



REVUE DES ETUDES MULTIDISCIPLINAIRES EN SCIENCES ECONOMIQUES ET SOCIALES

N° 5 Mai - Juillet 2017

القانون الواجب التطبيق على شكلية العقد الدولي في ظل تطور التجارة الالكترونية

The law applicable to the formalism of the international contract within
the framework of the development of the e-commerce.

Abdesselam IDRISSE

,FSJES de Souissi de Rabat

UM5 de Rabat

Idrissi.info@gmail.com

Résumé:

لقد عرفت التجارة الدولية في السنوات الاخيرة تطورا هاما شمل جميع مجالاتها، وأدى ذلك الى ظهور أنواع جديدة من العقود تختلف عن العقود التقليدية. وبالرغم من محاولة التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الإقليمية أو الدولية لإيجاد قواعد قانونية لمسايرة هذا التطور، إلا أن القاعدة القانونية تظل عاجزة على مسايرة ما تعرف التجارة الدولية من تطور بنفس السرعة والوتيرة، وهذا الامر أدى الى بروز اختلاف في المعايير لحل الاشكالات القانونية الناتجة عن تطور شكل العقود وانتقالها من عقود عادية الى العقود الالكترونية. ومن أهم الاشكالات التي تطرح بقوة في قانون التجارة الدولية، إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على شكلية العقد في صورته الحديثة.
مفاتيح : القانون الواجب التطبيق- شكلية العقد- العقد الالكتروني- قانون محل ابرام العقد

Abstract

During the recent years, the international trade has been an important development in all its fields leading to the emergence of new types of contracts that differ from conventional ones.

Even with the attempts of national legislations or regional or international conventions to find legal rules to keep pace with this development, but the legal rule remains incapable of keeping pace with international trade as rapidly and rapidly. This has led to differences in standards to solve the legal problems resulting from the evolution of the form Contracts and their transfer from ordinary contracts to electronic contracts.

And moreover one of the most important problems raised in the law of international trade, especially the problem of determining the law applicable to the formality of the contract in its modern form.

Keywords: the law applicable, the formality of the contract, the electronic contract, law of the place of contract

مقدمة

« Face au siècle dévoré par la vitesse et la course aux valeurs mouvantes, la forme, au lieu de s'éteindre, renaît de ses cendres comme pour répondre au besoin instinctif de racines, d'authenticité, de retour aux sources, aux rites antiques, à l'écrit, à l'écriture....

La forme peut être, second chance de l'Homme. »

Vincent GAUTRAIS

يعتبر مبدأ الرضائية قاعدة قانونية عامة في العقود، كما يعد أساس كل تعبير بأية طريقة عن الإرادة ما لم يقض القانون بخلاف ذلك. كما يتطلب انعقاد العقد من الناحية الشكلية توفر شكل معين من الرضائية يحدده القانون، الذي يشترط أن يتم التعبير عن الإرادة في شكل محدد، ويكون هذا الشكل في الغالب محرراً رسمياً،¹ أو عرفياً حسب الشكل الذي حدده المشرع للكتابة، وفي الحالة الأخيرة فإن العقد

¹ - محمد حسين منصور- العقود الدولية- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2006، ص 124.

ينعقد دون تدخل موظف رسمي². كما هو الحال بالنسبة لعقد الشركة أو العقد الناقل لحقوق المؤلف، إذ يعتبر منعقدا إذا توافرت أركانه حتى ولو كان العقد عرفيا.

ويعتبر الشكل الذي يتطلبه القانون ركنا أساسيا في العقد، رغم أنه لا يغني عن التراضي، بل يضاف إليه. ولقد اهتم الفقه³ والقضاء منذ ظهور مشكلة تنازع القوانين في القرنين الثاني عشر والثالث عشر بتحديد القانون الواجب التطبيق على التصرف القانوني، فعلى سبيل المثال تعتبر مشكلة الوصية التي أجراها شخص من مدينة "مودين" في مدينة "فينيسيا" بحضور ثلاثة شهود إحدى أول القضايا التي أثارت أمام القضاء بهذا الخصوص. ذلك أن العدد الذي يتطلبه قانون "فينيسيا" لصحة الوصية هو ثلاثة شهود خلافا لقانون "مودين" الذي يستلزم سبعة شهود لصحة هذا التصرف.

وبناء عليه، اعتبر القضاء الوصية صحيحة، وهو نفس الموقف الذي أيده الفقه بعد ذلك، بحيث صار خضوع التصرف لقانون محل إبرامه أمرا مسلما به في القوانين كما لم يميز الفقه بين شكل التصرف وموضوعه بحيث أخضع كلاهما لقانون واحد: **وهو قانون محل الإبرام**.

وقد استمر الحال على ذلك لدى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة إلى أن تقدم الفقيه الفرنسي "ديمولان" بنظرته بشأن إخضاع موضوع التصرف لقانون إرادة المتعاقدين إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، وبعد ذلك أصبحت قاعدة خضوع التصرف لقانون محل إبرامه تقتصر على شكل التصرف فقط دون موضوعه⁴⁻⁵.

إذا كان وجود الإرادة يعد ركنا ضروريا لإنشاء العقد والتصرف، فلا يعد ذلك كافيا، على اعتبار أن القانون يستلزم تجسيدها في شكل معين من أجل صحة العقد أو التصرف من جهة، ومن أجل إثباته وفقا لما يقتضيه القانون من جهة أخرى.

²- Le contrat de société peut être librement formé. Quand on constate la nécessité d'une autorisation administrative, c'est qu' » elle est exigée pour l'exploitation poursuivie par la société ; elle ne l'est pas pour la constitution de la société. Mais si la société n'avait d'autre objet qu'une exploitation interdite, elle serait nulle pour objet illicite. Le contrat suppose le consentement de contractants capables sur un objet licite. G.Ripert & R. Roblot, traité de Droit commercial. L.G.D.j. 18 éme Ed, Paris 2002. P22

³ - درج فقه تنازع القوانين نظرية الأحوال الإيطالية، أوائل القرن الرابع عشر، على إخضاع العقود، والتصرفات القانونية لقانون محل إبرامها. وكان قانون محل إبرام العقد أو التصرف، في مجموعه، دون تفرقة ما بين موضوعه وشكله، حيث تم تكريس قاعدة "المحل يحكم التصرف". إلى أن أتى "بارتول": ليدخل قاعدة مقتضاها أن التصرفات تكون صحيحة، من حيث شكلها، طالما تمت وفقا لقانون محل إبرامها، وقد أثار هذا المبدأ التردد والتساؤل حول فاعلية قانون محل الإبرام على مجموع العقد: أي موضوعه وشكله. وتحول مفهوم القاعدة التقليدية من قانون المحل الذي يحكم التصرف إلى قانون المحل يحكم شكل التصرف، حيث تأكد الانفصال بين الشكل والموضوع بعد بلورة مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة بفضل تعاليم "ديمولان" في القرن السادس عشر، الذي ميز بين الأشكال الخارجية وأخضعها لقانون محل الإبرام، وبين الأشكال الداخلية وأخضعها لقانون الإرادة. أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي "مفاوضات العقود الدولية- القانون الواجب التطبيق وأزمته" دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى سنة 2001 ص 250 وما يليها.

⁴- فؤاد منعم رياض وسامية راشد- أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي -دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1990، ص 272

⁵- Cf : l'objet du contrat détermine la convention applicable. C'est en effet à partir de l'objet du contrat que les conventions internationales définissent leur champ d'application. S. CHATILLON, le contrat international, 4 éme Ed, Vuibert. Paris 2011. P150.

وقد تم تكريس هذا الرأي في العديد من النظم القانونية، ومنها القانون الدولي الخاص المغربي من خلال المادة 10 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب.⁶ وذلك تطبيقاً لقاعدة خضوع شكل العقود الدولية لمحل إبرامها *LOCUS REGIT ACTUM*.

ويقصد بعبارة الشكل المظهر المتطلب لإخراج الإرادة إلى العالم الخارجي أو هو كما يقصد به عند "سافيني" المظهر الخارجي الذي تظهر من خلاله إرادة الأطراف، حيث تتجلى الشروط الشكلية⁷ من خلال الكتابة والإمضاء، وهما ركنان هامين في عملية إبرام العقود الدولية، وتؤدي هذه الشروط نفسها دوراً آخر يتبين من خلال إثبات وجود العقد الدولي، وكذا مضمون ما اتفق والتزم به الأطراف.⁸

وتبرز أهمية هذا الموضوع في تحليل إخضاع شكل التصرف القانوني للمكان الذي يراد إبرام التصرف فيه من أجل ضبط وتيسير الإجراءات على المتعاقدين، وتتبع ترسيخ هذه القاعدة وقدرتها على تمكين المتعاقدين من تطبيق القانون الذي يسهل عليهم الوصول إلى الغاية المتوخاة من العقد، ويسهل عليهم ضمان صحة العقد من الناحية الشكلية عند احترام القواعد الإلزامية. كما تظهر أهمية البحث في الكشف عن توظيف هذه القاعدة في العقود الدولية الالكترونية التي تبرم في ظروف مختلفة وفي فضاء افتراضي يغيب فيه مفهوم الحدود الإقليمية.

وسنحاول من خلال هذا المقال أن بحث على أهم القواعد المحددة للقانون الواجب التطبيق على شكلية العقد الدولي، وتأثيرها بتطوره وتحوله من العقد التقليدي إلى النموذج الالكتروني أي التعاقد عن بعد، كما سنبحث في كيفية إعمال قاعدة *LOCUS REGIT ACTUM* في ظل هذه المتغيرات؟ ويفتضي معالجة هذه الإشكالية التركيز على مسألتين مهمتين: فالأولى منهما تتعلق بتكريس قاعدة خضوع شكل العقد لمحل إبرامه في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، والثانية تتعلق بضوابط تحديد القانون الواجب التطبيق على شكلية العقد الالكتروني الدولي.

الفقرة الأولى: تكريس قاعدة خضوع شكل العقد لمحل إبرامه

لا يمكن معرفة أهمية تكريس قاعدة خضوع شكل العقد الدولي لمحل إبرامه إلا من خلال إبراز أهم خصائص هذه القاعدة (أولاً)، وتجلياتها في القانون الدولي الخاص (ثانياً) ونطاق القانون الواجب التطبيق (ثالثاً).

أولاً: خصائص القاعدة

⁶ - Formule latine selon laquelle un acte juridique est soumis aux conditions de formes édictées par la législation en vigueur dans le pays où il a été conclu.

⁷ - هذا التوجه تأثرت به غالبية التشريعات الوطنية ومن بينها التشريع المغربي الذي نظم كيفية إتمام التراضي على رهن العقار مثلاً، بواسطة رهن رسمي أمام الموثق العصري أو العدول، أي أنه اشترط انعقاد الرهن بالكتابة الرسمية باعتبارها شرطاً شكلياً لا يصح العقد بدونه.

⁸ - محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 ص 104.

تمتاز قاعدة خضوع شكل العقد لمحل إبرامه، بعدة خصائص: أهمها قاعدة التخيير المتاحة لأطراف العقد، ثم خاصية التبعية باعتبار الشكل ليس غاية في حد ذاته، وكذلك باعتبارها قاعدة من قواعد تنازع القوانين.

1- قاعدة تخيرية:

يظهر من خلال تحليل نصوص قواعد القانون الدولي الخاص في القانون المقارن، بأن العقد الدولي لا يخضع بالضرورة في شكله لأحكام قانون الدولة التي أبرم فيها، ويؤدي عدم إستيفاء الشروط الشكلية المنصوص عليها في قانون الدولة محل إبرام العقد عدم بطلان العقد أو يكون من الاستحالة إثباته،

ويكون للأطراف المتعاقدة لها إمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق في شكل العقد إما وفق الشكل المقرر في دولة محل الإبرام، أو الشكل الذي تعرفه قوانين أخرى.⁹ كالقانون الذي يحكم موضوع العقد أي قانون الإرادة، أو قانون الموطن المشترك أو القانون الوطني للطرفين¹⁰. وهذا التوجه سارت فيه حتى الاتفاقيات الدولية التي اهتمت بتنظيم بعض مجالات القانون الدولي الخاص كاتفاقية لاهاي بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لسنة 1986، بحيث يظهر الطابع المكمل أو التخييري للقاعدة المكرسة من خلال المادة 11 من الاتفاقية¹¹، وبذلك تكون الاتفاقية قد اعتبرت قاعدة اختصاص قانون المحل بحكم شكل التصرف، قاعدة مكملية وهذا التوجه تمليه أمله عدة اعتبارات¹².

⁹- Cf: L'écrit et la formation du contrat en droit international. En droit international, c'est la thèse du consensualisme qui prévaut, aussi bien dans les principes d'unidroit et les principes européens que dans la convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise et dans les conventions relatives au transport international de marchandise. S. CHATILLON, droit des affaires internationales. Vuibert. 5^{ème} Ed. Paris 2011. P202.

¹⁰- L'article 11 de la convention de La Haye 1986. «1. Un contrat de vente conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même Etat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de la loi qui le régit au fond en vertu de la Convention ou de la loi de l'Etat dans lequel il a été conclu.

2. Un contrat de vente conclu entre des personnes qui se trouvent dans des Etats différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de la loi qui le régit au fond en vertu de la Convention ou de la loi de l'un de ces Etats.

3. Lorsque le contrat est conclu par un représentant, l'Etat auquel il doit être fait référence pour l'application des paragraphes précédents est celui où le représentant se trouve au moment où il agit.

4. Un acte juridique unilatéral relatif à une vente conclue ou à conclure est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de la loi qui régit ou régirait au fond la vente en vertu de la présente Convention ou de la loi de l'Etat dans lequel cet acte est intervenu.

5. La Convention ne s'applique pas à la validité en la forme du contrat de vente, lorsque l'une des parties au contrat a son établissement, au moment de la conclusion du contrat, dans un Etat qui a fait la réserve prévue à l'article 21, paragraphe 1, alinéa c) ».

¹¹- أحمد عبد الكريم سلامة . م س، ص 253.

¹²- تتجلى هذه الاعتبارات في كون:

*الأساس العملي الذي يقوم عليه اختصاص قانون محل الإبرام وهو التيسير على المتعاملين، فإذا كان يشق على هؤلاء إتباع الشكل المحلي، أمكنهم إتباع الشكل الذي يعرفه قانون آخر والذي يعلمونه.

2- قاعدة التبعية:

يوجد أيضا بالإضافة إلى خاصية الاختيارية لقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه، خاصية القاعدة التبعية (الاحتياطية)، ذلك أن شكل العقد أو التصرف ليس مطلوبا لذاته، بل هو وسيلة لإعمال موضوع ذلك العقد أو التصرف، وعادة لا يترتب جزاء على الشكل إلا إذا اختلفت القواعد المنظمة للموضوع.

ولا ينبغي لهذا لشكل أن يشكل فكرة مستقلة في تنازع القوانين، مادام أن كل قاعدة شكل تعبر عن مجموعة من القواعد وتجسد أحد متطلبات الموضوع والتي لا يكون فعالا بدونها، فالشكل لا يشكل هدفا في ذاته وإنما يحمي مصالح ومقتضيات الموضوع.

وتبعاً لهذه الأسباب يرى بعض الباحثين أن الشكل يجب إخضاعه لذات القانون المطبق على الموضوع، على اعتبار أن هناك بعض الأشكال التي تعد التابع المباشر له، بما يستدعي تطبيق القانون الذي يحكم هذا الأخير¹³⁻¹⁴.

وقد يكون مع ذلك، القانون الذي يحكم الموضوع يتطلب أوضاعاً شكلية لم تكن معروفة للأطراف وقت إبرام العقد أو التصرف، وبالتالي يترتب عن ذلك تأثير التصرف على الغاية منه وهي موضوع العقد.

3- قاعدة التنازعية:

* روح التسامح في تطبيق القوانين الأجنبية، حيث تسمح للأجانب، على إقليم دولة معينة، الاستفادة من قوانينهم.
* تحقيق وتوسيع نطاقها والحيلولة ضد بطلانها، إذ يكفي أن يكون العقد قد استوفى الشكل الذي تتطلبه أحد القوانين ليكون صحيحاً من الناحية الشكلية، ولو قضى قانون محل إبرامه ببطلانه، طالما إنعدم الغش أو التحايل نحو القانون.

¹³ - P. Mayer, droit international privé, Ed Montchét. Paris 1977. N° 720.

- أنظر أيضاً أحمد عبد الكريم سلامة، م س، ص 253.

¹⁴ - Une loi identique pour le fond et la forme : il est vrai qu'il est particulièrement souhaitable que la forme et le fond soit soumis à une seule et même loi. De cette manière toutes les difficultés liées à la distinction entre ces deux notions sont écartées. Il n'est pas cependant pas convaincant de reprocher à la loi d'autonomie de multiplier les cas où ces deux lois ne coïncident pas. En effet, cet argument semble davantage s'opposer à un élargissement important du nombre de lois de l'éventail. Tel serait le cas, par exemple, si l'on permettait, en plus de l'application de la loi du lieu de conclusions et du fond, non seulement celle de la loi nationale, mais aussi celle de la loi de situation du bien ou encore de la loi du for. Or, la situation est toute différente si l'on décide de laisser choisir les parties. Une telle solution permet justement de n'élargir l'éventail qu'à une seule loi supplémentaire : la loi d'autonomie. Nul besoin de prévoir de nombreuses voies possibles pour le cas où l'une d'elles serait la mieux adaptée en l'espèce. Ce sont les parties elles-mêmes qui détermineront la loi qui leur convient le mieux au vu des circonstances. Laissez les parties décidées permettant de tenir compte des situations concrètes sont justement avoir à ouvrir de façon aux importantes l'éventail, et donc à multiplier de façon conséquente les cas où fond et forme relèvent de lois différentes. V. DELAPORTE, recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, thèse, Paris I, 1974. P33.

تجد هذه الخاصية التنازعية لقاعدة إخضاع العقد الدولي لمحل إبرامه أساسها في كونها قاعدة إرشادية، تكفي بالربط بطريقة مجردة بين مسألة شكل التصرف والقانون الواجب التطبيق عليه دون إعطاء حل موضوعي ومباشر لتلك المسألة. لذلك تعتبر قاعدة تنازعية وليست بقاعدة موضوعية¹⁵.

ثانياً: تجليات القاعدة في القانون الدولي الخاص

بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 10 من الظهير المنظم للوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب نجده قد أعطى حق الاختيار بين ثلاثة قوانين:

✓ **القانون المحلي:** حيث يمكن للمتعاقد أن يختار بين التشريع الموضوع " بمنطقة الحماية" أو القوانين والأعراف المحلية دون إعطاء أية أسبقية لقانون على حساب آخر¹⁶⁻¹⁷.

✓ **القانون الوطني للأطراف:** بمعنى إمكانية إبرام العقد وفق الشكل المنصوص عليه في القانون الوطني لطرفي العقد متى كانا يحملان نفس الجنسية، ويكون العقد تبعاً لذلك صحيحاً من حيث الشكل.

✓ **القانون الفرنسي:** ويأتي تطبيق القانون الفرنسي على شكل العقود وفقاً لمقتضيات المادة 10 المذكورة، تكريساً لمبدأ شخصية القوانين الكفيل بحماية مصالح الأجانب بالمغرب وخاصة الفرنسيين، لاسيما في ظل غياب التوثيق العصري بالمغرب آنذاك¹⁸.
و يتضح بالتالي أنه استناداً إلى مقتضيات المادة 10 من القانون المذكور، فإن قاعدة إخضاع شكل العقد الدولي جاءت على سبيل الحصر ولا يمكن تجاوزها، إلا استثناءً¹⁹⁻²⁰.

¹⁵-P. Mayer, Op.Cit. N°724.

¹⁶ - موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط 1، 1994. ص 291.
¹⁷ -Cf : Nt, Paul Decroux, Droit privé (du Maroc), t. I : Sources du droit Revue internationale de droit comparé Année 1965 - N° 360. Conformément à l'art 10 du DCC, les parties peuvent, à leur choix, rédiger leurs actes, suivant l'une des nombreuses formes permises par la loi locale.

a) c'est ainsi qu'une transaction, intervenue par acte devant adoul et cadî, entre un Français et un Marocain, a été reconnue extrinsèquement valable, par ce que l'acte adoulaire est une forme traditionnelle admise par les lois et usages locaux, a déclaré la Cour d'appel de Rabat, dans un arrêt du 2 février 1939.

b) une donation, pour laquelle le code civil français exige la forme notariale pour l'acte et pour l'acceptation, peut être faite valablement au Maroc : * soit par un acte d'adoul ; « Est valable en la forme, énonce un arrêt de la Cour d'appel de Rabat du 28 juin 1933 la donation consentie suivant acte d'adoul, par un donateur français au profit de l'Etat Chérifien ». * soit même par acte sous seing privé ; Dans un arrêt du 20 mars 1937, la C.A de Rabat, confirmant un jugement du tribunal de Rabat du 27 avril 1936, a admis la validité d'une donation d'un immeuble immatriculé par acte sous seing privé, la loi traditionnelle marocaine n'exigeant pas l'acte authentique pour la validité des donations.

18- موسى عبود، م.س. ص 291.

19 -Formes des actes juridiques : la forme des actes juridiques est régie par l'art 10 du DCC. Ce texte, tel qu'il doit être entendu aujourd'hui (suppression de toute référence au protectorat français du Maroc et à la loi française), n'accorde qu'un caractère facultatif à la règle locus

وقد تم تكريس القاعدة خضوع شكل العقد إلى قانون محل إبرامه، كذلك في القوانين المقارنة من ذلك القانون المدني الأردني، الذي تناول شكلية العقد من خلال المادة 148 منه، والتي جاء في مقتضياتها " إن نفاذ الشكالية للعقد تخضع إلى قانون مكان إتمام العقد (الشكالية المحلية)، أو القانون الملزم للعقد".

- 1- أي عقد يعتبر نافذا من حيث الشكل قد تم وفق أي شكل يعترف به قانون مكان إتمام وإبرام العقد (الشكالية المحلية) سواء تم احترام تلك الشكالية وفق القانون الملزم للعقد أم لم يتم احترامها.
- 2- أي عقد يعتبر نافذا من حيث الشكل والذي تم وفق الشكالية المطلوبة أو المسموح بها وفق القانون الملزم للعقد حتى لو تحترم تلك الشكالية وفق الشكل المحلي.

regitactum. Les parties ont le choix entre la forme prévue par leur loi nationale et la forme locale. Toutefois, il fait échec à cette option offerte par l'art 10 du DCC dans deux cas :

- chaque fois que la qualification de l'acte juridique conduit à le rattacher au statut personnel, la forme nationale prévaut sur toute autre forme. Cette solution aboutit en matière de testament par exemple allié le fond et la forme pour les soumettre à la même loi, la loi nationale ; -lorsque le droit marocain exige une forme déterminée pour certains actes juridiques. Conflits de lois, conflits de juridictions, Fatna Serhane & Najia Lahlou, Ed techniques-juris-classeurs, 1994. P 20 et 21.

20 -Conditions de forme de la formation du contrat. Avant 1991, les règles en la matière étaient posées par l'application de la maxime locus regitactum: la forme des actes est régie par la loi du lieu où ils ont été conclus. La jurisprudence a cependant assoupli ces règles pour décider que la règle n'interdit pas qu'un contrat international soit conclu en France sous une forme prévue par la loi étrangère qui est applicable pour le fond du contrat et que les contractants pouvaient choisir de soumettre la forme de leur accord à la loi régissant le contrat ou à leurs lois nationales. Cf :Cass. 1 civ, 23 mai 1963 : rev crit. Dip 1964. P 513.Nt B.GOLDMAN ; JCP 1963, II,13347.

Cf: cass. 1 civ, 10 dec 1974 : rev crit. DIP 1975.P 474.Nt A. PONSARD; JDI 1975.P 542.La convention de Rome propose dans son article 9 une autre règle formulée de façon différente selon que les parties se trouvent dans le même pays au moment de sa formation ou non. Dans le premier cas, l'article 9, paragraphe 1, dispose que le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi contractuelle ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu. Il en résulte que la nullité d'un contrat est plus difficilement admise : il convient que la forme retenue contrevienne aux deux lois contractuelles et au lieu de conclusions. Dans le second cas, s'agissant donc de contrat conclu entre absents, le contrat est valable quant à la forme dès lors qu'il satisfait les règles posées soit par la loi de l'un ou de l'autre des contractants soit par la loi du contrat, rendant encore plus difficile l'annulation du contrat. Il reste quelques difficultés. Ainsi, si la forme retenue permet d'emporter annulation du contrat, les conséquences de celle-ci seront résolues par la loi du contrat. Par ailleurs, si les parties ont choisi la loi du contrat après la conclusion de celui-ci, ce que l'article 3 paragraphe 2, permet, ou bien si les parties en entendu procédaient à un « dépeçage » du contrat, il devient difficile de mettre en œuvre les principes ainsi posés : la loi du contrat seul devrait être retenue. Enfin, nombre de règles en matière de formalisme sont exigées de telle façon qu'elles peuvent être considérées comme des lois de police. La notion même de forme pose problème. La convention de Rome l'envisage comme « tout comportement extérieur imposé à l'auteur d'une manifestation de volonté juridique et sans laquelle cette manifestation de volonté ne peut se voir attribuer une pleine efficacité ». j -BEGUIN. A-COURET.Ch-SERAGLINI & autres, traité du droit du commerce international. Lexis Nexis. 2 Ed. Paris 2011.N°934.

Cf: V.HEUZE, traité des contrats « la vente internationale de marchandises » L.G.D.J. Paris 2000.N°37.

ويستنتج من ذلك، أن مقتضيات القانون الدولي الخاص الأردني المنظمة لشكلية العقد الدولي تبدو مرنة، بحيث كرس دورها القاعدة التقليدية أي إخضاعه لمحل إبرامه، كما أنها أتاحت في نفس الوقت للأطراف اختيار القانون الأكثر ملائمة للعقد.

أما بالنسبة للقانون الاسباني، فقد نص القانون المدني لعام 1984 على أنه "يسرى على شكلية العقود والوصايا وسائر التصرفات القانونية الأخرى، قانون البلد الذي تمت فيه. وتكون التصرفات مع ذلك صحيحة من ناحية الشكل التي تتم طبقا للشكلية التي يستلزمها القانون الذي يحكم الموضوع، ومن ناحية التصرفات التي تبرم طبقا للقانون الشخصي للمتصرف أو القانون الشخصي المشترك للأطراف".

ثالثا: مضمون القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي

من المسائل التي تدخل في إطار سريان القانون الواجب التطبيق على شكل العقد أو التصرف الدولي وفقا للمادة 10 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والاجانب المغربي، سواء أكان قانون محل إبرام التصرف، أو القانون الوطني للأطراف²¹، هي تلك الخصوصية الذي تتجسد فيها إرادة الأطراف سواء تمثل ذلك في الكتابة، (عرفية²² أو رسمية²³)، أو في إجراءات إدارية أمرة عند إبرام التصرف، كالإجراءات المتعلقة بضوابط الشكل المطلوب، وعدد النسخ، وإثبات تاريخ المحرر، والرسوم الضريبية، وإمضاءات الأطراف.....

وفي هذا السياق اعتبره المشرع المغربي للمحررات الرسمية من خلال المواد 418 إلى 423 من ق.ل.ع، ذلك المحرر الذي تتوافر فيه ثلاثة شروط جوهرية، وهي أن يقوم بتحريرها موظف عمومي، وأن يكون هذا الموظف العمومي مختصا في التوثيق، وأن يحررها في الشكل المحدد قانونا. ويستنتج من ذلك أنه متى كان المحرر الرسمي يستلزم إجراءات مسطرية أمرة أو تدخل موظف عمومي، أو رسوم ضريبية فإنه يتعين إتباع قانون محل الإبرام.

الفقرة الثانية: القانون الواجب التطبيق على شكلية العقد الالكتروني الدولي

بجانب التصرفات القانونية والعقود تبرم بالطرق المادية التقليدية، واستجابة للتطور التكنولوجي الذي عرفه ولا زال يعرفه العالم، كان لزاما على المجتمع التجاري الدولي ابتكار صيغ قانونية إلكترونية تحتوي هذا الكم الهائل من العقود التي تبرم على المستوى الفضاء الالكتروني. وفرض هذا التطور نفسه

²¹ Supra (P13)

²² - من خلال تحليل لمقتضيات المادة 418 من ق.ل.ع يتضح أن الورقة العرفية هي التي يحررها الأطراف فيما بينهم دون تدخل موظف عمومي، وبالتالي وخلافا للأوراق الرسمية التي تعتبر جميعها وسيلة للإثبات، فإن الأوراق العرفية معدة للإثبات عندما تكون موقعة ممن هي حجة عليهم، ومحررات غير معدة للإثبات ولكن لها حجية وفقا لشروط خاصة بها منصوص عليها من المادة 433 إلى المادة 439 من ق.ل.ع، كالرسائل والبرقيات ودفاتر التجار....

²³ - بالرجوع إلى ق.ل.ع يتبين أن المشرع المغربي قد نظم المحرر الرسمي من المادة 418 إلى المادة 423. ونص على أن الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقود، وفقا لشكل الذي يحدده القانون. وتكون رسمية أيضا: الأوراق المصادق عليها من القضاة في محاكمهم، الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ تكون حجة على الوقائع التي تثبتها، كما أن الورقة الرسمية تعد حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضر هو ذلك إلى أن يطعن فيها بالزور.

على القاعدة القانونية التي كان من الضروري أن تساير هذه الطفرة التكنولوجية وتستجيب للحاجة القانونية لدى المتعاملين في هذا الفضاء الذي تنتفي فيه الحدود الإقليمية للدول وتذوب فيه بعض المفاهيم الوطنية.

ولعل من أهم القواعد التي تنظم التعاقد الإلكتروني، ولو أنها قواعد غير وطنية وتفتقد لصفة الإلزام ما عدا في حالة تضمينها للعقد الإلكتروني، هي قواعد الأونسترال النموذجية.

وقد بادرت بعض التشريعات إلى تنظيم بعض مجالات التعامل الإلكتروني، منها المشرع المغربي الذي أصدر بتاريخ 06 دجنبر 2007 قانونا يتلاءم مع هذه التحولات، ونظم بمقتضاه التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية 05-53، والذي شمل عدة محاور تتعلق بالتجارة الإلكترونية وكيفية الموازنة في الإثبات بين البيانات المحمولة على دعامة ورقية والبيانات المحمولة على دعامة إلكترونية إضافة إلى كيفية إبرام العقود الإلكترونية، وإضفاء الأمان على هذه المعاملات من خلال تشفير البيانات مع بيان شروط التوقيع الإلكتروني والمصادقة الإلكترونية²⁴...

ولمعالجة مشكل القانون الواجب التطبيق على شكلية العقد الإلكتروني، فإن الأمر يقتضي أولا تحديد مفهوم المحرر الإلكتروني (أولا) ثم بعد ذلك تحديد قواعد الإسناد المتعلقة بالعقد الإلكتروني الدولي (ثانيا).

أولاً: مفهوم المحرر الإلكتروني

نصت المادة الأولى من القانون رقم 53.05، على مجال تطبيقه، أي: المعطيات القانونية للتبادل بشكل إلكتروني، وكذا المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق وتلك المعدة على دعامة إلكترونية، إضافة إلى التوقيع الإلكتروني بعدما استثنى المشرع صراحة من كل الوثائق المتعلقة بمدونة الأسرة والوثائق المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية المدنية أو التجارية من مجال تطبيق المحررات الإلكترونية، ما عدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته. إن عبارة "معطيات قانونية" الواردة في المادة الأولى المستعملة من طرف المشرع المغربي، يدخل في نطاقها جميع المحررات التي يمكنها أن تنتج أثارا قانونية سواء كانت ذات طابع مدني أو تجاري أو إداري.

وبناء عليه، فإن مجال تطبيق هذا القانون واسع جدا²⁵، وهذا التوجه متناغم ومتشابه إلى حد كبير مع التوجه الذي أخذ به القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي حول

²⁴ - من خلال النص التقديمي لمشروع القانون 05-53، يتبين أن اللجوء إلى إنزال هذا القانون يأتي في الحفاظ على وحدة الموضوع ومعالجته بكيفية متناسقة من مختلف جوانبها.

²⁵ - الفصل الأول - الفقرة الثانية من القانون رقم 53.05: عندما يكون الإدلاء بمحرر مطلوبا لإثبات صحة وثيقة قانونية، يمكن إعداد هذا المحرر وحفظه بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصول 1-417 و 2-417 أدناه. يمكن للملتزم، عندما يطلب منه بيان مكتوب بيده، أن يقوم بتحريره بشكل إلكتروني إذا كان من شأن شروط تحريره ضمان أنه الوحيد الذي يمكنه القيام بذلك. غير أن الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون، ما عدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته".

التوقيعات الالكترونية، والتي عرفها في الفقرة الثالثة من الفصل الثاني، بأنها المعلومات التي يتم إحداثها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بواسطة وسائل بصرية أو إلكترونية أو أي وسائل مشابهة، ويشمل ذلك على سبيل المثال، التبادل الإلكتروني للمعلومات والبريد الإلكتروني أو التلكس، ويقصد بالتبادل الإلكتروني للمعلومات النقل الإلكتروني لهذه المعلومات من حاسوب لحاسوب آخر باستخدام نموذج لبناء هذه المعلومات.

ويعتبر عقدا الكترونيا دوليا، العقد الذي يلتقي فيه القبول مع الإيجاب، بشأن السلع والخدمات، بين أشخاص من دول مختلفة عبر وسائط الكترونية.

وقد عرفت هذه العقود نموا متصاعدا، فأصبحت تشكل نسبة كبيرة من عقود التجارة الدولية، وذلك بسبب سهولة وسرعة إبرامها وتنفيذها، واتسامها بالطابع التجاري لذا يطلق عليها عقود التجارة الالكترونية، التي يقصد بها تنفيذ كل أو بعض المعاملات التجارية في السلع والخدمات بين التاجر والمستهلك أو التجار فيما بينهم، عن طرق استخدام وسائل الاتصال التقني ذات الطابع الدولي، حيث تتم أغلب المعاملات بين أشخاص يتواجدون وينتمون لدول مختلفة²⁶.

وكان الهدف عند المشرع المغربي من خلال القانون 53.05 في إعادة النظر في مفهوم الدليل الكتابي أن يتجاوز الفراغ التشريعي الذي كان يعرفه القانون المغربي²⁷ في مجال الإثبات بالطرق الالكترونية الحديثة من جهة، وتوسيع مفهوم الدليل الكتابي ليشمل أيضا حتى الوثيقة الإلكترونية، طبقا للشروط التي حددها سواء أكان الإثبات أثرا ناتجا عن ورقة رسمية أو ورقة عرفية²⁸.

²⁶- محمد حسين منصور، م. س. ص 22.

²⁷- أحمد ادريوش، تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية "عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 53.05 على قانون الالتزامات والعقود"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة الاولى 2009، ص 61.

²⁸- Cf : Le formalisme et la preuve : les similitudes fonctionnelles dès lors que l'on évoque le droit des nouvelles technologies de l'information, la question de la preuve est apparue en tout premier ordre. Cette dernière fut également largement associée à celle du formalisme contractuel, à un point tel que bien des auteurs associèrent, sans nuance, les deux domaines. Le formalisme indirect : la fusion de la preuve et de la forme.

La distinction classique entre formalisme épreuve s'opère autour d'une distinction fondamentale : alors que le premier est un élément nécessaire à la validité d'un acte le second ne trouve sa raison d'être que dans l'hypothèse où un conflit intervient et qu'une trace suffisante doit être faite pour défendre ses intérêts. Inexistante bien dans le bon droit, une différence de nature entre formalisme et preuve. Néanmoins et cela apparaît des comparaisons de leur définitions respectives, il est difficile de les éloigner l'un de l'autre, tant les conséquences pratiques qu'il entraîne sont sujettes à connexité, dans les finalités sociales sont les mêmes. Dans le commerce électronique plus qu'ailleurs, conformément à l'adage romain, *idem est non esse et non probari*. Avoir un droit sans le prouver revient à ne pas avoir de droit. C'est la même que de ne pas être ou de ne pas être prouvé. Cette tradition juridique nous vient du droit romain. Pour que le juge tienne compte d'un fait, il faut le prouver. S'il n'est pas prouvé, le fait n'existe pas pour le juge, il n'en tiendra donc pas compte lors de l'élaboration de sa décision.

V. GAUTRAIS, le contrat électronique international : encadrement juridique. Bruylant. 2 Ed, BRUXELLES 2002. P93.

ثانياً: قواعد الإسناد المحددة للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي

يلجأ القاضي الذي ينظر في نزاع ناشئ عن عقد دولي إلى بنود العقد وظروف انعقاده ليحدد ما أقرت به الإرادة الصريحة أو ليستدل على القانون الواجب التطبيق من خلال مجموع القرائن التي تعبر عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين. وإذا كانت هذه العملية غير يسيرة في جميع الحالات التي تعرض على القضاء، فإنها تكون أكثر تعقيداً عندما يتعلق الأمر بالعقود الإلكترونية، وقد انقسمت الآراء الفقهية في هذا الموضوع إلى اتجاهين: بين تحديد زمان ومكان انعقاد العقد وبين قاعدة الإرسال وقاعدة الاستقبال.

ولهذا " فزمان انعقاد العقد ومكانه يتحددان إما بالنظر إلى وقت ومكان إرسال رسالة القبول، وإما بالنظر إلى وقت ومكان استقبالها.

لذا، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في هذه الحالات لا يعدو أن ينحصر بين حالتين إما مكان إرسال رسالة القبول أو مكان استقبالها²⁹.

لهذا، فإن الرأي الغالب يتفق على أن أفضل وسيلة لحسم مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية هو اتفاق الأطراف المتعاقدة على تحديده بنص صريح في العقد. وهذا ما أخذت به نماذج من اتفاقات التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية. أما إذا لم يتضمن العقد اتفاقاً صريحاً حول تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، فإن القاضي يكون ملزماً بالرجوع إلى قواعد الإسناد.

وقد عالج قانون الأونسترال مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، من خلال نص المادتين (14-15) منه :

حيث نصت المادة (14) من قانون الأونسترال الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية على ما يلي :

1. تطبق الفقرات من (2) (4) من هذه المادة عندما يكون المنشئ قد طلب من المرسل إليه وقت أو قبل توجيه رسالة البيانات أو بواسطة تلك الرسالة توجيه إقرار باستلام رسالة البيانات أو اتفاق معه على ذلك.

2. إذ لم يكن المنشئ قد اتفق مع المرسل إليه على أن يكون الإقرار بالاستلام وفق شكل معين أو على أن يتم بطريقة معينة يجوز الإقرار بالاستلام عن طريق :
أ. أي إبلاغ من جانب المرسل إليه سواء أكان بوسيلة آلية أو بأية وسيلة أخرى .

Cf: une application du « nudopacto » au contrat électronique, (ne naît pas d'action) Il paraît que contrat électronique qui ne disposerait pas d'un standard de forme suffisant serait alors dans une situation comparable à celle du pacte nu : une technique d'échange aurait été utilisée sans que l'on puisse y associer une contrainte. Ainsi, à côté de la nullité comme sanction classique du non-respect d'une formalité, existe « l'inforcabilité », sanction moins rigoureuse, plus juste même.

²⁹ - محمد خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة لنيل دكتوراه، كلية الحقوق الاسكندرية 2005. راجع الاطروحة على الرابط التالي:

<http://www.kenanaonline.net/ws/khaled17/page/77862.consulté le 11-12-2016 à 21h>

ب. أي سلوك من جانب المرسل إليه وذلك بما يكون كافياً لإعلام المنشئ بوقوع استلام رسالة البيانات.

3. إذا كان المنشئ قد ذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي ذلك الإقرار بالاستلام تعامل رسالة البيانات وكأنها لم ترسل أصلاً إلى حين ورود الإقرار.

4. إذا لم يكن المنشئ قد ذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي الإقرار بالاستلام ولم يتلق المنشئ ذلك الإقرار في غضون الوقت المحدد أو المتفق عليه أو في غضون وقت معقول إذا لم يكن قد تم تحديد وقت معين أو الاتفاق عليه فإن المنشئ.

أ. يجوز له أن يوجه إلى المرسل إليه إشعاراً يذكر فيه أنه لم يتلق أي إقرار بالاستلام ويحدد فيه وقتاً معقولاً يتعين في غضون ذلك الإقرار .

ب. ويجوز له إذا لم يرد الإقرار بالاستلام في غضون الوقت المحدد في الفقرة الفرعية (أ) بعد توجيه إشعار إلى المرسل إليه أن يعامل رسالة البيانات كأنها لم ترسل أصلاً ، أو يلجأ إلى التمسك بما قد يكون له من حقوق أخرى .

5. إذا لم يتلق المنشئ إقراراً بالاستلام من المرسل إليه ، يفترض أن المرسل إليه قد استلم رسالة البيانات ذات الصلة ولا ينطوي هذا الافتراض ضمناً على أن رسالة البيانات التي أرسلت تتطابق مع الرسالة التي وردت.

6. عندما يذكر الإقرار بالاستلام الذي يرد أن رسالة البيانات ذات الصلة قد استوفت الشروط الفنية سواء المتفق عليها، أو المحددة في المعايير المعمول بها. يفترض أن تلك الشروط قد استوفيت.

7. لا تتعلق هذه المادة إلا بإرسال رسالة البيانات أو استلامها ولا يقصد منها أن تعالج العواقب القانونية التي قد تترتب سواء على رسالة البيانات، أو على الإقرار باستلامها.

أما المادة (15) فقد نصت على ما يلي :

1. ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ.

2. ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو الآتي:

أ. إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام:

1. وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين .
2. وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

ب. إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه.

3. تنطبق الفقرة (2) ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفاً عن المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة (4).

4. إذا أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة.

أ. إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد. كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

ب. إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتادة.

والملاحظ من خلال هذه المواد، أنه قد تم ارساء مجموعة من الضوابط التي من خلالها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على الشكل، غير أنه في نظرنا ولتفادي البحث عن القانون الواجب التطبيق، سيكون من الأفضل للأطراف الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يستجيب لتوقعاتهم المشروعة.

خاتمة

وفي الختام، وخلافا لقاعدة الرضائية في العقود الدولية والتي تقبل التعبير عن الإرادة بجميع الوسائل الممكنة، فإن مبدأ الشكلية يفرض احترام مجموعة من الضوابط القانونية والقواعد الآمرة وفقا لطبيعة العقد.

وبما إن القاعدة المكرسة في القانون الدولي الخاص المغربي وكذا في العديد من القوانين المقارنة تحيل إلى تطبيق قانون محل إبرام العقد « *locus regitactum* » من أجل تمكين المتعاقدين من تطبيق القانون الذي يسهل عليهم معرفة القانون الواجب التطبيق على شكل العقد المبرم، فهذه القاعدة أثبتت قصورها وعدم استيعابها لخصوصية العقود الالكترونية، وهو الأمر الذي استدعى تدخل المشرع المغربي من خلال القانون رقم 53.05 غير أن هذه الجهود لا تزال قاصرة على استيعاب جميع العقود الالكترونية، خاصة وأن التجارة الالكترونية لازالت في بداياتها.