الجوانب السلبية للعقود الإلكترونية

دكتور
عادل عبدالحميد الفجال

دكتوراه في القانون الخاص كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر - فرع دمنهور
أستاذ مساعد ومشرف على وكالة كلية إدارة الأعمال للجودة والتطوير
جامعة حائل بالمملكة العربية السعودية

1436 هـ 2015م

بسم الله الرحمن الرحيم

μ

الحمد لله الذي أكمل لنا الدين، وأتم علينا النعمة، وجعل أمتنا ولله الحمد خير أمة أُخرجت للناس، وبعث فينا رسولاً منا يتلو علينا آياته ، ويزكينا ويعلمنا الكتاب والحكمة، أحمده على نعمه الجمة .

وأشهد أن لا إلاه إلا الله وحده لا شريك له، شهادة تكون لمن اعتصم بها عصمة، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أرسله للعالمين رحمة، وفرض عليه بيان ما أنزل علينا، فأوضح لنا كل الأمور المهمة، وخصه بجوامع الكلم، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه صلاة تكون لنا نوراً من كل ظلمة، وسلم تسليماً كثيراً.

وبعـــد :

فإنه قد شاعت في هذا العصر التطورات الإلكترونية، وأصبح العالم كله قرية واحدة، من خلال شبكة الإنترنت؛ بحيث يستطيع أي شخص أن يتعرف على ما يحدث في أي مكان في بلده وفي العالم وهو جالس في بيته، فالإنترنت أصبح لغة العصر، نستطيع من خلاله أن نتسوق ما نريده من سلع، حيث أصبح العالم كله سوقاً تجارية واحدة، يمكن لأي مواطن في أي مكان أن يتجول فيها، ويجري عملياته التجارية من بيع وشراء وتسويق دون أن يغادر مكانه وهو جالس في بيته لا يتكلف مشاق السفر، وذلك من خلال المواقع المخصصة لذلك .

فقد اختلفت النظم التشـــريعية والحضـــارية في نظرتها إلى العقود والحقوق المالية سواءً في كيفية انعقادها أو في شروطها وأحكامها أو آثارها اختلافاً قد يصل إلى حد التباين.

فمثلاً كانت بعض القوانين الوضـعية تشـترط الشـكلية في انعقاد العقود، فلا يصـح العقد ولا يُعتبر إلا إذا كان بهيئة معينة وشـكل محدد، ثم تطورت إلى الرضـائية بعد المرور بمراحل مختلفة[1]، أما الشـريعة الإسـلامية فقد جعلت الرضـا منذ البداية هو الأساس في نشأة العقود بأي شكل كانت يقول تعالى : **[يَـاأَيُّهَـا الَّـذِينَ آمَنُوا لا تَـأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِـالْبَـاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ**

(1) د/عدنان خالد التركماني : ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، صـ 18، دار المطبوعات الحديثة، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية. 1413هـ.

تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النســـاء : 29] "أي بطيبـة نفس كـل واحـد منكم"[2] ويقول الرسول ص:" **إنما البيع عن تراض**"[3].

إن منهجية الإسلام في تقريره لهذه القاعدة – الرضا – أساساً لصحة نشأة العقود دلالة إعجاز تشريعي واضح، يؤكد أنها شريعة خالدة صالحة لكل زمان ومكان وفي كل بيئة ومجتمع.

وقد مرت العصور السابقة بأنواع مختلفة من أشكال انعقاد العقود كالبيع عن طريق الراديو والتلفزيون والهاتف والفاكس والتلكس وغيرها، وها نحن نشهد في السنوات الأخيرة تطوراً هائلاً في وسائل الاتصال المختلفة وخاصة التقنيات الإلكترونية التي دخلت جميع مجالات الحياة بما فيها المجال التجاري وظهر ما يسمى "بالتسوق الآلي" أو "تجارة الإنترنت" أو "التجارة الإلكترونية" أو "التعاقد عن بعد" عبر شبكة الإنترنت التي ربطت العالم بعضه مع بعض وألغت الحدود الجغرافية والوسائط المالية وأصبح بإمكان تاجر التجزئة أن يشتري مباشرة من المنتج، والمستهلك أن يتسوق وهو في منزله.

وانتشرت التجارة الإلكترونية في الأعوام الأخيرة وأُسست الكثير من الشركات العالمية والمحلية مواقع خاصة بها على شبكة الإنترنت وتقدر بعض الدراسات حجم التجارة الإلكترونية حالياً بـ 20% من مجمل التجارة العالمية ويتوقع أن ترتفع النسبة إلى أكثر من ذلك خلال هذا العقد[1] .

وعلى أهمية هذا الموضوع ومسيس الحاجة إليه إلا أننا نجد قلة الدراسات الفقهية فيه التي تبين أحكامه، وتقترح البديل المناسب عند عدم صلاحية بعض أعماله لأحكام الشريعة الإسلامية.

فهذا بحث في الجوانب السلبية للعقود الالكترونية، حفزني لكتابته كثرة التعامل في العقود التي تجري عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة، وما تثيره

---

(2) تفسير البغوي المسمى (معالم التنزيل) لحسين بن مسعود البغوي331/1، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى 1414هـ.

(3) سنن ابن ماجه : لأبي محمد بن يزيد القزويني، كتاب التجارات، باب بيع الخيار برقم 2176 ، طبعة دار إحياء التراث العربي – بيروت، سنن الترمذي : لأبي عيسى الترمذي ، كتاب البيوع برقم 1169 ، دار الكتب العلمية – بيروت .

(1) د/حسن الحفني : التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، الفرص والتحديات، ص 19 ، من إصدارات مركز الخليج للدراسات الإستراتيجية 2002م.

من إشـكالات وسـلبيات، يغلب على ظني أن أكثر المتعاملين بهذه العقود لا إلمام لهم بأحكامها الفقهية، وربما لا يعرفون القوانين التي تحكمها، لذا قمت بإجراء هذا البحث لعله يُساهم بقسط يسير في تنبيه الذين يتعاقدون إلكترونياً. وعليه قمت بتقسـيم البحث إلى مقدمة، بيَّنت فيها السـبب الذي دفعني للكتابة في هذا الموضـوع، وأربعة مباحث، الأول في ماهية العقود الإلكترونية، والثاني عن أهمية العقود الالكترونية وطبيعتها ، بينما الثالث فهو مجالاً للحديث عن أهم سلبيات ومعوقات التجارة الإلكترونية بصفة إجمالية، بينما الرابع فتم تخصـيصـه لبيان المظاهر السـلبية للعقود الالكترونية ،ثم ختمت البحث بخاتمة ضـمنتها أهم ما خلصـت إليه من نتائج وتوصـيات ثم حليته بثبت للمصادر والمراجع التي استعنت بها في كتابته.

المبحث الأول

في مفهوم العقـود الإلكـترونية

قد يثور تساؤل هام عن الفرق بين العقود التقليدية التي نعرفها جميعاً، وبين العقـود الإلكـترونية، وفي هذا المبحث نتناول مفهوم العقود التقليدية والعقود الإلكترونية، ومدي العلاقة بينهما، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

مفهوم العقود التقليدية

أولاً: العقد في اللغة .

يُطلق العقد ويُراد به الربط والشد، يُقال عقدت الحبل من باب ضرب فانعقد، والعقد ما يمسكه ويوثقه، ومنه قيل:عقدت البيع، ونحوه، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد توكيد، وعقدة النكاح وغيره إحكامه وإبرامه.. ويُطلق العقد على العهد، وعاقده عاهده[1].

ويطلق العقد على الربط الحسي والمعنوي، فالحسي كربط الحبل، والمعنوي كربط الإيجاب والقبول في عقد البيع والإجارة[2].

ثانياً: العقد في اصطلاح الفقهاء .

يُطلق العقد في اصطلاح الفقهاء على معنيين: معنى عام- معنى خاص، وذلك على النحو التالي:

1- **المعنى العام:** وهو كل ما يعقده (بعزمه) الشخص أن يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه، فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً ؛ لأن كل واحد منهما ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك، والشركة والمضاربة ونحوها تُسمى أيضاً عقوداً؛

---

(1) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير : لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ، الناشر : المكتبة العلمية، مادة (ع ق د) صـ 421 / وأيضاً : المغرب : لناصر الدين بن عبد السيد أبو المكارم المطرزي ، الناشر : دار الكتاب العربي ، مادة (ع ق د) صـ 323 .

(2) القاموس المحيط : لمجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي، 327/1 .

لما وصفناه من اقتضائه الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه، وكذلك العهد والأمان، لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها، وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور وإيجاب القرب، وما جرى مجرى ذلك[1].

2- **المعنى الخاص**: وبهذا المعنى يُطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل[2]، وبهذا المعنى عرفه الجرجاني[3]بقوله :العقد هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول .

كما عرفه الزركشي[4]بقوله: العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي، كعقد البيع والنكاح وغيرهما .

كما عرفته مجلة الأحكام العدلية، فقد نصت المادة (103) على أن: العقد هو التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً ، وهو ارتباط الإيجاب بالقبول[5].

ثالثاً : العقد في القانون الوضعي .

عرف فقهاء القانون العقد بأنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انتهائه"[6].

وهذا التعريف يستفاد من نص المادة 89 من القانون المدني المصري بأنه : (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين) .

---

(1) أحكام القرآن : للإمام أبي بكر أحمد الرازي الجصاص 2/ 416-417 ، طبعة دار الفكر .

(2) الموسوعة الفقهية : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت 199/30 .

(3) التعريفات: لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، ص 196 ، الناشر : دار الريان للتراث .

(4) المنثور في القواعد الفقهية : لبدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي 227/2 ، الناشر : وزارة الأوقاف الكويتية .

(5) درر الحكام شرح مجلة الأحكام : لعلي حيدر 104/1 ، الناشر دار الجيل .

(6) د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1) المجلد الأول – نظرية الالتزام بوجه عام – المجلد الأول – مصادر الالتزام ، ص 150، د/ عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) الجزء الأول – مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) المجلد الأول ،ص 52 ، مطبوعات جامعة الكويت ، د/ عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ص 51 ، الناشر :. دار النهضة العربية ، عام 1974 .

ومعنى توافق الإرادتين: تراضيهما كما يتراضى البائع والمشتري، والمستأجر والمؤجر، أما الأثر القانوني المترتب على هذا التوافق فمثل تسليم البائع الشيء المبيع للمشتري، ودفع المشتري الثمن إلى البائع .

أما التعديل فقد يتمثل في نقص الأجرة أو زيادتها في عقد الإيجار، وكذلك الثمن في عقد البيع[1].

المطلب الثاني

مفهوم العقد الإلكتروني

ذهب الفقهاء في تعريف العقد الإلكتروني إلى اتجاهات متعددة :

فمنهم من ذهب إلى أنه هو: " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[2].

وقيل هو: "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونياً، وتنشئ التزامات تعاقدية"[3].

وقيل هو: "ذلك العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية"

فالعقد الإلكتروني: هو ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر، فهو ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

---

(1) د/ لاشين محمد يونس الغاياتي : دروس في مصادر الالتزام ، صـ 19 ، الطبعة الأولى 2001م .

(2) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، صـ 29 ، دار النهضة العربية ،عام 2000م.

(3) د/خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، صـ 51 ، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ط1، 2007م

وتُعدّ رسالة البيانات وسيلة للتعبير عن الإرادة – كلياً أو جزئياً – بغرض إبداء الإيجاب والقبول، بقصد إنشاء التزام تعاقدي.
ورسالة البيانات يقصد بها: المعلومات التي يتم إنتاجها، أو إرسالها، أو تسلمها، أو تخزينها؛ بوسائل إلكترونية أو بصرية، أو وسائل تقنية أخرى، بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الالكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي.
وعُرّف العقد الالكتروني أيضاً بأنه هو: ((العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات بقصد إنشاء التزامات تعاقدية)).
ويعتبر العقد الالكتروني من عقود المسافة "العقود عن بعد Remote Contracts"، وقد عرَّف المُشَرّع الكندي في القانون الخاص بولاية كويبك Quebec لحماية المستهلك التعاقد عن بُعْد، في القسم (20) بأنه: ((تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون وجود مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول، أو حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين))[13].
وعرَّف بعض الفقهاء الأمريكان العقد الالكتروني بأنه: "هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدَّة سلفاً، ومعالجة إلكترونياً، وتنشئ التزامات تعاقدية"[14].
فالعقد الإلكتروني إذاً : هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق دون الحاجة إلى التقاء الأطراف المادي والتقاؤهم في مكان معين بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها[1].

---

(13) د/ خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الالكتروني، ص 74.

(14) د/ خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الالكتروني، ص 74.

(2) د/ خالد ممدوح : المرجع السابق : نفسه/ وأيضاً : مقال للأستاذ/عادل حامد أبو عزة – بجمعية الحاسبات السعودية– بعنوان : العقود الإلكترونية، خصائصها والقانون الواجب التطبيق عليها، منشور بمجلة الجزيرة ، العدد 158 ، بتاريخ : 18 ربيع أول 1427هـ – 16 إبريل عام 2006م.

فالعقد الالكتروني مثل عقد النقل البحري، وعقد الإيجار، وعقود إجراء العمليات الطبية، وعقود إنشاء المواقع الإلكترونية، وعقود الالتحاق بالمؤسسات التعليمية، وعقود العمل والخدمات وغيرها[15].

صور العقد الإلكتروني:

تتعدد طرق التعاقد عبر الإنترنت ومن أهمها وأكثرها انتشاراً التعاقد عبر شبكة المواقع ويب (web) والتعاقد عبر البريد الإلكتروني (Email) والتعاقد بطريق المحادثة والمشاهدة.

أولاً :التعاقد عبر شبكة المواقع (web) :

تعمد كثير من الشركات إلى عرض سلعها وخدماتها على شبكة المواقع web وتقوم بتصوير السلعة بطريقة ثلاثية الأبعاد مع تسجيل سعرها ومواصفاتها، ويكون ذلك في موقع خاص بالشركة، وفي المقابل يقوم الراغب في التعاقد بالبحث عن السلعة أو الخدمة التي يريدها عن طريق استخدام الرمز الذي يُساعد في الوصول إلى هذه السلعة أو الخدمة، وعند اقتناعه بها وبالشركة العارضة لها ومعرفة سعرها ومواصفاتها يقوم بالتعاقد على الشراء بعد التأكد من السعر الفردي والإجمالي (في حال شراء مجموعة سلع) وذلك بالنقر على مفتاح الموافقة فيظهر العقد المتعلق بالشراء والمعد من قبل الشركة العارضة الذي يتضمن آلية الدفع وشروط التعاقد ومكانه وكيفية التسليم والقانون الذي يحكم العقد وغير ذلك من الشروط والمعلومات التي تختلف كثرة وقلة بحسب كل شركة أو عقد[1].

ثانياً: التعاقد عبر البريد الإلكتروني (E,mail) :

يُقصد بالبريد الإلكتروني: استخدام شبكات الحاسب الآلي في نقل الرسائل بدلاً من الوسائل التقليدية، حيث يخصص لكل شخص صندوق بريد إلكتروني خاص به، وهذا الصندوق عبارة عن ملف وحدة الأقراص الممغنطة التي تستخدم في استقبال الرسائل.

---

(3) د/مصطفى موسى العجارمة: التنظيم القانوني للتعاقد على شبكة الإنترنت، ص 30 ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010م.

(1) د/أحمد العجلوني: التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة- ص16، دار الثقافة، الأردن، عمان 2002م.

وللتعاقد عبر البريد الإلكتروني أنواع متعددة منها: أن بعض الشركات تقوم بإرسال رسائل دعائية لنوع معين من السلع أو الخدمات في البريد الإلكتروني الخاص بالشخص، فإذا نظر صاحب البريد هذه الرسالة ورغب في السلعة أو الخدمة قام بمراسلة الشركة حول التعاقد معهم على هذه السلعة أو الخدمة ثم تتم المبايعة كالطريقة السابقة في التعاقد عبر شبكة المواقع[1].

ثالثاً: التعاقد بالمحادثة عبر الإنترنت :

توجد برامج تُتيح للشخص تبادل الحديث صوتياً مع الطرف الآخر بشكل مباشر سواءً كان طرفاً أو أكثر، كما يوجد أيضاً برنامج يمكن من خلاله إرسال صور فيديو للتعبير عن الحركة[2].

يُستخدم العقد الإلكتروني لكافة التصرفات محل الاتفاقات على الشبكة، وبشكل رئيسي إنزال البرامج أو الملفات عن الشبكة، الدخول إلي خدمات الموقع وتحديداً التي تتطلب اشتراكاً خاصا في بعض الأحيان أو مقابل مالي أو لغايات الحصول على الخدمة (كالمحادثة ومجموعات الأخبار أو الإعلان والأدلة) أو لغايات التسجيل والالتزام العقدي بإنفاذ الخدمة المعروضة مجاناً بشروط الموقع كخدمات البريد المجاني والاستضافة المجانية وغيرها،وكذلك لإبرام التصرفات القانونية على الخط كالبيع والشراء ،والاستئجار،وطلب القرض،وإجراء عملية حوالة مصرفية وإبرام بوالص التأمين، ودفع الثمن، وغيرها.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا تمييز العقد الإلكتروني بصفته العالمية التي تغطي كل دول العالم لكونه يتم في معظم الأحيان عن طريق شبكة المعلومات (الإنترنت) كما يتميز أيضاً بصفته الانفتاحية، فالشبكة متاحة لكل من يرغب الدخول فيها، ويتميز العقد الإلكتروني أخيراً بصفته الإلكترونية لكونه يتم بواسطة أجهزة وبرامج إلكترونية تنقل إرادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي معاصر لهم، وبالتالي فهو عقد ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد[1].

---

(1) د/ الصالحين محمد أبو بكر العيش: الشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية ، نقلا عن :

http://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=425&std_id=66

المطلب الثالث

تمييز العقود الإلكترونية عن العقود التقليدية

مما سبق يتبين أن التعاقد الإلكتروني يتفق مع التعاقد التقليدي في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين، أي تطابق الإيجاب والقبول، وهذا ما نصت عليه المادة (89) من القانون المصري، إلا أن العقود الإلكترونية تمتاز عن العقود التقليدية بالمميزات التالية:

أولاً: العقود الإلكترونية تُبرم بمجلس عقد حكمي[1]**، "افتراضي":**

فالعقد الإلكتروني يتم إجراؤه بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، فمجلس العقد الحقيقي هو ذلك المجلس الذي يكون فيه طرفا التعاقد حاضرين معاً في مكان واحد، وزمان واحد، ويتبادلان الإيجاب والقبول شفاهة، وبطريقة مباشرة، بحيث يكون وجودهما معاً وجوداً مادياً محسوساً، ويُسمى التعاقد في هذه الحالة بالتعاقد بين الحاضرين[2]، ومجلس العقد في التعاقد الإلكتروني مجلس حكمي، ويُقصد به المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، ويتم التعاقد فيه عن طريق الكتابة، أو الرسول، أو ما يقوم مقامهما، ويُعرف بالتعاقد بين الغائبين[3].

والعقد الإلكتروني إما أن يكون متعاصراً، أي أن الإيجاب والقبول يتمان في زمنين متقاربين، وفي هذه الحالة يكيَّف بأنه عقد فوري، وإما أن يكون غير متعاصر، أي أن الإيجاب والقبول لا يجمعهما زمان واحد، وفي هذه الحالة يكيَّف بأنه عقد متراخٍ.

والعقد الإلكتروني فيه شبه ببعض العقود التي تتم عن بُعد، مثل التعاقد بالفاكس، أو التليفون، أو المراسلة (الكتلوج).

ثانياً: العقود الإلكترونية تُبرم باستخدام الوسائل الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت:

فهي لا تختلف عن العقود التقليدية من حيث موضعها لكنها يختلف عنها من حيث طريقة إبرامها، حيث تختفي فيها الكتابة باعتبار أنها أهم وسائل التعبير عن الإرادة، وهي من أقوى طرق الإثبات، وأنها حجة على طرفيها إذا كان

---

(1) د/أحمد أبو ستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، صـ 27، 1945م، د/إسماعيل غانم: النظرية العامة لمصادر الالتزام، صـ 39، 1968م.

(2) د/جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، صـ 238، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م .

(3) المرجع السابق ، صـ 525.

سند إثباتها عرفياً، وحجة على الكافة إذا كان سند إثباتها رسمياً[1]، وفي العقد الإلكتروني تختفي المستندات الورقية (الدَّعائم الورقية)، وتبرز الدعائم الإلكترونية مكانها، وهذا يقتضي تكييف المستندات الإلكترونية من حيث حجيتها في الإثبات، فإن كانت معتمدة من جهة مخول لها اعتمادها كانت سنداً رسمياً، فتكون حجة على الكافة وإلا صارت حجة قاصرة على طرفيها فقط.
كما أنه لابد من النظر في إسناد المستندات الإلكترونية إلى الشخص الذي صدرت عنه، فربما يكون الموقع الإلكتروني مملوكاً له، ولكن قد يصدر السَّند عبر الموقع عن شخص فضولي، غير مخولٍ له استخدام الموقع.
إن مفهوم شبكة الاتصالات الإلكترونية مفهوم واسع – فيما يخص التعاقد الإلكتروني – فهو ينطبق على كل نوع من أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإرادة بطريقة الصوت، أو الصورة، أو الإشارة الدالة على مقصودها، سواء أتم الاتصال بالوسائل السلكية، أو اللاسلكية، أو عبر الأقمار الاصطناعية، أو غيرها.

ثالثاً: العقـود الإلكـترونية يغلب عليها الطابع التجاري الاستهلاكي.

يغلب على العقود الإلكترونية الصفة التجارية الاستهلاكية، لأن أغلب معاملات التجارة الإلكترونية عبارة عن عقود بيوع استهلاكية، وكونه استهلاكي لأن سمته البارزة هي الاستهلاك، فهو غالباً ما يقع بين تاجر أو مهني ومستهلك، وبما أنه عقد استهلاكي –غالباً- فإنه يخضع لقواعد قوانين حماية المستهلك.

رابعاً: العقـود الإلكـترونية عقود دولية.

إن طبيعة الوسط المستخدم لإبرام العقود الإلكترونية، المتمثلة في الشبكة الدولية للاتصالات "الإنترنت" طبيعة دولية، إذ تجعل معظم دول العالم في اتصال دائم على الخط "Online" وهذا يُمَكِّن من إجراء عقود مختلفة بين أطراف في دول متعددة، وبين أشخاص يغلب عليهم أنه لا يعرف بعضهم بعضاً.

---

(1) د/محمد حسين منصور: المسئولية التقصيرية الإلكترونية ، ص 19، دار الجامعة الجديدة للنشر 2003م، د/خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، ص 76، د/مصطفى أبو مندور موسى: دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية ، ص 29 ، دار النهضة العربية، 2000م.

خامساً: الوفاء في العقـود الإلكـترونية يتم عن طريق الدفع الإلكتروني .

يتم السداد في العقود الإلكترونية عن طريق: البطاقات البلاستيكية "البنكية"، مثل: Visa Card و The Master Card و The Carrier Card وبطاقة الصراف الآلي ATMS، والبطاقات الذكية، والتي من صورها الموندكس Mondex Card. وكذلك الأوراق التجارية الإلكترونية، ويتم الدفع الإلكتروني عن طريق النقود الإلكترونية "Electronic Money"، وهي نوعان: النقود الرقمية "Digital Money"، والمحفظة الإلكترونية "Electronic Wallet". وهناك وسائل أخرى للسداد، مثل الذهب الإلكتروني "E-Gold"، والشيك الإلكتروني "E-Check".

فعملية تحويل الأموال إلكترونياً (Electronic Fund Transfer EFT) بين أطراف العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت تتم بواسطة جمعية الاتصالات المالية بين البنوك "Swift" أو عن طريق شبكة الاتصالات بين البنوك والتي يطلق عليها مشروع بوليرو "Bolero Project".

وتمشياً مع طرق الدفع الإلكتروني ظهرت مجموعة من الخدمات البنكية الإلكترونية، مثل: خدمة التوكيل الإلكتروني "Factoring"، وخدمة الصرّاف الآلي Automatic Teller Machine (ATM) وخدمة نقاط البيع Points Of Sales (POS) وخدمة الحصول على الأعمال البنكية من المنزل أو المكتب Home & Office Bank والتي يمكن الحصول عليها عن طريق الهاتف المزود بشاشة "Smart Phone"، وخدمات المقاصة الإلكترونية "Automatic Clearing House".

فيتم سـداد ثمن العقد المبرم عبر الشـبكة بعدة طرق من أسـهلها اسـتخدام بطـاقات الإئتمـان (الفيزا كـارد والمـاسـتر كـارد ونحوهـا) ويكون إعطـاء معلومات البطاقة عبر الهاتف أو الفاكس وذلك تجنباً لإرسالها عبر الإنترنت مما يؤدي إلى سرقة المعلومات المتعلقة بالبطاق، وقد يكون الدفع عن طريق النقود الإلكترونية (البينز) حيث يتم تحويل النقود العادية إلى وحدات نقدية إلكترونية يكون من الممكن التعامل بها بشكل آمن عبر شبكة الإنترنت، كما يمكن الدفع عبر الشيك المصدق والمصرفي أو الشبكات الإلكترونية وغير ذلك من الطرق المتعددة[1].

---

(1) انظر تفصيل هذه الطرق التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، د/حسن الحفني ، صـ 13-17 والتعاقد بالبيع بواسطة بواسطة الإنترنت . محمد أبو الهيجاء صـ 54 ، نقلاً عن د/محمود حمودة صالح مُنزل: إشكالات العقود الإلكترونية: بحث

سادساً: الإثبات في العقـود الإلكـترونية يكون عن طريق المستند الإلكتروني:

تمتاز العقود الإلكترونية على العقود الورقية "التقليدية" بأن وسيلة الإثبات فيها هي الدعائم الإلكترونية، المُوَقَّع عليها إلكترونياً، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يُضفي على المستند حجيته، لأنه مصدق به من جهة رسمية مؤذنة.

واعتماد التوقيعات الإلكترونية يحتاج لجهة رسمية تطمئن إليها جميع الأطراف التي تتعاقد عن طريق الوسائل الإلكترونية.

سابعاً: تنفيذ العقـود الإلكـترونية يكون عن طريق الوسائط الإلكترونية:

فالعقد الإلكتروني يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت، وكذلك يتم تنفيذه عبرها، دون حاجة للوجود المادي الخارجي للأطراف أو محل التعاقد، فبعض المنتجات تُسلم تسليماً حكمياً: مثل برامج الحاسب، والتسجيلات، والكتب، وكذلك بعض الخدمات مثل: الاستشارات الفقهية، والقانونية، والطبية، حيث يكون بإمكان العميل نسخ البرنامج Software على شبكة الإنترنت عن طريق تنزيل البرنامج Download.

وقد نصَّ قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م على قابلية الصكوك الإلكترونية للتداول، وأجاز استخدام الشبكة الإلكترونية، وبطاقات الدفع الإلكتروني، وأي وسيلة أخرى يعتمدها البنك المركزي للوفاء بالعقد.

ثامناً: العقـود الإلكـترونية مقترنة بحق العدول Right of Repent:

تقرر القواعد العامة للنظرية العامة للعقود في كافة التشريعات العربية أنه متى ما ارتبط القبول بالإيجاب فإنه لا يحق لأحد طرفي العقد العدول عنه، إلا عن طريق الإقالة، ولكن مراعاة لخصوصية العقد الإلكتروني، وخاصة عدم قدرة المستهلك الفعلية على رؤية السلعة، ومعرفة خصائصها بدقة قبل إبرام العقد، فقد منح الطرف الآخر حق الرجوع عنه في بعض التشريعات[21].

بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالسودان، العدد (18) رمضان 1432هـ أغسطس 2011م ، صـ 146 وما بعدها .

(21) م/ 121/ 26، قانون حماية المستهلك الفرنسي.

المبحث الثاني
أهمية العقود الإلكترونية وطبيعتها

في هذا المبحث نبين أهمية العقود الإلكترونية، ثم نحاول بيان طبيعة العقود الإلكترونية وهل هي تعاقد بين حاضـــرين، أم تعاقد بين غائبين، أم تعاقد ذو طبيعة خاصـة؛ وذلك حتى يتسنى لنا معرفة الجوانب السلبية لهذه العقود الإلكترونية، وعليه تم تقسيم هذا المبحث للمطالب التالية:

المطلب الأول
أهمية العقـود الإلكـترونية

في هذا العصـــر عصـــر المعلومات باتت مهمة الجميع أقرب إلى السهولة واليسر لما أتاحته التكنولوجيا من سُبل عدة تُرشدنا إلى ضالتنا، ومع اسـتمرارية التقدم التكنولوجي ظهر ما يُعرف بشـبكة الانترنت تلك الشـبكة وبكل مـا تحتويـه من علوم وفنون وثقافـة وتـاريخ هي تنـادينـا لنجوب في أرجائها ملتمســين العلم والمعرفة لتنير الدروب، والجميع عبر هذه الشـبكة لابد وأن يجنوا من ثمارها ما يسـد رمقهم ويعينهم على تمام متطلباتهم بإبرام العقود ومن ثم توفير الوقت والجهد والمال[1].

فتقنية العقود الإلكترونية توفر قدرة التعاقد على الشبكة وفي بيئتها،والحصول على الخدمات والبضائع والمصنفات بأرخص الأسعار، ومن خلال قوائم اختيار معروفة وواسعة ،ومن أي موقع أو مصدر للموردين على الخط، كما تُتيح هذه العقود الإلكترونية للمورد تحديد التزاماته بوضوح وتحديد نطاق المسؤولية عن الخطأ والأضرار جراء التعاقد أو بسبب محل التعاقد كأخطاء البرمجيات ومشاكلها، فضلاً عن أنها تُساهم في تسهيل المقاضاة بين الطرفين لما تقرره من قواعد شاملة بالنسبة للحقوق والالتزامات.

---

(1) د/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء: التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت ، صـ 45، دار الثقافة والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع الأردن .

المطلب الثاني
طبيعة العقود الإلكترونية[1].

يثور التساؤل عند دراسة العقود الإلكترونية هل هي تعاقد بين حاضرين، أم تعاقد بين غائبين ؟ .

ذلك أن أحكام التعاقد بين حاضرين تختلف عن أحكام التعاقد بين غائبين، فمعرفة طبيعة هذا التعاقد تجعلنا نعرف أهم الجوانب السلبية لهذه العقود الإلكترونية .

آراء الفقهاء حول طبيعة العقود الإلكترونية:

الصورة التي نحن بصددها وهي أن شخصين يتعاقدان عن طريق شبكة الإنترنت على سلعة معينة تجعلنا نقول أن هذا التعاقد هو تعاقد بين غائبين؛ وذلك لعدم وجود الشخصين في مكان واحد وقت التعاقد، غير أن العلماء ليسوا متفقين على هذا القول، ولكنهم اختلفوا في طبيعة هذا التعاقد على النحو التالي:

أولاً: الاتجاه الأول : ذهب اتجاه فقهي إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة أو التعاقد بطريق التليفون، ولا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها؛ حيث أصبحت وسيلة التعاقد إلكترونية[1].

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن ما يبرر أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين هو أن ثمة فاصلاً زمنياً بين صدور القبول وعلم الموجب به[2].

ثانياً: الاتجاه الثاني: ذهب اتجاه آخر إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين؛ حيث يكون العاقدان على اتصال مباشر فيما بينهما، فليس هناك فاصلاً فيما بين صدور القبول من الطرف الموجه إليه الإيجاب والعلم به،

---

(1) د/منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، ص 20، طبعة دار الفكر الجامعي الإسكندرية .

(1) د/مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة ، ص 20 ، دار النهضة العربية ، عام 2001م، د/ سمير عبد السميع الأودن : العقد الإلكتروني ، ص 63 ، منشأة المعارف 2005م.

(2) د/ أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة ، ص 225 ، دار الجامعة الجديدة ، عام 2005 م .

ويكون مجلس العقد حينئذ مجلساً حكمياً ، تُطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين[1].

ثالثاً: الاتجاه الثالث : ذهب اتجاه ثالث إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان[2].

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت يتم بوسيلة سمعية بصرية، كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي افتراضي، ولذا فإن التعاقد الإلكتروني يُعتبر تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، ولأن طرفي التعاقد يتواجدان في أماكن مختلفة سواء داخل الدولة أو خارجها فإن التعاقد حينئذ يكون بين غائبين.

ويُضيف البعض إلى أن هذا التكييف يسري إذا كان الاتصال بين مقدم العرض والمتلقي في حالة القبول عن طريق الضغط أو ملامسة زر الموافقة أو عن طريق غرف المحادثة والوسائل المرئية، بعكس ما إذا كان القبول عن طريق البريد الإلكتروني فقد لا يتحقق فيه الاتصال اللحظي؛ نظراً لأن جهاز الكمبيوتر الموجب قد يكون مغلقاً وقت بث الرسالة القابل مثلاً، أو أن يكون هناك عطلاً في الشبكة يعوق وصول القبول فيحول دون الاتصال اللحظي، ولذا فإنه إذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني ففي هذه الحالة إذا لم يوجد فاصل زمني بين الإيجاب والقبول يكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان، أما إذا وجد فاصلاً بينهما فيكون التعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً[3].

رابعاً: الاتجاه الرابع: ذهب اتجاه رابع إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين ذو طبيعة خاصة؛ ذلك أنه لا يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين للعقد الإلكتروني، لأن أطراف التعاقد لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات والتي تستغرق فترة زمنية بين إرسال القبول ووصوله إلى من وجه إليه، إنما يكون من خلال تبادل الرسائل إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت، حيث يتحقق لهم الاتصال

---

(1) د/ محمد السعيد رشدي : التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ،ص 39 ، 1998م .

(2) د/ أحمد عبد الكريم سلامة : القانون الدولي الخاص النوعي ، (الإلكتروني – السياحي – البيئي) ، ص 69 ، دار النهضة العربية ، عام 2002 م ، د/ ممدوح محمد خيري هاشم : مشكلات البيع الإلكتروني عن طري الإنترنت في القانون المدني ، ص19 ، 20 ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، عام 2000 م .

(3) د/خالد ممدوح : إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 292 .

المباشـــر، فإن غاب الالتقاء المادي للمتعاقدين إلا أن هناك نوعاً من الالتقاء الافتراضـــي المتزامن، كما لا ينطبق أيضـــاً على التعاقد الإلكتروني وصـــف التعاقد بين غائبين؛ لأن التعاقد بين غائبين يقوم على فكرة تفاوت المســـافات والزمن معـاً، في حين أن التفـاوت الزمني غير موجود بـالنســـبـة للتعـاقـد الإلكتروني، حيث يكون طرفا العقد على اتصال في وقت واحد[1].

صفـوة القـول :

أنه لا يوجد اتفاقاً على كون التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين أم تعاقداً بين غـائبين؛ نظراً لعدم وجود طرفي العقد في مكان واحد عند التعاقد، ولأن قبول التعاقد يشبه إلى حد كبير القبول في التعاقد بالرسالة .

والأقرب إلى القبول هو القول بأن التعاقد عن طريق شـــبكة الإنترنت تعاقداً بين غائبين، كالتعاقد بالرسـالة، ويكون جهاز الحاسب الآلي وسيلة لإرسـال الرســـالـة، ويؤيد هذا قرار مجمع الفقه الإســـلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الســـادس بجـدة في المملكـة العربيـة الســـعوديـة من 17-23 شـعبان1410هـــ الموافق 14- 20 (مارس) 1990م ، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصـــوص موضـــوع إجراء العقود بـآلات الاتصال الحديثة، قرر ما يلي:-

أولاً: إذا تم التعـاقد بين غـائبين لا يجمعهمـا مكـان واحـد، ولا يرى أحدهمـا الآخر معاينة، ولا يسـمع كلامه، وكانت وسـيلة الاتصـال بينهما الكتابة أو الرسـالة أو السـفارة (الرسـول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب)، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجَّه إليه وقبوله[1].

وعلى هذا: فإنه يمكن القول بأن التعاقد التجاري الذي يتم من خلال شـبكة الإنترنـت هو تعـاقد بين غـائبين، تنطبق عليـه أحكـام التعـاقد بين غـائبين في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

---

(1) د/فاروق الأباصيري : عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية ، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت ، صـ 61 ، دار النهضة العربية ، عام 2003 م .

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي : الدورة السادسة ، المجلد الثاني ، صـ 1265 .

المبحث الثالث

أهم سلبيات ومعوقات التجارة الإلكترونية

مع تمتع التجارة الإلكترونية بعدد كبير من السمات الهامة إلا أنها لا تخلوا من السلبيات والمعوقات نلقي عليها الضوء من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

أهم سلبيات التجارة الإلكترونية

1- عدم الوثوقية وخاصة في هذا النوع من التجارة ما بين الأطراف غير المعروفة بالنسبة لبعضهم البعض والتي لا تتمتع بالشهرة التجارية الكافية.

2-ليست في مأمن من اللصوصية والتطفل في الشبكات العالمية والذي يحصل في مثل هذه المواقع من أجل سرقة المعلومات والوصول للأرقام السرية للحسابات وبطائق الائتمان.

3- وجود التجسس الدولي من قبل بعض الحكومات والشركات الكبيرة ومتعددة الجنسيات على أعمال وتجارة بعض الشركات والأفراد تحت ذريعة الأسباب الأمنية يتم الحصول على أسرار الصفقات التجارية وتمريرها للعملاء المنافسين.

4- عملية النصب والاحتيال التي يتم مزاولتها تحت أسماء معروفة، وذلك بقصد الابتزاز والحصول على المال من اقصر الطرق.

5- عدم وجود الأنظمة والقوانين الملزمة لكافة الدول في العالم، وإن وجدت في بعض الدول فهي تختلف في تشريعها فيما بينها، وبالتالي لا تصلح إلا في البلد المشرع، علماً أن هذا النوع من التجارة يتعدى الحدود والأقاليم الجغرافية، اختلاف الأنظمة والقوانين الدولية في القبول أو عدم القبول في المعاملات التي تجرى في شبكات الاتصال الإلكترونية[22].

6- عدم توفر البنية التحية التي تحتاج إليها شبكات الاتصالات والمعلومات في جميع الدول مما يجعلها مقتصر وحكراً لبعض الدول في العالم دون غيرها.

7- تحتاج إلى الكادر الفني والتقني الذي يقوم على إدارتها بالإضافة إلى الكادر المتخصص في إدارتها، مما يحملها أعباء إضافية.

8- تحتاج إلى مستوى عالي من المخاطرة.

على رغم من كل هذه العيوب التي تؤخذ عل التجارة الإلكترونية إلا أن العالم يشهد اليوم تطوراً كبيراً وملحوظاً في تخطي هذا، وهناك زيادة فعلية وواضحة

---

(22) أ/إبراهيم معروف: التجارة الإلكترونية والبنوك وتوظيفات استخدام الانترنيت المصرفية عربياً وعالمياً هل ارتقت إلى طابعها الاستثماري؟ Line Bankingon .

في حجم التجارة الإلكترونية بصورة تفوق الخيال والتوقعات لكل الشركات المتخصصة في مثل هذا المجال من الدراسات والتحاليل وإعداد التنبؤات، الأمر الذي أدى إلى حدوث تفاوت كبير بين الأرقام الصادرة من المراكز البحثية المختلفة عن نفس الفترة الزمنية وللمنطقة نفسها تحت الدراسة، هذا الأمر أحدث إرباك في عمل هذه المراكز المتخصصة، والتي أصبحت في الوقت الراهن تصدر عدة نشرات (تقارير) للتنبؤات بشكل دوري. والمتابع لهذه الدوريات يلحظ الاختلاف الكبير في أرقام هذه الإصدارات المتتالية[1].

فلقد أدى هذا التضارب في الأرقام بين الشركات المتخصصة إلى عدم الاتفاق على رقم محدد للتجارة الإلكترونية سواء كان في الماضي أو الحاضر أو المستقبل ويتراوح الرقم المحتمل الوصول إليه في عام 2002م بين 350 مليار دولار في بعض التنبؤات وبعضها الآخر وصل هذا الرقم إلى 1.2 تريليون دولار في حين نجد أن هذا الرقم وصل 2.3 تريليون دولار في بعض التنبؤات المتفائلة، أي أن هذا التزايد في حجم التعامل بالتجارة الإلكترونية بلغ 200% سنوياً، حيث بلغ عدد الشركات العارضة نحو 600 ألف شركة وزاد عدد المشتركين ليصبح 250 مليون مشترك، وفيما يلي نسرد بعضاً من الحقائق التي تعتبر سبباً في التفاوت الكبير لهذه الأرقام المتابينة فيما بينها:

1- الافتقار إلى التعريف المحدد والدقيق للمفهوم المتكامل للتجارة الإلكترونية، على سبيل المثال: هل إتمام التعاقدات التجارية من خلال البريد الإلكتروني وإجراء باقي المعاملات بالطرق التقليدية هو جزء من التجارة الإلكترونية أو جزء من المعاملات التجارية العادية ؟ .

2- عدم القدرة على المتابعة الدقيقة وحصر حجم الأعمال التي تتم إنجازها في معاملات التجارة الإلكترونية.

3- تنوع واختلاف مجالات الأنشطة التي تتم عبر الشبكة والتي تخضع لمفهوم التجارة الإلكترونية الشامل كالتعاملات المالية والمضاربة في الأسهم وما إلى ذلك من أنشطة مالية.

---

(1) د/حسن الحفني : التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، الفرص والتحديات، ص 19 .

المطلب الثاني
أهم معوقات التجارة الإلكترونية العربية

يمكننا أن نجمل جملة العوائق في هذا النوع من التجارة في الوطن العربي على النحو التالي:

1- افتقار المواقع العربية إلى الخصائص الفنية التي تُضفي إلى المواقع الجاذبية وتجعل العملاء يقدمون على مواقعهم.

2- مشكلة اللغة العربية والافتقار للبرامج العربية ذات محركات البحث القوية القادرة على الحد من نقطة الضعف هذه، خاصة وأن اللغة الإنجليزية هي اللغة المستخدمة في تبادل المعلومات على مستوى الشبكات العالمية.

3- الافتقار إلى النظم المصرفية في أغلب الدول العربية القادرة على حل مشكلات السداد والدفع عن طريق الإنترنت وبطاقات الائتمان، وتبرز في هذا السياق مسألة استخدام بطاقة الصرف الإلكترونية، وهي الوسيلة الأولى في البيع والشراء، حيث أورد تقرير (إي ماركتر) الأميركي أن 41 في المائة من عمليات التجارة عبر الانترنت شهدت حالات استخدام غير مشروعة، وتم سحب أموال بطريقة غير شرعية من التجار المتعاملين بهذا النوع من التجارة، وتمثل هذه النسبة ارتفاعاً من 35% من عمليات استخدام البطاقات غير المشروع، وطبقاً لنفس التقرير فقد أفاد 57% من التجار بأنهم يخشون أن يتعرضوا إلى الإفلاس بسبب تكرار عمليات التصرف غير المشروع ببطاقات الصرف الإلكتروني[23].

4- الافتقار إلى التشريع القانوني المناسب لضبط عمليات التجارة الإلكترونية فيما بين الدول العربية وحتى على مستوى الدولة العربية الواحدة.

5- الافتقار إلى البنية الأساسية للتجارة الإلكترونية في أغلب الدول العربية وهي شهادة المصدر.

6- الافتقار إلى البنية الأساسية التقنية للتجارة الإلكترونية في أغلب الدول العربية وخاصة ارتفاع ثمن التجهيزات الإلكترونية وارتفاع ثمن أجور الاتصالات وصعوبة توفرها في بعض الدول العربية.

---

(23) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، ص 64 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2002م ، د/حسن الحفني: التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، الفرص والتحديات ، ص 123، من إصدارات مركز الخليج للدراسات الإستراتيجية 2002م .

7- الحكومات العربية بطريقة تعاملها مع التجارة الإلكترونية في ظل غياب استراتيجيات واضحة ومحددة وخاصة مع تكنولوجيا المعلومات وتشكيل الشبكات الوطنية التي توفر قاعدة البيانات الضرورية لهذا النوع من التجارة.
8- العادات والتقاليد الاجتماعية التي يؤمن بها المستهلكين تعتبر عائقاً في وجه الاستفادة القصوى من فوائد الشبكات العالمية للتجارة الإلكترونية، لذا يتوجب علينا أن نحاول تجاوز العامل النفسي الذي يقف عائقاً بيننا وبين التقدم والإقدام على التعامل مع هذا النوع من التجارة، وبنفس الوقت يتوجب علينا أن نعد أبنائنا إعداداً جيداً للمستقبل لنضمن لهم التقدم والتفوق العالمي.
9- تكلفة بناء المواقع الإلكترونية في الشبكات العالمية ما تزال مكلفة لأنها تعتمد على المحترفين في إنشائها وإدارتها وصيانتها لضمان نجاحها، مما يحمل هذا النوع من التجارة نفقات إضافية.
10- الافتقار إلى مراكز البحث والتطوير من أجل تقديم الاستشارات ومساعدة المواطنين في بلدانهم في التخلص من أميتهم الإلكترونية أولاً ومن ثم بناء الإنسان المعلوماتي ثانياً.

المبحث الرابع
المظاهر السلبية للعقود الإلكترونية

لما كان التعاقد الإلكتروني يُثير عدة سلبيات، وذلك لأنه عقد يقع عن بُعد، أي بين عاقدين غائبين عن بعضهما، وهو عقد يقع في مجلس تعاقد حكمي، كما أن إجراءه يتم عن طريق وسائل اتصالات إلكترونية وآليات جامدة، وفضلاً عن أنه عقد يقع بين عاقدين ينتميان لدولتين مختلفتين، ويتبع كل واحد منهما نظاماً قانونياً مختلفاً عن الآخر، وهذا أمر يُثير مشكلة تنازع القوانين، وتحديد القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بفض التنازع إن وقع، وبما أنه عقد يقع بين غائبين، فهذا أمر يثير مشكلة تحديد هويتهما، والتأكد من شخصيتهما، ومدى ملائمتهما المالية لإجراء عقد من عقود المعاوضات المالية، وبما أنه عقد يتم إجراؤه عبر وسائط إلكترونية فإن ذلك يثير جملة قضايا منها صحة التوقيع الإلكتروني ونسبته لمن صدر عنه، ومنها طريقة تسليم السلع وغيرها.
لذا كان هذا المبحث مجالاً لتناول هذه السلبيات بالبحث والتفصيل، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول
التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية

إن وجود الإرادة واتجاهها نحو ترتيب أثر قانوني، لا يجعل منها إرادة يُعتد بها القانون طالما لم يتم ترجمتها في شكل تعبير خارجي محسوس، وبالتالي فإن وضع الشخص توقيعه على أي مستند سواء كان هذا المستند كتابي أو إلكتروني، فإنه يُفترض موافقته على ما ورد في السند .

والتعبير عن الإرادة العقدية يصح بكل ما يدل على مقصود المتعاقدين، شريطة أن يكون مفهوماً لديهما، فكل ما يدل أو يفصح عن الإرادة (النيّة) الكامنة في النفس يصلح وسيلة للتعبير عنها سواء أكان قولاً، أو فعلاً، أو كتابة، أو إشارة مفهومة عرفاً، أو أي موقف لا تدع ظروف الحال شكّاً في أنه يقصد به التعاقد، والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً ما لم يشترط القانون شكلاً خاصاً للتعبير عنها[24].

والإرادة قد تكون باطنة، وهي الإرادة الحقيقية، وقد تكون ظاهرة، وهي التي يعلن عنها.

وقد أجازت الاتفاقيات الدولية، وفتاوى المجامع الإسلامية الفقهية، والقانون، التعاقد عن طريق آلات الاتصال الحديثة ووسائله، فقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي بجدة عام 1410هـ1990م، إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة واستثنى منها ثلاثة عقود هي عقد الصرف لوجوب التقابض، وعقد السلم لوجوب حلول رأس المال، وعقد الزّواج لوجوب الإشهاد والإشهار[25].

ولقد قرر عدد من الأنظمة العربية التي نظمت المعاملات الإلكترونية صراحة جواز التعاقد الإلكتروني، حيث قررت أن التسجيل الإلكتروني يُعادل المستند المكتوب بالخط اليدوي، آخذين بمبدأ المعاملة المتساوية، أو التنظير الوظيفي (Functional Equivalent) بين السجلات المكتوبة والسجلات الإلكترونية.

---

(24) د/محمود حمودة صالح مُنزل: إشكالات العقود الإلكترونية: ، ص 163 وما بعدها

(25) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، إصدار/منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة – المملكة العربية السعودية، الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، 1410هـ 1990م، العدد (6): 783/2 – 1268.

وأقرّت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري[26]حيث أجازت أن يكون الإيجاب والقبول بالهاتف، أو التلكس، أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري، والفقرة الأخيرة هذه وضعت لإدخال أي وسيلة اتصال يمكن اختراعها مستقبلاً، ويدخل فيها الشبكة الإلكترونية.

ونص قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الدولية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1996م على جواز التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات الإلكترونية في الأعمال التجارية، حيث نص على أنه: ((في سياق تكوين العقد - وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك – يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض، وقبول العرض، وعند استخدام رسائل البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض[27]وهذا يُستفاد منه جواز التعبير عن الإرادة العقدية بطريقة إلكترونية)).

فلقد أجازت القواعد العامة لنظرية العقد الواردة في قوانين المعاملات المدنية، سواء أكانت موضوعية، أو إجرائية، وكذلك قواعد القوانين الإلكترونية الخاص المختلفة تجيز التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، شريطة تحقيق شروط صحة الإرادة والتعبير عنها.

وتكمن مشكلة التعبير عن الإرادة إلكترونياً في مدى درجة الثقة في الوسائل المستخدمة للتعبير عنها، وفي التعرف على هوية الطرف الآخر، وشخصيته، ودرجة الاطمئنان لتأمين تلك الوسائل من الاختراق، والقرصنة الإلكترونية.

ولمعالجة هذه المشكلة قررت الاتفاقيات الدولية، والقوانين الإلكترونية، وقوانين جرائم المعلوماتية، ابتكار وسائل عالية الثقة في الوسائط التي تجري بها العقود الإلكترونية، وقررت اتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بضمان الاطمئنان لتلك الوسائل، وجرَّمت كل من يتعدَّى، أو يعتدي على تلك الوسائل.

---

(26) انظر: م/20-(1)، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980م، د/محمد شكري سرور: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، صـ 87 ، دار النهضة العربية، دراسة في قانون التجارة الدولي 1988م.

(27) المادة (11)، قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996م.

المطلب الثاني
"افتراضية" مجلس العقود الإلكترونية

بيَّن الفقهاء الأحكام المتعلقة بمجلس العقد، ولكنهم لم يضعوا له تعريفاً جامعاً مانعاً، ومعلوم أن مجلس العقد يرتبط بأشخاص المتعاقدين، ويرتبط بمكان وجودهما، والزمان الذي يجريان فيه العقد، وبالشيء المعقود عليه "محل العقد" وبالصيغة التي يتم بها إجراء العقد، ولذلك ذهبوا في مجلس العقد عدة اتجاهات، فمنهم من ذهب إلى أنه وحدة مكانية، ومنهم من رأى أنه وحدة زمانية، ومنهم من يقول بأنه هيئة معينة يكون عليها طرفا التعاقد، وقت إجراء العقد، وذهب آخرون إلى أنه وحدة معنوية يظل فيها المجلس قائماً ما لم يتشاغل طرفا العقد بما يقطعه عرفاً[28].

وقد عُرّف مجلس العقد بأنه: ((مكان وزمان التعاقد، والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة، وينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد))[29].

إن مجلس العقد إما أن يكون حقيقياً، وهو الذي يتم فيه التعاقد بين حاضرين، وإما أن يكون حكمياً وهو المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير موجود به.

تظهر في العقود الإلكترونية، أو التي تجرى عبر وسائل الاتصال الحديثة مشكلة تكييف مجلس العقد، هل هو حقيقي أم حكمي؟ ويترتب على تكييفه تحديد الأحكام المتعلقة به.

تحصر بعض القوانين الوضعية فكرة مجلس العقد فيما إذا كان الإيجاب غير مقترن بمدة، وحضور المتعاقدين في مجلس العقد، ويخرج عن فكرة مجلس العقد اقتران الإيجاب بمدة سواء أحضر المتعاقدان، أو أن أحدهما كان حاضراً، والآخر غير حاضر في المجلس[30].

وفكرة مجلس العقد في الفقه الإسلامي يدخل فيها ما جرى عليه نظر القوانين الوضعية وما استثنته منها فهي أوسع مما هو عليه المسألة في القوانين الوضعية.

---

(28) د/جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ص 86 وما بعدها.

(29) المرجع السابق، ص 128.

(30) د/جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ص 287، د/محمود حمودة صالح مُنزل: إشكالات العقود الإلكترونية: ، ص 176 وما بعدها .

فلقد أجاز الفقهاء التعاقد بين الغائبين، وبما أن مجلس العقد الحكمي هو المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، فإن التكييف الفقهي لمجلس العقد في العقود التي يتم إجراؤها عن طريق وسائل الاتصال الحديثة هو أنه مجلس حكمي.

وعليه ولما كان مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني مجلس حكمي، وهو الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، ويتم التعاقد فيه عن طريق الكتابة، أو الرسول، أو ما يقوم مقامهما،ويعرف بالتعاقد بين الغائبين، فهو إما أن يكون متعاصراً، أي أن الإيجاب والقبول يتمان في زمنين متقاربين، وفي هذه الحالة يكيَّف بأنه عقد فوري، وإما أن يكون غير متعاصر، أي أن الإيجاب والقبول لا يجمعهما زمان واحد، وفي هذه الحالة يكيَّف بأنه عقد متراخٍ.

المطلب الثالث

هوية أطراف العقود الإلكترونية

إن العقد الإلكتروني ينشأ بين متعاقدين غائبين قد تفصل بينهما مسافات مكانية شاسعة، وأوقات زمانية متباعدة، أو مختلفة، كما أنه – يغلب – عليه أن يكون عقداً عابراً للحدود الجغرافية للأقطار، بل والقارات.

هذا الوضع يثير إشكالية تحديد هوية المتعاقدين ومعرفة شخصيتهما بصورة باتة وقاطعة، ويثير كذلك مسألة أهليتهما التعاقدية، كما يثير مسألة مواءمتهما المالية، وقدرتهما على الوفاء بالتزاماتهما المتبادلة.

حدد قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الدولية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1996م الكيفية التي يتم عبرها التعرف على شخصية أطراف التعاقد الإلكتروني، وذلك من خلال الوظائف التي أنيطت بالتوقيع الإلكتروني وهي:

- تحديد هوية المتعاقدين.
- التيقن من مشاركة ذلك الشخص بذاته في إجراء التوقيع.
- توفير ما يؤكد الرَّبط بين ذلك الشخص بالذات، ومضمون المستند الإلكتروني[1].

---

(1) د/مصطفى موسى العجارمة: التنظيم القانوني للتعاقد على شبكة الإنترنت، ص 156، وما بعدها، دار الكتب القانونية – مصر، ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة – مصر، 2010م، د/محمود حمودة صالح مُنزل: إشكالات العقود الإلكترونية: ، ص 176 وما بعدها .

يُعدّ التوقيع التقليدي على المستندات الوسيلة الكاشفة عن إرادة صاحبه على الالتزام بما جاء بالمستند، وموافقته على مضمون المستند الموقع عليه، كما أن التوقيع يفصح عن هوية مَنْ وقَّع السند، وأهليته للالتزام.
وقد منحت معظم التشريعات الحديثة التوقيع الإلكتروني (الرقمي) وظائف التوقيع التقليدي (بخط اليد) ويظهر ذلك من خلال تعريفات القوانين للتوقيع الإلكتروني، ومن خلال الأحكام التي يرتبها، من ذلك ما نص عليه قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م حيث جاء فيه:
((م/2 تفسير – التوقيع الرقمي: يُقصد به التوقيع الذي يتم إنشاؤه، أو إرساله، أو استقباله، أو تخزينه بوسيلة إلكترونية، ويتخذ شكل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات يكون لها طابع متفرد ويُسمح بتحديد هوية، وتمييز شخصية الموقّع عن غيره)).
اشترط هذا النص أن يقوم التوقيع الرقمي بتحديد هوية الشخص الموقع عليه، وتمييزه عن غيره من الأشخاص، وعرَّفت المادة (2) ذاتها الشخص الموقع بأنه: ((يُقصد به أي شخص حائز على أداة توقيع رقمي خاص به من الشخص الموثّق، ويقوم بالتوقيع بشخصه أو عن طريق وكيل له على رسالة، وذلك باستخدام هذه الأداة)).
هذا النص يحصر الشخص الموقع في مَنْ حاز أداة توقيع رقمي صادرة عن الشخص الموثق، ومثبتة بشهادة توثيق.
وقد أكد القانون على معادلة التوقيع الرقمي "الإلكتروني" للتوقيع اليدوي، واشترط لاستيفاء المعادلة الآتي:
اقتران التوقيع الرقمي بشهادة معتمدة من جهة مخول لها التصديق عليها.
استخدام آلية لتحديد هوية صاحب التوقيع الرقمي بفرض التدليل على موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات الإلكترونية.
إذا كانت تلك الآلية مما يعتمد عليه بالقدر المناسب، هذه الإجراءات تفصح عن الضوابط التي وضعها القانون للكشف عن هوية الشخص الذي يجري العقد عن طريق العقود الإلكترونية، وشخصيته وأهليته للتعاقد.

المطلب الرابع
القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة

لما كانت العقود الإلكترونية يتم إجراؤها بين أطراف من دول مختلفة – غالباً – فإن ذلك يُثير مشكلة القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بنظر النزاع إن وقع.

فمنازعات العقود الإلكترونية تُعدّ منازعات دولية– غالباً– لغلبة صفة الدَّولية إليها، ولهذا تختلف القواعد التشريعية والنظم القانونية التي تحكم هذه المنازعات مما يصعب معه فصلها ما لم يتفق طرفا العقد على القانون الواجب التطبيق على منازعاتهما، والمحكمة المختصة بنظر النزاع.

إن الأصل في مثل هذه المسألة أن يطبق قانون الإرادة، وذلك لأن الأصل في العقود أنها تجري بحرية إرادة أطرافها، فلأطراف العقد– أيضاً– الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاتهما، فإذا كان تحديدهما للقانون الواجب التطبيق صريحاً يُسمى اتفاقهما بـ" شرط الاختصاص التشريعي" وقد يكون تحديدهما للقانون الواجب التطبيق ضمنياً، وفي هذه الحالة فإن المسألة تخضع لسلطة القاضي التقديرية بغرض تحديد القانون الواجب التطبيق، والقاضي يستشف المسألة من نيَّة الأطراف، وظروف التعاقد، وملابساته، والعملة التي سيتم الدفع بها، ومكان الدفع، أو التنفيذ، ولغة العقد[1].

فالأصل أن يُحدد القانون الواجب التطبيق لحظة إبرام العقد، ويجوز أن يكون تحديده لاحقاً لإبرام العقد وقبل وقوع النزاع، والأولى أن يقوم أطراف التعاقد باختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعهما إن وقع، والمحكمة المختصة بفض النزاع، أو أية آلية أخرى كالتحكيم والتوفيق.

هذه بعض الجوانب السلبية التي تُصاحب العقود الإلكترونية بمختلف أنواعها، ومسمياتها، ويبدو أن السلبيات تتطور بتطور التقنيات الحديثة.

المطلب الخامس
الوفاء بالتعاقدات الإلكترونية

العقد الإلكتروني، هو العقد الذي يتم إبرامهُ عن طريق وسائط الكترونية وذلك باستخدام تقنيات الاتصال الحديثة، ومن أبرزها وأكثرها تطوراً شبكة المعلومات الدولية "الانترنت" ولما كان العقد الالكتروني يُبرم عبر وسائط الكترونية ويتميز بالسرعة في إبرامه، لذلك كان من الضروري إيجاد وسيلة

---

(1) د/مصطفى موسى العجارمة: التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، ص 194 – 195.

يتم من خلالها الوفاء بالثمن بصورة تتلائم مع طبيعة هذا العقد والوسائل المستخدمة في إبرامه، ولذلك ظهرت طريقة الوفاء أو الدفع الالكتروني.

إن الوفاء الالكتروني يحصل من خلال استعمال النقود الالكترونية "Electronic Money" والتي تعرف بأنها "قيمة نقدية مخزونة على وسيلة الكترونية تستعمل كأداة للدفع ولتحقيق أغراض مختلفة".

ويُلاحظ بأن اللجوء إلى الوفاء بالتعاقدات الالكترونية عن طريق النقود الالكترونية يُسبب الكثير من التحديات والمخاطر، فقد تتعرض البطاقات الالكترونية التي يملكها المستهلك أو التاجر والمخزونة عليها القيمة النقدية إلى خطر السرقة أو التزييف، ويتم معاملتها باعتبارها نقوداً الكترونية أصلية، وقد يحدث أن يتم التزوير عن طريق تعديل البيانات المخزونة على البطاقات الالكترونية أو على البرمجيات أو على القرص الصلب للكمبيوتر الشخصي، كما تُسبب النقود الالكترونية الكثير من المخاطر والتحديات القانونية، والتي تحدث من خلال انتهاك القوانين والأنظمة مثل جرائم غسيل الأموال، وإفشاء أسرار العميل، وقد تحدث هذه المخاطر نتيجة تقنين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة المتعاملة بالنقود الالكترونية بطريقه غير دقيقة.

فضلاً عن ذلك، فان استعمال النقود الالكترونية يزيد من جرائم التهرب الضريبي، إذ يكون من الصعب على الجهات الحكومية المكلفة بجمع الضرائب القيام بربط الضريبة على الصفقات والعقود المبرمة عبر شبكة الانترنت نظراً إلى أن تلك الصفقات والعقود تتم خفية عبر هذه الشبكة.

ولتجاوز التحديات والصعوبات في مجال الوفاء الالكتروني، يجب على السلطات التشريعية إصدار تشريع يتعلق بالمعاملات الالكترونية وخاصة الوفاء أو الدفع الالكتروني، على أن يتضمن هذا التشريع تعريف دقيق للنقود الالكترونية، وبيان التزامات وحقوق الأطراف المتعاملة بالنقود الالكترونية فضلاً على ذلك فإن التعامل بالنقود الالكترونية قد يكون عابراً للحدود، وبالتالي يستلزم أن يتضمن التشريع المتعلق بالمعاملات الالكترونية على النصوص الكفيلة بمعالجة المشكلات التي تنشأ بسبب تدويل التعامل بالنقود الالكترونية وخاصة مشكلة المسؤولية القانونية لكل طرف والمحكمة المختصة بنظر المنازعات التي تثيرها النقود الالكترونية.

ولتجاوز التحديات أعلاه يستلزم الأمر خضوع الجهة المصدرة للنقود الالكترونية للإشراف والرقابة الدقيقة.

المطلب السادس
إثبات العقود الالكترونية

يُعرف الإثبات، بأنهُ إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة في القانون على صحة واقعة قانونية يترتب على ثبوتها ضرورة الاعتراف بالحق الناشئ عنها.

وللإثبات أهمية كبيرة، إذ إن الحق لا يكون لهُ أي قيمة إذا لم يقم الدليل على الواقعة التي يستند عليها، فالدليل قوام الحق ومعقد النفع فيهِ، حتى صدق القول بأن الحق مجرداً من دليله يصبح عند المنازعة فيهِ هو والعدم سواء، ومن الجدير بالذكر، إن مسألة الإثبات في نطاق العقود التقليدية قد تواجه بعض التحديات أو الصعوبات التي تتعلق بإثبات هذهِ العقود وهذهِ التحديات أخذت بُعداً خاصاً في نطاق العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت، وذلك بسبب غياب الوسيط المادي الذي يتم تحرير العقد عليهِ، واتخاذه شكلاً آخر هو الدعائم الالكترونية، مما يثير إشكالية إعطاء وسائل التخزين التقني للمعلومات حجية وسائل التخزين العادي في الإثبات.

فضلاً عن ذلك، فإن المحرر الالكتروني لا يتضمن التوقيع بخط اليد، إذ اتخذ التوقيع شكلاً آخر هو التوقيع الالكتروني، وبذلك يظهر تحدي يتمثل بمدى مساواة التوقيع الالكتروني للتوقيع العادي، خاصة إن اتخاذ التوقيع الشكل الالكتروني وانفصالهُ عن شخصية صاحبهِ يُساعد القراصنة والمتسللين عبر شبكة الانترنت على اختراق أنظمة المعلومات واكتشاف التوقيع أو فك شفرتهِ والاستيلاء عليهِ، مما يؤدي إلى استخدامهِ دون علم أو موافقة صاحبهِ، وقد يقومون بإطلاق الفيروسات عبر شبكة الانترنت والتي تؤدي إلى إتلاف الملفات، مما يؤدي إلى التقليل من قيمة التوقيع الالكتروني كدليل للإثبات.

بالإضافة إلى ذلك، فإن التعاقد عبر الانترنت يثير إشكالية تتمثل باصطناع الخصم دليلاً لنفسهِ وهذا يتعارض مع مبادئ الإثبات التي تقضي بأن الشخص لا يجوز أن يصطنع دليلاً لنفسهِ، فمن المعلوم إن السند الموقع الكترونياً يكون من صنع من أصدرهُ وبالتالي لا يُعتد بهِ ولا يعُتبر دليلاً للإثبات لأن الخصم لا يجوز لهُ أن يصطنع دليلاً لنفسهِ.

ولتجاوز هذهِ التحديات والصعوبات الناشئة عن إثبات العقود الالكترونية، فإن الأمر يقتضي إجراء تعديل تشريعي على قوانين الإثبات من أجل جعل هذه القوانين قادرة على مواكبة التطور التقني في مجال إبرام العقود وإثباتها بالطرق الالكترونية، على أن تتضمن هذه التعديلات التشريعية بيان مفهوم الإثبات الالكتروني ومدى جواز استعمال المحررات الالكترونية كدليل في الإثبات مع الإشارة إلى جواز الإثبات بالوسائل أو الدعائم الالكترونية من

عدمه، وذلك أسوة بالكثير من التشريعات العربية والتي أصدرت قوانين لمعاملات الالكترونية بهذا الخصوص.

فإذا كان المبدأ العام هو وجوب الإثبات بالكتابة، وهو ما أقرته أغلب التشريعات، فإن هذه التشريعات قد خرجت عن هذا المبدأ، خاصة في المعاملات التجارية، وهو ما أكدته المادة 51 من قانون التجارة الأردني رقم (12-1966م) والتي نصت على أنه "لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئياً للقواعد الحصرية الموضوعية للعقود المدنية، فيجوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات، مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة"، والمشرع المغربي بدوره قد تطرق لهذه النقطة خاصة من خلال المادة 334 من مدونة التجارة والتي جاء فيها "تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات، غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك"، وهذا ما يعني أنه إن كان المبدأ في القانون المدني هو الإثبات بالكتابة، فإن المبدأ في القانون التجاري هو حرية الإثبات والاستثناء هو الإثبات بالكتابة(2).

إلا أن مجرد صدور قانون ينظم الأحكام الخاصة بالمعاملات التي يتم إجراؤها عن طريق الأدوات الإلكترونية، ويرتب على ضوئها مسؤوليات والتزامات على أطرافها واجبة النفاذ يُعَد في حد ذاته حجة على الكافة عند إجراء معاملات عبر هذه الوسائط.

وقد رتَّب قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م عدة آثار قانونية على السند الإلكتروني، وكذلك التوقيع الرقمي، وصكوك الوفاء الإلكتروني بالالتزامات.

فقد نصت المادة 10-(5): ((لا ينكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجلات الإلكترونية من حيث صحتها، وإمكان العمل بمقتضاها لمجرد ورودها كلياً أو جزئياً في شكل سجل إلكتروني أو الإشارة إليها في هذا السجل)). ونصت المادة (10) في فقراتها الثانية على أنه متى ما نص القانون على إثبات المعلومات عن طريق الكتابة، أو رتب أثراً قانونياً على عدم

---

(2) د/نور الدين الناصري: "المحررات الإلكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية"، ص 53، مجلة المحاكم المغربية، عدد 112 يناير-فبراير 2008م، مطبعة النجاح الجديدة، د/غازي أبو عرابي والدكتور فياض القضاة، حجية التوقيع الإلكتروني، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الأول، 2003م، ص 169 .

الالتزام بذلك، فإن وردت المعلومات في سجل إلكتروني مستوفٍ لذلك الإجراء يفي بمتطلبات القانون، وكذلك الحال إذا قدمت المعلومات لشخص آخر وفق شرط الكتابة مع مراعاة الشروط التي أوجبتها المادة 10-(3) منه.
وقد جعل القانون للتوقيع الرقمي أثراً قانونياً من حيث صحته، وإمكان العمل بموجبه، كما أن القانون إذا أوجب التوقيع على مستند، أو رتب أثراً قانونياً على خلوه من التوقيع الرقمي عليه يفي بمتطلبات ذلك القانون، وقد ساوى القانون بين حجية التوقيع الرقمي، والتوقيع اليدوي، وفق مقتضيات المادة 8-(3) منه.
وعلى هذا المنوال جعل القانون الصكوك الإلكترونية – المعرف منها وغير المعروف – حجة في الوفاء بالالتزامات المتبادلة بين أطرافها [1].

(1) أ/فيصل سعيد الغريب: "التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات"، ص 215، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، بحوث ودراسات 2005م، د/نور الدين الناصري: "المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة"، ص 65.64، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 12، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1428هـ 2007م، الصفحتين .

الخاتمة

أحمد الله سبحانه وتعالى الذي يسَّر لي إتمام هذا البحث، وأذكر في نهايته أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها وهي ما يلي:

أهم النتائج

أولاً: حاجة الأفراد والمجتمعات والحكومات لمتابعة التطورات التقنية العالمية الحديثة، وهذا يقتضي تطوير الذات، وبنائها على القابلية للاستزادة من العلم والتعلم، واستخدام آلية المرونة في تقبل الآخر، وآلية التواصل معه، بغرض تبادل المنافع والمصالح المشتركة.

ثانياً: إن العقود الإلكترونية تُثير جملة من السلبيات تحتاج لدراسة متأنية، ومستقصية لجميع جوانبها، ومن ثمَّ وضع الحلول المناسبة لكل سلبية على حدة، وذلك بغرض توفير الثقة بين أطرافها، وتسهيل إجرائها.

ثالثاً: أن التعاقد التجاري الذي يتم من خلال شبكة الإنترنت هو تعاقد بين غائبين، تنطبق عليه أحكام التعاقد بين غائبين في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

رابعاً: الحاجة لوضع قواعد قانونية موحدة تحقق الحد الأدنى بغرض ضبط التعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة كافة، بهدف استخلاص أقصى فائدة منها.

أهم التوصيات

أولاً: ضرورة تضمين القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية نصوصاً تحدد بوضوح وجلاء كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الإلكترونية إن وقعت، وكذا تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، مع تعزيز آليات التوفيق والتحكيم ونشر ثقافتهما بين المجتمعات.

ثانياً: أن التعاقد عبر الانترنت يثير الكثير من التحديات ومن أهمها، التحديات في مجال الوفاء بالعقود الالكترونية، وهذا الأمر يتطلب من المشرع التدخل لمعالجة هذه التحديات من خلال إصدار التشريعات في مجال المعاملات الالكترونية، وكذلك من خلال تعديل التشريعات القائمة لكي يجعلها تتلائم مع العقود الالكترونية وبما يواكب التطورات الحاصلة في مجال الوفاء وإثبات العقود الالكترونية.

ثالثاً: يُقترح من أجل نشر الوعي المعلوماتي لدى أفراد المجتمع إقامة مناهج تدريبية تعمل على تشجيع الأفراد على استخدام وسائل الاتصال الحديثة في إبرام العقود المختلفة.

رابعاً : لابد من تفعيل قنوات التواصل والتعاون الدولي في بناء الثقة بين المتعاملين وملاحقة اللصوص والمتطفلين والمتجسسين على المعلومات .

أهم مراجع البحث(1)

أ/إبراهيم معروف: التجارة الإلكترونية والبنوك وتوظيفات استخدام الانترنيت المصرفية عربياً وعالمياً هل ارتقت إلى طابعها الاستثماري.

أ/عادل حامد أبو عزة - بجمعية الحاسبات السعودية- مقال بعنوان : العقود الإلكترونية ، خصائصها والقانون الواجب التطبيق عليها، منشور بمجلة الجزيرة ، العدد 158 ، بتاريخ : 18 ربيع أول 1427هـ - 16 إبريل عام 2006م

أ/فيصل سعيد الغريب: "التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات"،المنظمة العربية للتنمية الإدارية، بحوث ودراسات 2005م.

أحكام القرآن : للإمام أبي بكر أحمد الرازي الجصاص ، طبعة دار الفكر .

التعريفات: لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، الناشر : دار الريان للتراث .

تفسير البغوي المسمى (معالم التنزيل) لحسين بن مسعود البغوي،دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى 1414هـ.

د/ أحمد أبو ستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ، 1945م .

د/ أحمد عبد الكريم سلامة : القانون الدولي الخاص النوعي ، (الإلكتروني – السياحي – البيئي) ، دار النهضة العربية ، عام 2002 م .

د/ أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية ،عام 2000م.

د/ أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، عام 2005 م .

د/ الصالحين محمد أبو بكر العيش: الشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية .

---

(1) هذه المراجع مرتبة ترتيباً أبجدياً .

د/ سمير عبد السميع الأودن : العقد الإلكتروني ، منشأة المعارف 2005م.
د/ عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) الجزء الأول – مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) المجلد الأول ، مطبوعات جامعة الكويت .
د/ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1) المجلد الأول – نظرية الالتزام بوجه عام – المجلد الأول – مصادر الالتزام
د/ عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2002م .
د/ عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، الناشر : دار النهضة العربية ، عام 1974م .
د/ لاشين محمد يونس الغاياتي : دروس في مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى 2001م .
د/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء: التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت ، دار الثقافة والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع الأردن .
د/ محمد السعيد رشدي : التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، 1998م .
د/ ممدوح محمد خيري هاشم : مشكلات البيع الإلكتروني عن طري الإنترنت في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، عام 2000 م0
د/أحمد العجلوني: التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة- دار الثقافة، الأردن، عمان 2002م .
د/إسماعيل غانم: النظرية العامة لمصادر الالتزام، 1968م .
د/جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م .
د/حسن الحفني : التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، الفرص والتحديات،من إصدارات مركز الخليج للدراسات الإستراتيجية 2002م.
د/خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ط1، 2007م .
د/عدنان خالد التركماني : ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الحديثة، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية. 1413هـ.
د/غازي أبو عرابي والدكتور فياض القضاة، حجية التوقيع الإلكتروني، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الأول، 2003م .
د/فاروق الأباصيري : عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية ، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت ، دار النهضة العربية ، عام 2003 م

د/محمد حسين منصور: المسئولية التقصيرية الإلكترونية ،دار الجامعة الجديدة للنشر 2003م .
د/محمد شكري سرور: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، دراسة في قانون التجارة الدولي 1988م.
د/مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، عام 2001م
د/مصطفى أبو مندور موسى: دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية ، دار النهضة العربية، 2000م.
د/مصطفى موسى العجارمة: التنظيم القانوني للتعاقد على شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010م.
د/منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية .
د/نور الدين الناصري: "المحررات الإلكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 112 يناير-فبراير 2008م، مطبعة النجاح الجديدة.
د/نور الدين الناصري: "المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 12، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1428هـ 2007م.
درر الحكام شرح مجلة الأحكام : لعلي حيدر ، الناشر دار الجيل .
سنن ابن ماجه : لأبي محمد بن يزيد القزويني، طبعة دار إحياء التراث العربي – بيروت .
سنن الترمذي : لأبي عيسى الترمذي ، دار الكتب العلمية – بيروت .
القاموس المحيط : لمجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي.
مجلة مجمع الفقه الإسلامي : الدورة السادسة ، المجلد الثاني .
مجلة مجمع الفقه الإسلامي، إصدار/منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة – المملكة العربية السعودية، الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، 1410هـ 1990م، العدد (6) .
المصباح المنير في غريب الشرح الكبير : لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ، الناشر : المكتبة العلمية.
المغرب : لناصر الدين بن عبد السيد أبو المكارم المطرزي ، الناشر : دار الكتاب العربي .
المنثور في القواعد الفقهية : لبدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي ، الناشر : وزارة الأوقاف الكويتية .

الموسوعة الفقهية : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت .
النصوص القانونية:
[1] قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الدولية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1996م.
[2] قانون المعاملات الإلكترونية [السوداني] لسنة 2007م.
[3] القانون المدني المصري .
[4] قانون التجارة الأردني رقم (12-1966م).

مقدمة البحث

المبحث الأول
مفهوم العقـود الإلكـترونية

المطلب الأول: مفهوم العقود التقليدية.....

المطلب الثاني: مفهوم العقد الالكتروني.....

المطلب الثالث: تمييز العقـود الإلكـترونية عن العقود التقليدية.....

المبحث الثاني
أهمية العقود الإلكترونية وطبيعتها

المطلب الأول: أهمية العقود الإلكترونية.....

المطلب الثاني: طبيعة العقود الإلكترونية .....

المبحث الثالث
أهم سلبيات ومعوقات التجارة الإلكترونية

المطلب الأول: أهم سلبيات التجارة الإلكترونية.....

المطلب الثاني: أهم معوقات التجارة الإلكترونية العربية.....

المبحث الرابع
المظاهر السلبية للعقود الإلكترونية

المطلب الأول :التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية.....

المطلب الثاني :"افتراضية" مجلس العقود الإلكترونية.....

المطلب الثالث: هوية أطراف العقود الإلكترونية.....

المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة.....
المطلب الخامس: الوفاء بالتعاقدات الالكترونية.....
المطلب السادس: إثبات العقود الالكترونية.....
الخاتمة
أهم مراجع البحث