراف العلاقة القانونية أنفسهم، بحيث لا تطبق قاعدة التنازع إلا في حالة تخلف اتفاقهم على القانون الذي يحكم تلك الرابطة.

وعليه سنوضح موقف كل من القانون العراقي والتشريعات المقارنة اتفاقيات الدولية من النظريتين كالآتي:

الفرع الأول: موقف المشرع العراقي من قانون الإرادة: نصت الفقرة (١) من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه: يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطننا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف إن قانونا آخر إيراد تطبيقه. ويتبين من هذا النص أن المشرع قد أخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدان في العقد بإرادتهما الصريحة، إن أعلن عنها في العقد، أو بإرادتهما الضمنية، التي يمكن للقاضي أن يستخلصها من ظروف الحال كاتفاقهما - مثلا - على جعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة من الدول، فوجود مثل هذا الاتفاق مع عدم وجود إرادة معلنة تحدد القانون الواجب المختص، يدل على أن إرادة طرفي العلاقة قد انصرفت إلى تحديد تطبيق قانون الدولة التي أعطى الاختصاص لمحاكمها^(٢).

(١) د. محمد الروبي، دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٠.

(٢) د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ٢٠٠٨، ص ١٩٢.

ويتفق هذا الرأي مع المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي حيث لم يفرض أي قيد على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، فمثلا لم تنص المادة أعلاه على وجود صلة بين القانون المختار والعقد محل العلاقة.

مما كان دافعا إلى تصور امكانية اختيار الأطراف للقانون ليست له علاقة بالعقد، وبالتالي كان هذا التفسير قريبا من مضمون النظرية الشخصية التي تقرر الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد. هذا من جانب، ومن جانب آخر نجد في الفقه العراقي من أشار إلى النظريات الفقهية التي تبنت تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، لكنه لم يحدد موقف القانون الى من كلتا النظريتين. من الأمور التي يمكن استخلاصها من نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، هو أن المشرع العراقي قد تبنى بعض النتائج التي أقرتها النظرية الموضوعية، وهذا يعتبر إقرارا من المشرع بأن القواعد التي تنطبق على الالتزامات التعاقدية، هي قواعد محتفظة بصفاتها الأمرة من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذه القواعد تنتمي لدولة أخرى، وهذه المعطيات تتوافق مع بعض المبادئ التي نادى بها النظرية الموضوعية من حيث إبراز دور القانون على الإرادة.

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من قانون الإرادة

مضت الإشارة إلى أن العديد من التشريعات المقارنة أشارت إلى كل من الشخصية والموضوعية، ولم يتخلف المشرع المصري عن تأكيد إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة، مع أنه لم يكن في التشريع المصري قبل العمل بالقانون المدني الحالي نص يبين قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد على أن الفقه المصري قد أخذ بقاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة.

فقد جاءت المادة (١٩) من القانون المدني المصري مطابقة للمادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، حيث نصت على أنه: يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري قد اعتد أساسا بالإرادة الصريحة أو الضمنية كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية. وعند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد فقد فضل المشرع المصري أن يتصدى بنفسه للتركيز

الموضوعي للعلاقة العقدية بمقتضى ضوابط إسناد محددة سلفا وهي ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا وإلا فقانون دولة إبرام العقد^(١).

وذهب جانب من الفقه المصري ، إلى أن المشرع المصري لم يحرص على وحدة القانون الذي يحكم العقد، بدلالة أنه لم يواجه في المادة (١٩)، سوى الالتزامات التعاقدية، وهي تمثل آثار العقد، ولم يواجه مسألة القانون الواجب التطبيق على تكوين العقد.

غير أن الرأي الغالب في الفقه يذهب إلى وجوب النظر إلى العقد على انه عملية واحدة تخضع في مجموعها لقانون واحد، لأن المشرع باستعماله مصطلح (الالتزامات التعاقدية)، أراد أن يعطي فرصة للاجتهاد في المسائل التفصيلية على أن يطبق فيها قانونا آخر وفقا لما يجري عليه العمل دوليا، ذلك أن الأعمال التحضيرية تكشف عن قصد المشرع في التعبير باصطلاح الالتزامات التعاقدية عن كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وأثارها، أي العقد مجموعته، مما يفيد عدم رغبة المشرع في تجزئة العقد. وقد أيد جانب من الفقه العراقي هذا الرأي. يتضح مما سبق أن المشرع المصري قد اعتنق النظرية الشخصية، حينما أعطى الحق للمتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وذلك حينما أشار في نهاية الفقرة الأولى من المادة (١٩) إلى أنه ... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه.

ويذكر أن لجنة تعديل القانون المدني المصري رأيت تعديل نص المادة (١/١٩) كالآتي:
يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من التزامات القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الصريحة أو الضمنية. فإن لم توجد سرى قانون الدولة التي تم فيها التصرف وفقا لما يقره القانون المصري.

أما موقف المشرع الأردني من قانون الإرادة فيتضح من خلال الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني التي نصت على ما يلي: يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي يتم فيها هذا العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك. كما أخذ بنص مماثل المشرع السوري في المادة (٢٠) من القانون المدني السوري، والمشرع الكويتي في المادة (٥٩) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، والمشرع الليبي في المادة (١٩) من القانون

(١) المحامي علي عبدالكريم، مصدر سابق، ص ٨٣.

المدني، وكذلك المشرع الإماراتي في المادة (١٩) من قانون المعاملات المدنية، وأيضاً المشرع القطري في المادة (٢٧) من مشروع القانون المدني.

الفرع الثالث: موقف الاتفاقيات الدولية من قانون الإرادة: إن الاتفاقيات الدولية، جاءت بنفس المعنى الذي أشارت إليها التشريعات الوطنية، وأكدت خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة الذي يختاره الأطراف، عن طريق تكريس قاعدة قانون الإرادة بنصوص صريحة. ولعل من أبرز هذه الاتفاقيات اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فقد نصت في مادتها الأولى على يخضع العقد للقانون الذي اختاره الطرفان، ويمكن أن يكون هذا الاختبار صريحاً أو يجري الاتفاق على سريان القانون المختار على كل أحكام العقد أو على جزء منه فقط^(١).

يبدو واضحاً أن الاتفاقية تؤكد على حرية الأطراف المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق. فلا تشترط وجود علاقة بين القانون المختار والمركز العقدي، ومن ثم يمكن للأطراف اختيار قانون محايد لا يمت للعقد بصلة وكذلك لا تشترط طبيعة معينة للعقد، فيسري أن يكون العقد دولياً أو غير دولية. كما أن اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ في شأن القانون الواجب التطبيق، قد اتخذت نفس النهج، فلم تقيد بدورها إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد، فنصت المادة (٧/١) من الاتفاقية على أن عقد البيع يسري عليه القانون الذي اختاره الأطراف^(٢).

ومن التشريعات الدولية التي تبنت النظرية الشخصية مجمع القانون الدولي، حيث أقر المجمع في دورته التي عقدها عام ١٩٩١ في مدينة بازل السويسرية، بعنوان مبدأ الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، حينما أشارت المادة (٦) من الدورة نفسها أن للأطراف بعد إبرام العقد اختيار القانون الواجب التطبيق أو تعديل اتفاقهم السابق، وأن للأطراف الحرية في تقدير سريان القانون المختار بأثر رجعي دون الإخلال بالحقوق المكتسبة للغير. يبدو اعتراف مجمع القانون الدولي بالنظرية الشخصية جلياً من خلال إقرار كامل الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق دون قيد أو شرط، كما أن حرية الأطراف في اختيار القانون لا تنتهي عند هذا الحد بل خول الأطراف الحرية في تعديل القانون المختار في أي وقت، ويكون هذا القانون المختار ذا أثر رجعي^(٣).

(١) المحامي علي عبدالكريم، مصدر سابق، ٨٨.

(٢) خالد شكور، بحث منشور على شبكة الانترنت، <http://www.startimes.com>

(٣) د. فراس يوسف، صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الامارات العربية، السنة ٢٧، عدد ٥٣، ٢٠١٣، ص ٢٩٤.

بناء على ما تقدم يتضح أن معظم التشريعات العربية والمقارنة والاتفاقيات الدولية ذات الصلة قد أقرت بحق الأطراف في العقود الدولية اختيار القانون الذي يحكم موضوع عقدهم، وهذا الأمر يؤدي بطبيعة الحال إلى ترسيخ قاعدة قانون الإرادة.

المبحث الثاني: آلية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد: بعد أن تناولنا في المبحث الأول من هذا الفصل، ماهية قانون الإرادة، من خلال تعريف المبدأ، وتتبع مراحل تطوره، والموقف الفقهي والتشريعي من هذا القانون ودوره في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد النشر الإلكتروني من خلال اعتماد مبدأ سلطان الإرادة الذي تجسد في النظريتين الشخصية والموضوعية ودورهما في تحديد القانون الذي يحكم العلاقة القانونية.

يبقى التساؤل قائماً عن مدى حرية المتعاقدين في هذا الاختيار وما هي الآلية التي يتسنى بها للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق؟. لذلك لا بد من إيضاح كيفية اختيار الأطراف لقانون الإرادة، فبعد أن نبين مدى حرية المتعاقدين في هذا الاختيار، يثار تساؤل عن حالة غياب الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، أي قانون سيطبق عليه سنحاول في هذا المبحث أن نجيب عن هذه التساؤلات من خلال مطلبين وكما يلي:

المطلب الأول: تعيين الأطراف لقانون العقد: ترتبط مسألة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد بمسألة التعبير عن الإرادة التي تدخل ضمن إطار دراسة نظرية العقد، وهذا التعبير قد من صريحا وقد يكون ضمنيا، وأن القانون لم يشترط شكلا خاصا للتعبير عن الإرادة إلا في أحوال نادرة.

وقد أوضحنا في المبحث الأول من هذا الفصل أن للأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، استنادا لمبدأ سلطان الإرادة، وكيف أن أغلب التشريعات قد أعطت المتعاقدين الحق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وقد يكون هذا الاختيار صريحا أو ضمنيا. ورغم أن أغلب النظم القانونية، والاتفاقيات الدولية، قد أعطت الحق لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، إلا أن هذا الاعتراف يثير التساؤل عن أشكال هذا الاختيار الإرادي؟. والإجابة عنه تتم إما باختيار قانون العقد بشكل صريح أو ضمني، وهو ما سندرسه في هذا المطلب من خلال ثلاث فروع، ندرس في الفرع الأول الاختيار الصريح، وفي الفرع الثاني الاختيار الضمني، وفي الفرع الثالث، ندرس التعيين القضائي للقانون وذلك على الوجه الآتي:

الفرع الأول: الاختيار الصريح: إذا كان القانون قد اعترف للمتعاقدین بالحق في تعيين أو تحديد القانون الذي يحكم عقدهم، فمن الطبيعي أن يمارس الأطراف ذلك الحق بإعلان إرادتهم الصريحة

في قانون هذه الدولة أو تلك، الواجب التطبيق عند المنازعة فإن تم ذلك، كنا بصدد الاختيار الصريح أو الإرادة الصريحة لقانون العقد. ومن المهم أن تكون نية أطراف العلاقة القانونية صريحة فيما يتعلق بالقانون الواجب تطبيقه على العقد، بمعنى أن تتوافق نية المتعاقدين بصورة ص واضحة ومكتوبة لاختيار قانون معين دون قيد أو شرط، وهو ما يطلق عليه شرط الاختصاص التشريعي^(١).

وهذا الأمر تناوله المشرع العراقي في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونًا آخر يراد تطبيقه، وهذا النص شبيهه بنص المادة (١٩) من القانون المدني المصري.

يتبين من النصين السابقين أن الأولوية في اختيار قانون العقد للمتعاقدين، ولم يشترط القانونان توفر صلة بين العقد والقانون المختار، فترك الأمر على إطلاقه مانحين أطراف العقد الحرية في تعيين القانون الذي يحكم عقدهم، والحال نفسه بالنسبة لبقية التشريعات العربية. فالتعبير عن الإرادة يكون صريحًا إذا كشف المتعاقدان عن هذه الإرادة حسب المؤلف بين النطق بالكلام أو الكتابة أو الإشارة أو نحو ذلك. إلا أن الطريقة الأكثر وضوحًا للتعبير الصريح عن الإرادة تتمثل بالتعبير الكتابي من خلال قيام أطراف العقد بتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد^(٢)، أو الذي يحكمه أو أن يكون ذلك من خلال الرسائل الالكترونية المتبادلة فيما يتعلق بالمعاملات الالكترونية عبر الإنترنت.

ويعتبر تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بشكل صريح، أحد الشروط الأساسية لنجاح العلاقات ذات الطابع الدولي، لأنها تعطي الأمان للمتعاقدين، بالإضافة إلى كونها تؤمن الحل المناسب في حالة وجود نزاع، لذلك يرتاح المتعاقدان الدوليان إذا قامت إرادتهما باختيار القانون المطبق على العقد والنص عليه صراحة.

الفرع الثاني: الاختيار الضمني: إذا كان الغالب هو إهمال أطراف العقد تضمين اتفاقهم شرط الاختصاص التشريعي، أي انعدام التحديد الصريح لقانون العقد، فإن هذا لا يعني انتهاء كل دور

(١) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١، ص١٨٢.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠١، ص٥٩.

لهم، فالإرادة الصريحة للأطراف، هناك إرادتهم الضمنية وهي إرادة ينبغي اعتبارها وعدم تجاهلها، لأنها إرادة حقيقية، ناتجة عن ميل واضح وأن كان كامناً، إلى نظام قانوني معين. فالإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية لكنها غير معلنة، يستخلصها القاضي من ظروف الحال، وهي في تقصيها لا تخضع لرقابة محكمة النقض لأنه في الحقيقة يقوم القاضي بتفسير العقد، وهو ما لا يخضع بصفة عامة لرقابة محكمة النقض. وأكدت على ذلك محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٦ مايو ١٩٧٠ وجاء بالحكم أن تحصيل حكم الموضوع لما ورد بمستند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبي... ويعتبر من قبيل فهم الوقائع في الدعوى بما يستقل به قاضي الموضوع^(١).

ففكرة الاختيار الضمني لا تعني أن الإرادة غير موجودة، فهي موجودة لكن غير معلن عنها، أي أن هناك مؤشرات (قرائن) قد تكون مأخوذة من داخل العقد، أو خارجه، يعتمدها القاضي كضوابط إسناد في الكشف عن الإرادة. والقرائن التي تكون من داخل العقد منها ما هو خاص بالعقد نفسه كمضمون العقد، أو عملية الدفع، أو محل العقد، أو الاختصاص القضائي، ومنها ما هي عامة في كل العقود كمكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، ومنها ما تكون مؤشرات مكملة كالجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو الموطن المشترك، أو مركز الأعمال المشترك لهما. وتظهر مهمة القاضي جلية في استنتاج هذا الاختيار عن طريق تفسير العقد وبالتالي يمكنه تحديد انصراف إرادة المتعاقدين إلى قانون دولة معينة حتى ولو لم يتفق الأطراف صراحة على هذا القانون لأنهم يضعون بعض البنود في عقدهم تحدد بطريقة غير مباشرة هذا القانون المطبق على العقد.

وتؤكد كافة تقنيات القانون الدولي الخاص المعاصرة على ضرورة تقصي الإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة غياب الإرادة الصريحة، فالمادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي نصت على أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي توجد فيها الموطن المشترك إذا اتحدوا موطناً، فإذا اختلف يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه، وبالمعنى نفسه جاء نص المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري حيث قررت أنه يسري على العقد القانون الذي تتفق عليه الأطراف، وعند تخلف الاتفاق الصريح يسري القانون الذي يتبين من الظروف أنه هو الذي يراد تطبيقه^(٢).

(١) المحامي علي عبدالكريم، مصدر سابق، ص ٩٤.

(٢) المحامي علي عبدالكريم، مصدر سابق، ص ٩٥.

يتضح مما تقدم أن هذه القرائن يختلف تحديدها من دولة إلى أخرى، بل أنها تختلف في الدولة الواحدة ذاتها كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، إلا أنه من الثابت القول بأن هناك معايير لا تصلح لأن تكون ضابطا للفصل في تحديد القانون الواجب التطبيق كالعملة التي يحدد على أساسها السعر في العقد، وخاصة الدولار الأمريكي واليورو الأوربي اللذان يجري تداولهما على مستوى عالمي، مما يصعب تحديد القانون المختار بناء على نوع العملة، وكذلك اللغة، فرغم أنها تعد من القرائن الذاتية للرابطة العقدية.

الفرع الثالث: التعيين القضائي لقانون العقد: يحدث أحيانا ألا يصرح المتعاقدان بإرادتهما الصريحة في شأن تحديد القانون الذي يحكم العقد، كما أن ظروف الحال لا تتم عن إرادتهما الضمنية في هذا الشأن، بحيث يتعذر على القاضي أن يكشف على نحو مؤكد عن هذه الإرادة، فماذا يكون الحل؟. في هذه الحالة لا يستطيع القاضي أن يختصر الطريق ويطبق قانونه الوطني، أو يرفض الفصل في النزاع، وإنما على القاضي أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد.

إن القاضي الذي ينظر النزاع في حال عدم وجود الإرادة الصريحة للمتعاقدين يستطيع اختيار القانون الذي يحكم العقد سواء عبر عنها كتابة أو إشارة أو نحو ذلك، فله أن يعتد بالإرادة الضمنية لهما والتي يستخلصها القاضي من ظروف الحال، كالنظر إلى مكان إبرام العقد وجنسية وموطن المتعاقدين وظروف وحيثيات العقد^(١)، كما لو اتحدت مثلا المحكمة التي جعلها المتعاقدان متخصصة بنظر النزاعات المتعلقة بالعقد، مما يدل على انصراف إرادتهما الضمنية إلى إخضاع العقد لقانون دولة القاضي، خاصة أن الاتجاه الحديث للتشريع وفقهاء القانون الدولي الخاص يذهب إلى الاعتداد بالإرادة الضمنية. الحل في حالة انتفاء إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق، هو التعيين القضائي للعقد، فقد افترض المشرع أن المتعاقدين الرجوع إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية المقررة في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تحدد بدورها القانون الواجب التطبيق على العقد، يصبح أمراً لا مناص منه في ظل غياب الاتفاق الصريح للمتعاقدين وعدم استخلاص الضمنية من خلال الظروف والملابسات المحيطة بالعقد، لأن هذه الظروف وضعت التحكم العقود بصفة عامة.

ولما كان أمر تعيين قانون الإرادة يبلغ من الدقة حدا يصعب معه اعتماد هذه القرينة أو تلك وإنما يقتضي بحث ظروف الحال بالنسبة لكل عقد، مما يلقي عبئا ثقيلا على القاضي، اتجه المشرعون في بعض الدول للتسهيل على القاضي عند عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية

(١) د. محمود باقوت، مصدر سابق، ص ١٣٤.

للمتعاقدين من خلال النص على ضوابط مقيدة، يعين على أساسها القانون الذي يحكم العقد، والضوابط التي يعول عليها المشرعون عادة هي الجنسية المشتركة والموطن المشترك للمتعاقدين ومحل إبرام العقد، وقد يجمع المشرع بين أكثر من قرينة من هذه القرائن، وقد يكتفي بإحداها وهي عادة محل انعقاد العقد^(١). ويلاحظ أن المشرع العراقي نص في الفقرة (١) 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 انا آخر يراد تطبيقه، أما في كل من الأردن وسوريا ومصر فقد حسم المشرع المسألة بوضع قواعد إسناد جامدة غير مرنة، وإن كانت ذات خيارات متعددة، بعد أن أعطى الأولوية ابتداء لإرادة الأطراف المتعاقدة لاختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية في مجال العقود الدولية، قضى بأنه في حال غياب هذا القانون، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الموطن المشترك لأطراف العقد إذا اتحدوا في الموطن، أما إذا اختلفا في الموطن فيطبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد^(٢).

المطلب الثاني: مدى حرية أطراف عقد النشر الإلكتروني في اختيار قانون الواجب التطبيق: تعد قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة من أهم قواعد تنازع القوانين وأكثرها شيوعاً، إذ حرصت كافة التشريعات الوطنية والدولية المختلفة على تأكيدها، كما درج القضاء الداخلي والدولي على تطبيقها.

واختيار قانون العقد غالباً ما يكون عند إبرام العقد الأصلي بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه، ومع ذلك فقد يتم الاتفاق على قانون للعقد في مرحلة لاحقة على إبرام العقد الأصلي سواء تم ذلك الاختيار بإرادة صريحة أو بإرادة ضمنية يمكن للقاضي استخلاصها من دلائل يكشف عنها، فهل يمكن الاعتداد على هذا النحو باختيار المتعاقدين اللاحق سواء تم هذا الاختيار بعد إبرام العقد الأصلي أو في مرحلة متأخرة ويعد طرح النزاع الذي نشأ بينهم على المحكمة المختصة فهل يعتد القاضي بهذا الاختيار؟ لذا سنبين في هذا المطلب مدى حرية أطراف عقد النشر الإلكتروني في اختيار قانون العقد، من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، وكما يلي:

الفرع الأول: الحرية التعاقدية بين الإطلاق والتقييد: بينا أن لأطراف العقد الدولي (عقد النشر الإلكتروني) حق اختيار قانون الواجب التطبيق، ولكن إلى أي حد يكون مسموحاً لهم ممارسة هذا

(١) المحامي علي عبد الكريم، مصدر سابق، ص ٩٨.

(٢) د. غالب علي الداودي، ود. حسن محمد الهداوي، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

الحق؟ وهل يكون لهم اختيار قانون بعيد الصلة بالعقد لقد انقسم فقه قانون الدولي الخاص إلى عدة اتجاهات حول مدى حرية الأطراف في اختيار قانون العقد، وكما يلي:

١. ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى القول أن للمتعاقدين حرية كاملة في اختيار قانون الواجب التطبيق على عقديهما دون تقيدهما بأية صلة، احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، بغض النظر عما إذا كان قانون المختار على صلة بالعقد، ولكنهم اشترطوا حسن النية في الاختيار^(١). أي وجوب استبعاد قانون المختار إذا انطوى على غش نحو قانون.

٢. ذهب هذا الاتجاه من الفقه إلى اشتراط وجود صلة حقيقية بين قانون المختار والعقد، فإرادة الأطراف يتلخص دورها في رأيهم في تركيز العقد في مكان معين في ضوء عناصر العلاقة والظروف المحيطة بها، وهذه الإرادة يجب أن تعبر عن مركز الثقل في العلاقة.

٣. أما الاتجاه الثالث وهو الراجح فيذهب إلى أن حرية المتعاقدين في اختيار قانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقد ليست مطلقة كما يرى أنصار الاتجاه الأول، كما أنها ليست مقيدة إلى الحد الذي يقره الاتجاه الثاني، فهم يكتفون باشتراط ألا يكون قانون الذي تم اختياره مقطوع الصلة بالعلاقة العقدية.

والمقصود بالصلة هي العلاقة الموضوعية التي تربط بين قانون المختار وعقد النشر الالكتروني أو المتعاقدين إذ يجب على الأطراف الاختيار من النظم القانونية التي كان للقاضي أن يختارها.

وعلى ذلك يستطيع المتعاقدان في عقد النشر الالكتروني اختيار قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنه أو قانون محل تنفيذ عقد النشر الالكتروني، ويجوز للمتعاقدين اختيار قانون اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة للعقد المراد إبرامه.

وهناك من يرى أنه يشترط في المتعاقدين (في عقد النشر الالكتروني) العلم بقانون الذي يختارانه ليحكم عقدهما، فمن غير المتصور أن يتفق الطرفان على قانون لا يعرفان فحواه، لأنه يضر قبل كل شيء بالمتعاقدين أنفسهم، وهذا الشرط ما هو إلا نتيجة لما ذهب إليه الرأي الثالث، لأن الأطراف عندما يختارون صراحة قانون الذي له صلة بالعقد يبحثان فيما إذا كان هذا قانون يخدم مصالحهما، ولكي يتمكننا من ذلك يفترض فيهما العلم بمحتوي هذا قانون^(٢).

(١) د. احمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ١٩١.

(٢) د. عامر محمد، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٢٠٨.

الفرع الثاني: حرية المتعاقدين في تجزئة عقد النشر الإلكتروني: رغم أن حرية الاختيار لها مكانة كبيرة في نطاق العقود الدولية، إلا أن التساؤل يثور عما إذا كانت حرية الأطراف في هذه المجال تخول لهم تجزئة عقد النشر الإلكتروني وإخضاع كل جزء لقانون مختلف بحيث تتعدد القوانين الواجبة التطبيق على عقد النشر الإلكتروني؟.

أقرت اتفاقية روما لسنة ٢٠٠٨ في شان قانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حق تجزئة العقد حينما حولت للمتعاقدين الحق في اختيار قانون معين لحكم جانب من جوانب العقد، الأمر الذي يفيد إمكان تجزئة الرابطة العقدية وإخضاع كل عنصر من عناصر العقد لقانون مختلف. واختيار قوانين متعددة تابعة لدول مختلفة من أجل حكم العقد الدولي (عقد النشر الإلكتروني)، قد يشمل عدة قوانين من خلالها تختار الأطراف قواعد قانونية تابعة لتشريعات داخلية مختلفة^(١)، وهذه المسألة لم ينتبه لها المشرع في المادة (٢٢) من قانون المدني العراقي ولم يذكر فيها إمكانية الرجوع إلى قوانين مختلفة لتنظيم الشروط الموضوعية للعقود من قبل المتعاقدين رغم أنه ذكر في نفس المادة إمكانية تجزئة العقد من حيث شروطه الموضوعية وشروطه الشكلية. ويذكر أن هناك آراء في الموضوع يمكن أن نجملها فيما يلي:

١. رأي يقضي أنه لا يترك للإرادة حرية إخضاع العلاقة العقدية الواحدة لأكثر من قانون كإخضاع كل من تكوين العقد (عقد النشر الإلكتروني) وآثاره وزواله إلى قوانين مختلفة ولو توفرت الصلة بين كل من تلك العناصر والقوانين المختارة^(٢).
- على اعتبار أن عقد النشر الإلكتروني هو عملية قانونية واحدة لا يقبل تجزئتها، فهو يتناول عمل قانوني متجانس فيما بين عناصره، كما أنه يحقق الانسجام في النظرة والإرادة، ويجنب من مخاطر اعتبار أن عقد النشر الإلكتروني هو مجرد عمل إرادي يعود للإرادة انتقاء أي قانون يحقق مصالحها الذاتية، ويمكن للأطراف على أثره التهرب من الأحكام الآمرة في قانون المختار.
٢. رأي يرى أنه يمكن للأطراف اختيار أكثر من قانون ليحكم علاقاتهم التعاقدية، إذ يرفض هذا الرأي فكرة وجود قانون موحد ليطبق على العقد، بل لا تخضع عناصر صحة العقد وكذلك آثاره إلى قانون واحد أي يجب إخضاع كل عنصر للقانون الذي يلائمه، ويرى هذا الاتجاه أنه في حالة إذا كان قانون المختار يحتوي على نصوص مكملة فقط، لا يوجد مانع من رجوع الأطراف إلى قانون آخر لأخذ بعض النصوص الآمرة التي تعد مهمة، وهذا قانون يعد بمثابة شرط تعاقدية، لكن هذا الرأي الأخير

(١) د. احمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٤٥٦.

(٢) المحامي علي عبدالكريم، مصدر سابق، ص ١٠٥.

تعرض للنقد لأن اعتبار النصوص الأمرة مجرد شروط تعاقدية يتنافى مع المبدأ المعروف في القضاء والذي أكدته محكمة النقض الفرنسية (إن العقد الدولي دائماً مرتبط بقانون دولة)^(١).

ويرى الباحث أنه لا يوجد ما يمنع المتعاقدين من تجزئة عقد النشر الإلكتروني وإخضاع كل عنصر منه إلى قانون مختلف، إلا أنه يفضل أن يكون لهذا التعدد في القوانين أساس موضوعي، كأن تكون العلاقة العقدية موضوع النزاع هي بذاتها مركبة فتقبل التجزئة دون أن يؤثر ذلك على تجانس عقد النشر الإلكتروني، والمثال الأكثر من لهذه الفكرة هو العقد الذي يكون موضوعه في آن واحد النشر لصالح الناشر مع الوعد بالمساعدة الفنية للطرف الآخر، فيمكن إخضاع عقد النشر إلى قانون دولة المؤلف أما الوعد بالمساعدة الفنية إلى قانون آخر.

الفرع الثالث: الوقت الذي يعتد به في اختيار قانون العقد: الأصل في الاتفاق على اختيار قانون العقد يكون عند إبرام العقد الأصلي، بموجب شرط صريح يدرج في العقد أو بمقتضى اتفاق مستقل، وأن يتم هذا الاختيار بطريقة صريحة بحيث يذكر في العقد صراحة من المتعاقدين أو بطريقة ضمنية يستنتجها القاضي من ظروف وملابسات التعاقد^(٢)، ولكي يحدد في عقد النشر الإلكتروني يجب أن يختار قبل إبرام العقد، لذلك تظهر أهمية التحديد الزمني لحق المتعاقدين في اختيار هذا قانون رغم أن نص المادة (٢٥) من قانون المدني العراقي جاءت عامة ولم تذكر الوقت الذي يختار فيه المتعاقدين قانون المطبق على الالتزامات التعاقدية. والقاعدة العامة أن اختيار المتعاقدين يكون مسبقاً على إبرام العقد الدولي (عقد النشر الإلكتروني)، ذلك أن إبرام العقد يكون كمرحلة أخيرة بعد إجراء مفاوضات على أثرها يتفاوض الأطراف لتحديد قانون المطبق دون الرجوع إلى قانون آخر بعد المفاوضات، وذلك بمقتضى نص يدرج في صلب العقد ذاته أو في اتفاق مستقل^(٣).

لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات يتم فيها الاختيار المتأخر للقانون المطبق على العقود الدولية، ويعد هذا الاختيار عكس السابق الذي تم قبل التعاقد، لأنه يتم بعد الإبرام النهائي للعقد، وهذه الحالة استثنائية، لأن المتعاقدين عادة يبرمون العقد بعد مفاوضات مطولة ولا يمكنهم تغيير قانون المختص بعد

ذلك. ويعود التأخر من قبل المتعاقدين إلى عدة أسباب ومن ضمنها :

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط١، دار الفكر العربي، ٢٠١٤، ص ٣٨١.

(٢) د. محمود محمد باقوت، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(٣) د. هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٣٧٢.

القانون الواجب التطبيق على عقد النشر الإلكتروني

١. عدم تفكير أطراف عقد النشر الإلكتروني في حسم مسألة تحديد قانون المطبق.
 ٢. عدم توصل المتعاقدين في عقد النشر الإلكتروني لاتفاق مشترك على قانون قبل إبرام العقد النهائي
 ٣. أن المتعاقدين قد اختارا هذا قانون قبل إبرام العقد بطريقة ضمنية رغم أنه يتطلب نوعية العقد الذي يتم الاختيار فيه صراحة
 ٤. تغيير قانون الذي اختاره المتعاقدان قبل إبرام العقد ليحل محله قانون آخر يعد هو المختص بحكم العلاقة العقدية، لتمتع الأطراف بحق التعديل في أي وقت.
- الخاتمة:** تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن موضوع القانون الواجب التطبيق على عقد النشر الإلكتروني يثير العديد من الصعوبات والمنازعات التي تتولد بين أطرافه، والتي تنشأ عن طبيعته الخاصة، فضلاً عن أنه عقد يبرم عبر شبكة الانترنت. وقد توصلنا إلى أهم النتائج والتوصيات التالية:

أولاً / النتائج :

١. عقد النشر الإلكتروني هو العقد الذي يتنازل بموجبه المؤلف أو خلفه إلى الناشر الإلكتروني عن حق النشر الإلكتروني للمصنف بشروط معينة وخلال مده معينة بمقابل مالي على ان يتم نشر المصنف بالوسائل الإلكترونية المتفق عليها بالعقد.
٢. إن المشرع العراقي قد ساوى بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية من حيث الاثبات فقط. أما من حيث الشكل فلم يتطرق إلى الشكل الذي يتطلبه قانون.
٣. لم ينص المشرع العراقي في قانون حماية حق المؤلف العراقي على إن عقد النشر من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي.
٤. عقد النشر الإلكتروني عقد مختلط يجمع الصفة المدنية والصفة التجارية في آن واحد، فبالنسبة للمؤلف هو عقد مدني حتى لو كان المؤلف هو الذي تولى عملية النشر بنفسه. أما بالنسبة للناشر الإلكتروني فهو عقد تجاري يهدف من عمله الربح من كل عملية يقوم بها، فهو يشتري حق الاستغلال مدة معينة ليقوم ببيعه فيحصل من وراء ذلك على ربح معين.

ثانياً / التوصيات :

١. اضافة مادة إلى قانون حماية حق المؤلف العراقي لتكون الصياغة بالشكل التالي عقد النشر هو من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي.

٢. تعديل نص المادة (٤١) من قانون حماية حق المؤلف العراقي لتكون الصياغة بالشكل التالي تصرف المؤلف في حقوقه على المصنف سواء كاملاً أو جزئياً، يجوز أن يكون على أساس مشاركة نسبية في الإيراد الناتج من الانتفاع ويجوز له التعاقد على أساس مبلغ جزافي أو الجمع بين الأساسين.
٣. اضافة مادة إلى قانون التجارة العراقي لتكون الصياغة بالشكل التالي إذا كان العقد تجارياً بالنسبة لأحد طرفية فلا تسري أحكام قانون التجاري إلا على التزامات هذا الطرف وحده، وتسري على التزامات الطرف الأخر أحكام قانون المدني ما لم ينص قانون على غير ذلك.

قائمة المصادر

أولاً / الكتب القانونية:

١. د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٢. سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٦.
٣. د. عامر محمد، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
٤. المحامي علي عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقد النشر الالكتروني، منشورات زين الحقوقية، ط١، ٢٠١٨.
٥. د. غالب علي الداودي، ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي، وتنفيذ الاحكام الاجنبية، ج٢، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١.
٦. د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي، وتنفيذ الاحكام الاجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣.
٧. د. فؤاد عبد المنعم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج١، ط٧، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
٨. د. محمد الروبي، دور الارادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٩. د. محمد حمدي محمد، دور الارادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية في مجال القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
١٠. د. محمد سليمان الاحمد، تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية، ط١، دار وائل للنشر، ٢٠٠٥.
١١. د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١.
١٢. د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية الشخصية والتطبيق، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
١٣. د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠١.
١٤. د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي، وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، ٢٠١٠.
١٥. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط١، دار الفكر العربي، ٢٠١٤.
١٦. د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ٢٠٠٨.

ثانياً / البحوث المنشورة :

١. خالد شكور، بحث منشور على شبكة الانترنت، <http://www.startimes.com>
٢. د. فراس يوسف، صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الامارات العربية، السنة ٢٧، عدد ٥٣، ٢٠١٣.
٣. د. فواز صالح ، الارادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الثامن والعشرون، العدد الاول، ٢٠١٢.