

إشكالات العقود الإلكترونية

دمحمود حمودة صالح م نزل (★)

مقدمة:

الحمد لله الذي أحاط بكل شيء علماً، والصلاة والسلام على من أسدرى به ربه ليلاً فاجتاز السماوات العلا في جزء يسير من الليل، وقد رأى من آيات ربه الكبرى، وبعد.

فهذا بحث في إشكالات قانون المعاملات الإلكترونية [السوداني] لسنة 2007م، حفزني لكتابته كثرة التعامل في العقود التي تجري عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة، وما تثيره من إشكالات، 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 يساهم بقسط يسير في تنبيه الذين يتعاقدون إلكترونياً، وأغلبهم من شباب الوسائط المتعددة، حديثي الأسنان.

(★) أستاذ القانون المساعد بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة إفريقيا العالمية، قسم الشريعة والقانون، السودان.

مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد (18) رمضان 1432هـ أغسطس 2011م

قسمت البحث إلى مقدمة، بيّنت فيها السبب الذي دفعني للكتابة في هذا الموضوع، وثلاثة مباحث، الأول عن تعريف العقود الإلكترونية، وخصائصها بغرض تمييزها عن غيرها، والثاني عن وسائل ولغة وطرق التعاقد الإلكتروني، والثالث عن الإشكالات التي يثيرها التعاقد الإلكتروني، ثم ختمت البحث بخاتمة ضمنيتها أهم ما خلصت إليه من نتائج ثم حلّيته يثبت للمصادر والمراجع التي استعنت بها في كتابته.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول

تعريف العقود الإلكترونية وخصائصها

{أ} تعريف العقود الإلكترونية:

العقد لغة هو: وصل طرفي الشيء بعقدة تمسكهما، والعقد يعني التأكيد⁽¹⁾. والالكترون عبارة عن دقيقة ذات شحنة كهربائية سالبة، وشحنتها هي الجزء الذي لا يتجزأ من الكهربائية⁽²⁾. أما وصف العقد بأنه إلكتروني فهذا تعبير عن المجال، أو الوسيلة التي يتم في إطارها العقد، أو بواسطتها.

العقد 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.

هو ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات على وجه يثبت أثره في المعقود عليه⁽³⁾.

(1) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية: 426.

(2) المصدر السابق: 23.

(3) انظر: م/4، قانون المعاملات الإلكترونية [السوداني] لسنة 2007م.

وتعدّ رسالة البيانات وسيلة للتعبير عن الإرادة كلياً أو جزئياً -
بغرض إبداء الإيجاب والقبول، بقصد إنشاء التزام تعاقدي⁽¹⁾.

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 الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي⁽²⁾.

وعرّف العقد الإلكتروني بأنه هو: ((العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات بقصد إنشاء التزامات تعاقدية))⁽³⁾.

ويعتبر العقد الإلكتروني من عقود المسافة "العقود عن بعد Remote Contracts" وقد عرّف المُشرّع الكندي في القانون الخاص بولاية كويبيك Quebec لحماية المستهلك التعاقد عن بُعد، في القسم (20) بأنه: ((تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون وجود⁽⁴⁾ مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول، أو حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين))⁽⁵⁾.

(1) انظر: م/3، المرجع السابق.

(2) م/2، تفسير، المرجع نفسه.

(3) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: 74.

(4) الصواب لغة وجود (الكاتب).

(5) د. خالد ممدوح إبراهيم، العقد الإلكتروني: 73.

وعرّف بعض الفقهاء الأمريكيان العقد الإلكتروني بأنه: "هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً، ومعالجة إلكترونيًا، وتنشئ التزامات تعاقدية"⁽¹⁾.

يلاحظ أن هذا التعريف يتناول عقد البيع الإلكتروني فقط، دون بقية العقود الإلكترونية الأخرى، مثل عقد النقل البحري، وعقد الإيجار، وعقود إجراء العمليات الطبية، وعقود إنشاء المواقع الإلكترونية، وعقود الائتاق بالمؤسسات التعليمية، وعقود العمل والخدمات⁽²⁾ وغيرها.

وقد أجاز قانون المعاملات الإلكترونية [السوداني] لسنة 2007م، إجراء جميع العقود عبر الوسائل الإلكترونية ولم يستثن غير عقدي الزّواج والطلاق فقط. حيث نصت المادة (29):

(1) تطبق أحكام قوانين المعاملات المدنية، والإثبات والإجراءات المدنية فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون.

(2) يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون أحكام الزواج والطلاق).

(1) د. خالد ممدوح، المرجع السابق: 73.

(2) انظر: المصدر السابق: 36، ود. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد على شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010م: 30.

ولما كانت العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت تمتاز بأنها تتم - غالباً - على المستوى الدولي فقد ربط بعض الفقهاء تعريف العقد الإلكتروني بالتجارة الدولية الإلكترونية فعرف العقد التجاري الإلكتروني بأنه: ((هو العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول أشخاص في دول أخرى، وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة - ومنها شبكة المعلومات الدولية الانترنت - بعد إتمام العقد))⁽¹⁾.

تشمل عملية التعاقد الإلكتروني: الإيجاب والقبول والوعد بالتعاقد والعروض، والإعلانات عن السلع والخدمات، وطلبات الشراء الإلكترونية والفواتير الإلكترونية، وأوامر الدفع الإلكتروني، وغيرها، ويدخل في نطاقها الاتصالات والرسائل والبيانات الإلكترونية المتبادلة بين منشأة تجارية، ومنشأة تجارية أخرى، ولا يشمل الاتصالات داخل المنشأة الواحدة⁽²⁾.

غير أن بعض الفقه الأمريكي ذهب إلى القول بتضمين التجارة الإلكترونية داخل المنشأة الواحدة، وأطلق عليه اسم التجارة الإلكترونية البينية "Intra-organizational E-Commerce" ويدخل في هذه الصورة المنظمات العالمية التي تستخدم تكنولوجيا الإلكترونيات للاتصال بين فروعها، أو أقسامها، أو الشركات التابعة لها⁽³⁾.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي)، دار النهضة العربية، ط1، 2001م، 68.

(2) د. خالد ممنوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: 73 - 74.

(3) المرجع السابق: 67.

إن من القواعد المقررة في النظرية العامة للعقد أن العقد يتمثل في:

ارتباط إرادتين أو أكثر بغرض إحداث أثر قانوني معين.

العقد شريعة المتعاقدين ما لم يخالف الشرع، أو يخالف نصاً قانونياً، أو يخالف النظام العام والآداب. وهذه القاعدة هي المسماة في الدول الأنجلو- أمريكية بقاعدة قانون العقود " The Law of the Contracts".

العقد من حيث تكوينه إما أن يكون: ضائياً، أو شكلياً، أو عينياً .

العقد من حيث أثره إما أن يكون: ملزماً للطرفين، أو ملزماً لطرف واحد.

العقد من حيث العوض إما أن يكون عقد معاوضة، أو عقد تبرع، أو عقد مكارمة.

العقد من حيث تكييفه الفقهي إما أن يكون: عقداً فورياً، أو عقداً مستمراً، أو عقداً محدداً، أو احتمالياً .

العقد التجاري، والمدني، والتجاري هو ما كان موضوع الالتزام فيه عملاً تجارياً، أما المدني فموضوع الالتزام فيه عمل مدني. وأن أهم

أثر لهذا التقسيم هو الإثبات: فالعقد التجاري يصلح إثباته بكل طرق الإثبات، بينما العقد المدني قد يشترط في إثباته الكتابة أحياناً⁽¹⁾.

وأن العقد الإلكتروني لا يخرج عن هذه القواعد في بنائه، وتركيبه، وأنواعه ومضمونه، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد.

كان العقد الإلكتروني إلى وقت قريب – وما زال في بعض الدول – يعدّ من العقود غير المسمّاة.

{ب} خصائص العقود الإلكترونية:

يمتاز العقد الإلكتروني عن العقود التقليدية بالميزات التالية:

[1] يتم التعاقد في مجلس عقد حكومي⁽²⁾، "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 والعقد شفاهة، وبطريقة مباشرة، بحيث يكون وجودهما معاً وجوداً مادياً

(1) انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت: 111 - 112.

(2) أبو سنتيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، 1945م: 27، ود. إسماعيل غانم، النظرية العامة لمصادر الالتزام، 1968م: 39. والعقد المسماة هي العقود التي نص المشرع على الأحكام الخاصة بها في القانون (الكاتب).

محسوساً، ويسمى التعاقد في هذه الحالة بالتعاقد بين الحاضرين⁽¹⁾. ومجلس العقد في التعاقد الإلكتروني مجلس حكمي، ويقصد به المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، ويتم التعاقد فيه عن طريق الكتابة، أو الرسول، أو ما يقوم مقامهما. ويعرف بالتعاقد بين الغائبين⁽²⁾.

عبر وسائل اتصال تكنولوجي يتم تبادل الإيجاب والقبول إلكترونياً، عبر شبكة الإنترنت، ويكون طرفا التعاقد في مكانين مختلفين وقد يكونان في زمانين مختلفين بحيث يخاطب أحدهما صاحبه نهائياً بينما يخاطبه الآخر ليلاً.

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

والعقد الإلكتروني فيه شبه ببعض العقود التي تتم عن بعد، مثل التعاقد بالمانتيل Minitel أو الفاكس، أو التلفون، أو المراسلة (الكتلوج).

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

(2) المرجع السابق: 525.

[2] العقد يبرم باستخدام الوسائل الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت:

فهو لا يختلف عن العقود التقليدية من حيث موضعه لكنه يختلف عنها من حيث طريقة إبرامه، حيث تختفي فيه الكتابة باعتبار أنها أهم وسائل التعبير عن الإرادة، وهي من أقوى طرق الإثبات، وأنها حجة على طرفيها إذا كان سند إثباتها عرفياً، وحجة على الكافة إذا كان سند إثباتها رسمياً⁽¹⁾. وفي العقد الإلكتروني تختفي المستندات الورقية (الدائم الورقية)، وتبرز الدائم الإلكترونية مكانها، وهذا يقتضي تكيف 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 لا بد من النظر في إسناد المستندات الإلكترونية إلى الشخص الذي صدرت عنه، فربما يكون الموقع الإلكتروني مملوفاً له، ولكن قد يصدر السند عبر الموقع عن شخص فضولي، غير مخول 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

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

الدالة على مقصودها، سواء أتم الاتصال بالوسائل السلوكية، أو اللاسلوكية، أو عبر الأقمار الاصطناعية، أو غيرها.

[3] يغلب على التعاقد الإلكتروني 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.

[4] العقد الإلكتروني عقد دولي:

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 يُمكن من إجراء عقود مختلفة بين أطراف في دول متعددة، وبين أشخاص يغلب عليهم أنه لا يعرف بعضهم بعضاً، وهذا أمر يثير عدة مشاكل منها:

مدى أهلية المتعاقدين.

كيفية معرفة شخصية الطرف الآخر وكيفية التحقق منها.

مدى الملائمة المالية للطرف الآخر، وما هي حقيقة مركزه المالي؟.

تحديد القانون الواجب التطبيق، وتحديد المحكمة المختصة عند نشوء نزاع بين الطرفين.

[5] الوفاء بالالتزامات يتم عن طريق الدفع الإلكتروني "Electronic Payment System":

يتم السداد في العقود الإلكترونية عن طريق: البطاقات البلاستيكية "البنكية"، مثل: Visa Card و The Master Card و The Carrier Card و بطاقة الصراف الآلي ATMS، والبطاقات الذكية، والتي من صورها الموندكس Mondex Card. وكذلك الأوراق التجارية الإلكترونية وهي نوعان:

الكمبيالات الإلكترونية.

السند الإذني الإلكتروني "LCR".

والكمبيالات الإلكترونية نوعان:

الكمبيالة الإلكترونية ذات الدعامة الورقية.

الكمبيالة الإلكترونية المغنطيسية.

إن استخدام الكمبيالات الإلكترونية يقتضي موافقة أطراف العقد، خاصة الطرف المسحوب عليه.

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".

إن عملية 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 الصراف الآلي (ATM) Automatic Teller Machine، وخدمة نقاط البيع (POS) Points Of Sales، 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".

وبما أن الوفاء بالالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد يتم عن طريق الوسائط الإلكترونية فإن هذا الأمر يثير عدة مشاكل تقتضي البحث.

[6] يكون الإثبات عن طريق المستند الإلكتروني:

تمتاز العقود الإلكترونية على العقود الورقية "التقليدية" بأن وسيلة الإثبات فيها هي الدعائم الإلكترونية الموقَّع عليها إلكترونياً، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضيف 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 وقد نصَّ قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م [السوداني] على تكوين لجنة قومية تختص بالتصديقات الخاصة باستخدامات الوسائل الإلكترونية⁽¹⁾.

[7] يتم تنفيذ العقد 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 تسلم تسليمياً حكماً: مثل برامج الحاسب، والتسجيلات، والكتب، وكذلك بعض الخدمات مثل: الاستشارات الفقهية، والقانونية،

(1) انظر: قانون المعاملات الإلكترونية، المادة (2) اللجنة، والمواد: 14 - 20.

والطبية، حيث يكون بإمكان العميل نسخ البرنامج Software على شبكة الإنترنت عن طريق تنزيل البرنامج Download.

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

[8] اقتران العقد الإلكتروني بحق العدول Right of Repent:

تقرر القواعد العامة للنظرية العامة للعقود 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⁽¹⁾.

وقد نصَّ قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م على تطبيق أحكام قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، وقانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، وقانون الإثبات لسنة 1994م، على المسائل التي لم يرد بها نص فيه⁽²⁾. وقد نص قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م على

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

(2) انظر: م/29-1) والتي تنص على: ((تطبق أحكام قوانين المعاملات المدنية، والإثبات، والإجراءات المدنية فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون)).

الأحكام الخاصة بالخيارات في المواد 103 وحتى 110، حيث أوجبت المادة 108 حق خيار الرؤية لمن صدر له التصرف.

هذه المسائل تمثل أهم خصائص العقد الإلكتروني التي تميزه عن العقود التقليدية. وهي تثير جملة من الإشكالات التي تقتضي البحث عن معالجات لها.

المبحث الثاني

وسائل ولغة وطرق التعاقد الإلكتروني

{ وسائل التعاقد الإلكتروني:

يتم التعبير عن الإرادة إلكترونياً عبر عدة وسائل منها: تبادل رسائل البيانات، وتمثل رسائل البيانات إحدى طرق التعبير عن الإرادة، ولما كانت البيانات تنقل إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت، فإنه يتعذر معها معرفة كل طرف من أطراف التعاقد للطرف الآخر وتبين هويته ومدى ملائمة المالية للدخول في التزامات متبادلة مع غيره، وهذا أمر متعذر يشكك في صحة الإرادة، وفي نسبتها إلى مصدرها مع وجود احتمال خطأ، وتحريف في نقل الإرادة أو اختراق طرف ثالث لموقعي طرفي التعاقد، وبالتالي فإن التعبير عن الإرادة يكون محل شك كبير، كما أن أهلية المتعاقدين غير معلومة بوجه دقيق.

لهذا وجب البحث عن الضوابط التي تكفل صحة الإرادة التعاقدية، وصحة التعبير عنها، والتأكد من نسبتها إلى مصدرها حتى يمكن إسناد المسؤولية إليه إن وقع خطأ ما، أو تم تحريف في مضمون الإرادة.

يتطلب العقد الإلكتروني توثيق الإرادة الإلكترونية بتوقيع شخص، أو جهة مخوّل لها التوقيع على السند الإلكتروني. وهذا الأمر يقتضي تسجيل الإرادة في سجل يسهل الرجوع إليه. ولهذا لا بد من بحث وسائل التعاقد الإلكتروني.

لما كانت العقود الإلكترونية الدولية تعتمد أساساً على تكنولوجيا التبادل الإلكتروني للبيانات (Electronic Data Interchange Standard) (EDI Format) أي "عقود أنموذجية" عبر أجهزة الكمبيوتر المملوكة لأطراف التعاقد من خلال شبكة الإنترنت، دون حاجة للمستندات الورقية. فإن وسائل التعبير عن التعاقد تأخذ الشكل الإلكتروني.

إن أهم وسائل التعبير الإلكتروني عن التعاقد تتمثل في: "رسائل بيانات التبادل الإلكتروني للبيانات" ويتم تبادل رسائل البيانات عبر عدة طرق منها: البريد الإلكتروني، وإرسال الرسائل عبر الموقع، وغيرها.

إن تبادل البيانات إلكترونياً هو: مجموعة من المعايير المستخدمة في تبادل معلومات المعاملات الإلكترونية بين أجهزة الكمبيوتر التابعة للشركاء التجاريين، وتنفيذ الصفقات التجارية بطريقة إلكترونية.

وتنقل البيانات الإلكترونية عبر مواقع الويب Web باستخدام برامج التصفح مثل: Netscape Communication or Internet Explorer.

يتم تحويل البيانات، والملفات استثناء لبروتوكول نقل النص الفائق السرعة (HTTP) (Hyper Text Transfer Protocol)، وكذلك استخدام بروتوكول نقل الملفات (FTP) (File Transfer Protocol).

إن نظام تبادل البيانات يحتاج إلى:

إحسان اختيار مكوناته وعناصر نظامه.

توفير إجراءات الرقابة والحماية الملائمة، ولكنه يثير مشكلة تتمثل في مدى حجية رسائل البيانات، وما قيمتها الإثباتية؟.

عرف قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996م رسالة البيانات بأنها: ((المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو تسلمها، أو تخزينها، بوسائل إلكترونية، أو ضوئية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك - على سبيل المثال لا الحصر - تبادل البيانات إلكترونياً، أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التلكس، أو النسخ البرقي))⁽¹⁾.

(1) م/2 قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الدولية لسنة 1996م.

وعرّف قانون المعاملات الإلكترونية [السوداني] لسنة 2007م رسالة البيانات بالآتي:

((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 الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي))⁽¹⁾.

وعرّف المعلومات بأنها: ((يقصد بها البيانات، والنصوص والصور، والأشكال، والأصوات، والرموز، وقواعد البيانات، وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك))⁽²⁾.

وعرّفها قانون المعاملات التجارية الإلكترونية [الأمريكي] لسنة 1999م بأنها: ((تشمل البيانات والكلمات والصور، والأصوات والرسائل، وبرامج الكمبيوتر، والبرامج الموضوعة على الأقراص المرنة، وقواعد البيانات، أو ما شابه ذلك))⁽³⁾.

(1) المادة (2) تفسير، قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م.

(2) المادة (2) تفسير، المرجع السابق.

(3) المادة (2 - 80).

Information means: data, Images, sounds, codes, computer programs, software, database, or the like⁽¹⁾.

والتبادل الإلكتروني للبيانات هو: نقل المعلومات إلكترونياً من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات⁽²⁾.

وعرّف التبادل الإلكتروني للبيانات بأنه: ((إرسال بيانات المعاملات التجارية، والإدارية من جهاز كمبيوتر إلى آخر باستعمال نموذج معدّل لنقل تلك البيانات))⁽³⁾.

{ب} لغة التعبير عن التعاقد الإلكتروني:

إن واحدة من أهم إشكالات التعاقد الإلكتروني هي اللغة التي يتم بها التفاوض ثم الاتفاق فالتعاقد، وقد سعت جهات دولية، ومنظمات متخصصة لوضع قواعد أنموذجية توحد بمقتضاها لغة التفاوض، والاتفاق والتعاقد الإلكتروني، بغرض تفادي سوء الفهم، والاختلاف في تفسير العقد الإلكتروني، حيث تبنت غرفة التجارة الدولية أول محاولة لتوحيد قواعد السلوك الموحدة للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية بواسطة الإرسال عن بعد سنة 1987م.

(1) Section 2/10 Uniform Electronic Transaction Act.

(2) المادة (2-2)، قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996م.

(3) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: 124.

إن تبني غرفة التجارة الدولية لتوحيد قواعد السلوك الخاصة بتبادل البيانات الإلكترونية التجارية عن طريق الإرسال عن بعد عرضه التوصل إلى أنموذج نمطي لاتفاقات أو أنظمة تبادل البيانات إلكترونياً، لتقوم الأطراف المعنية باختيار ما يناسبها من نصوص تحقق أهداف العلاقة بينهما، وغيرها من الجهات.

واستخدام العقود النمطية، التي تستخدم فيها مصطلحات قانونية ذات مفاهيم متعارف عليها لغوياً هدفه توحيد طريقة تفسير العقد، وتفادي الاختلاف في الفهم أو سوءه الذي يحدثه الاختلاف في المفاهيم اللغوية للألفاظ والعبارات، والشروط الواردة في العقد.

مع وجود هذه القواعد التي وضعت بغرض توحيد لغة التبادل الإلكتروني للبيانات، ومن ثم التعاقد الإلكتروني، إلا أن هذا النظام له بعض السلبيات منها أنه:

عرضة للاختراق، وسرقة المعلومات أكثر مما هو في النظام التقليدي، لهذا فإنه يستخدم لغة التشفير لحماية نفسه من ذلك.

يحتاج توثيق العقد الإلكتروني لجهة رسمية تعتمده.

جهالة طرفي العقد.

{ج} طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة:

بما أن الاتفاقيات الدولية، والقوانين الإلكترونية الخاصة أجازت إجراء العقود بالوسائل الإلكترونية، فإن أي وسيلة تنقل عبرها رسالة البيانات تعتبر طريقاً يعبر به عن الإرادة العقدية.

وقد نص قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م على اعتبار أن رسالة البيانات وسيلة للتعبير عن الإرادة حيث ورد فيه:

((م/3: تعتبر رسالة البيانات وسيلة:

(ب) للتعبير كلياً، أو جزئياً عن الإرادة لإبداء الإيجاب، والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي)).

اعتمد هذا النص رسالة البيانات وسيلة للتعبير عن الإرادة، 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 الإلكتروني، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي))⁽¹⁾.

إن رسالة البيانات حسب نص المادة 3-(ب) أعلاه تعتبر وسيلة للتعبير عن الإرادة، ولكن نص المادة (2)-تفسير، رسالة البيانات تحدد

(1) م/2- تفسير، قانون المعاملات الإلكترونية [السوداني] لسنة 2007م.

أن رسالة البيانات هي المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها، أو تسلمها، أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو بصرية، أو وسائل تقنية أخرى.

ويبدو أن وسائل التعبير الإلكتروني عن الإرادة حسب نص المادة (2) تفسير، رسالة البيانات هي:

الطرق الإلكترونية الخاصة بتبادل البيانات.

البريد الإلكتروني.

البرق.

التلكس.

النسخ البرقي.

وبما أن القانون لم يورد أيّة وسائل أخرى، فإن وسائل التعبير عن العقود التقليدية التي نص عليها قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م⁽¹⁾ تصلح للتعبير الإلكتروني عن الإرادة حسب نص المادة 29-(1) من قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م والتي نصّت على أنه:

(1) نصت المادة (35) معاملات مدنية على الآتي:

(1) يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة، وبالإشارة المتداولة عرفاً، ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، كما يكون باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود

(2) يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.

(3) إذا اشترط القانون الكتابة فلا يعتد بأي وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الإرادة).

مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد (18) رمضان 1432هـ أغسطس 2011م

((تطبق أحكام قوانين المعاملات المدنية، والإثبات، والإجراءات المدنية فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون)).

وقد اشتهرت عدة طرق خاصة بالتعبير الإلكتروني لأن الإرادة هي:

التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني E-Mail.

التعبير عن الإرادة عبر الموقع Website.

التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة Internet Relay
.Chat IRC

التعبير عن الإرادة عن طريق التنزيل عن بعد Downloading.

وسوف أتناول هذه الطرق الأخيرة بالدراسة.

[1] التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني E-Mail⁽¹⁾:

إن التعبير عن الإرادة العقدية يصلح لكل ما دلَّ على مقصود طرفي العقد، من قول، أو فعل، أو إشارة مفهومة عرفاً وغيرها، وهذا ما

(1) انظر: د. مصطفى موسى العجاردة، التنظيم القانوني للتعاقد: 74.

ذهب إليه الفقه المالكي والحنبلي⁽¹⁾، ويوافقه القانون⁽²⁾، فعليه يجوز العقد عن طريق البريد الإلكتروني وغيره.

والبريد الإلكتروني هو المكافئ الإلكتروني للبريد العادي، لذا تطبق عليه القواعد الخاصة بأحكام البريد العادي. ونظام البريد الإلكتروني يتيح لطرفيه إمكانية التواصل بينهما مع وجود الفواصل المكانية الشاسعة، والزمانيّة المختلفة، دون تحقق الوجود المادي الفعلي لهما معاً .

يقتضي التواصل عبر البريد الإلكتروني وجود العنوان البريدي الخاص بكل طرف، والذي يتكون من ثلاثة أجزاء عادة هي: اسم الدخول Login Name، العلامة الدولية @، واسم الحقل Domain Name لذلك الطرف.

ويمتاز نظام البريد الإلكتروني بإمكانية استخدامه بين أي نوع من أجهزة الكمبيوتر، ويمتاز بنقل أو إرسال كافة المستندات والأوراق والعقود، سواء أكان ذلك في مرحلة التفاوض، أو مرحلة الاتفاق (المشروع)، أو مرحلة إبرام العقد، أو مرحلة تنفيذه، أو مرحلة التحكيم، أو مرحلة إنفاذ أحكام المحاكم، والمحكمين، أو الطعون. ويمتاز أيضاً بسرعة إيصال الرسائل والمستندات للطرف الآخر بسرعة فائقة.

(1) انظر: الشيخ الدردير، الشرح الصغير: 14/3، والفواكه الدواني: 78/2، وابن تيمية، مجموع الفتاوى، مجلد 29: 7/9، 8، 13.

(2) م/35، قانون المعاملات الإلكترونية، ود. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: 165-167.

ويتبع الشخص المشترك في شبكة الإنترنت، أو المستخدم لها عبر مواقع تقديم خدماتها إجراءات معينة لنقل رسالة للطرف الآخر.

وتستخدم الكتابة للتعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني، ولما كانت المراسلات عبر البريد الإلكتروني يغلب على مرسلها الوجود في أمكنة مختلفة ومتباعدة فقد اعتمد نظام زمني ليجنب احتمال أي لبس، أو غموض حول زمن انعقاد العقد الإلكتروني. وهو النظام العالمي الزمني، وهو توقيت جرينتش ويرمز له بالرمز: (GMT).

[2] التعبير عن الإرادة عبر الموقع Web-Site⁽¹⁾:

ومصطلح الـ Web-Site يختلف عن مصطلح الإنترنت وInternet، فالويب سايت وسيلة ضمن وسائل الاتصال التي تستخدم شبكة الإنترنت، ويمثل الـ Web-Site الوسيلة الأكثر شيوعاً عبر شبكة الإنترنت.

يتكون الموقع "Web-Site" من مجموعة من الصفحات وصفحة رئيسية Home Page. ويكون التعبير عن الإرادة عبر الموقع بطريقة الـ Ok-Box :-

الكتابة.

(1) انظر: د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت: 76، ود. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: 170.

النقر على زر الموافقة Icon click.

الضغط على المؤشر "الفارة" في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الموقع Web-Site.

عند اختيار السلعة تظهر صفحة جديدة بها العقد النموذجي "عقد إذعان" فإن قبل الموجب إليه لا بد أن يعبر عن إرادته بإبداء رغبته الجادة في الدخول في التعاقد، ويكون ذلك بأحد الوسائل التالية:

الضغط على زر الموافقة مرتين Double Click.

بث رسالة إلكترونية تفيد القبول والرغبة الجادة في إتمام العقد.

استخدام بعض الإشارات، أو الرموز المتفق عليها، أو المتعارفة بين مستخدمي شبكة الإنترنت، كالوجه المبتسم للدلالة على القبول مثلاً .

وتقوم هذه الإشارات مقام الإشارة التقليدية تماماً .

[3] التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة Internet Relay Chat "IRC"⁽¹⁾.

يمكن برنامج IRC مستخدم شبكة الانترنت من التحدث مع شخص آخر عن طريق الكتابة، فإذا أضيفت للجهاز كاميرا رقمية أمكن لكل

(1) انظر: د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت: 79، ود. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: 171.

طرف مشاهدة الطرف الآخر، وهنا يمكن التعبير عن الإرادة باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة.

وهذه الطريقة تستخدم لعقد المؤتمرات بين أشخاص في مواقع، وأماكن مختلفة، وتستخدم - أيضاً - لعقد الاجتماعات، وهي تحقق التعاصر الزمني بين أطراف العقد.

[4] التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد Download⁽¹⁾:

في هذه الطريقة يتم نقل، أو استقبال، أو تنزيل أو نسخ رسالة أو برنامج، أو بيانات، أو معلومات إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالعميل. وهو ما يسمى في عقود التجارة الإلكترونية بالتسليم المعنوي "الحكمي".

هذه الطريقة تمكن طرفي التعاقد من إبرام العقد وتنفيذه دون اللجوء إلى العالم الخارجي.

ويختلف برنامج التنزيل عن بعد "Download" عن برنامج التحميل عن بعد "Upload" فالتحميل عن بعد هو عملية إرسال ملف، أو برنامج إلى آخر.

والتعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد، هو الذي يعبر عنه باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة مقصود المتعاقدين.

(1) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق: 172.

مثال: أن يعرض الموجب على القابل بيع نسخة من أوراق مؤتمر علمي، فيقوم القابل بتسجيل رقم بطاقته الائتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة. فيتم خصم قيمة المبيع من رصيد القابل فوراً عن طريق التحويل الإلكتروني للأموال، فيقوم الموجب بنقل المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل عبر الإنترنت.

يلاحظ أن أغلب سكان العالم الثالث لا يملكون بطاقات ائتمانية، وليس لديهم خدمات إنترنت شخصية، وهذه - فضلاً عن ضعف مقدراتهم في استخدام الإنترنت - تشكل معضلة تعيق استفادتهم من هذه الوسيلة. وتعتبر من إشكالات التعاقد الإلكتروني.

كما أن أغلب دول العالم الثالث - خاصة الفقيرة منها - لا توجد بها جهات رسمية يسند إليها اعتماد التوقيعات الإلكترونية.

المبحث الثالث

إشكالات التعاقد الإلكتروني

يثير التعاقد الإلكتروني عدة مشاكل، وذلك لأنه عقد يقع عن بعد، أي بين عاقدين غائبين عن بعضهما، وهو عقد يقع في مجلس تعاقد حكومي، كما أن إجراءه يتم عن طريق وسائل اتصالات إلكترونية وآليات جامدة، وهو عقد يقع بين عاقدين ينتميان لدولتين مختلفتين، ويتبع كل

واحد منهما نظاماً قانونياً مختلفاً عن الآخر، وهذا أمر يثير مشكلة تنازع القوانين، وتحديد القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بفض النزاع إن وقع، وبما أنه عقد يقع بين غائبين، فهذا أمر يثير مشكلة تحديد هويتهما، والتأكد من شخصيتهما، ومدى ملائمتها 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.

هذه الإشكالات سوف نتناولها بالبحث في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م، والتشريعات السودانية ذات الصلة به.

{أ} إشكالية التعبير الإلكتروني عن الإرادة:

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

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 1410 هـ - 1990م، إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة واستثنى منها ثلاثة عقود هي عقد الصرف لوجوب التقابض، وعقد السلم لوجوب حلول رأس المال، وعقد الزوّاج لوجوب الإشهاد والإشهار⁽¹⁾.

وقرر قانون المعاملات الإلكترونية الموحد الصادر عام 1999م صراحة جواز التعاقد الإلكتروني، حيث قرر أن التسجيل الإلكتروني يعادل المستند المكتوب بالخط اليدوي، أخذاً بمبدأ المعاملة المتساوية، أو التنظير الوظيفي (Functional Equivalent) بين السجلات المكتوبة والسجلات الإلكترونية.

وأقرّت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري⁽²⁾. حيث أجازت أن يكون الإيجاب والقبول بالهاتف، أو التلكس، أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري،

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

(2) انظر: م/20-1، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980م، ود. محمد شكوي سرور، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، دراسة في قانون التجارة الدولي، 1988م: 87. ود. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: 167.

والفقرة الأخيرة هذه وضعت لإدخال أي وسيلة اتصال يمكن اختراعها مستقبلاً ، ويدخل فيها الشبكة الإلكترونية.

ونص قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية 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⁽¹⁾ وهذا يستفاد منه جواز التعبير عن الإرادة العقدية بطريقة إلكترونية)).

أجاز قانون المعاملات الإلكترونية [السوداني] التعاقد عن طريق الوسائل الإلكترونية حيث نص على الآتي⁽²⁾:

((المادة 3- تعتبر رسالة البيانات وسيلة:

{أ} للإعلان عن تقديم خدمة، أو سلعة.

{ب} للتعبير كلياً أو جزئياً عن الإرادة لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي)).

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

(2) قانون المعاملات الإلكترونية [السودانية] لسنة 2007م.

ونص على صحة العقود الإلكترونية ونفاذها متى ما ارتبط القبول بالإيجاب، حيث ورد فيه:

((المادة (4):

[1] تكون العقود الإلكترونية صحيحة ونافذة عند 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 على الآخر.

[2] على الرغم من أحكام البند (1) يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على أن يكون العقد صحيحاً، ونافذاً إذا تم التعبير عن الإرادة جزئياً عبر رسالة البيانات)).

ومنع القانون انعقاد عقدي الزواج والطلاق عن طريق وسائل وآليات الاتصال الحديثة حيث ورد فيه:

((المادة (29):

[1] تطبق أحكام قوانين المعاملات المدنية والإثبات والإجراءات المدنية فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون.

[2] يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون أحكام الزواج والطلاق)).

ولم يستثن القانون من تطبيق أحكامه، أحكام عقدي الصرف، والسلم الذين استثنتهما فتوى مجمع الفقه الإسلامي بجدة عام 1410 هـ - 1990م، آفة الذكر.

تجزير 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 الوسائل التي تجري بها العقود الإلكترونية، وقررت اتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بضمان الاطمئنان لتلك الوسائل، وجرمت كل من يتعدى، أو يعتدي على تلك الوسائل⁽¹⁾.

(1) انظر: قانون المعاملات الإلكترونية [السوداني] لسنة 2007م، المواد (8) الأثر القانوني للتوقيع الرقمي، و(9) سرية المعلومات، و(10) الأثر القانوني للسجلات الإلكترونية، و(12) حجية الوفاء الإلكتروني ووسائله، و(13) التزامات المؤسسات المالية، و(28) العقوبات. وقانون جرائم المعلوماتية [السوداني] لسنة 2007م، المواد من (4) - 26.

{ب} إشكالية مجلس العقد في العقود الإلكترونية:

بيّن الفقهاء المسلمون القدامى 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، وبالشئ 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⁽¹⁾.

وقد عُرّف مجلس العقد بأنه: ((مكان وزمان التعاقد، والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة، وينفض بانتهاج الانشغال بالتعاقد))⁽²⁾.

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

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

(2) المرجع السابق: 128.

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

تحصر بعض القوانين الوضعية فكرة مجلس العقد في ما 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⁽¹⁾.

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.

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

نصت المادة (43) من قانون المعاملات المدنية [السوداني] لسنة 1984م على إجازة التعاقد بين الغائبين، حيث ورد فيها:

(1) د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق: 287، ومحمد صالح علي (المحامي)، شرح قانون المعاملات المدنية، دار جامعة أم درمان الإسلامية للطباعة والنشر، الباب الثاني، العقد: 36 وما بعدها.

(1) يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص [أظن الصواب أو عرف] يقضي بغير ذلك.

(2) يفترض أن الموجب قد علم بالقول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول)).

تثبت الفقرة الأولى أن العقد يكتمل، وتترتب عليه آثاره بمجرد علم الموجب بقبول القابل، ما لم يوجد اتفاق أو نص، وكذا عُرف يقضي بخلاف ذلك، وهذا أخذاً بنظرية العلم بالقبول⁽¹⁾. ومجلس العقد هنا مجلس حكمي.

وبما أن المادة 29-(1) معاملات إلكترونية قضت في فقرتها الأولى بتطبيق أحكام قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، وبما أن قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م لم ينص صراحة على التعاقد بين الغائبين إلا أنه نصَّ على الأحكام المتعلقة بحكم تعاقدتهما حسب النص التالي:

م/4 صحة العقود الإلكترونية:

(1) تكون العقود الإلكترونية صحيحة ونافذة عند ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن

(1) انظر: بحث د. الواثق عطا المنان محمد أحمد، انعقاد العقد الإلكتروني (76-117)، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، عدد محرم 1430 هـ - ديسمبر 2008م: 108.

إرادتين متطابقتين على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه الآخر.

(2) على الرغم من أحكام البند (1) يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على أن يكون العقد صحيحاً وناظاً إذا تم التعبير عن الإرادة جزئياً عبر رسالة البيانات)).

وحدد نص المادة (5) معاملات إلكترونية بأن وقت صدور الإيجاب في العقود الإلكترونية، التي يتم إجراؤها عبر رسالة البيانات هو:

وقت إرسالها في نظام معلومات لا يخضع لسيطرة منشئ الرسالة، أو من ينوب عنه.

وقت إدخالها في النظام المذكور في الفقرة (أ) أعلاه.

ما لم يتفق طرفا التعاقد على غير ما ورد في الفقرتين (أ) و (ب) أعلاه.

كما حدد نص المادة (5) أعلاه أن وقت تسلّم الإيجاب بواسطة القابل هو اللحظة التي يتم فيها إرساله، أو إدخاله في نظام معلومات سبق للطرفين الاتفاق على استخدامه، أو دخل نظام معلومات للمرسل إليه (القابل).

وقد حددت المادة (6) معاملات إلكترونية، بأن وقت صدور القبول هو الوقت الذي تدخل فيه رسالة البيانات لنظام معلومات لا يخضع لسيطرة منشئ الرسالة، أو من ينوب عنه. كما حددت أن وقت تسلمه هو اللحظة التي تدخل فيها رسالة البيانات لنظام معلومات سبق لطرفي التعاقد الاتفاق على استخدامه، وقت دخوله نظام معلومات للمرسل إليه (الموجب)⁽¹⁾.

وبهذا النظر أخذت المحكمة العليا السودانية عندما قررت في قضية الشركة السودانية التجارية للمحاصيل والواردات المحدودة ضد شركة المريخ التجارية، حيث ورد في حكمها:

(1) ينعقد العقد في حالة الإيجاب الشفوي بتبليغ الموجب القبول، وتسري هذه القاعدة في حالة التعاقد بين الغائبين عن طريق الهاتف أو التلكس...

(2) ينعقد الاختصاص بنظر الدعوى المتعلقة بعقد أبرم عن طريق الهاتف للمحكمة التي تم في دائرتها تبليغ الموجب بالقبول طبقاً للمادة 3/25 أ/إجراءات مدنية⁽²⁾. أي قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م.

(1) انظر: قانون المعاملات الإلكترونية [السوداني] لسنة 2007م.

(2) انظر: مجلة الأحكام القضائية لسنة 1984م.

والمادة 3/25/أ تنص على الآتي: ((في حالة العقود ينشأ سبب الدعوى إذا كانت الدعوى بالمعنى الوارد في الفقرة (أ) في أي من الأماكن الآتية:

{أ} المكان الذي أبرم فيه العقد.

{ب} المكان المتفق على إبرام العقد فيه كلياً أو جزئياً .

{ج} المكان الذي اشترط صراحة، أو ضمناً أن تدفع فيه أية نقود بمقتضى العقد)).

ونظر المحكمة العليا يكيّف العقد بوسائط الاتصال الحديث بأنه عقد بين غائبين وبالتالي يكيّف مجلس العقد فيها بأنه مجلس حكمي.

ولهذا يكون قانون المعاملات الإلكترونية حسم مسألة مجلس العقد. غير أن مشكلة تحديد هوية المتعاقدين، وملائمتها المالية تظهر بوضوح.

{ج} الإشكالية المتعلقة بطرفي التعاقد:

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 موافقتهم المالية، وقدرتهما على الوفاء بالتزاماتهما المتبادلة.

حدد قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 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 الربط بين ذلك الشخص بالذات، ومضمون المستند الإلكتروني⁽¹⁾.

يعدّ التوقيع التقليدي على المستندات الوسيلة الكاشفة عن إرادة صاحبه على الإلتزام بما جاء بالمستند، وموافقته على مضمون المستند الموقع عليه، كما أن التوقيع يفصح عن هوية مَنْ وقّع السند، وأهليته للإلتزام.

وقد منحت معظم التشريعات الحديثة التوقيع الإلكتروني (الرقمي) وظائف التوقيع التقليدي (بخط اليد). ويظهر ذلك من خلال تعريفات

(1) انظر: د. مصطفى موسى العجامة، التنظيم القانوني للتعاقد على شبكة الإنترنت، 156، وما بعدها.

القوانين للتوقيع الإلكتروني، ومن خلال الأحكام التي يربتها. من ذلك ما نص عليه قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م حيث جاء فيه:

((م/2 تفسير - التوقيع الرقمي: يقصد 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 ويسمح بتحديد هوية، وتمييز شخصية الموقع عن غيره)).

اشترط هذا النص أن يقوم التوقيع الرقمي بتحديد هوية الشخص الموقع عليه، وتمييزه عن غيره من الأشخاص. وعرفت المادة (2) ذاتها الشخص الموقع بأنه: ((يقصد به أي شخص حائز على أداة توقيع رقمي⁽¹⁾ خاص به من الشخص الموثق⁽²⁾، 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⁽³⁾.

وقد أكد القانون على معادلة التوقيع الرقمي "الإلكتروني" للتوقيع اليدوي، واشترط لاستيفاء المعادلة الآتي:

(1) انظر: م/2-تفسير، أداة التوقيع، قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م.

(2) انظر: م/2- تفسير، الشخص الموثق، المصدر السابق.

(3) انظر: م/2، المصدر السابق.

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.

بيّنت المادة (12) من القانون حجية السند الإلكتروني في الوفاء بالالتزامات المتبادلة، كما بيّنت وسائل الدفع الإلكتروني حيث نصت على الآتي:

(1) يكون الوفاء الإلكتروني بأي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني التالية حجة على الكافة.

(2) تكون وسائل الدفع الإلكتروني على الوجه التالي:

{أ} الشيك الإلكتروني.

{ب} بطاقة الدفع الإلكتروني.

{ج} أي وسائل دفع أخرى يعتمدها بنك السودان المركزي بأوامر منه)).

وللتوقيع الإلكتروني عدة صور منها(1):

التوقيع الإلكتروني اليدوي، والذي يستخدم فيه جهاز الماسح الضوئي.

التوقيع الإلكتروني المعتمد على الرقم السري ويتم باستخدام البطاقات المصرفية.

التوقيع بالقلم الإلكتروني.

التوقيع البيومتري، ويستخدم الخصائص البيولوجية للشخص (البصمات + DNA).

التوقيع الرقمي، ويعتبر أهمها، فهو يعتمد على تقنية التشفير ولذلك فهو أكثرها أماناً، ويوفر ثقة عالية بين مستخدميها.

{د} إشكالية حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

إن مجرد صدور قانون ينظم الأحكام الخاصة بالمعاملات التي يتم إجراؤها عن طريق الأدوات الإلكترونية، ويرتب على ضوئها مسؤوليات

(1) انظر: د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، 159-167.

والتزامات على أطرافها واجبة النفاذ يُعَد في حد ذاته حجة على الكافة عند إجراء معاملات عبر هذه الوسائط.

وقد رتّب قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م عدة آثار قانونية على السند الإلكتروني، وكذلك التوقيع الرقمي، وصدوك 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 فقرتها الثانية على أنه متى ما نص القانون على إثبات المعلومات عن طريق الكتابة، أو رتب أثراً قانونياً على عدم 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 أوجبها 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. حيث نصت المادة 12- (1) على الآتي: ((يكون الوفاء الإلكتروني بأي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني التالية حجة على (الكافة)) والوسائل المشار إليها هي:

الشيك الإلكتروني.

بطاقة الدّفع الإلكتروني.

أي وسائل دفع أخرى يعتمدها بنك السودان المركزي بأوامر منه⁽¹⁾.

{هـ} إشكالية القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة:

بما أن العقود الإلكترونية يتم إجراؤها بين أطراف من دول مختلفة – غالباً – فإن ذلك يثير مشكلة القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بفض النزاع إن وقع.

لم ينص قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م على القانون الواجب التطبيق، والاختصاص القضائي، إذا وقع نزاع بين أطراف التعاقد الإلكتروني، ولكن المادة 29- (1) نصّت على تطبيق أحكام قوانين

(1) انظر: م/12- (2)، قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م.

المعاملات المدنية والإثبات والإجراءات المدنية فيما لم يرد فيه نص في هذا القانون.

إن منازعات العقود الإلكترونية تعدّ منازعات دولية - غالباً - لغلبة صفة الدّولية 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 بفض 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 يسمى اتفاقهما بـ " شرط الاختصاص التشريعي" وقد يكون تحديدهما للقانون الواجب التطبيق ضمناً، وفي هذه الحالة فإن المسألة تخضع لسلطة القاضي التقديرية بغرض تحديد القانون الواجب التطبيق. والقاضي يستشف المسألة من نية الأطراف، وظروف التعاقد، وملابساته، والعملية التي سيتم الدفع بها، ومكان الدفع، أو التنفيذ، ولغة العقد⁽¹⁾.

إن الأصل أن يحدد 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

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

وقع، والمحكمة المختصة بفض النزاع، أو أية آلية أخرى كالتحكيم والتوفيق.

هذه بعض الإشكالات التي تصاحب العقود الإلكترونية بمختلف أنواعها، ومسمياتها، ويبدو أن الإشكالات ستتطور بتطور التقنيات الحديثة.

الخاتمة

لما صار العالم يمثل قرية تكنولوجية مصغرة، صارت المجتمعات فيه متشابكة المصالح، ومتداخلة المنافع، وهذا يقتضي اندياح التبادل بين الأفراد والجماعات والحكومات لتبادل تلك المصالح والمنافع، ومراعاة لتلك المسائل، وخاصة العقود الإلكترونية فإن هذا البحث خلص إلى:

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.

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

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

إن العقود الإلكترونية تثير جملة من الإشكالات تحتاج لدراسة متأنية، ومستقصية لجميع جوانبها، ومن ثمّ وضع الحلول المناسبة لكل مشكل على حدة، وذلك بغرض توفير الثقة بين أطرافها، وتسهيل إجراءاتها.

المصادر المراجع

كتب الفقه الإسلامي:

[1] ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن تيمية الحراني، مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع/ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي وابنه محمد، مطابع دار العربية، بيروت - لبنان، ط1، 1398هـ.

[2] الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد (ت: 1201هـ)، الشرح الصغير على أقرب المسالك، تحقيق/ د. مصطفى كمال وصفي، دار المعارف المصرية.

[3] النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي، (ت: 1125هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت - لبنان.

الاتفاقيات الدولية والمجالات القانونية:

[4] اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع.

[5] مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، بحث د. الواصل عطا المنان محمد أحمد، انعقاد العقد الإلكتروني، محرم 1430 هـ - ديسمبر 2008م.

[6] مجلة الأحكام القضائية، عدد سنة 1984م.

[7] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة - المملكة العربية السعودية، الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، 1410 هـ - 1990م، العدد (6).

النصوص القانونية:

[8] قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الدولية لسنة 1996م.

[9] قانون المعاملات الإلكترونية [السوداني] لسنة 2007م.

[10] قانون المعاملات المدنية [السوداني] لسنة 1984م.

[11] قانون حماية المستهلك التونسي.

Uniform Electronic Transaction Act [12]

كتب شروح القانون وفقهه:

- [13] أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، 1945م.
- [14] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني - السياحي - البيئي)، دار النهضة العربية، ط1، 2001م.
- [15] د. إسماعيل غانم، النظرية العامة لمصادر الالتزام، 1968م.
- [16] د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001م
- [17] د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ط1، 2007م.
- [18] د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت.
- [19] د. محمد حسين منصور، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط2003م.
- [20] د. محمد شكري سرور، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، دراسة في قانون التجارة الدولي، 1988م.

[21] د. مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دار النهضة العربية، 2002م.

[22] د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية - مصر، ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة - مصر، 2010م.

[23] محمد صالح علي (المحامي)، شرح قانون المعاملات المدنية، دار جامعة أم درمان الإسلامية للطباعة والنشر.