مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية

اسم المقال: القانون واجب التطبيق على منازعات العقود الإلكترونية الدولية "دراسة تحليلية للنصوص التشريعية السورية ذات الصلة"
اسم الكاتب: د. وفاء فلحوط
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/10252
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 06:24 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية
المجلد 3 (3) – 2023 : 129-155

Damascus University Journal of Legal Sciences
Vol 3 (3)- 2023: 129-155

القانون واجب التطبيق على منازعات العقود الالكترونية الدولية
" دراسة تحليلية للنصوص التشريعية السورية ذات الصلة "

د. وفاء فلحوط[1]

1. استاذ في قسم القانون الدولي الخاص - كلية الحقوق– جامعة دمشق

و استاذ في الجامعة العربية الدولية الخاصة (AIU)

الملخص:

يتناول هذا البحث دراسة تحليلية لنص المادة (11) من قانون المعاملات الالكترونية السوري رقم 3 لعام 2014 ، والمادة 20 من القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949 باعتبار ما ورد في المادة 11 من قانون المعاملات الإلكترونية السوري من إحالة إلى قواعد القانون الدولي الخاص
المنصوص عليها في القانون المدني ، وذلك في سياق تحديد القانون الواجب التطبيق في حال غياب قانون الإرادة .

ولو تركنا جانباً القاعدة الاسنادية الخاصة بأهلية المتعاقدين الواردة في المادة 12 من القانون المدني السوري ، وكذلك القاعدة الاسنادية الخاصة بشكل العقود الواردة في المادة 21 من القانون ذاته، ستظهر لنا أهمية البحث من خلال محاولته الكشف عن مدى ملاءمة قاعدة تنازع القوانين الواردة في المادة 20 من القانون المدني السوري، والخاصة بالجانب الموضوعي للعقود مع الطبيعة الخاصة للعقود الدولية الالكترونية ، ولاسيما لجهة تحديد نطاق إرادة المتعاقدين، وذلك وصولاً لبيان إمكانية تطبيق قواعد قانونية تنتمي إلى قانون إلكتروني دولي موضوعي، ومن ثم بيان حكم تلك الإمكانية ما بين النص ومقتضيات الواقع.

الكلمات المفتاحية: القانون واجب التطبيق– عقود الكترونية دولية – نصوص تشريعية سورية– قانون مدني– قواعد القانون الدولي الخاص– تنازع قوانين.

تاريخ الإيداع: 2023/2/12
تاريخ القبول: 2023/3/15



حقوق النشر: جامعة دمشق – سورية، يحتفظ المؤلفون بحقوق النشر بموجب الترخيص
CC BY-NC-SA 04

ISSN (online)
http://journal.damascusuniversity.edu.sy/index.php/index/index

The applicable law in relation to international electronic contracts disputes

"An analytical study of the relevant Syrian legislative texts "

Prof: Wafaa Falhout

1. Professor at the Department of Private International Law - Faculty of Law - Damascus University
And professor at the Arab International Private University (AIU).

ABSTRACT:

This research shows an analytical study of the text of the two articles: Article (11) of the Syrian e-Transactions Law No. 3 of 2014, and article (20) of the Syrian Civil Law No. 84 of 1949, considering what is stated in Article (11) of the Syrian e-Transactions Law as a reference to the rules of Private international law that are set out in the provisions of the civil law, this is in the context of determining the applicable law in the absence of the law of will.

Leaving aside the laws conflict rule related to the eligibility of the contracting parties mentioned in Article (12) of the Syrian Civil law, as well as the laws conflict rule related to the form of contracts mentioned in Article (21) of the same law, the importance of this research will appear to us through its attempt to reveal the appropriateness of the rule of the laws conflict mentioned In Article (20) of the Syrian civil Law, which is related to the substantive aspect of contracts, taking into account the special nature of electronic international contracts,
especially in terms of determining the scope of the contracting parties' will, in order to demonstrate the possibility of applying legal rules that belong to substantive electronic international law, and then to demonstrate the provision of that possibility between the text and the demands of reality.

Keywords : The Applicable Law - International Electronic Contracts- Syrian Legislative Texts- Civil Law- Private International Law Rules -Laws Conflict –

Received: 12/2/2023
Accepted: 15/3/2023

Copyright: Damascus University- Syria, The authors retain the copyright under a CC BY- NC-SA

المقدمة:

يعدُّ العقد الإلكتروني كالعقد التقليدي لجهة قيامه على مبدأ الرضائية، إلاَّ أن خصوصيته المتمثلة بطريقة انعقاده وآلية تنفيذه تفترض تقنين أحكامه بتشريعات خاصة، كقانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم 3 لعام 2014، والذي تعرضّ – من جملة أشياء أخرى – لبيان ماهية العقد الإلكتروني لجهة تعريفه وتحديد آلية الإيجاب والقبول فيه، وتحديد زمان ومكان انعقاده، وصولاً إلى المادة (11) منه، والتي مثّلت موضوع بحثنا المتعلق بمسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، بما أثارته هذه المسألة في إشكاليات عكست محاولة معالجتها .

هدف البحث :

ونظراً لتأطير بحثنا في نطاق القانون الدولي الخاص، فإنَّ الحديث عن القانون الواجب التطبيق لا يستوي إلاَّ بصدد العقود الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مما استوجب بيان الصفة الدولية للعقد باعتبارها مسألة أولية ولازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ومن هنا مثَّل السعي لتحديد المعيار المناسب لدولية العقد الإلكتروني أحد أهم أهداف البحث، وذلك نظراً لعدم تحديد النصوص التشريعية السورية ذات الصلة لمعايير دولية العقود تقليدية كانت أم إلكترونية.

ومن خلال الانتقال لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الإلكترونية وفقاً للتوجه التشريعي السوري يظهر النص الخاص المتمثل بالمادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية يعتريه القصور تارة، ويكتنفه الغموض تارة أخرى:

ذلك أن الشطر الأول من النص المذكور، والقاضي بتطبيق قانون الإرادة كقاعدة أساسية، جاء قاصراً سواء لجهة تحديده صور الإرادة، أم لجهة تحديده نطاق تلك الإرادة، مما جعل التصدي لهذا القصور يقع في اهتمام البحث حكماً.

ونظراً لما يكتنف الشطر الثاني من النص آنف الذكر من غموض، سواء على مستوى صياغته، أم على مستوى تحديد دلالته فيما يتعلق بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني كحل احتياطي في ظل غياب اتفاق الأطراف، فقد أُلقي على عاتق البحث إحدى أصعب مهامه، وهي مهمة تفسير هذا الشطر التشريعي تفسيراً ينسجم مع بيئة العقود الإلكترونية الدولية.

ومن جملة ما سبق تظهر **أهمية البحث** باعتبار ما يجسده من تحليل غير مسبوق للنصوص التشريعية السورية ذات الصلة بموضوعه.

وبناءً عليه نجده ملائماً التعرض لما سبق بيانه وفقاً للخطة الآتية:

مطلب تمهيدي: ماهية العقد الإلكتروني.

المبحث الأول: الصفة الدولية للعقد الإلكتروني.

المطلب الأول : تعريف العقد الدولي، وأهمية تحديد الصفة الدولية للعقد .

المطلب الثاني: معايير دولية العقد، وتقييمها في سياق الموقف التشريعي السوري.

المبحث الثاني: القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في التوجه التشريعي السوري.

المطلب الأول: القاعدة الأساسية (قانون الإرادة).

المطلب الثاني: الحل الاحتياطي (قواعد القانون الدولي الخاص في القانون المدني)

مطلب تمهيدي:

ماهية العقد الإلكتروني

العقد الإلكتروني كالعقد التقليدي يقوم على أساس مبدأ الرضائية إلا أن له خصوصيته المتمثلة بطريقة انعقاده و تنفيذه. وقد عرفت المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم (3) الصادر بتاريخ 4-3-2014 العقد الإلكتروني بأنه «اتفاق بين طرفين أو أكثر يجري انعقاده أو تنفيذه كلياً أو جزئياً، بوسائل إلكترونية». وبالمقابل سبق أن عرف قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة رقم (4) لعام 2009 الوسائل الإلكترونية Electronic means بـ: «وسائل إلكترونية أو كهربائية أو مغنطيسية أو كهرطيسية أو ضوئية أو رقمية أو أي وسائل مشابهة تُستخدم في تبادل البيانات أو المعلومات أو معالجتها أو حفظها أو تخزينها». وبالعودة إلى المادة الرابعة من قانون المعاملات الإلكتروني رقم 3 لعام 2014 اعتُبرت الوسائل الإلكترونية طريقة مقبولة قانوناً للتعبير عن الإرادة لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إلغائه.

أولاً – الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني:

لا يختلف الإيجاب الإلكتروني كثيراً عن الإيجاب العادي، إلا أن التعبير عنه يأخذ شكلاً مختلفاً، وتعدُّ الرسالة الإلكترونية الوسيلة الأمثل للتعبير عن الإيجاب في العقود الإلكترونية، وقد عرّف المشرع السوري الرسالة الإلكترونية في المادة(1) من قانون المعاملات الإلكترونية 2014/3 بأنها «معلومات ترسل أو تُستلم بوسائل إلكترونية». وقد حددت من جانبها المادة (8) من ذات القانون كيفية وصول الرسالة، بحيث تُعدّ الرسالة الإلكترونية قد أرسلت منذ دخولها إلى نظام معلومات إلكتروني لا يخضع لسيطرة المرسل أو من ينوب عنه، هذا ما لم يتفق المُرسل والمرسَل إليه على غير ذلك، أما إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معلومات إلكتروني لتسلّم الرسائل الإلكترونية، فتُعدّ الرسالة قد تمَّ تسلّمها منذ وقت دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تمَّ تحديده فيعدُّ وقت تسلمها هو وقت اطّلاع المرسل إليه عليها أول مرة، وإذا لم يحدد المرسل إليه نظام معلومات إلكتروني لتسلم الرسائل الإلكترونية، فيعدّ وقت تسلم الرسالة هو وقت دخولها لأي نظام معلومات إلكتروني تابع للمرسل إليه، حتى لو لم يطّلع المرسل إليه عليها فعلياً.

وفي جميع الأحوال لا بدّ أن يكون الإيجاب واضحاً ومحدداً، فإن كان العقد عقد بيع مثلاً لوجب توفير المعلومات الكافية للتعريف بالبائع الموجب وبالسلعة محل التعاقد، تحقيقاً لما يُعرف بمبدأ التبصير. كما يجب أن يكون الإيجاب باتاً وجازماً، فإذا ما أورد صاحب الموقع مثلاً شرطاً أو تحفظاً يكشف عن رغبته بعدم الالتزام بعرضه حال ورود القبول، فإن ذلك لا يتعدى مجرد دعوة للتعاقد إذا قبل بها الزبون فإن قبوله يُعدّ إيجاباً يحتاج من البائع رداً بالقبول أو بالرفض[1].

أما القبول باعتباره تعبيراً عن رضا من وجّه إليه الإيجاب، فيشترط أن يكون مطابقاً لذلك الإيجاب، وقد يتمّ القبول بصور متعددة، ومنها القبول عبر موقع العرض نفسه (Web site) حيث يقوم القابل بإدخال البيانات المطلوبة لإبرام العقد ودفع المقابل بعد النقر

(1) بيان إسحق القواسمي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية «دراسة مقارنة»، رسالة ماجستير- كلية الحقوق والإدارة العامة – جامعة بيرزيت – 2007م – ص 4 وما بعدها.

على أيقونة القبول التي عادة ما تكون (Accept, OK)، كما يمكن التعبير عن القبول عبر البريد الإلكتروني (E-mail) بحيث يقوم القابل بتضمين الرسالة الإلكترونية قبوله[1].

وتبعاً لاختلاف هوية الموجب والقابل يختلف تصنيف العقود عبر شبكة الإنترنت، إذ يمكن أن تكون من فئة: من الأعمال إلى الأعمال "Business – to – Business" حيث يتم العقد هنا بين طرفين يعتمدان على شبكة الإنترنت لإدارة نشاطهما، ولإتمام علاقاتهما المرتبطة بالعمل.

كما يمكن أن تكون تلك العقود من فئة من الأعمال إلى المستهلك "Business – to – Consumer" حيث تتم مثل هذه العقود بين موقع يمارس التجارة الإلكترونية وبين مستهلك مشتري للبضاعة أو طالب للخدمة المعروضة على الموقع الإلكتروني للتاجر[2].

ثانيا: زمان ومكان العقد الإلكتروني:

1- زمان إبرام العقد الإلكتروني:

اختلفت التوجهات الفقهية والتشريعية في تحديد زمن انعقاد العقد الإلكتروني، وتراوحت تلك التوجهات ما بين عدة نظريات، منها ما يعتمد على مجرد لحظة إعلان القبول بتحرير رسالة بيانات القبول، ومنها ما يشترط إرسال القبول، ومنها ما اعتبر ان القبول لا يكون نهائياً إلا في حال تسلمه من قبل الموجب بغض النظر عن اليقين بعلم الموجب به من عدمه، وهذا خلافاً لمن تبنى نظرية العلم بالقبول التي تأخذ بعلم الموجب بالقبول على نحو واضح وأكيد.

ومن جهته حدد قانون المعاملات الإلكترونية السوري زمن انعقاد العقد الإلكتروني على نحو واضح وصريح في المادة رقم (10) حيث اعتبر العقد قد تمّ في الزمان الذي استُلم فيه القبول، ما لم يُتَّفق على غير ذلك. مما يعني منح إرادة المتعاقدين دوراً أصيلاً في تحديد زمن التعاقد، يعقبه حل تكميلي في حال غياب تلك الإرادة، يتمثل بالأخذ بزمن استلام القبول.

2- مكان إبرام العقد الإلكتروني:

ينطوي محل إبرام العقد على أهمية خاصة لا يمكن تجاهلها في إطار القانون الدولي الخاص، إذ يُمثل محل الإبرام على سبيل المثال وفقاً للتشريعات السورية ذات الصلة ضابطاً لعقد الاختصاص القضائي للمحاكم السورية وفقاً لنص المادة (5/ب) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (1) لعام 2016 ، كما يمثل ضابطاً احتياطياً في سياق تحديد القانون الواجب التطبيق على الجانب الموضوعي للعقود الدولية وفقاً لنص المادة (1/20) من القانون المدني السوري. هذا عدا عن كونه أحد الضوابط الانتقائية لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقود وفقاً لنص المادة (21) من القانون المدني.

والمقابل ونظراً لصعوبات تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني باعتباره يتمّ عبر نظام إرسال بيانات عالمي لا يمكن إدراجه في نطاق إقليمي محدد، عادة ما تلجأ التشريعات ذات الصلة لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني بشيء من الوضوح والتفصيل.

---

(1) خشية أن يتم النقر سهواً يبدو من الأفضل اللجوء لتقنيات تأكيد القبول، كتقنية النقر المزدوج (Double Click)، مع إمكانية إدراج عدد من الأسئلة المتتالية في الإيجاب لتوفير الوقت الواعي والكافي قبل قبول العرض.
كما يبدو من الأفضل اعتبار النقر على أيقونة القبول واقعة مادية أكثر من اعتبارها تصرفاً قانونياً، ليتاح لمن قام بها سهواً أو خطأ إثبات الخطأ بكافة وسائل الإثبات على نحو ينسجم مع التوجهات المعاصرة لحماية المستهلك الإلكتروني. المرجع السابق، ص 18/17.

(2) أمين دواس: اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، مجلد 25(10)، 2011، ص 2539.

وفي هذا السياق حددت المادة (10) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري مكان انعقاد العقد الإلكتروني بمكان استلام القبول، وكانت المادة (9) من القانون ذاته قد فصّلت في تحديد مكان الإرسال والاستلام على النحو التالي: «أ – تُعدُّ الرسالة الإلكترونية قد أُرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل، وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل، فالعبرة لمكان إقامته. هذا ما لم يتفق المرسل والمرسل إليه على غير ذلك. ب – إذا كان للمرسل أو للمرسل إليه أكثر من مقر عمل، فيعدُّ المقر الأكثر صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم، وعند تعذر الترجيح، يُعدُّ مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسلم، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالشخص الاعتباري».

المبحث الأول

الصفة الدولية للعقد الالكتروني

لم يكن تعريف العقد الدولي عموماً في اهتمام المشرعين بقدر ما كان في اهتمام الفقه: فلا نجد مثلاً في القانون المدني السوري رقم 1949/84 مادة قانونية تذهب لتعريف (العقد الدولي)، إنما نجد مواداً لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، سواء لجهة الموضوع (م20) أم لجهة الشكل (م21) [1].

ونفترض من جهتنا أنَّ ثمة تكييفاً أولياً سابقاً لعملية الإسناد سيتم بناء على قانون القاضي باعتباره المرجع في التكييف وفقاً للمادة (11) من نظام تنازع القوانين[2]، وهذا التكييف كفيل ببيان دولية العقد من عدمها تمهيداً لإخضاعه لقواعد القانون الدولي الخاص.[3]

وهذا ما يستوجب علينا الوقوف على محاولات تعريف العقد الدولي، وبيان دولية العقد كمسألة أولية لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص. ومن ثم تحديد معايير دولية العقد وصولاً لبيان المعيار الأكثر ملاءمة لتقرير دولية العقود الالكترونية:

المطلب الأول :

تعريف العقد الدولي، وأهمية تحديد الصفة الدولية للعقد

أولاً : محاولات تعريف العقد الدولي:

رغم تعدد المحاولات الفقهية للوصول إلى تعريف محدد للعقد الدولي أكدّ فقهاء القانون الدولي الخاص في أكثر من موضع على صعوبة الوصول إلى مثل ذلك التعريف سواء على مستوى تنازع القوانين أم على مستوى القواعد المادية في القانون الدولي الخاص

---

(1) نصت م20 على أنه (1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخراً هو الذي يراد تطبيقه.
2- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار).

بينما نصت م21 (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك).

(2) نصت م11: (القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها).

(3) على أن تكييف القاضي الوطني للعلاقة العقدية المطروحة، وتحديد ما إذا كانت تتسم بالطابع الدولي على نحو يبرر إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، أم أنها تتصف بالطابع الداخلي مما يدفعه لتطبيق قانونه تطبيقاً مباشراً دون استشارة قواعد الإسناد، هي مسألة قانونية بالغة الدقة مما يحتم خضوعها لرقابة محكمة النقض راجع د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – منشأة المعارف – الإسكندرية – 1995 – ص66.

وذلك حسب قول العميد (Batiffol)، كما أكد (Pommer) أنه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي، ومن جهته رأى (Lagarde) أن أي محاولة لوضع تعريف محدد للعقد الدولي ستفتح الباب للعديد من المناقشات المتباينة، وذلك بسبب تعذر الوصول إلى تعريف موحد ينطبق على مختلف أنواع العقود الدولية[1].

و يمكن التدليل على جهالة المضمون باعتبار أن عقود التجارة الدولية تبرم وتنفذ من خلال نماذج عقدية متنوعة مما يجعل لكل منها نظامه القانوني المختلف باختلاف تكوينها، كما أن هذه العقود قد يكون أحد أطرافها دولة أو أحد أشخاصها العامة، وطرف أجنبي، كما قد تبرم بين طرفين من أشخاص القانون الخاص، مما يؤدي لاختلاف وجهات النظر في مسألة تطبيق قانون الإرادة، ذلك أنَّ الحلول المقررة لمشكلة تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية تختلف عن تلك الحلول المتبعة في إطار عقود الدولة المسماة بعقود التنمية الاقتصادية[2].

ولعلَّ هذا ما دفع جانباً من الفقه (العربي والأجنبي) لبيان الأحكام الواجبة التطبيق على العقد الدولي دون بيان معيار دوليته أو تحديد ماهيته. وكأن الأمر من المسلمات[3]، رغم أن الواقع يثبت خلاف ذلك.

– ومن جهتنا يمكننا تحديد الملامح العامة لتعريف العقد الدولي باعتباره العقد غير الداخلي الناظم لعلاقات الأشخاص على الصعيد الدولي، والذي يستمد صفته الدولية من طبيعة موضوع العلاقة التي يحكمها والمتضمنة لعنصر أجنبي[4]، أو يستمدها من أجنبية عنصر فاعل فيه سواء أكان هذا العنصر ذا طابع قانوني أم كان ذا طابع موضوعي[5]. هذا مع اعتقادنا بإمكانية اقترابنا من الصيغة المقبولة لتعريف العقد الدولي كلما تمكنا من تحديد الفرع القانوني المنتمي إليه، بما يعنيه ذلك من تحديد لطبيعة موضوعه ولأشخاصه المتعاقدين: فيعد مثلاً تعريفاً مقبولاً للعقد الدولي منظوراً إليه كأحد موضوعات القانون الدولي الخاص تعريفه بالعقد الناظم لعلاقات أشخاص القانون الخاص الطبيعيين أو الاعتباريين المشتملة على عنصر أجنبي، بحيث يعد من أمثلته العقود المبرمة بين الأشخاص الطبيعيين في إطار قانون الأحوال الشخصية، كعقود الزواج المختلط، وكذلك العقود المبرمة بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين، كالشركات الخاصة في نطاق القانونين المدني والتجاري.[6]

- ([1]) أحمد حميد الأنباري: سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة) – رسالة ماجستير – جامعة الشرق الأوسط – كلية الحقوق – الأردن / عمان – 2017 – ص15 إلى ص17.

([2]) حسن علي كاظم: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي – رسالة دكتوراه – جامعة الجزائر – كلية القانون – 2004-2005- ص 11-12.

([3]) من الفقه الأجنبي مثلاً: Arminjon (P) في مؤلفه:
Precis de droit international Privé, II, Les Personnes, Paris, 1929. P.170.
ومن الفقه العربي مثلاً د. عز الدين عبد الله في مؤلفه القانون الدولي الخاص، ج2، ط8، 1977، ص417.
وكذلك د. جابر جاد عبد الرحمن في مؤلفه تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 1970، ص533. مشار إلى هذه التوجهات الفقهية في مؤلف د. هشام خالد – خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار – مؤسسة شباب الجامعة – الاسكندرية – 1988- هامش رقم (8) الصفحتين 26/25.

([4]) راجع بحثنا: الدكتورة وفاء مزيد فلحوط: العقود الدولية، الموسوعة العربية (الموسوعة القانونية المتخصصة) – الجمهورية العربية السورية – المجلد الخامس – ص372.
أو عن موقع الموسوعة العربية الالكتروني: WWW.Arab-ency.com
او راجع د. وفاء فلحوط/ د.ساجر الخابور :العقود الدولية-منشورات جامعة دمشق-نظام التعليم المفتوح-برنامج الدراسات القانونية- عام 2020- ص20 وما بعد

([5]) وهذا ينسجم مع ترجيحنا لاحقاً للأخذ بالمعيار القانوني الضيق في معرض إقرار دولية العقد من عدمها.

6 إلا أن وجود فروع قانونية أخرى تتمتع بخصوصية مستقلة- إلى حد ما- حيال القانون الدولي الخاص، كالقانون الدولي الاقتصادي ،أو القانون الدولي الإداري.. من شأنه إحداث تغيير في تعريف العقد الدولي لينسجم مع حقيقة اختلاف طبيعة أشخاص العقود المبرمة في نطاق تلك الفروع أو اختلاف طبيعة

كما يعدّ تعريفاً مقبولاً للعقد الدولي الإلكتروني ما جاء في المادة الثانية من التوجه الاوروبي الصادر بتاريخ 20-مايو-1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد باعتباره: أيّ عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد او تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة او اكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى اتمام العقد، طبعا شريطة تحقق الصفة الدولية تبعا للتفصيل اللاحق.

ثانياً: الصفة الدولية للعقد كمسألة لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص

بداية إنَّ دولية العقد قد تكون دولية مطلقة وذلك باتصال عناصره الذاتية بدولتين أو أكثر، وقد تكون دولية نسبية فيما لو تركزت عناصره في دولة واحدة إلَّا أنَّ النزاع بصدده تمَّ طرحه أمام قضاء دولة أخرى، كما لو عرض نزاع على القضاء الوطني بصدد عقد ينتمي بكافة عناصره المؤثرة إلى قانون دولة معينة ، إذ يمكن القول هنا أن دولية هذا العقد هي (دولية نسبية)، لأنَّ هذا النزاع لا يعدُّ دولياً فيما لو طرح هو نفسه أمام قضاء تلك الدولة. وهنا يثور التساؤل فيما لو كانت هذه (الدولية النسبية) كفيلة بإعمال قواعد القانون الدولي الخاص.

– ومما يجدر ذكره في هذا السياق تصدي بعض التشريعات لهذه المسألة، كالقانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986، إذ بعد أن نصت فـ1 من م27 على قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة أكدت فـ3 منها على أن (اختيار الأطراف لقانون أجنبي، سواء صاحب هذا الاختيار خضوعهم الاختياري للقضاء الأجنبي من عدمه لا يقوى، فيما لو تركزت كافة العناصر الأخرى للرابطة العقدية عند الاختيار في دولة واحدة، على الخروج عن الأحكام الآمرة المقررة في قانون هذه الدولة)[1].

وهذا ما أكدته بدورها الاتفاقات الدولية، كاتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية، حيث قضت في م4/1 بأن قيام المتعاقدين بعهد الاختصاص لقاضي أو لمحكم ليس كافياً لوصف البيع بالطابع الدولي، وفي ذات المعنى أكدت اتفاقية لاهاي لعام 1985 بشأن البيوع الدولية للبضائع في م1/ب بأن اعتبرت خضوع المتعاقدين الاختياري لاختصاص قاضي أو محكم معين غير كافي لإضفاء الصفة الدولية لعقد البيع[2].

أما عن أهمية الصفة الدولية للعقد فتعدُّ دولية العقد مسألة أولية ولازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص المادية منه أو التنازعية، فإذا كانت العلاقة العقدية رابطة داخلية فإنها ستخضع مباشرة للقواعد الموضوعية واجبة التطبيق في قانون القاضي، أما إذا تبين للقاضي أن العلاقة تتسم بطابعها الدولي فهنا يمكن له استشارة قواعد الإسناد في قانونه لتشير له بتطبيق القانون الملائم، سواء أكان قانونه الوطني أم قانوناً أجنبياً، كما يمكن له تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المادية تطبيقاً مباشراً [3].

– والكشف عن دولية العلاقة كشرط لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص لا تبدو أهميته في سياق عموم قواعد التنازع كما تبدو في سياق قاعدة الإسناد التي تخضع العقد لقانون الإرادة، ذلك أن قواعد الإسناد الأخرى تتضمن ما يشير عادة لدولية العلاقة، بينما يختلف الأمر عند إعمال قاعدة الإسناد التي تخضع العقد لقانون الإرادة.

موضوعاتها ،على نحو يفسر لنا ظهور عدة مسميات مختلفة تحت سقف مصطلح (العقود الدولية)، ومنها مما يخدم قولنا السابق مسميات من قبيل: العقود الاقتصادية الدولية ،وعقود الاستثمار الدولية ، وعقود التنمية الاقتصادية، وعقود الدولة الدولية ،والعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، والعقود الإدارية الدولية ...

([1]) لمزيد من التفاصيل حول مسألة الدولية المطلقة والدولية النسبية – راجع د. هشام صادق - مرجع سابق – من ص67 إلى ص81.

([2]) حسن كاظم – مرجع سابق – ص24-25.

([3]) د. هشام خالد – مرجع سبق ذكره – ص23.

– ومع ذلك يمكن القول: إن تكييف العقد فيما لو كان عقداً دولياً من عدمه هو مسألة لا تتوقف على إرادة الأطراف، إنما يستمدها القاضي من الخصائص الذاتية للرابطة العقدية.

ومن هنا فإن الرأي الذي يستخلص دولية العقد من مجرد اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي سيؤدي إلى المصادرة على المطلوب: ذلك أن دولية العقد هي شرط لتخويل الأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق، وليس اختيارهم لهذا القانون هو الذي يضفي على العقد طابعه الدولي.

ونتيجة لذلك يُفترض فيما لو تبين للقاضي انتماء كافة عناصر العقد لدولة واحدة إخضاع هذا العقد للأحكام الآمرة في قانون تلك الدولة دون الأخذ بأي إرادة مخالفة للمتعاقدين[1].

– وهذا الاتجاه أيدته اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث أكدت م3/3 أن (اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي لا يستطيع أن يؤدي فيما لو كانت كافة عناصر العقد مركزة في دولة واحدة عند الاختيار، إلى المساس بالنصوص الآمرة المقررة في قانون هذه الدولة والتي لا يستطيع الأفراد الاتفاق على ما يخالفها).

المطلب الثاني:

معايير دولية العقد، وتقييمها في سياق الموقف التشريعي السوري

ظهر بصدد تحديد دولية العقود معياران أساسيان، أحدهما قانوني يعتمد على العناصر القانونية للعقد، والآخر اقتصادي يعتمد على أثر العقد لجهة تعلقه بمصالح التجارة الدولية، وإلى جانب هذين المعيارين ظهر توجه يقوم على الجمع ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي.

أولاً: المعياران القانوني والاقتصادي لتحديد دولية العقد:

1 – المعيار القانوني لدولية العقد:

يقوم هذا الاتجاه على فكرة أن العقد يعد دولياً فيما لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، وبناء على ذلك إذا اتصلت عناصر الرابطة العقدية بدولة أو أكثر غير دولة القاضي الناظر في النزاع فإنها تكتسب طابعها الدولي[2].

إلّا أن أنصار هذا المعيار انقسموا على أنفسهم ما بين: (اتجاه موسع) يذهب للتسوية بين عناصر العقد في معرض إقرار طابعه الدولي، و(اتجاه ضيق) يعتد بالعناصر الفاعلة لإقرار ذلك الطابع.

أ– الاتجاه الموسع القائم على التسوية بين العناصر القانونية (المعيار القانوني التقليدي):

يذهب هذا الجانب من الفقه لاعتبار العقد دولياً فيما لو تطرق عنصر أجنبي لأي من عناصر العقد: شخصية كانت (كالجنسية والموطن)،أم موضوعية (كمحل الإبرام أو التنفيذ)، وذلك في معرض إصباغ الطابع الدولي، دون تمييز ما بين عناصره الفاعلة وعناصره غير الفاعلة.

ب – الاتجاه الضيق القائم على التفرقة ما بين العناصر الفاعلة والعناصر المحايدة (المعيار القانوني الحديث):

يفرق حسب هذا التوجه في خصوص العناصر القانونية للعقد والتي قد تتطرق لها الصفة الأجنبية ما بين: العناصر الفاعلة أو

(1) د. هشام علي صادق – مرجع سابق – من ص48 حتى ص57.
(2) د.هشام صادق - المرجع السابق – ص60.

المؤثرة من جهة، وبين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة من جهة أخرى. فكما لا يعقل مثلاً اعتبار العقد التقليدي عقداً دولياً لمجرد أنه حرر على ورق مصنّع في دولة أجنبية[1]، فلا يعقل كذلك ان يعد العقد الالكتروني عقداً دولياً لمجرد انه حُرِر على شبكة دولية (الانترنيت) ، لذا يفترض تحديد الوزن النسبي للعنصر الأجنبي في العقد في ضوء باقي عناصره في معرض إقرار طابعه الدولي[2].

وتعد الجنسية مثالاً عن العنصر غير الفاعل خاصة في العقود المالية (التجارية)، فالعقد الالكتروني الذي يشتري فيه أجنبي متوطن في سورية مثلاً ما يلزمه لاستخدامه الشخصي من السوق المحلية على نحو يشير لإتمام العملية داخل الاقليم السوري لا يفترض انه عقد دولي يخضع لأحكام القانون الدولي الخاص.

– ومع ذلك يختلف الحكم بالنسبة للعنصر ذاته فيما لو اختلفت طبيعة الرابطة العقدية، إذ تصبح الجنسية مثلاً عنصراً حاسماً في إضفاء الطابع الدولي فيما لو كان العقد من عقود الأحوال الشخصية.

– ونؤمن من جهتنا بصحة اختلاف الحكم لذات العنصر فيما لو اختلف موضوع النزاع، فيعدُّ مثلاً عقداً الكترونيا داخلياً عقد بيع يشتري بموجبه سويسري مقيم في سويسرا سيارة إنكليزية الصنع من بائع سويسري مقيم في سويسرا ويمتهن هذه التجارة، لأن العنصر الأجنبي المتمثل في جهة صنع السيارة هو عنصر غير فاعل في العقد وغير كافي لإضفاء الطابع الدولي على النزاع المتعلق بمسؤولية البائع، ومع ذلك سيغدو العنصر الأجنبي المتمثل في جنسية الشركة المنتجة عنصراً فاعلاً في تحديد دولية العقد الالكتروني فيما لو تعلق النزاع بمسؤولية تلك الشركة المنتجة نتيجة ظهور عيب من عيوب الصناعة[3].

– وعلى العكس من ذلك، فإن محل تنفيذ العقد، وكذلك اختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا جنسية يعدُّ من العناصر المؤثرة في إضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات المالية والتبادل التجاري، وبناءً عليه: فإن عقد البيع الالكتروني الذي يبرم بين وطنيين موطن أحدهما في الخارج يعدُّ عقداً دولياً في غالبية الفروض، لأنَّ تسليم المبيع سيتم في دولة تختلف غالباً عن الدولة التي سيؤدي فيها الثمن.

2 – المعيار الاقتصادي:

يركز هذا المعيار على محل العقد لجهة تحليل محتوى موضوعه المادي والاقتصادي، أكثر من اكتفائه بجوانب العقد القانونية.

و يذهب هذا المعيار لاعتبار العقد عقداً دولياً فيما لو اتصل موضوعه بـ (مصالح التجارة الدولية)، ولما كان مصطلح التجارة الدولية يحتاج بحد ذاته إلى تعريف فقد اتخذ المعيار الاقتصادي أكثر من صورة ليلبي الحاجات الاقتصادية المختلفة:

أ – الصورة المتمثلة بمعيار (المد والجزر):

يشترط حسب هذه الصورة لإضفاء الطابع الدولي أن ينطوي العقد على حركة مد وجزر، أي على ذهاب وإياب لقيم اقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر. وهذا ما يمكن تصوره في التعاقدات الالكترونية ، ولاسيما عقود التجارة الالكترونية.

([1]) محمد بلاق: قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية – رسالة ماجستير – جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان – كلية الحقوق والعلوم السياسية – 2010-2011م - ص14.

([2]) د. هشام خالد – مرجع سابق – ص32.

([3]) د.وفاء فلحوط / د.ساجر الخابور : العقود الدولية- مرجع سابق –ص30

ب – الصورة المتمثلة بتجاوز نطاق الاقتصاد الوطني:

تفترض هذه الصورة من المعيار الاقتصادي لتقرير الطابع الدولي ارتباط العقد بعملية تتجاوز بآثارها نطاق الاقتصاد الوطني لدولة ما.

– وقد تعرضت هذه الصور من المعيار الاقتصادي للعديد من الانتقادات، وخاصة لجهة عدم قدرتها على استيعاب مختلف أنماط العلاقات الاقتصادية الدولية، ولصعوبة الأخذ بها في صدد بعض العقود، كعقود الخدمات الدولية.

ج– الصورة المتمثلة بمعيار (مصالح التجارة الدولية):

وفقاً لهذه الصورة يعدُّ دولياً كل عقد يتصل بعملية اقتصادية تنطوي على حركة للأموال أو للخدمات عبر الحدود ولو تمت في اتجاه واحد. وقد ظهرت هذه الصورة بصدد النظر بصلاحية (شرط التحكيم) المدرج في عقود التجارة الدولية.

– ويدافع أنصار المعيار الاقتصادي عنه باعتبار ما يمنح العقد من محتوى اقتصادي واقعي، اذ يجب تكييف العلاقة العقدية فيما لو كانت وطنية أم دولية لا بالنظر إلى عناصرها بل بالنظر إلى أسبابها، أو إلى مدى ارتباطها بمعاملة دولية تدخل في المجال التجاري الدولي، حتى لو كانت علاقة وطنية من منظور المعيار القانوني[1]، وهذا ما يبرر بدوره حكماً كحكم القضاء الفرنسي باعتبار العقد المبرم في فرنسا بين شركة فرنسية وأحد الفرنسيين المتوطنين في فرنسا عقداً دولياً نظراً لأنَّ موضوعه قيام الشخص بتمثيل الشركة وتسويق منتجاتها في دولة أجنبية، مما يعني أن الغاية النهائية للعملية العقدية تقتضي تنفيذها في الخارج، الأمر الذي يمسّ مصالح التجارة الدولية[2].

علما إن العنصر الأجنبي في مثل تلك الفروض هو عنصر موجود فعلاً وفقاً للمعيار القانوني، وتحديداً في الغاية العقدية، بما يكفي لقيام هذا المعيار لإضفاء الطابع الدولي، وبشكل أكثر دقة يمكن القول بالنظر إلى هذه الغاية إنّ الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر مؤثر بحسب ما سيكون، والمقصود هنا عنصر (محل التنفيذ)[3].

–وكما سبقت الاشارة إليه فقد ظهر الى جانب المعيارين القانوني والاقتصادي توجه يقوم على الجمع ما بين هذين المعيارين ، ووفقا لهذا التوجه المزدوج لتقرير دولية العقد لا يكتفى بوجود العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية وفقاً للمعيار القانوني فحسب، بل لا بد كذلك من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية على نحو يضمن توفر المعيار الاقتصادي جنباً إلى جنب مع المعيار القانوني.

ثانياً: تقييم معايير دولية العقد وموقف المشرع السوري من معايير التدويل:

يتضح مما سبق بيانه في معرض شرح المعيارين القانوني والاقتصادي:

– إنَّ المعيار الاقتصادي لا يتعارض مع المعيار القانوني بل يفضي حكماً إليه ، ذلك أنَّ العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية محققاً (المعيار الاقتصادي) يتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني واحد، وهو ما يفيد بتوافر (المعيار القانوني) في نفس الوقت.

([1]) محمد بلاق – مرجع سابق – ص16.

وبالعكس من ذلك انتهى القضاء الفرنسي لإنكار دولية عقد رغم تضمينه لعنصر أجنبي نظراً لعدم تجاوزه الاقتصاد الوطني للدولة، فقررت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها وطنية عقد القرض المبرم بين شركة فرنسية ومواطن إنكليزي، نظراً لأن العقد أبرم في فرنسا ولم يتم تحويل أصول القرض من الخارج.

(Cass. Civ.2 November 1933) مشار إليه لدى د. هشام خالد – مرجع سابق – ص30/29 هامش (15).

([2]) محمد بلاق – مرجع سابق – ص16.

([3]) د. هشام صادق – مرجع سابق – ص87.

– وبالمقابل قد يكتسب العقد طابعه الدولي حسب المعيار القانوني (الواسع على الأقل) دون أن يتمكن من تحقيق معياره الاقتصادي. فعقد البيع الالكتروني –الذي سبق وأشرنا إليه– المبرم بين سوري وأجنبي متوطن في سورية لشراء ما يلزم لاستخدامه الشخصي داخل إقليم الدولة السورية يعدُّ عقداً دولياً وفقاً للمعيار القانوني الواسع – على الأقل – نظراً لتطرق الصفة الأجنبية لعنصر الجنسية، والتي تمثل أحد عناصر الرابطة العقدية، إلا أنه لا يعدُّ عقداً دولياً من منظور المعيار الاقتصادي باعتباره لا يؤدي لانتقال الأموال أو الخدمات عبر حدود الدول، على نحو يمسُّ بمصالح التجارة الدولية.

– أما اعتناق المعيار القانوني الضيق سيؤدي إلى إدراك نفس غاية أنصار المعيار الاقتصادي، ففي عقود المعاملات المالية مثلاً تؤدي العناصر المؤثرة، كاختلاف موطن المتعاقدين أو تنفيذ العقد في الخارج إلى حركة للأموال والخدمات عبر الحدود، مما يفيد بتوفر المعيار الاقتصادي[1].

وبالنتيجة يمكن أن نلخّص حقيقة العلاقة ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي بأن: المعيار القانوني لدولية العقد أوسع من المعيار الاقتصادي، لأن المعيار الاقتصادي يفضي لزوماً إلى تحقيق المعيار القانوني، بينما العكس غير صحيح لذا نعتقد – من جهتنا – بإمكانية الاكتفاء بالمعيار القانوني الضيق من معرض إقرار الطابع الدولي للعقد، طالما أنه يفضي حكماً للمعيار الاقتصادي[2]. لذلك تغدو التفرقة ما بين العناصر العقدية الفاعلة والعناصر غير الفاعلة هي الأساس الصحيح لتقرير دولية العقد من عدمها، خاصة وأن المعيار القانوني الضيق لديه من المرونة والنسبية ما يمكنه من مواجهة التعدد والتطور الذي يلحق بمختلف الصور العقدية في مجال الحياة الدولية الخاصة[3].

– إلّا أن تحديد فاعلية العنصر في معرض الأخذ بالمعيار القانوني الضيق يفترض معالجته في كل حالة على حدة، نظرا لصعوبة الوصول إلى تصنيف يميز بين العناصر الفاعلة والعناصر غير الفاعلة بشكل مسبق ومجرد، ونظراً لاختلاف فاعلية العنصر ذاته من نزاع إلى آخر، إما بناء على اختلاف طبيعة العقد، أو بناء على اختلاف موضوع النزاع.

– كما نحتفظ برأينا السابق، والقائم على ترجيح الاكتفاء بالمعيار القانوني الضيق رغم أن في التوجه التشريعي السوري ما قد يحمل على القول بتبني المشرع للتوجه المزدوج القائم على الجمع ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي، دون إدراك لحقيقة العلاقة بينهما، ولعلّ قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 خيرُ مثال على ذلك التوجه[4].

فقد حددت المادة (1) من القانون المذكور التحكيم التجاري الدولي: بالتحكيم الذي يكون (موضوع النزاع) فيه متعلقاً بالتجارة الدولية ولو جرى داخل سورية، وذلك في الأحوال الآتية:

1 – إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة للمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن له مركز أعمال فالعبرة لمحل إقامته المعتاد.

([1]) د. هشام صادق – مرجع سابق – خاصة الصفحات رقم 90/88/84.

([2]) راجع رأينا: الدكتورة وفاء مزيد فلحوط الوارد في كتاب العقود الدولية – مرجع سابق – ص41
أو بحثنا في الموسوعة القانونية المتخصصة بعنوان العقود الدولية – المشار إليه سابقاً.

([3]) د. هشام صادق – مرجع سابق – ص95.

([4]) يسعفنا قانون التحكيم في بيان معايير دولية العقد ليس فقط لاعتبار التحكيم اتفاقاً فحسب بل انطلاقاً من اعتباره أحد طرق تسوية منازعات العقود الدولية على نحو يجعل ارتباطه بالعقود الدولية وخاصة التجارية منها ارتباطاً مثمراً في بيان تلك المعايير.

2 – إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة:

أ – مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب – مكان تنفيذ جزء جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الأطراف.

جـ – المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

3 – إذا كان (موضوع النزاع) الذي ينصرف إليه اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة.

فحسب استهلال تعريف التحكيم التجاري الدولي يتبين أن المشرع السوري قد أخذ بالمعيار الاقتصادي القائم على ارتباط موضوع النزاع بمصالح التجارة الدولية، ثم قام بتعداد حصري لبعض الحالات المنتمية للمعيار القانوني، وصولاً إلى الحالة المشار إليها في البند الثالث، والتي تثبت عدم إدراك النص التشريعي لحقيقة العلاقة ما بين المعيارين الاقتصادي والقانوني، ونقصد هنا حقيقة أن المعيار الاقتصادي مُنتجٌ حكماً للمعيار القانوني، أي أن موضوع النزاع المتعلق بالتجارة الدولية حسب ما جاء في استهلال المادة (1) هو حكماً مرتبط بأكثر من دولة، وإلَّا كيف سيتعلق بمصالح التجارة الدولية؟!.

المبحث الثاني

القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في التوجه التشريعي السوري

نصت المادة (25) من القانون المدني السوري على أنه:

«لا تسري أحكام المواد السابقة إلاَّ حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في سورية».

وتبدو من هذا النص رغبة المشرع السوري باستبعاد تطبيق قواعد الإسناد بما فيها تلك الخاصة بالالتزامات التعاقدية كلما وجد نص له صلة بموضوع النزاع ، سواء ورد مثل ذلك النص في معاهدة دولية نافذة في سورية، أم ورد في قانون سوري خاص. ونجد تبرير هذا الاستبعاد في شقه الأول بضرورة سمو المعاهدات الدولية على النصوص والتشريعات الداخلية، بينما يبرر الشق الآخر بمبدأ «إطلاق النص العام ما لم يتم تخصيصه بنص ».

* فيما يتعلق بتحييد قواعد الإسناد السورية لصالح نصوص المعاهدات الدولية احتراماً لما تمثله الأخيرة من تعبير عن التقاء سيادة الدول الأطراف، يمكن القول مثلاً إذا كانت تجزئة العقد الدولي مسألة غير مقبولة وفقاً للتوجه التشريعي السوري – كما سيتضح لنا لاحقاً – فإن انضمام سورية إلى معاهدة دولية مثل معاهدة روما الموقعة بتاريخ 19/يونيو/1980 كفيل بتغليب نصوصها ذات الصلة، ونقصد هنا نص المادة (1/3) الذي أقرَّ بحق الأطراف في تجزئة العقد، بحيث يخضع العقد في بعض أجزائه (لقانون آخر غير القانون أو القوانين التي تحكم الأجزاء الأخرى، وبذلك تتعدد القوانين بقدر تعدد أجزاء العقد)، وكفيل أيضاً بتغليب نصوصها الأخرى تبعاً لاختلاف موضوع النزاع، ومن تلك النصوص مثلاً :

– نص م(2/3) الذي أقرَّ بـ: (حق الأطراف في أن تخضع العقد، في أي لحظة، لقانون آخر غير القانون الذي تمّ اختياره ليحكم العقد) أخذاً بالاعتبار ما قد يحدث في بعض الأحيان في العقود طويلة الأجل من تحول غير متوقع في مركز الثقل من دولة إلى دولة أخرى.

– ونص م (4) الذي حدد القانون الواجب التطبيق على العقد في حال غياب الإرادة الصريحة والضمنية، والذي جاء بأن (1 – يخضع العقد لقانون الدولة التي يتصل بها بالروابط الأكثر صلة.

– يفترض أن للعقد، الصلات الأكثر وثوقاً، مع الدولة التي يوجد للشخص المدين بالأداء المميز في العقد، لحظة إبرامه العقد، محل إقامته المعتادة)[1].

ولا شك بمدى الاختلاف ما بين هذا النص وبين توجه التشريعات الوطنية في الحالات المماثلة، إذ تبنى المشرع السوري مثلاً قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً وأخذ في حال غيابه بقانون محل إبرام العقد، وذلك حسب الإسناد الوارد في م 1/20 التي حددت القوانين الاحتياطية في حال غياب قانون إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية .

*أما فيما يتعلق بتحييد قواعد الإسناد السورية إعمالاً لنص خاص، فإنه من المسلم به تقييد النص الخاص للحكم العام، بما يعنيه ذلك التقييد من الحد من إطلاق الحكم العام في الإسناد الوارد ضمن قواعد تنازع القوانين الوطنية كلما وجد نص في قانون خاص.[2]

*وتوظيف ما سبق لضبط العلاقة ما بين نصي المادتين (20) و (25) من القانون المدني السوري من جهة وبين النصوص الخاصة ذات الصلة من جهة أخرى ، يظهر لنا القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في التوجه التشريعي السوري

([1])للاطلاع على مزيد من الاتفاقية راجع د. حفيظة السيد الحداد : الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين) منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان – 2007م –ص 429.

[2] وثمة العديد من الأمثلة في تشريعات الدول العربية عن مثل هذه النصوص، ونذكر منها في سورية ما ورد في المادة (252) من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 فيما يتعلق بمسألتي الأهلية والشكل، حيث نصت على أن: «... 2 – يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده، ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام، كان التزامه صحيحاً، ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقاً لقانون بلده.

3 – يخضع شكل سند السحب لقانون الدولة التي تم إنشاؤه فيها.

4 – ومع ذلك إذا كان سند السحب غير صحيح شكلاً بموجب القانون المشار إليه في الفقرة السابقة، فإن ذلك لا يحول دون صحة الالتزامات التي تنشأ لاحقاً على هذا السند في سورية».

- ومن الأمثلة أيضاً التي يمكن أن تقيد نظام تنازع القوانين بالمجمل بما فيه من قواعد مكملة لقواعد الإسناد، ما ورد في نص المادة (424) من قانون التجارة العراقي رقم (149) لعام 1970، إذ جاء فيه: «يرجع في تحديد أهلية الملتزم بمقتضى السفتجة (الكمبيالة) إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كان قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق).

فهذا حكم خاص يقيد الحكم الوارد في المادة 1/31 من القانون المدني العراقي الذي يرفض الأخذ بالإحالة بصفة مطلقة.

- واستكمالاً لأمثلة النصوص الخاصة يمكن أن نذكر مثالاً من التشريعات المصرية، ما ذهب إليه قانون التجارة المصري رقم (17) لعام 1999 ، فيما يتعلق بالتنظيم الموضوعي لعقود نقل التكنولوجيا بمقتضى المواد 72 وما بعدها من هذا القانون. حيث يلتزم القاضي المصري بالتطبيق المباشر للأحكام الموضوعية التي تضمنتها نصوص المواد من (72) إلى (86) من ذلك القانون دون الحاجة للجوء لقواعد الإسناد.

ولما كان من المحتمل العودة إليها بشأن المسائل التي يمكن أن تثيرها العقود الدولية فيما سكتت عنها المواد المذكورة أعلاه، فقد قرر المشرع المصري إبطال كل اتفاق يقضي بالرجوع إلى غير القانون المصري، فلا يكون من حق المتعاقدين الاتفاق على تطبيق قانون أجنبي عملاً بقاعدة الإسناد العامة في شأن العقود الدولية المقررة في المادة 19 من القانون المدني المصري. راجع د حفيظة الحداد –مرجع سابق –ص420

وهكذا نرى في نصوص قانون التجارة المصري المذكورة في المواد (72 إلى 86) مثالاً عن النصوص الخاصة التي قيدت تطبيق قاعدة الإسناد المصرية ذات الصلة فيما يتعلق بعقود نقل التكنولوجيا: راجع للوقوف على المزيد من التفاصيل حول تحليلنا السابق المتعلق بتحييد قواعد الإسناد، سواء بناء على حكم النص الخاص ، أم بناء على نصوص المعاهدات الدولية مؤلفنا : القانون الدولي الخاص(2) "تنازع القوانين" – منشورات الجامعة الافتراضية السورية –الوحدة التعليمية العاشرة .

من خلال إعمال نص المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم 3 لعام 2014 التي ذكرت: «ما لم يوجد اتفاق بين أطراف العقد الإلكتروني على القانون الواجب التطبيق، يطبق على القانون الواجب التطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني».

وهذا يعني أن المشرع بنى النص الخاص على "قاعدة عامة" تتمثل بقانون الإرادة، وعلى "حل احتياطي" يؤخذ به في حال غياب الإرادة، ويتمثل بقواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني.

المطلب الأول:

القاعدة الأساسية (قانون الإرادة)

أخذت المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري بالقاعدة الجوهرية السائدة في نطاق الجانب الموضوعي للعقود الدولية، وهي قاعدة سلطان الإرادة في العقود. ونظراً لوحدة الحل الأساسي المعتمد في القانون المدني و قانون المعاملات الإلكترونية، فلا ضير من تبني ذات التفسير المعتمد لمبدأ سلطان الإرادة كما ورد سابقاً في القانون المدني، مع بيان أوجه الاختلاف كلما استلزم ذلك.

وهذا ما يستوجب علينا بيان صور الإرادة، وتحديد نطاقها، وما يمكن أن يرد عليها من قيود:

أولاً: صور الإرادة:

نصت المادة (20) من القانون المدني السوري على أن:

1 – يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تمَّ فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه...

ويتضح من النص السابق أن صورتي الإرادة المقبولة في منحى المشرع السوري في إسناد العقود عموماً، هما: الإرادة الصريحة المشار إليها باتفاق المتعاقدين، والإرادة الضمنية المشار إليها بالظروف التعاقدية، وذلك من خلال الاعتماد على قرائن معينة، أما الإرادة المفترضة فهي مستبعدة لما يترافق التقصي عنها من مشقة وحرج، عدا عن احتمال الخلط من خلالها ما بين إرادة المتعاقدين وإرادة القاضي نفسه في معرض افتراضها قضائياً.[1]

– من مقارنة النص السابق مع النص الخاص الوارد ذكره في المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية، نجد أن الصيغة الصريحة المستخدمة في النص الخاص تذهب للأخذ بإرادة المتعاقدين الصريحة فقط، دون الاعتداد بالإرادة الضمنية، وربما هذا ينسجم مع التوجه القائل بعدم جدوى القرائن المعتمد عليها للكشف عن الإرادة الضمنية في العقود التقليدية في إطار البيئة الإلكترونية[(2)].

– وبالتالي تبقى الإرادة الوحيدة المعتد بها تشريعياً وفقاً للتوجه السوري هي «الإرادة الصريحة»، بغض النظر عن طريقة التعبير عنها، سواء تم اختيار القانون بالنص عليه على سطح الصفحة الإلكترونية، أو عن طريق إيراد شرط في العقد الإلكتروني يحدد

[1] راجع تحليلنا السابق ذكره في كتاب : القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين" د. وفاء فلحوط – د .ساجر الخابور : منشورات جامعة دمشق –كلية الحقوق 2022- ص194

(2) حيث يرى البعض أن الدلائل والقرائن الممكن الإرتكان إليها في سياق العقود التقليدية، كاللغة المستخدمة في تحرير العقد، والعملة المتفق على الوفاء بها، ومكان إبرام العقد... لا تغدو منتجة في نطاق العقود الإلكترونية، فلغة التعاقد مثلاً غالباً ما تكون اللغة الإنكليزية، وإن لم تكن كذلك فعادةً ما تتم ترجمة العقد إليها، وبالنسبة للعملة المستخدمة عادة ما يتم استخدام بطاقات الدفع الإلكتروني. كما يصعب تحديد مكان إبرام العقد على شبكة الإنترنت التي لا تعترف بالحدود الجغرافية أصلاً، عدا ان (المزود) يتعذر عليه معرفة المكان الذي سيبرم فيه الطرف الاخر العقد. أمين دواس، مرجع سابق .ص 2546

صراحة قانون دولة معينة باعتباره القانون الواجب التطبيق، أو عن طريق وضع مثل هذا الشرط في الشروط النموذجية المرفقة بالعقد الإلكتروني. وبغض النظر أيضاً عن وقت التعبير ، أي سواء تم الاتفاق في وقت التعاقد، أم تمّ لاحقاً له، شريطة عدم الإضرار بحقوق الغير حسن النية.

كما يمكن لأبعد من ذلك العدول عن القانون المختار وتحديد قانون آخر شريطة عدم الإضرار بتلك الحقوق ، وهذا ما ينسجم مع طبيعة العقود الإلكترونية بالنظر للتقدم التكنولوجي المضطرد الذي يفترض مكنة التعديل، كما ينسجم مع بعض التوجهات الصريحة في قوانين بعض الدول، وفي نصوص بعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة[1].

-وإن كنا نتفق من جهتنا على ما سبق ذكره في نطاق قانون الإرادة الصريحة، إلا أننا نتحفظ على موقف المشرع السوري لجهة تغييبه مكنة اللجوء إلى الإرادة الضمنية حال غياب الإرادة الصريحة، ذلك أن عدم ملاءمة بعض مؤشرات الإرادة الضمنية لطبيعة العقود الإلكترونية لا يبرر استبعاد الإرادة الضمنية بالمطلق من نطاق هذه العقود، خاصة وأن القضاء يمكن أن يعتمد في تقرير وجودها على أكثر من قرينة من القرائن القابلة للاعتماد، كاعتياد المتعاقدين على اتخاذ قانون دولة معينة كقانون واجب التطبيق في تعاقداتهما الإلكترونية السابقة، مما يشكل قرينة لاعتماد ذات القانون في تعاقدهما اللاحق الخالي من الإرادة الصريحة، على أن يدعم الأخذ بهذه القرينة تشابه تعاقدهما اللاحق مع تعاقداتهما السابقة لجهة المضمون، ولجهة الآلية.

ثانياً: نطاق الإرادة لجهة ما يمكن تطبيقه: قانون أم قواعد

من أهم التساؤلات الواردة في سياق تحديد نطاق إرادة المتعاقدين، هو التساؤل عن إمكانية اتجاه إرادة المتعاقدين لتطبيق قواعد قانونية تتجاوز مفهوم القوانين الوطنية للدول.

إذ بدأ يتكون فيما يتعلق بالعقود الدولية الإلكترونية قانون مادي إلكتروني يذهب للفصل مباشرة في موضوع النزاع، على نحو يجعله أكثر ملاءمة لحكم هذه العقود بما تتطلبه من سرعة تنسجم مع البيئة الإلكترونية، وبما يعكس حاجات المتعاقدين على نحو يتوافق مع توقعاتهم ويتطور معها بشكل مرن.

-ويشمل القانون المادي الإلكتروني بدوره مجموعة القواعد الموضوعية المباشرة تلقائية النشأة، كالممارسات التعاقدية بين المتعاملين على شبكة الإنترنت، والاعراف والعادات المستقرة في أوساط المتعاملين في مجال التعاقدات الإلكترونية والاتفاقات الدولية، والقوانين النموذجية، كالقانون النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية التي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL) لعام 1996، ومدونات وقواعد السلوك، مثل تقنين جمعية مقدمي خدمات الإنترنت (ISPA)[2]، والعقود النموذجية، مثل العقد النموذجي المبرم من المجموعة الأوروبية في 28/ ديسمبر/ 1994.

-وللإجابة على التساؤل الخاص بإمكانية اختيار المتعاقدين لمثل تلك القواعد وفقاً للتوجه السوري، فإننا نرى الإجابة بعدم جواز ذلك حسب الصياغة التشريعية للنص الخاص الوارد في المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري، ذلك أن المشرع

(1) وتجدر الإشارة عند اختيار الأطراف لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعدداً إقليمياً ينصح الطرفان بتحديد الشريعة الداخلية المختصة، وذلك أن بعض الدول المتعددة، كالولايات المتحدة الأمريكية، لا يوجد فيها قواعد إسناد داخلية قادرة على تحديد الشريعة المختصة، وعليه فإن شركة Apple Store تنص في موقعها على الإنترنت أن (قانون كاليفورنيا) هو القانون الواجب التطبيق على جميع عقود البيع التي تكون طرفاً فيها. المرجع السابق- ص 2541 – 2543.

(2) تم إنشاؤها في إنكلترا، حيث نشرت تقنيناً للسلوك العملي ينظم علاقات المتعاملين على الشبكة، ومنها الالتزام بعدم تقديم خدمات مخالفة للقانون أو تحضّ على العنف أو العنصرية . بيان القواسمي، مرجع سابق، ص 109.

استخدم في هذا النص كلمة (قانون) دون كلمة (قواعد) على غرار ما ذهب إليه سابقاً في معرض صياغته لنص المادة1/20 من القانون المدني السوري، ولا يمكننا أن نتفق مع بعض المحللين فيما ذهبوا إليه، لجهة عدم اشتراط قواعد الإسناد الوطنية الخاصة بالعقود في العديد من الدول العربية أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي قانون دولة معينة، انطلاقا من عمومية صياغتها التي تسمح للأطراف باختيار القواعد القانونية التي يرغبون فيها[1]. وذلك على الأقل لسببين: أولهما؛ إن قانون الإرادة جاء في المادة 1/20 عقب الحديث عن قوانين دول معينة (قانون دولة الموطن المشترك، وقانون دولة محل الإبرام) مما يؤكد نية المشرع بحصر إرادة المتعاقدين بقانون دولة معينة.

أما السبب الثاني يتمثل باعتقادنا بأنه لو أراد المشرع منح المتعاملين مكنة اختيار القواعد لعبَّر عن ذلك صراحة، كما فعل في المادة(1/38) من قانون التحكيم السوري، الذي جاء نصها " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي اتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك."

مما يعني اختلاف الإجابة النهائية عن التساؤل الخاص بمكنة اختيار المتعاقدين لقواعد تتجاوز نطاق القوانين الوضعية تبعاً لاختلاف القضاء الناظر في النزاع، فيما لو كان قضاء عادياً أم تحكيمياً.

–إلا أنَّ مزايا المنهج الموضوعي المباشر في البيئة الإلكترونية تجعلنا نقف عند المسلك التشريعي السوري بغرض تقييمه، وإبداء المقترحات، لا سيما إذا كان القانون الإلكتروني المادي قادراً على تسوية منازعات العقود الإلكترونية الدولية فيما لو ظهر باعتباره قانون إرادة المتعاقدين.

ويشجعنا على هذا الطرح ما ورد لاحقاً في نص المادة (24) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري من ضرورة العودة في كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون إلى قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملة أو العمل التجاري الإلكتروني.

إذ نرى في هذا النص إشارة آمنة لتطبيق الأعراف الإلكترونية ذات الطابع الدولي، والتي هي أحد أهم مكونات القانون الإلكتروني المادي.

وبالتالي نصل لقناعتنا بأن مقترحات تعديل النص التشريعي السوري تبقى مرهونة بواقع قواعد القانون المادي الإلكتروني، خاصة تلك القواعد ذات الطابع الدولي. ذلك أن قلة قواعد هذا القانون تجعله قاصراً عن تغطية جميع منازعات العقود الإلكترونية الدولية ، مما يمنح المنهج التنازعي مركز الصدارة في تسوية تلك المنازعات، ذلك أن النزعة الوطنية التي اعتبرت أحد عيوب المنهج التنازعي أسعفت بتصورنا المنازعات المذكورة بقوانين وطنية تشمل مئات المواد الناظمة لمنازعات العلاقات الخاصة بالعقود الإلكترونية، مما يعني ختاماً إمكانية تبني المنهج المادي المباشر كمنهج مكمل لمنهج تنازع القوانين في منازعات العقود محل الدراسة.

ثالثاً: نطاق الإرادة لجهة إمكانية تجزئة العقد:

تختلف التشريعات حول إمكانية اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد الدولي الإلكتروني، ففي حين ذهبت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري إلى وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد، ذهبت قوانين بعض الدول، كالقانون المدني الألماني لعام 1986، وبعض الاتفاقيات الدولية، كمعاهدة روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إلى إمكانية تجزئة العقد، كأن يتفق الأطراف على إخضاع تكوين العقد لقانون، وإخضاع تنفيذه لقانون آخر.

(1) أمين دواس – مرجع سابق – ص 2550.

وفيما يتعلق بالموقفين التشريعي والقضائي في سورية، فإنه يمكن القول بشمولية مادة الإسناد لكل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية، سواء من جهة تكوينها، أم حيث آثارها، أم حيث انقضاؤها، مع الاحتفاظ بهامش من الاستثناءات غير مخلٍ بقاعدة عدم التجزئة [1].

ورغم أن تفسير نص المادة (1/20) من القانون المدني السوري الخاصة بالالتزامات التعاقدية لم يثر أية شبهة في سريان مضمونه على العقد برمته، سواء بالاعتماد على منحى التبويب في القانون المدني ذاته ، أم بالاعتماد على الصياغة القضائية لبعض اجتهادات محكمة النقض السورية [2]، إلا أننا لا نجد ضرورة لتبرير تفسير نص المادة (1/20) من القانون المدني المذكور أعلاه، باعتبار ما ورد من صياغة واضحة في النصوص ذات الصلة من القانون الخاص بالمعاملات الإلكترونية، والتي أخذت بمصطلح العقد بشموليته[3].

رابعاً: قيود الإرادة:

تقوم فكرة تقييد الإرادة حسب نظرية تركيز العقد على ضرورة قيام صلة حقيقية بين العقد وبين قانون الإرادة باعتباره القانون الواجب التطبيق، وتتحقق هذه الصلة عند تركيز إرادة المتعاقدين بمركز الثقل في علاقتهما.

ويدعم المناصرون لتقييد حرية الإرادة بما اشترطته بعض التشريعات من ضرورة قيام مثل هذه الصلة من حيث المبدأ[4]، إلا أن جانباً مهماً من هؤلاء واحتراماً منهم لتوقعات المتعاقدين لا يشترط لقيام الصلة تركيز إرادة المتعاقدين بمركز ثقل العلاقة على وجه الخصوص.

–وفيما يتعلق بالعقود الدولية الإلكترونية على وجه التحديد وباعتبارها تسبح في البيئة الدولية الافتراضية فثمة من يرى عدم وجود مبرر لاشتراط مثل هذه الصلة، خاصة وأن الدول لم تقم جميعها حتى اليوم بوضع قانون خاص بالعقود الإلكترونية. مما يبرر للطرفين اختيار قانون أي دولة يعتقدان بملائمة أحكامه لعقدهما. ولعل في القول السابق ما يفسر عدم اشتراط وجود الصلة ما بين القانون المختار وبين العقد الإلكتروني في القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب لعام(1999) رغم أن تقنين تنازع القوانين الأمريكي الثاني اشترط وجود صلة جوهرية ما بين القانون المختار وبين المتعاقدين أو العقد[5].

ومن جهتنا نعتقد أن إطلاق صياغة نص المادة (11) من قانون المعاملات الإلكتروني السوري دون ذكر صريح لقيد الصلة، على نحو مماثل للإطلاق الوارد في صياغة نص المادة (1/20) من القانون المدني السوري، فيه ما يعبر عن قناعة المشرع السوري باعتبار أي قانون تتجه إليه إرادة الأفراد يعدُّ قانوناً قائماً على صلة مفترضة بالعقد، ولو لم يكن ذلك القانون يمثل مركز ثقل العلاقة على وجه التحديد، طالما أنه يلبي مصلحة مشروعة للمتعاقدين تنسجم مع متطلبات العلاقات الدولية الخاصة، وما دام أنه لا ينطوي على نية التحايل لديهم، أو يتعارض مع مقتضيات النظام العام في بلد القاضي الناظر في النزاع.

---

(1) كاستبعاد مسألة أهلية التعاقد باعتبارها مسألة لصيقة بالشخص المتعاقد بما يستتبع خضوعها لقانون جنسيته.

(2) ذهب تبويب القانون المدني السوري إلى ذكر مصادر الالتزام، ومنها العقد، تحت عنوان الالتزامات، كما جاء في أحد اجتهادات محكمة النقض السورية «ان الالتزامات التعاقدية تخضع في موضوعها وآثارها لقانون الدولة التي تم فيها العقد عند اختلاف المتعاقدين في الموطن، ما لم يتبين أن الطرفين اختارا قانوناً آخراً» نقض مدني سوري (41) تاريخ 1961/5/15، مجلة القانون، ص 645 لعام 1961.

(3) الفصل الرابع على وجه التحديد من المادة (6) حتى المادة (12).

(4) كالمادة (25) من القانون الدولي الخاص البولوني لعام 1965، والتي اشترطت وجود صلة بين الرابطة القانونية بين قانون إرادة المتعاقدين.. د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – الطبعة التاسعة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – عام1986م -ص 443.

(5) أمين دواس – مرجع سابق- هامش 12 ص 2544.

حيث تقيد إرادة المتعاقدين باعتبارات حسن النية على نحو يفترض بالقاضي الوطني استبعاد القانون الذي اختاره المتعاقدان فيما لو تبين له سعيهما للتهرب من الأحكام الأمرة في قانون ما، أو فيما لو تبين له توجيه إرادة المتعاقدين غشاً لتحويل عقدهما الوطني إلى عقد دولي خاص باصطناع العنصر الأجنبي فيه.

-كما تقيد إرادة المتعاقدين بمقتضيات النظام العام، حيث يمتنع القاضي الناظر في النزاع عن تنفيذ القانون الواجب التطبيق بغض النظر عن ضابط الإسناد، سواء أكان إرادة المتعاقدين أم عداه، متى ظهر له أثناء نظر النزاع تعارض أحكام ذلك القانون مع مقتضيات النظام العام السائدة في بلده[1].

المطلب الثاني:

الحل الاحتياطي (قواعد القانون الدولي الخاص في القانون المدني)

نصت المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري على أنه: (ما لم يوجد اتفاق بين أطراف العقد الإلكتروني على القانون الواجب التطبيق، يُطبَّق على القانون الواجب التطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني).

-ويبدو لنا ما انطوت عليه الصياغة التشريعية من خلط واضح ما بين الأركان المتعارف عليها لقواعد الإسناد، ونعني تحديداً هنا الخلط ما بين (المسألة المسندة) وهي العقود الإلكترونية، وبين (القانون المسند إليه) أي القانون واجب التطبيق.

إذ تذهب صياغة نص المادة المذكورة إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني على القانون الواجب التطبيق، بينما تفسيراً منطقياً لهذا النص يفترض تطبيق هذه القواعد بصدد منازعات العقود الإلكترونية لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال غياب قانون إرادة المتعاقدين المشار إليه في الشق الأول من هذه المادة.

-وضمن التحديد السابق يمكن تفسير قواعد القانون الدولي الخاص، إما بالقواعد السائدة في المجال التعاقدي كما وردت في القانون المدني السوري، ولا سيما الخاصة بالجانب الموضوعي للعقود، مما يمثل عودة إلى نص المادة (20) من القانون المدني، أو تفسيرها بالنظر إلى الفلسفة التشريعية الإجمالية لقواعد الإسناد، و القائمة على تركيز العلاقة بمركز الثقل في معرض تحديد القانون الأكثر ملاءمة.

أولاً: تفسير قواعد القانون الدولي الخاص بالقواعد السائدة في المجال التعاقدي:

إن تبني تفسير قواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني بالقواعد المنصوص عليها في سياق تحديد القانون الواجب التطبيق على الجانب الموضوعي للعقود يفترض العودة إلى نص المادة (20) من القانون المدني السوري[2] والتي تذهب في فقرتها الأولى للأخذ بعدة قوانين ضمن تدرج مُلزم، يمثل قانون الإرادة القانون الأصيل فيه، بينما يمثل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطنا القانون الاحتياطي الأول، في الوقت الذي يمثل فيه قانون محل إبرام العقد القانون الاحتياطي الثاني، وبما أن قانون الإرادة سبق وتمّ التعرض له في سياق الحديث عن القاعدة الأساسية المعتمدة في كل من قانون المعاملات

(1) نصت المادة (30) من القانون المدني السوري: «لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في سوريا».

(2) ثمة قواعد إسناد خاصة بعقود الزواج (المواد:15/14/13) إلا أنها تخرج عن نطاق البحث لجهة حصره بعقود المعاملات المالية دون عقود الأحوال الشخصية.

الإلكترونية والقانون المدني فإن تبني التفسير المذكور أعلاه يفترض التعرض لكل من قانون الموطن المشترك، وقانون محل الإبرام، بما يمثلانه من تكريس للإسناد الجامد للرابطة التعاقدية.

1 – قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً:

يعود سبب الأخذ بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إلى أهمية الموطن في المعاملات المالية والعلاقات التعاقدية، ولعل أهم ما يؤخذ على صياغة نص المادة (1/20) فيما يتعلق بتحديد الضابط الاحتياطي الأول، هو عدم تحديد الوقت المعتد به للأخذ بهذا الضابط، ومع ذلك يُفترض أن الوقت المعتد به لاتحاد موطن المتعاقدين هو وقت إبرام العقد باعتبار ما سارت عليه بعض اجتهادات محكمة النقض السورية[1].

–وفي معرض تقييم الإسناد الجامد المتمثل بالأخذ بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً وقت إبرام العقد، لا نجد مثل هذا الإسناد ملائماً لبيئة العقود الإلكترونية الدولية، والتي تفترض غالباً اختلاف موطن المتعاقدين، إذ يمثل التعاقد عن بعد أحد أهم أسباب ظهور هذه العقود. بل نجد في مثل هذا القول ما يتقاطع مع ما سبق وتوصلنا إليه في معرض تحديد دولية العقد، وذلك لجهة اعتبار اختلاف موطن المتعاقدين من العناصر الفاعلة لتقرير دولية العقد تمهيداً لتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص عليه.

2 – قانون محل إبرام العقد:

يبرر الإسناد إلى قانون محل الإبرام في سياق (العقود التقليدية) باعتباره قانون مكان نشأة العقد والتقاء إرادة المتعاقدين، فيعدُّ من الأنسب الرجوع إلى هذا القانون للتحقق من صحة التعاقد، عدا عن سهولة التعرف عليه، كما أن الأخذ بهذا القانون يفضي إلى توحيد القانون المطبق على جانبي العقد الموضوعي والشكلي[2]، هذا إلى جانب أن الأخذ به يكفل للمتعاقدين فرصة العلم المسبق بالقانون الذي سيطبق على عقدهم عند سكوت الإرادة عن تحديده، مما يحقق لهم الأمان القانوني، كما يحقق الاستقرار المطلوب لمقتضيات التجارة الدولية[3].

–أما في معرض الأخذ بمعيار محل إبرام العقد فيما يخصّ (العقود الإلكترونية الدولية)، فإن هذا المعيار كثيراً ما يبدو معياراً صعب التطبيق أو معياراً غير ملائم، ذلك أن واقع التعامل التجاري الدولي يقوم على التعاقد غالباً بين غائبين، وهنا تظهر صعوبة تحديد محل إبرام العقد، كما سبق بيانه في معرض الحديث عن مكان العقد الإلكتروني، نظراً لإبرام هذا النوع من العقود عبر نظام إرسال بيانات عالمي يتجاوز الحدود الجغرافية للدول، على نحو يصعب إدراجه في نطاق إقليمي محدد.

---

(1)ومن تلك الاجتهادات نقض مدني سوري 41 تاريخ 1961/5/15 (مجلة القانون العام 1961- ص 645) وكانت القضية تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق بصدد نزاع حول تنفيذ التزام تعاقدي، وفيما لو كان هذا القانون هو القانون السوري الذي يعتبر الالتزام تجارياً، أم كان القانون الفلسطيني الذي يعتبره ذا طبيعة مدنية، حيث قرر الحكم المطعون فيه الأخذ بالقانون السوري باعتباره قانون الموطن المشترك (الضابط الاحتياطي الأول) في غياب قانون الإرادة. وقد تمّ تأسيس الطعن بأن القانون السوري لا يعدّ القانون الواجب التطبيق، لأن المتعاقدين لم يتحدا في الموطن (سورية) وقت إبرام العقد، بل حلَّ أحدهما في سورية بصورة لاحقة. مما يعني غياب هذا الضابط، وبالتالي كان من المفروض الانتقال إلى الضابط الاحتياطي الثاني، أي قانون محل إبرام العقد (القانون الفلسطيني) . راجع د.وفاء فلحوط – د.ساجر الخابور :تنازع القوانين –مرجع سابق –حاشية 246 صفحة 198

(2) يعدُّ العقد صحيحاً من الناحية الشكلية وفقاً لقاعدة الإسناد السورية الواردة في المادة (21) من القانون المدني، فيما لو كان كذلك وفقاً لقانون بلد الإبرام، أو للقانون الذي يحكم جانبه الموضوعي، أو لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو لقانون جنسيتهما المشتركة.

(3) د. هشام صادق: مرجع سابق- ص 149.

وهذا ما دفع جانباً من الفقه للقول بعدم كفاية ضابط محل الإبرام منفرداً كأداة لوصل العقد بالقانون الواجب التطبيق ،وفضّلوا دعمه بضوابط أخرى، كأن يكون محل الإبرام مثلاً محلاً لتنفيذ أحد الالتزامات الرئيسية في العقد.

هذا عدا أن قانون محل إبرام العقد قد لا يكون هو الأنسب والأكثر ارتباطاً بالعقد، اذ قد لا تتركز مصالح المتعاقدين أو الغير في مكان الإبرام، بل عادة ما تتركز في بضائع واجبة التسليم، أو أعمال وخدمات واجبة التنفيذ، وما عدا ذلك من أمور لا صلة وثيقة لها بمحل إبرام العقد[1].

*وبالنتيجة يظهر معنا: إنّ الإسناد الجامد للعقود الإلكترونية الدولية، والمتمثل بالعودة إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في حال غياب قانون الإرادة، ومن ثم إلى قانون محل إبرام العقد إن لم يتحد المتعاقدان في الموطن ، هو إسناد غير ملائم لطبيعة هذه العقود، وغير منسجم مع خصوصيتها، مما يدفعنا لاستبعاد تفسير قواعد القانون الدولي الخاص الواردة في نص المادة (11) من قانون المعاملات الالكترونية السوري بالقواعد السائدة في المجال التعاقدي في القانون المدني، والمتمثلة بنص المادة (20) من هذا القانون.

ونعتقد من جملة ما يدعم وجهة نظرنا السابقة هو أن تبني التفسير المذكور أعلاه من شأنه أن يُفقد المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية سبب وجودها أصلاً، إذ لو وقع في نية المشرع أثناء صياغته لقانون المعاملات الإلكترونية مثل هذا التفسير لاكتفى حينها بمجرد الإحالة إلى نص المادة (20) من القانون المدني دون الحاجة لإفراد نص قانوني خاص بتحديد القانون الواجب التطبيق والمتمثل بنص المادة (11) قيد التحليل.

ثانياً: تفسير قواعد القانون الدولي الخاص في سياق فلسفة الإسناد التشريعية (الإسناد المرن) :

إن تبني تفسير عبارة قواعد القانون الدولي الخاص الواردة في الشطر الثاني من المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري في سياق فلسفة الإسناد التشريعية يصل بنا إلى ما يمكن توصيفه بتجزئة الإسناد، وتبني هذه التجزئة بمعناها الدارج في العقود التقليدية سيخدم بلا شك العقود الإلكترونية ذات الطابع الدولي.

فإذا ما تمّ إخراج عقود دولية تقليدية من نطاق تطبيق قانون العقد بالتحديد الوارد في المادة (1/20) كعقود العمل، أو العقود التي تتم في البورصات، نظراً لأنها لا تأتلف بطبيعتها مع هذا القانون[2]، فإنه من باب آولى إخراج العقود الدولية الإلكترونية من نطاق تطبيق قانون العقد بالتحديد الوارد في المادة 1/20 من القانون المدني السوري، ولئن كان إخراجاً –على الأقل – على مستوى الضوابط الاحتياطية الواردة في المادة المذكورة، إذ رغم ما تكفله هذه الضوابط من علم المتعاقدين المسبق بالقوانين واجبة التطبيق، إلا أنها لا تمثل الحل الملائم لجميع العقود، نظراً لاختلاف مركز الثقل من عقد إلى أخر تبعاً لطبيعة العقد محل النزاع، لذا كان من الأفضل تخلي المشرع عن إسناده الجامد والموحد، ومنح القضاء مهمة تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد تبعاً لكل حالة على حدة.

---

(1) المرجع السابق، ص 256.

(2) يعدّ عقد العمل نموذجاً للعقود التي تتنافى بطبيعتها مع قاعدة الإسناد العامة القائمة على خضوع الالتزامات التعاقدية إلى قانون الإرادة، وذلك بسبب تدخل المشرعين بالتنظيم الأمر لعلاقات العمل مما يضيق من دور الإرادة لصالح محل التنفيذ.

كما تنبهت بعض التشريعات للطبيعة الخاصة للعقود التي تتم في البورصات وعقود بيع العروض، فأفردت لها قواعد إسناد مستقلة لبيان القانون الواجب التطبيق عليها، وخير مثال على ذلك ما ذهب إليه المشرع الكويتي في القانون رقم 1961/5 ، إذ بعد صياغته للمادة (59) بصياغة مماثلة على مستوى الضوابط للمادة (20) من القانون المدني السوري، نصّ في المادة (60) على أن: (يسري على العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق). ثم نص في المادة (61) على أن: (يسري على بيع العروض قانون موطن البائع، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون موطن المشتري أو قانوناً آخر هو الذي يسري). راجع د وفاء فلحوط/ د ساجر الخابور: تنازع القوانين .مرجع سابق –ص205

*وبالتالي احتراماً للنص الخاص الوارد في المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري، وتطبيقاً لنص المادة (25) من نظام تنازع القوانين الوارد في القانون المدني السوري، والتي تقضي بتحييد قواعد الإسناد الواردة في ذلك النظام لعلة وجود نص خاص بالمسألة المسندة محل النزاع. يغدو بالنتيجة القانون الواجب التطبيق بداية هو قانون إرادة المتعاقدين، على أن يتم الأخذ بهذا القانون بالقدر الذي لا يخلّ بقواعد حماية الطرف الأضعف عقدياً، كقواعد حماية المستهلك. إذ يفترض الأخذ بهذه القواعد في قانون محل إقامة المستهلك، أو في قانون محل إقامة البائع، أيهما يوفر حماية أكبر للمستهلك[1]. أما في حال غياب قانون الإرادة فإنه من الأنسب الأخذ بقانون مركز ثقل العلاقة، كالأخذ بقانون المدين بالأداء المميز، ومن الطبيعي اختلاف القانون الواجب التطبيق هنا تبعاً لاختلاف العقد، فيما لو كان عقد بيع مثلاً، أم عقد تقديم خدمة على اختلاف أنواعها، و كذلك تبعاً لاختلاف الالتزام الرئيسي المعبّر عن جوهر العقد بما يترتب عليه من تحديد أيّ من المتعاقدين دائناً وأيهما المدين..، وأيضاً تبعاً لاختلاف المدين، فيما لو كان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً، كالشركات. شريطة ألا يمنعنا ذلك من احترام قواعد حماية الطرف الأضعف عقدياً، إذ لا نجد حرجاً في إدراج هذا القيد طالما سبق وتم إدراجه في معرض الأخذ بقانون الحل الأساسي، أي قانون إرادة المتعاقدين.

ويجد توجهنا السابق في تفسير الشطر الثاني من المادة (11) سنده في العديد من نصوص التشريعات الوطنية، وفي نصوص بعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، ونذكر مثالها على مستوى القوانين الوطنية، النصوص ذات الصلة في القانون الدولي الخاص الألماني، والقانون الخاص التركي لعام 1982، والقانون المدني السويسري، حيث جاء في نص المادة (113) منه على أن يسري على العقد في حال غياب الاختيار قانون الدولة التي بها روابط أكثر وثوقاً، وتتوفر تلك الروابط مع الدولة التي فيها الإقامة العادية للطرف الواجب عليه تقديم الأداء المميز.

كما نصت المادة (120) من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في عام 1987 على تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك على العقود المتعلقة بأداء استهلاكي مُعدّ للاستعمال الشخصي أو العائلي للمستهلك، والتي لا ترتبط بنشاطه المهني أو التجاري.

وكذلك جاء في المادة (29) من القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 على أنه (إذا لم يستطع القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق يسري على العقد قانون موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز منشأة الشخص الملتزم بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهرية، ويتم تحديد الأداء المميز عند إبرام العقد)[2].

وعلى صعيد الدول العربية يمكن أن نورد مثالاً ما جاء في الفصل (62) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لعام 1998، والذي نص على أن: «يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف، وإذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تكييف العقد، أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري».

(1) ومن الجدير ذكره بأن المشرع السوري قد أخذ ببعض قواعد حماية المستهلك في قانون المعاملات الإلكترونية ذاته، فألزم البائع مثلاً بموجب المادة (17) من هذا القانون بالإعلام، وذلك من خلال تقديمه معلومات واضحة تُمكّن المستهلك من اتخاذ قراره في الشراء. كالمعلومات المتعلقة بالتعريف بالبائع نفسه وبعنوانه، وبنوع وطبيعة ومواصفات، و سعر السلعة أو الخدمة. وطرق إعادة واستبدال المنتج، واسترداد المبلغ المدفوع، والآجال المتعلقة بذلك، وإرشادات استخدام السلعة، والتحذيرات من الاستخدام الخاطئ...
كما ألزم البائع حمايةً للمستهلك في المادة (18) بتمكين المستهلك بطريقة إلكترونية مناسبة من مراجعة أخطاء إدخال المعلومات.. وتمكينه من إقرار التعاقد أو تغيره ومنحه رخصة العدول عن التعاقد...

(2) مهند عزمي أبو مغلي- منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي ، علوم الشريعة والقانون ، المجلد 41 ، العدد 2، 2014 ،ص 1357.

أما أمثلة نصوص الاتفاقيات الدولية الداعمة لتوجهنا في تفسير الشطر الثاني من المادة (11)، فنذكر منها ما ورد في المادة (4) من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980، حيث نصت على أنه في حال انعدام الاختيار الصريح للأطراف يسري على العقد قانون البلد الذي به أكثر الروابط صلة، وتتوفر تلك الروابط مع البلد الذي يقيم فيه عادة– وقت إبرام العقد –الطرف الذي يقدم الأداء المميز. كما حرصت هذه الاتفاقية في ذات الوقت على حماية تعاملات المستهلك، إذ أوردت في المادة(2/5) أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق ليس من شأنه أن يحرم المستهلك من الحماية التي تكفلها له النصوص الأمرة في قانون الدولة التي يقع فيها محل إقامته المعتادة.

الخاتمة

*تناول البحث في دراسة تحليلية مسألة القانون واجب التطبيق على منازعات العقود الإلكترونية الدولية من منظور النصوص التشريعية السورية ذات الصلة. وهذا ما استدعى التعرض بالتحليل لنظام تنازع القوانين في القانون المدني مع التركيز على قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم 3 لعام 2014 باعتباره القانون الخاص الكفيل بتحييد ذلك النظام فيما تضمنه من أحكام خاصة.

*وفي سياق التحليل السابق حاول البحث معالجة ما اعترضه من إشكاليات وصعوبات، كان أهمها:

- عدم تحديد النصوص التشريعية السورية ذات الصلة لمعايير دولية العقد، رغم ما تنطوي عليه الصفة الدولية من أهمية خاصة باعتبارها مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص. لذا حاول البحث الوقوف على المعيار الأكثر انسجاماً مع طبيعة العقود الإلكترونية لتقرير صفتها الدولية. وقد وجدنا، على غرار ما سبق وتوصلنا إليه في سياق العقود التقليدية، إن المعيار القانوني الضيق القائم على الأخذ بعناصر العقد الفاعلة لتقرير الصفة الدولية هو أكثر المعايير ملاءمة. على اعتبار المعيار القانوني الواسع القائم على الأخذ بمجمل عناصر العقد بصرف النظر عن أهمية العنصر الأجنبي معياراً يجافي المنطق، وعلى اعتبار إسباغ الصفة الأجنبية على عناصر العقد الإلكتروني الفاعلة، كموطن المتعاقدين، أو محل تنفيذ العقد، يفضي حكماً للمعيار الاقتصادي القائم على فكرة المساس بمصالح التجارة الدولية.
- القصور وعدم الوضوح في صياغة المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري، بما تمثله من نص خاص وجب إعماله تطبيقاً لحكم المادة (25) من نظام تنازع القوانين الوارد في القانون المدني السوري، حيث ظهرت عدة إشكاليات وتساؤلات حول هذا النص، سواء على مستوى الحل الأساسي الوارد في شطره الأول، أم على مستوى الحل الاحتياطي المعتمد في شطره الثاني:
- على صعيد القاعدة الأساسية المتمثلة بقانون الإرادة، أثار تحليلنا للشطر الأول من المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية عدة تساؤلات، كان منها: التساؤل عن سبب تغييب المشرع لمكنة اللجوء إلى الإرادة الضمنية، خلافاً لما هو عليه الحال في نص المادة 1/20 من القانون المدني، خاصة مع احتمال قيام القرائن الدالة على هذه الإرادة في نطاق العقود الإلكترونية الدولية ، وكذلك التساؤل عن سبب تقييد المشرع لنطاق إرادة المتعاقدين باختيار قانون دولة معينة، رغم اعتراف النصوص التشريعية اللاحقة بذات القانون بإمكانية الأخذ بقواعد تتجاوز مفهوم القوانين الوطنية للدول، كقواعد أعراف التجارة الدولية ذات الصلة بالعلاقة. مما شكَّل بقناعتنا إشارة آمنة لتطبيق تلك القواعد بما تمثله من تجسيد لأحد مقومات ما يسمى بالقانون الإلكتروني الموضوعي المُعبر عن المنهج المادي لتسوية المنازعات الدولية الخاصة، والذي نناصر الأخذ به كمنهج مكمل للمنهج التنازعي.

• أما على صعيد الحل الاحتياطي المتمثل بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني، فقد أثار تحليلنا للشطر الثاني من المادة (11) عدة إشكاليات وتساؤلات، كان منها: التساؤل حول صياغته، وخاصة لجهة ما انطوى عليه من خلط ما بين ركني المسألة المسندة والقانون المسند إليه، وهذا ما دفعنا لاقتراح إعادة الصياغة باستبدال عبارة (القانون الواجب التطبيق) الواردة في هذا الشطر بعبارة (العقد الإلكتروني).

إلا أن أهم تساؤلاتنا حول الشطر المذكور أعلاه كان التساؤل عن تفسير عبارة (قواعد القانون الدولي الخاص) الواردة فيه، والتي مثّلت الحل الاحتياطي في غياب اتفاق المتعاقدين على القانون الواجب التطبيق، وفيما لو كان المقصود منها قواعد القانون الدولي الخاص السائدة في المجال التعاقدي، مما يمثل عودة لقواعد الإسناد السورية ذات الصلة في نظام تنازع القوانين المنصوص عليه في القانون المدني، أم إنَّ المقصود تفسير هذه العبارة في سياق فلسفة الإسناد التشريعية ؟.

ذلك أن تبني التفسير الأول مثَّل – بوجهة نظرنا– خيار العودة إلى نص المادة (1/20) من القانون المدني السوري، والخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على الجانب الموضوعي للعقود، بما ينتهي إليه ذلك الخيار من إسناد جامد لقوانين محددة يؤخذ بها في حال غياب قانون الإرادة، وهي قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً، ومن ثمّ قانون محل إبرام العقد، بينما وجدنا في تبني التفسير الآخر القائم على الأخذ بفلسفة الإسناد التشريعية ما يضمن الانتقال بالعقود الإلكترونية الدولية من الإسناد الجامد إلى إسناد مرن يتمثل بتطبيق القانون الأوثق صلة بالعقد، كقانون المدين بالأداء المميز، دون إهمال لقواعد حماية الطرف الأضعف عقدياً المنصوص عليها في قانوني محل إقامة المتعاقدين، أيهما يوفر حماية أكبر لهذا الطرف.

وخلصنا لترجيح التفسير الثاني، ذلك أن الإسناد الجامد لا ينسجم أصلاً مع بيئة العقود الإلكترونية الدولية التي تفترض طبيعتها إبرامها عبر نظام بيانات عالمي بين متعاقدين لا يتحدا غالباً في الموطن.

وقد عزز ترجيحنا للتفسير السابق القائم على الإسناد المرن تبنيه في العديد من نصوص القوانين الوطنية العربية والأجنبية، وفي نصوص بعض الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

وبناء عليه فإن تبني هذا التفسير يستوجب نهاية الأخذ بأحد خيارين:

إما إعادة المشرع لصياغة الشطر الثاني لنص المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية بما يكفل إسناد العقود محل البحث إسناداً مرناً ينسجم مع طبيعتها، أو تبني القضاء لتفسير هذا الشطر بما يكفل تفعيل الإسناد المرن في معرض تطبيقه، وهذا ما سيلقي على عاتق الجهة القضائية المختصة مسؤولية البحث عن مركز الثقل في العقد الإلكتروني الدولي محل النزاع، وذلك من خلال تحديد الالتزام المؤثر في تكييفه.

المراجع:

الكتب:

د. حفيظة السيد الحداد : الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين) منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان – 2007م.

د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – الطبعة التاسعة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – عام1986م.

د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – منشأة المعارف – الإسكندرية – 1995 .

د. هشام خالد : خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار – مؤسسة شباب الجامعة – الاسكندرية – .1988

د. وفاء فلحوط/ د.ساجر الخابور :العقود الدولية– منشورات جامعة دمشق– نظام التعليم المفتوح– برنامج الدراسات القانونية– عام2020

د. وفاء فلحوط د .ساجر الخابور: القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين" ، منشورات جامعة دمشق –كلية الحقوق 2022

وفاء مزيد فلحوط : القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين" – منشورات الجامعة الافتراضية السورية –2021–2022

رسائل دكتوراه وماجستير :

أحمد حميد الأنباري: سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة) – رسالة ماجستير – جامعة الشرق الأوسط – كلية الحقوق – الأردن / عمان – 2017.

بيان إسحق القواسمي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية «دراسة مقارنة»، رسالة ماجستير– كلية الحقوق والإدارة العامة – جامعة بيرزيت – 2007م .

حسن علي كاظم: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي – رسالة دكتوراه – جامعة الجزائر – كلية القانون – 2005–2004

محمد بلاق: قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية – رسالة ماجستير – جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان – كلية الحقوق والعلوم السياسية – 2010–2011م

الأبحاث:

أمين دواس: اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، مجلد 25(10)، 2011.

مهند عزمي أبو مغلي– منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي ، علوم الشريعة والقانون ، المجلد 41 ، العدد 2، 2014.

الدكتورة وفاء مزيد فلحوط: العقود الدولية، الموسوعة العربية (الموسوعة القانونية المتخصصة) – الجمهورية العربية السورية –

المجلد الخامس 88 او عن موقع الموسوعة العربية الالكتروني: WWW.Arab-ency.com

القوانين والاجتهادات القضائية السورية :

القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949.

قانون المعاملات الالكترونية السوري رقم 3 لعام 2014.

قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة السوري رقم (4) لعام 2009

قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم (1) لعام 2016.

نقض مدني سوري (41) تاريخ 1961/5/15، مجلة القانون، ص 645 لعام 1961 .

نقض مدني سوري 41 تاريخ 1961/5/15 (مجلة القانون العام 1961– ص 645).