

وفي هذا يقول الدكتور وهبة الزحيلي: (أن بطاقة السحب المباشر من الرصيد ليست معدودة في بطاقات الإقراض، ولا تطبق عليها أحكام القرض المقررة في الفقه الإسلامي، ومنها قاعدة: ((كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا)). .... وحيث لا تعد العلاقة في هذه البطاقة علاقة إقراض، فلا تمنع الزيادة المضافة إلى قيمة الشراء، أو سحب عملات أجنبية من قبيل الزيادة الربوية، لأنه لا يوجد إقراض ممنوع، فلا توجد زيادة ربوية، وإنما يكون ذلك من قبيل التبرع أو القرض الحسن المحض، وتكون هذه البطاقة مباحة شرعاً<sup>٣٩</sup>.

وقد كَتَّف الدكتور محمد عبدالحليم عمر العلاقة بين حامل البطاقة المغطاة ومصدرها علاقة وكالة، وذلك أن حامل البطاقة يوكل المصرف في سداد قيمة مشترياته للتجار من ماله المودع لديه في الحساب الذي يشترط فتحه لإصدار هذه النوع من البطاقة.<sup>٤٠</sup>

أما البطاقة الغير مغطاة لا يتم دفع المشتريات من حساب حامل البطاقة بل يقوم المصرف مُصدر البطاقة بالدفع ثم يرجع الأخير على حامل البطاقة بما دفعه للتاجر بعد مضي مدة معينة يطلق عليها فترة السماح، وعادة يفرض المصرف مُصدر البطاقة فوائد تأخيرية على حاملها في حالة التأخر في السداد أو يقوم بتقسيط قيمة المشتريات بفائدة ربوية<sup>٤١</sup>.

ومن هنا جاء تحريم تلك البطاقات لأنها شامها على الربا الذي أكد الإسلام على حرمة من قوله ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَيْنَ يَدَيْهِ إِنَّكُمْ مُؤْمِنِينَ \* فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ

<sup>٣٩</sup> الزحيلي، وهبة مصطفى، ٢٠٠٤م. بطاقات الائتمان. بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الخامسة عشر المقامة في سلطنة عمان /مسقط بتاريخ ٦-١١/٣/٢٠٠٤م. ص ١١.

<sup>٤٠</sup> عمر، محمد عبد الحليم، ٢٠٠٣م. بطاقات الائتمان ماهيتها والعلاقات الناشئة عن استخدامها بين الشريعة والقانونية. بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد بتاريخ ٤-٦ مايو ٢٠٠٣م. ابوظبي: جامعة الإمارات العربية المتحدة. المجلد الثاني. ص ٦٨٣.

<sup>٤١</sup> القحطاني، مسفر علي محمد، ٢٠٠٣م. التكيف الفقهي للأعمال المصرفية الإلكترونية. بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد بتاريخ ٤-٦ مايو ٢٠٠٣م. ابوظبي: جامعة الإمارات. المجلد الخامس. ص ٢٢٣١.

اللَّهُ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ زُؤُوسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ<sup>٤٢</sup> وكذلك قوله ﷺ: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ أَمْتُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ»<sup>٤٣</sup>.

وتمتد الحزمة التي تلحق البطاقات الائتمانية الربوية لتشمل التوقيع الإلكتروني وذلك على أساس أنه لا يمكن استخدام الطاقة الائتمانية كأداة توقيع بشكل منفصل عن وظيفتها كأداة وفاء.

### المطلب الثاني: موقف قانون المعاملات الإلكترونية العماني من إسناد الإرادة

نظراً إلى أن التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية يتم عبر شبكة الإنترنت في فضاء إلكتروني بدون التواجد أطراف العلاقة، فإن ذلك يسهل على الغير الغش والاحتيال بإسناد الإرادة الإلكترونية إلى شخص آخر لم يصدر عنه، أو وقوع أحد طرفي العقد في خطأ وينسب إرادة ما إلى غير صاحبها الحقيقي، ولهذا فقد عاجلت المادة (١٥) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني هذه المسألة وذلك بتحديد بعض الحالات التي تنظم مسألة إسناد الإرادة الإلكترونية لصاحبها وهي كالتالي:

#### الحالة الأولى: صدور الرسالة من المنشئ

تعتبر الرسالة صادرة من المنشئ في حالة أنه هو الذي أرسلها بنفسه، ويتحقق ذلك لو كانت الرسالة قد أرسلت منه مباشرة (على يديه)، كما تعتبر الرسالة منسوبة إلى المنشئ إذا كان مرسلها له صلاحية إرسال تلك الرسالة نيابة عن المنشئ، كالوكيل أو الموظف الذي يقتضي عمله إرسال الرسالة الإلكترونية نيابة عن رب العمل أو الوصي، كما اعتبر المادة (١٥) من القانون أن الرسالة تكون صادرة من المنشئ إذا تم إرسالها بواسطة نظام معلوماتي مبرمج للتعامل مع الغير بطريقة آلية، ولكن يجب أن يكون ذلك النظام يعمل وفقاً لأوامر المنشئ أو أحد نوابه.

<sup>٤٢</sup> القرآن الكريم. سورة البقرة. ١: ٢٧٨-٢٧٩.

<sup>٤٣</sup> القرآن الكريم. سورة آل عمران. ٢: ١٣٠.

### الحالة الثانية: افتراض أن الرسالة صادرة من المنشئ

لقد وضع القانون حالات معينة افترض فيها صدور الرسالة من المنشئ رغم عدم توافر مقومات الحالة السابقة، وذلك في تشجيع التعامل الإلكتروني من خلال بث الثقة في الرسائل الإلكترونية التي تصل إلى المرسل إليه يمكن هذا الأخير من التعويل عليها دون أن يكون مهدداً بتحمل عواقب عدم صدور هذه الرسائل من المنشئ فعلاً.<sup>٤٤</sup>

حيث ذهب القانون في الفقرة الثانية من المادة (١٥ ق م إ) على وضع فرضيتين لو تحققت إحداها يحق للمرسل إليه إسناد الإرادة الإلكترونية للمنشئ أو المرسل، حتى وإن لم يكن هو فعلاً منشئ الرسالة، والسبب في ذلك أن جميع الظروف المحيطة بالرسالة الإلكترونية تدل على أنها صادرة من المنشئ، ويمكن حصر هاتين الفرضيتين في التالي:

الفرضية الأولى: افتراض أنها القانون وجود اتفاق مسبق بين كل من المنشئ والمرسل إليه على اتباع إجراءات معينة للتعرف على هوياتهم، كأن يتفقا على توقيع إلكتروني معين، أو أن يزود أحدهم الآخر بخاصية معينة من خواصه الذاتية كي يتم تطبيقها مستقبلاً، ويفترض في هذه الحالة أن المرسل إليه وجد أن الرسالة الإلكترونية تحمل نفس إجراءات التوثيق التي سبق الاتفاق عليها مع المنشئ.

على أن القانون اشترط لتطبيق هذا الافتراض أن يطبق المرسل إليه إجراءات التوثيق المتفق عليها بدقة، وهو ما يعني أن المسؤولية الناتجة عن الخطأ في إسناد الرسالة الإلكترونية إلى منشئها يقع على عاتق المرسل إليه إذا لم يطبق إجراءات التوثيق المتفق عليها، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس، إذ يستطيع المرسل إليه إثبات أنه اتبع كافة الإجراءات المتفق عليها.<sup>٤٥</sup>

<sup>٤٤</sup> العبيدي، علي هادي، ٢٠١٣. "قواعد إسناد الرسالة الإلكترونية إلى المنشئ في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي" مجلة الشريعة والقانون. الإمارات العربية المتحدة: جامعة الإمارات. العدد الرابع والخمسون. (السنة ٢٧) أبريل. ص ١٨٦.

<sup>٤٥</sup> إبراهيم، خالد محمود. ٢٠١١. إبرام العقد الإلكتروني. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص ١٥٦.

ويلاحظ هنا أن التزام المرسل إليه عندما يطبق الإجراءات المتفق عليها مع المرسل لتحقيق من نسبة

الرسالة الإلكترونية إلى الأخير هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة<sup>٤٦</sup>.

الفرعية الثانية: افترض فيها القانون وجود شخص استطاع بحكم علاقته بالمنشئ أو علاقته بوكيله

الوصول بصورة مشروعة للطريقة التي كان يستعملها المنشئ للتعريف بأن الرسالة صادرة عنه، فيتحمل

المنشئ في هذه الحالة تبعات إهماله.

ويرى الباحث أن المشرع لتفصيل هذه الحالة اشترط أن يكون وصول الشخص إلى الطريقة التي يستخدمها

المرسل للتعريف عن نفسه مشروعاً، وبالمعنى المخالف لا تطبق هذه الحالة لو حصل الشخص على

الطريقة التي يستعملها المرسل للتعريف عن نفسه بصورة غير مشروعة.

وهنا يرى الباحث أن المادة السابقة عُوِّجت بصورة غير سليمة، فكيف يفترض من المرسل إليه اعتبار أن

الرسالة صادرة من المنشئ أو إرسالها شخص تمكن من الوصول للطريقة التي يستخدمها الأخير بصورة

مشروعة، في حين أن نفس الشخص لو توصل إلى الطريقة بصورة غير مشروعة فلا يحق للمرسل إليه

اعتبار الرسالة صادرة من المنشئ رغم أن كل المؤشرات والدلائل تقود المرسل إليه إلى أن المرسل هو

مالك الطريقة وبالتالي هو مرسل الرسالة.

زد على ذلك أن وصول الشخص إلى الطريقة التي يستخدمها المرسل للتعريف عن نفسه بصورة غير

مشروعة قد يكون بسبب تقصير الأخير في حفظ أسرته، فلا يقل أن يتحمل المرسل إليه تقصير المرسل،

خصوصاً أن المرسل إليه قد يتصرف تصرفاً آخر يترتب عليه التزامات معينة بناء على الرسالة التي وصلته،

ومن هنا يرى الباحث إعادة صياغة المادة، بصورة تسمح للمرسل إليه اعتبار الرسالة صادرة من المرسل

سواء تمكن الشخص من الوصول إلى تلك الطريقة بصورة مشروعة أم لا.

<sup>٤٦</sup> إبراهيم، خالد ممدوح. ٢٠٠٧م. التقاضي الإلكتروني. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص ١٧٨.

### الاستثناءات من الحالات السابقة:

إذا كانت الحالات السابقة التي وضعها القانون صيغت لتوفر الطمأنينة والحماية لمصالح المرسل إليه، فإنها في نفس الوقت قد تشكل تهديدا لمصالح المنشئ (المرسل) الذي قد يجد نفسه ملتزماً بتحمل نتائج وتبعات رسائل لم تصدر عنه بالفعل، لذا ذهب القانون من أجل تحقيق التوازن بين مصلحة المرسل والمرسل إليه، أن يقرر بعض الاستثناءات التي إن تحققت تدحض الافتراضات السابقة.

#### الاستثناء الأول:

لا يحظر افتراض صدور الرسالة الإلكترونية عن المنشئ في الوقت الذي يتسلم فيه المرسل إليه إخطاراً من المنشئ بأن الرسالة المرسلة لم تصله، وقد اشترط المشرع لتطبيق هذا الاستثناء أن يقوم المنشئ بإرسال ذلك الإخطار في وقت معقول، فإذا عمل الإخطار متأخراً بحيث قام المرسل إليه بالتصرف على أساس الرسالة فإن الإخطار لن يجدي نفعاً<sup>٤٧</sup>.

ولم يحدد المشرع شكل الإخطار الذي يجب على المنشئ أن يرسله، فقد يكون الإخطار على شكل إلكتروني بالفاكس أو البريد الإلكتروني وكذلك يجوز أن يكون ذلك الإخطار على شكل رسالة خطية موجهة إلى المرسل إليه.

ويرى الباحث أن الإخطار ليس إلا إجراء وثيق لإبطال مفعول الرسالة الإلكترونية، إذ إن الإخطار وحده لا يكفي لإبطال أثر الرسالة التي اقتضت القانون صدورها من المنشئ، بل يجب تطبيقاً للقواعد العامة - أن يُثبت ذلك لأنه يدعي خلاف الواقع المفترض، وإلا فإن هذا الاستثناء باباً لكل منشئ يريد أن يتحلل من رسالة إلكترونية كان قد أرسلها أن يرسل إخطاراً فقط بين فيه أن الرسالة لم تصله منه.

<sup>٤٧</sup> أبو الليل، إبراهيم. ٢٠٠٣م. إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن. بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية المعقد من ٢٦-٢٨ من شهر إبريل. دبي: أكاديمية شرطة دبي. ص ٣٤.

### الاستثناء الثاني:

من الوقت الذي علم فيه المرسل إليه أو كان يتعين عليه أن يعلم إذا بذل عناية معقولة أو استخدم إجراءً متفقاً عليه أن الرسالة الإلكترونية لم تكن من المنشئ.

وأشير هنا إلى أن هذا الاستثناء ساوى بين العلم الحقيقي والعلم الحكمي، أي لا فرق بين الحالة التي يفترض فيها أن يعلم المرسل إليه أن الرسالة الإلكترونية لم تصدر عن المنشئ إذا ما بذل عناية معقولة والحالة التي قد يعلم فيها عن طريق استخدام إجراء متفق عليه<sup>٤٨</sup>.

### الاستثناء الثالث:

ويطبق هذا الاستثناء لو أن الرسالة الإلكترونية جاءت في ظاهرها كأنها صادرة من المنشئ، ولكن جميع الدلائل والظروف المحيطة بالرسالة الإلكترونية تدل على أن الرسالة الإلكترونية ليست صادرة من المرسل، على أن تكون تلك الدلائل واضحة وضوحاً لا ينبغي معها بذل أي عناية لمعرفة حقيقة الرسالة، وبالتالي يعتبر المرسل إليه سعي النية لو كان مع الرسالة الإلكترونية على أساس أنها صادرة من المنشئ، ومثال ذلك أن تكون الرسالة الإلكترونية صادرة من بريده الإلكتروني منسوب لشخص ما، ولكن توقيع الرسالة يُنسب إلى شخص آخر.

<sup>٤٨</sup> حاجي . الوفاء الرقمي عبر الإنترنت . مرجع سابق . ص ٤٤ .

## المبحث الثاني : صحة التراضي

يجب أن يكون رضا كل من المتعاقدين صحيحاً، حتى يتوفر للعقد صحته واستقراره، ويكون الرضا صحيحاً إذا صدر عن ذي أهلية، وكانت إرادة الطرف الذي صدر منه الرضا خالية من عيوب الإرادة. وسوف نتناول في هذا المبحث مطلبين:

الأول: تناول فيه أهلية التراضي

والثاني: يكون لعيوب الإرادة.

المطلب الأول : أهلية التراضي

فإن العقود الإلكترونية لا تختلف في أركانها وشروط صحتها عن الأركان والشروط العامة في العقد التقليدي وعليه وموفقاً للأحكام المنظمة للعقد فإن التعاقد مع ناقصي الأهلية قد يعرض العقد الإلكتروني للإبطال، ونظراً لطبيعة العقود الإلكترونية التي تبرم في الفضاء الإلكتروني دون الالتقاء المادي لأطراف العقد فإنه من الصعب على أي من المتعاقدين التعرف والتثبت من أهلية الطرف الآخر، بعكس العقود التقليدية التي تبرم بحضور المتعاقدين وجهاً لوجه، فبالإضافة إلى قدرة المتعاقدين التعرف على أهلية المتعاقد الآخر من خلال الظواهر المادية كرزاق التصرفات والملاحق وغيرها من الظواهر فإنه يستطيع التثبت من ذلك أيضاً من خلال الأوراق الرسمية المعدة لذلك.

وتعتبر مسألة التحقق من أهلية الأطراف من أهم التحديات التي تواجه التعاقد الإلكتروني، بل إنها أهم من مسألة التحقق من شخصية الأطراف بالنسبة للتاجر وذلك لأن معظم العقود التي تبرم عبر الإنترنت لا تكون لشخصية الأطراف أي اعتبار في التعاقد (بالنسبة للتاجر) وبالتالي لا يهم مع من تعاقد البائع ولكن تبقى مسألة الخوف من طلب القاصر إبطال العقد بسبب نقص أهليته، خصوصاً أن عدداً كبيراً

من مستخدمي الإنترنت من المراهقين وصغار السن.

من هنا اتجه الباعة عبر الإنترنت الطلب من العملاء الإفصاح عن هوياتهم وهو ما نراه يجري عبر الشبكة من خلال العقود النمطية بحيث تتضمن هذه العقود تخصيص خانات خاصة يُطلب من خلالها من المشتري أو طالب الخدمة الإفصاح عن بعض بياناته الخاصة كالاسم وتاريخ الميلاد<sup>٤٩</sup>.

غير أن هذه الوسيلة تستند أساساً إلى حسن النية لدى المشتري ولا تضمن قيام الطرف الآخر الإفصاح عن بياناته بشكل صادق، وعليه فإن اللجوء إلى ضمير المتعاقد في الإدلاء ببيانات أهليته غير مجدية في العقود الإلكترونية، فرأى التجار أنه من الأنسب اللجوء إلى تقنية التوقيع الإلكتروني للكشف عن أهلية المتعاقد الآخر، ولجأ معظمهم خصوصاً في عقود (B2C) إلى التوقيع بواسطة رقم التعريف الشخصي PIN في البطاقات المصرفية.

فمن خلال قيام المشتري أو طالب الخدمة بمنع قيمة السلع أو الخدمات المطلوبة عبر الدفع المباشر (On Line) بالبطاقات المصرفية، وذلك بإدخال الأرقام الخاصة ببطاقته المصرفية التي يمتلكها العميل، للوفاء بالعقد المبرم مع البائع، فيقوم البائع مباشرة بالاتصال بقاعدة بيانات البنك الذي يتعامل معه المشتري عبر اتصال آمن ومشفّر يتأكد من البيانات التي أدخلها المشتري وكذلك للتأكد من قدرته المالية، ويقوم البائع أو المتجر بالتأكد من أهلية المشتري أو طالب الخدمة على أساس أن مثل هذه البطاقات لا يستطيع الحصول عليها ناقصي الأهلية، وأن المصرف مُصدر البطاقة قد قام مسبقاً ببناء على حضور العميل والاطلاع على أوراقه الثبوتية بالتحقق من أهليته بصورة مضمونة.

وفي هذا المقام تُثار مسألة حصول القاصر على بطاقة بنكية تعود ملكيتها لوالديه وقيامه بسداد مشترياته بما فيظهر أمام البائع على أنه كامل الأهلية، ورغم خصوصية هذه المسألة واحتمالية حصولها في مجال العقود الإلكترونية لم يتطرق أي قانون عربي خاص بالتعاملات الإلكترونية لتنظيم أحكام هذه المسألة.

<sup>٤٩</sup> الشريفات، محمود عبد الرحيم. ٢٠١١م. التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط١. ص٦٨

وبالرجوع إلى قواعد قانون المعاملات المدنية العماني نراه عاجلها في المادة (٩٧ ق م ع) حيث نصت على (إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه تعويض ما أصاب المتعاقد الآخر من ضرر) ويفهم من هذه المادة أنها أعطت للقاصر الحق في إبطال العقد المبرم رغم احتياله على البائع، لأن البائع لم يتضرر في حالة التعاقد مع القاصر إلا في حالة الحكم بإبطال العقد، ولكنها في المقابل أعطت هذا الأخير الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من إبطال العقد، وجاء هذا الحكم متفقاً مع نص المادة ١١٩ من القانون المدني المصري التي تنص على: (يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته). ويرى الباحث أن حكم المادة السابقة يعتبر مناسباً فيما لو كان العقد قد أبرم بالطرق التقليدية وفي مجلس عقد مادي وذلك لأن البائع في هذه الحالة يستطلع التدقيق في المتعاقد القاصر بشكل أفضل ويوجد لديه الكثير من الدلائل والشروط التي تمكنه من الوقوف على حالة القاصر، كالأوراق الرسمية المعدة لذلك، وكذلك ملامح وتصرفات القاصر.<sup>٤٠</sup>

ويختلف الوضع في حالة التعاقد الإلكتروني الذي لا يوجد لدى البائع أية وسيلة أخرى غير الاعتماد على التوقيع بالبطاقة المصرفية والالتحاق إلى حسن نية المستهلك، ولا يمكن للبائع أو المتجر الافتراضي إلزام المشتري استخدام التوقيع الرقمي (الكردي) والذي يعتبر من أفضل أنواع التوقيع الإلكتروني من حيث الموثوقية، خصوصاً في عقود (B2C)، لأن هذا النوع من التوقيع يتبعه نفقات دورية تدفع لمقدم خدمات التصديق لن يستطيع المستهلك الوفاء بمصاريف هذه النفقات سوف تنفر المستهلكين من التسوق الإلكتروني وسوف تؤثر سلباً على انتعاش التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي.

<sup>٤٠</sup> نص كذلك على هذه الحكم كل من القانون المدني المصري في المادة ١١٩ والقانون المدني الأردني في المادة ١٣٤، إلا أننا كما صريحين عند النص على حق القاصر في إبطال العقد بعكس القانون العماني الذي جاء حكمه مبهم.

وكتيجة لعدم انسجام حكم المادة (٩٧ ق م ع) مع طبيعة وخصوصية المعاملات الإلكترونية، الدكتور طوني ميشيل عيسى<sup>٥١</sup> إلى محاولة التفرقة بين قيمة محل العقد، بحيث إذا كان محل العقد من الأشياء ذات الكلفة المدنية فلا تطبق أحكام المادة السابقة ويعتبر التصرف صحيحا وبالتالي لا يستطيع ناقص الأهلية التمسك بحقه في إبطال العقد، أما إن كان العقد يرد على محل عالي القيمة، فيتم العمل بالمادة السابقة ويعطى القاصر الحق في إبطال العقد الثابت له في المادة السابقة.

ورغم وجهة الرأي السابق إلا أن الباحث يرى أنه لا يمكن الأخذ به بسبب عدم وجود معيار ثابت لتقدير قيمة محل العقد، فقيمة الأشياء مسألة نسبية غير ثابتة تختلف باختلاف الحالة الاقتصادية للمجتمعات والدول.

ويرى الباحث أن التعاقد عبر الإنترنت يعطي المستهلكين حقوقا إضافية في مواجهة البائعين أو التجار كحق العدول<sup>٥٢</sup>، وحتى تُقيم التوازن العقول في مواجهة حق المستهلك في الرجوع عن العقد برتمه سواء كان ناقص الأهلية أم لا، من أن يمنح البائع حسن النية الحق في حماية مصلحته والتمسك بالوضع الظاهر، خصوصا أن بعض القوانين تعطى القاصر الحق في القيام ببعض أعمال الحياة اليومية الاعتيادية والحق بالتصرف بمفرده فيما يوضع تحت يده من أموال وذلك حسب ما تجيزه المواد المتعلقة بالولاية على القاصر<sup>٥٣</sup>، وهذا الحل يحقق العدالة، فهو من جهة يحمي مصلحة المهني المتمسك بالوضع الظاهر، ومن جهة أخرى يبحث الراشد على مراقبة القاصر وعدم الإسهال في حفظ طاقاته المصرفية<sup>٥٤</sup>.

<sup>٥١</sup> عيسى، طوني ميشيل. ٢٠٠٠م. التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت. رسالة دكتوراه. بيروت، ص ٢٨١ نقلا عن زريقات عقد البيع عبر الإنترنت. مرجع سابق. ص ١٧٨.

<sup>٥٢</sup> حق العدول هو حق منحه القوانين للمستهلكين الذين يتعاقدون إلكترونيا أو في عقود المسافة بوجبه بحق للمستهلك الرجوع عن التعاقد واعتباره كأن لم يكن واسترجاع أمواله من البائع خلال مدة معينة بدون إبداء أية أسباب. وسنأتي للتطرق لهذا الحق لاحقا إن شاء الله.

<sup>٥٣</sup> زريقات. عقد البيع عبر الإنترنت. مرجع سابق. ص ١٧٨، ١٧٩.

<sup>٥٤</sup> محمد، عبد الباسط جاسم. ٢٠١٠م. إبرام العقد عبر الإنترنت. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ط ١. ص ٢٣٥.

كما أن الفقه الإسلامي جعل من تمام الإدراك هو الأساس في البلوغ وأن تحديد سن معين لمرحلة البلوغ جاء من قبيل الاحتياط ودرء الشبهات<sup>٥٥</sup>، ويرى الباحث أن قيام القاصر باتباع كافة الخطوات والإجراءات التي تؤدي به إلى وثيقة أمر الشراء وإتمام العقد هو قرينة على أن هذا القاصر يمتلك عقلاً وإدراكاً يؤوله إلى اعتباره راشداً مدركاً للعقد الذي أبرمه، فالعقود الإلكترونية خصوصاً تلك المبرمة عبر مواقع التسوق الإلكتروني تبرم عبر سلسلة خطوات ومراحل تكاد تكون صعبة حتى للشخص البالغ الغير متمرس على تلك العقود.

المطلب الثاني : عيوب الإرادة

الفرع الأول: اتساع حالات تعيب الإرادة في العقود الإلكترونية

يخضع العقد الإلكتروني كالعقود التقليدية للقواعد العامة في شأن عيوب الإرادة، فيكون العقد قابلاً للإبطال إذا شاب إرادته أحد العاقلين عيب من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس (التغيير) والإكراه والغبن والاستغلال.

<sup>٥٥</sup> قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٦٨ (١٨/٦) المنعقد في دورته الثامنة عشرة في بوتراجايا (ماليزيا) من ٢٤ إلى ٢٩ جمادى الآخرة ١٤٢٨ هـ. الموافق ٩-١٤ تموز (يوليو) ٢٠٠٧ م بشأن تحديد سن البلوغ وأثره في التكليف. وجاء في نصه (إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي.. وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع تحديد سن البلوغ وأثره في التكليف، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، وبعد استحضار أن العقل مناط التكليف، وأن الصغير لا يكلف شرعاً إلا إذا بلغ مرحلة تدل على توافر العقل وتمام الإدراك، وأن هناك أمارات بدنية تدل على ذلك، وأن اللجوء إلى تحديد سن معينة في حالة عدم معرفة البلوغ الطبيعي بالأمارات البدنية الدالة عليه متوافق مع قواعد الشريعة ومقاصدها، وأن الشريعة جاءت بالاحتياط في الحدود بدرئها بالشبهات....) ويفهم من القرار أن البلوغ مرتبط بالأصل بالعقل والادراك وأن تحديد سن معينة للبلوغ جاء على سبيل الافتراض وأن هذا الافتراض قابل لإثبات العكس أي تمام العقل والادراك قبل بلوغ السن المحددة.

ويرى الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد عدم وجود خصوصية فيما يتعلق بعيوب الإرادة في التعاقد عبر الإنترنت، وأن الأمثلة التي يطرحها بعض الشراح والباحثين لعيوب الإرادة عبارة عن أمثلة تستوعبها القواعد العامة لنظرية عيوب الإرادة بصورة محكمة وبلا مشاكل<sup>٥٦</sup>.

إلا أن الباحث يفتق مع الدكتور أحمد عبد التواب بمحت وآخرون<sup>٥٧</sup> في ظهور تطبيقات جديدة لعيوب الإرادة أوجدتها العقود الإلكترونية ولم تكن مطروحة من قبل في أحكام نظرية العقد التقليدية، كعيب الخبرة في التعامل مع تقنية الإنترنت ومسايرة التطور التقني والتكنولوجي لتقنية المعلومات حيث يستحوذ (الخاص) في هذه المعاملات على المعرفة والخبرة العالية في مجال إبرام العقود، بالإضافة إلى أنه هو الطرف المسيطر على العملية التعاقدية باعتباره المسيطر على نظام المعلومات التي تتم عبره العملية التعاقدية في العقود المبرمة عبر مواقع السوق الإلكتروني، ولذلك يجب على المتعاقد الذي يسيطر على نظام المعلومات والذي يضع سلسلة الإجراءات والخطوات التي تمر بها العملية التعاقدية أن يعاون الطرف الأقل خبرة، ويسيطر له الإجراءات الفنية لعملية التعاقد قدر الإمكان، وإلا استطاع الطرف الأقل خبرة التمسك بإبطال العقد لوقوعه في غلط بسبب قلة خبرته وتعقيد الإجراءات الفنية للتعاقد.

وقد يتم التشكيك من مدى أهمية التمسك بعيوب الإرادة في العقود الإلكترونية باعتبارها من العقود المبرمة عن بعد، وذلك لأن بعض القوانين أعطت المسبب في العقود الإلكترونية حق إرجاع السلعة أو المنتج الذي تعاقد عليه إلكترونياً خلال مدة معينة بدون إبداء أية أسباب أو مبررات، وبالتالي تقل

<sup>٥٦</sup> مجاهد، أسامة أبو الحسن، ٢٠٠٧م. الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية. القاهرة: دار النهضة العربية. ط ١. ص ٢٧٢ - بمحت،

أحمد عبد التواب محمد. ٢٠٠٩م. إبرام العقد الإلكتروني. مرجع سابق. ص ٢٧٥.

<sup>٥٧</sup> بمحت. إبرام العقد الإلكتروني. مرجع سابق. ص ١٩٧ - جمعي، حسن عبد الباسط. ١٩٩٨م. عقود برامج الحاسب الآلي. القاهرة: دار النهضة العربية. ط ١. ص ١٣٠ - العجاردة، مصطفى موسى. ٢٠١٠م. التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت. مصر: دار الكتب القانونية. د ط. ص ٢٤٩.

الجدوى والأهمية العملية في التمسك بعيوب الرضا أمام هذه الرخصة القانونية التي تتيح للمستهلك

الرجوع عن العقد وفسخه دون الحاجة للرجوع إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد لعيب شاب إرادته<sup>٥٨</sup>.

إلا أن تمسك المستهلك بنظرية عيوب الإرادة تحقق للمستهلك فوائد عديدة قد لا يجدها عندما يتمسك

بحق العدول عن العقد، ومن أهم هذه الفوائد: أن المستهلك لن يتحمل مصروفات إرجاع السلعة في

حالة إبطاله العقد بسبب عيب من عيوب الإرادة، كما أن المستهلك له الحق في التعويض في حالة

التدليس على أساس العمل الغير مشروع، وكذلك سيستفيد المستهلك من المدة القانونية لرفع دعوى

الإبطال حسب نظرية عيوب الإرادة والتي تعتبر فترة كبيرة جداً (فترة التقادم) مقارنة بالمدة التي سيحصل

عليها في حالة حق العدول عن العقد والتي لا تتجاوز أيام معدودة (١٠ أيام في القانون التونسي)

وبالتالي فإن نظرية عيوب الإرادة في مجال العقود الإلكترونية تحق للمستهلك مزايا كثيرة قد لا يجدها

المستهلك في حق العدول عن العقد<sup>٥٩</sup>.

### الفرع الثاني: المستهلك الإلكتروني أكثر عرضة لعيوب الإرادة

تكون إرادة المستهلك في العقود الإلكترونية أكثر عرضة بالخصوص لعيوب من عيوب الإرادة بصورة أكبر

مما هو عليه الحال في العقود التقليدية لذلك راجع الأسباب التالية:

السبب الأول: البعد المادي لأطراف العلاقة بعضهم عن بعض وعدم اجتماعهم في مجلس عقد حقيقي

وجها لوجه، وبالتالي فإن العقود الإلكترونية تبرم دون أن تتاح للمستهلك الفرصة لمعاينة محل العقد

معاينة مادية إلا من خلال الوصف أو عرض السلعة من خلال الصور أو تسجيلات الفيديو، ومهما بلغ

<sup>٥٨</sup> مجاهد. الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية. مرجع سابق. ص ٢٧٦- بحث. إبرام العقد الإلكتروني. مرجع سابق. ص ١٤٥-

العجاردة. التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت. مرجع سابق. ص ٢٥٣ - زريقات. عقد البيع عبر الإنترنت. مرجع سابق. ص

١٨٢.

<sup>٥٩</sup> مجاهد. الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية. مرجع سابق. ص ٢٧٦- بحث. إبرام العقد الإلكتروني. مرجع سابق. ص ١٩٩٦-

العجاردة. التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت. مرجع سابق. ص ٢٥٣ - زريقات. عقد البيع عبر الإنترنت. مرجع سابق. ص ١٨٢.

تصوير محل العقد من الدقة والاحترافية فإنها لن تُثير إرادة المستهلك وتصل به إلى القناعة والرضا كالتالي

مستحق له فيما لو عاين محل العقد معاينة مادية حقيقية<sup>٦٠</sup>. وبالتالي نكون أمام حالة لا تتاح

للمستهلك الفرصة للتأكد من صحة اختياره ومدى ملائمة السلعة لاحتياجاته<sup>٦١</sup>.

ويرى الباحث أن أهم ما توصله الصور إلى ذهن المتلقي الهيكل العام للشيء مع غياب الأشياء التفصيلية

أو الدقيقة والتي قد تكون ذات اعتبار وأهمية لدى للمستهلك، بالإضافة إلى أن تلك الصورة عادة ما

تكون محاطة بكثير من وسائل التزيين الزائفة والاغراء المضلل.

ومن هنا يمكن القول بأن وصف السلعة أو رؤيتها عبر الوسائط الإلكترونية قد تحمل الطرف الآخر على

تصور محل العقد تصوراً ناقصاً أو مخالفاً للواقع، ولا تعطي المستهلك تصوراً كافياً يسمح له بإصدار قراره

بناء على إرادة واعية ومستنيرة ولا بإعطاء الحكم الصحيح والدقيق عن السلعة، ورغم ذلك فإن

المستهلك لا يستطيع التمسك بسبب الخلط أو التدليس لإبطال العقد الذي ندم على إبرامه.

وهذا ما استشعر به بعض فقهاء الشريعة الإسلامية الذين ذهبوا إلى إعطاء المشتري الحق في خيار الرؤية

رغم أن الأخير قد رأى السلعة من خلال المرآة<sup>٦٢</sup>، وهذه الحالة تشبه كثيراً حالة معاينة السلعة عبر

الوسائط الرقمية ( الصور والفيديو) ورغم أن المشتري قد رأى السلعة من خلال المرآة إلا أن رؤيته تعتبر

ناقصة وبالتالي يثبت له خيار الرؤية.

<sup>٦٠</sup> محمد، عبد الباسط جاسم. ٢٠١٠م. إبرام العقد عبر الإنترنت. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ط١. ص٤٧.

<sup>٦١</sup> مساعدا، إيمان وخصاونة، علاء. ٢٠١١م. "خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة". مجلة الشريعة والقانون الإمارات

العربية المتحدة: جامعة الإمارات. العدد ٤٦. أبريل. ص ١٦٧.

<sup>٦٢</sup> راجع: الكاساني، أبو بكر بن مسعود. ١٩٨٦م. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت: دار الكتب العلمية. ط٢. ج٥. ص

## السبب الثاني: الطبيعة الرقمية للإنترنت

تعتبر بيئة الإنترنت بيئة سهلة لتغيير الحقائق وإيهام الطرف الآخر بخلاف الحقيقة، فمع انتشار استخدام الحاسب الآلي ظهرت العديد من البرامج الرسومية التي تتميز بقدرتها على تغيير الحقائق واستغلالها البعض لحمل الأفراد على التعاقد معهم، كبرنامج (Photoshop) وبرنامج (3D Max) وبرنامج (Cinema 4D)، وهي برامج إلكترونية لديها القدرة على التعديل والتغيير في الصور والفيديو وإظهارها بمظهر يخالف الواقع التي هي عليها هذه البرامج قد يستغلها الطرف الذي يعرض سلعته عبر شبكة الإنترنت بهدف التأثير على إرادة المستهلك وحمله على التعاقد عن طريق التعديل على الصور بإضافة ميزات وهمية على صورة السلعة غير موجودة في الواقع أو إخفاء العيوب الموجودة بالسلعة.

ومن جهة أخرى يستطيع المتعاقد عبر الإنترنت خداع الطرف الآخر بإخفاء الدولة التي يتواجد فيها أثناء العقد وإيهامه بأنه يتواجد في دولة أخرى خلافاً للواقع، ويتم ذلك بواسطة برامج تغيير الآي بي (IP) كبرنامج (IP Changer) بحيث يقوم بالبرنامج بإعطاء الطرف الآخر من العقد رقم آي بي ينتمي إلى دولة أخرى، وقد يلجأ المتعاقدين إلى ذلك حتى يتجنب بعض القرارات السياسية أو الإدارية التي تمنع التعامل مع رعايا بعض الدول أو تمنع الاستيراد لبعض السلع من دول معينة.

ومثال ذلك القرار الصادر من وزارة التجارة والصناعة بإعطاء عمان جميع استيراد الطيور الحية والدواجن ولحومها من عدة دول كالصين مثلاً، بسبب انتشار مرض إنفلونزا الطيور في تلك الدول، ففي هذا المثال قد يلجأ التاجر الصيني إلى استخدام برامج تغيير الآي بي ليستخدم (آي بي) تابع إلى دولة أخرى ليست من الدول المحظورة، ليوهم التاجر العماني بأنه متواجد في دولة تخلو من المرض وليست من الدول المحظورة

<sup>٦٣</sup> الآي بي هو اختصار لمصطلح internet protocol وهو عبارة عن رقم يعطى لكل جهاز يتصل بشبكة الإنترنت ويتكون من أربع خانات، وكل دولة تبدأ بأرقام محددة، وتستطيع من خلاله معرفة البلد الذي يتصل منه الشخص.

في القرار، وفي النهاية يتفاجأ التاجر العماني بحجز البضاعة في الموانئ العمانية وعدم السماح لها بالدخول أو إتلافها عملاً بالقرار، وقد يكون التاجر العماني قد أدى جميع التزاماته المالية للطرف الآخر.

السبب الثالث، وهو كثرة الإعلانات التجارية وسهولة وصولها للمستهلك الإلكتروني، حيث تعتبر الإعلانات التجارية عاملاً مهماً في التأثير على إرادة الأشخاص واستثارة النزعة الشرائية لدى الأفراد، والمستهلك في العقود الإلكترونية هو أكثر عرضة للتعرض للإعلانات التجارية من غيره من المستهلكين، نظراً لأن تقنية الإنترنت من أرخص وسائل الاتصال وأكثرها انتشاراً بين أفراد المجتمع، ومن ثم استغلها التجار لترويج السلع والخدمات التي يقدمونها.

وباحتدام المنافسة بين الشركات التجارية وإقبال الأشخاص على تلك الإعلانات فقد انتهجت تلك الإعلانات وسائل احتيافية جديدة للإقناع بحيث اعتمدت على استثارة النزعة الاستهلاكية لدى الأفراد وإغرائهم لإبرام العقد، فيقع المستهلك تحت وطأة تلك النزعة الشرائية التي استثارها تلك الإعلانات باتخاذ قرار الدخول في العلاقة التعاقدية، ويرى الباحث أن تلك النزعة الشرائية التي استثارها الإعلانات لا تعبر عن إرادة حرة وواعية ومستنيرة بشكل كامل، ورغم ذلك لم يكون بمقدور المستهلك التمسك بعبء الإكراه المنصوص عليه في النظرية العامة للعقد والتواعد العامة لنظرية العقد تعتبر أن العقد قد أبرم بإرادة حرة، ولا تعتبر تلك الإرادة واقعة تحت ضغط الإكراه.

السبب الرابع: حداثة الإنترنت وتوظيفها في مجال التجارة والعقود يتطلب خبرة من جانب المتعاقدين عند التعامل مع هذه التقنية الوليدة، وقد يقع المتعاقد المبتدئ في خطأ معين (نتيجة لجهله وقلة خبرته) يُحمّله تبعاً للالتزامات عقدية قد لا تكون إرادته قصدت إحداثها، خصوصاً أن العقود الإلكترونية عادة ما تمر بسلسلة من الإجراءات والخطوات التي قد تكون صعبة ولا بمقدور الأفراد المبتدئين مسيرتها، ولهذا ذهب

الدكتور أحمد عبد التواب بمجت وآخرون<sup>٦٤</sup> إلى اعتبار قلة الخبرة والدراية بالجانب التكنولوجي والتقني من جانب المستهلك عيباً من عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية التي لا يمكن تصور وجودها في العقود التقليدية، وبالتالي قيام مسؤولية التجار المهنيين في معاونة المستهلك قليل الخبرة بتبسيط إجراءات التعاقد الإلكتروني وإحاطته بكافة المعلومات التي تمكنه من إتمام العقد بصورة سليمة.

وتضيف الدكتورة كوثر سعيد عدنان خالد سببا آخر يؤكد اتساع دائرة تعيب الإرادة في العقود الإلكترونية وتزيد من حاجة المستهلك الإلكتروني إلى حماية قانونية أكبر وهي حالة التعديل اللاحق لشروط العقد أو إضافة شروط لا يخدم مصالح المستهلك الإلكتروني كأن يعرض التاجر السلعة دون أن يعرض سعرها أو قد يخلق عن السعر ثم يرفع السعر المعلن عنه عند التعاقد أو بعده بحجة إضافة مصاريف الشحن أو الضرائب أو أن يجعل محل التسليم في محل التاجر والذي قد يبعد كثيراً عن المستهلك أو يحدد محكمة الاختصاص للمحكمة التي قد تحقق مصالحه<sup>٦٥</sup>.

ومن خلال ما سبق يرى الباحث أن أحكام عيوب الإرادة المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية العماني تعتبر مقصرة وغير كافية في حماية إرادة أطراف العقد الإلكتروني وتحتاج إلى صياغتها من جديد بصورة تتماشى والظروف التي تحيط بالعقد الإلكتروني، ورغم ذلك لم يذهب المشرع العماني إلى إعادة صياغة نظرية عيوب الإرادة بما يتماشى مع الظروف المحيطة بالعقد الإلكتروني والتي تؤثر سلباً على المستهلك الإلكتروني، ويرى الباحث أنه من الأهمية إعادة النظر في نظرية عيوب الإرادة وإعادة صياغتها بصورة تغطي التقصير الحاصل في نطاق التعاملات الإلكترونية.

### الفرع الثالث: حماية قواعد الفقه الإسلامي لرضا المستهلك الإلكتروني

<sup>٦٤</sup> مجت. إبرام العقد الإلكتروني. مرجع سابق. ص ١٩٧- جميعي. عقود برامج الحاسب الآلي. مرجع سابق. ص ١٣٠- العجاردة. التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت. مرجع سابق. ص ٢٤٩.

<sup>٦٥</sup> خالد، كوثر سعيد عدنان. ٢٠١٢م. حماية المستهلك الإلكتروني. الاسكندرية: دار الجامعة الحديثة. د ط. ص ٩٧

لقد أفرزت لنا قواعد الشريعة الإسلامية الكثير من الأحكام التي تصب مجملها على حماية المتعاقدين  
 وتستطيع معايشة ذلك من خلال القواعد التي أقرتها الكثير من آيات القرآن الكريم التي تؤم وتجرم كل  
 عمل من شأنه الإضرار بالمستهلكين كقوله ﷺ : ﴿ وَيَلُ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا أَكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ  
 يَسْتَوْفُونَ ۖ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ۚ أَلَا يَظُنُّ أُولَئِكَ أَنَّهُمْ مَبْعُوثُونَ ۗ لِيَوْمٍ عَظِيمٍ ۗ يَوْمَ يَقُومُ  
 النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ ۗ ﴾<sup>٦٦</sup> ، فالقرآن الكريم من خلال هذه الآية جاء ليبسط حمايته للمستهلك عند إبرام  
 العقد فجاء يجرم التطهيف في الميزان وقرن هذا الغش بالتأثيم والوعيد في يوم البعث العظيم.

وقد كان هذا الهدى القرآني صدى كبير في نفوس المسلمين عند نزول هذه الآية، فقد روى النسائي عن  
 ابن عباس قال: لما قدم النبي ﷺ المدينة كانوا من أخبث الناس كيلا، فأنزل الله ﷻ: ويل للمطففين  
 فأحسنوا الكيل بعد ذلك<sup>٦٧</sup>.  
 وبما أن أكثر طرق الاعتداء على المستهلك تأتي من طريق الكذب والإعلانات الكاذبة ووصف السلعة  
 بما لا تستحقه والتدليس والخداع، فجاء القرآن الكريم ليعين أن الكذب لا يليق بالمؤمن وأنهما صفتان  
 متناقضتان وذلك في قوله ﷻ: ﴿ إِنَّمَا وَفَّيَرِي الْكُذِبِ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ وَأُولَئِكَ هُمُ  
 الْكَاذِبُونَ ﴾<sup>٦٨</sup>.

ولم تكتفِ الشريعة الإسلامية بالتأثيم والتجريم فقط، فالوعد والوعيد لن يؤتي ثماره مع الجميع، لهذا وضع  
 علماؤنا وأئمتنا الأجلاء إرثا ضخما من القواعد والأحكام تهدف في الأسس إلى حماية رضا المتعاقدين  
 بشكل عام من أي خلل قد يؤثر على التوازن العقدي، بحيث يستطيع المتعاقد الذي وقع عليه ضرر ما

<sup>٦٦</sup> القرآن الكريم. سورة المطففين. ٨٣: ١-٦.

<sup>٦٧</sup> القرطبي، محمد بن أحمد. ٢٠٠٦م. الجامع لأحكام القرآن. تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١.

ج ٢٢. ص ١٢٩.

<sup>٦٨</sup> القرآن الكريم. سورة النحل. ١٦: ١٠٥.

الالتجاء إلى القضاء لرفع الضرر الذي لحق به من العقد نتيجة ظرف ما، بل بلغت هذه الأحكام والقواعد درجة من القوة والحماية أن يستطيع المتعاقد المضرور فسخ العقد بإرادته المنفردة دون الحاجة للالتجاء إلى القضاء.

ورغم أن أحكام خيارات العقد وضعت أساساً من أجل رفع الحرج الذي من المحتمل أن يقع فيه أحد المتعاقدين، إلا أن الباحث يرى أن قواعد خيار الرؤية صيغت بصورة تتناسب تماماً مع العقود الإلكترونية التي شاع استخدامها في عصرنا الحالي، بل صيغت هذه القواعد بصورة بلغت من الاتقان وكأنها وضعت في الأصل لحل المشاكل التي يعاني منها المستهلك في العقود الإلكترونية وكحماية لرضا كلا المتعاقدين في هذه العقود.

خيار الرؤية

يقصد بخيار الرؤية أن يكون للمشتري الحق في إمضاء البيع أو فسخه عند رؤية المعقود عليه إذا لم يكن قد رآه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة<sup>٦٩</sup>، فالرؤية هي سبب ثبوت الخيار، فإن تسميته بخيار الرؤية جاءت من إضافة السبب إلى السبب، فعند الرؤية هي سبب أو شرط لثبوت الخيار، وهو من الخيارات الشرعية التي تثبت دون اشتراطها حماية للمشتري - المستهلك - من الضرر والغبن والخداع ونحوه.<sup>٧٠</sup>

وقد اختلف علماء الفقه الإسلامي حول ثبوت خيار الرؤية وأساس الخلاف بينهم ينبع من خلافهم حول صحة وجواز بيع العين الغائبة، حيث إن الرؤية السابقة للمبيع هو الضابط الأساسي لخيار الرؤية،

وكان الخلاف على النحو التالي:

<sup>٦٩</sup> الزحيلي، وهبه. ١٩٨٥م. الفقه الإسلامي وأدلته. دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر. ط٣. ج ٤. ص ٢٦٧.

<sup>٧٠</sup> الزبياري، ميكائيل رشدي. ٢٠١٢م. العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون. رسالة دكتوراه غير منشورة. بغداد:

المذهب الشافعي: للإمام الشافعي في بيع العين الغائبة قولان: قول قلمم أجاز فيه بيع العين الغائبة وأثبت الخيار للمشتري عند رؤية المبيع<sup>٧١</sup>، وقول جديد ذهب فيه إلى عدم ثبوت خيار الرؤية وذلك لأنه يعتبر رؤية المبيع قبل العقد بمدة لا يتغير فيها المبيع شرط من شروط صحة البيع، وباعتبار أن عدم رؤية المبيع قبل العقد هو سبب ثبوت الخيار عند القائلين به فإن خيار الرؤية لا يمكن تصوره عند الشافعي لأنه يوجب رؤية المبيع قبل العقد وبالتالي انتفاء العلة في ثبوت خيار الرؤية<sup>٧٢</sup>، وحجة أصحاب هذا المذهب ما روي عن النبي ﷺ أنه (نهى عن بيع الغرر)<sup>٧٣</sup>.

وفي هذا يقول الماوردي في الحاوي (وبيع خيار الرؤية غرر من وجهين: أحدهما: أنه لا يعلم هل المبيع سالم أو ماله؟ والثاني: أنه لا يعلم هل يصل إليه أو لا يصل؟... ويضيف قائلا أن النبي ﷺ "نهى عن بيع الملامسة"<sup>٧٤</sup> فاللامسة: إبيع الثوب المطوي، فإذا نهي عن الملامسة لجهل بالمبيع، وإن كان الثوب حاضرا، كان بطلانه أولى إذا كان غائبا)<sup>٧٥</sup>.  
المذهب الحنفي: ذهب الفقهاء الأحناف إلى ثبوت خيار الرؤية للمشتري الذي لم ير المبيع قبل العقد<sup>٧٦</sup>، ويستدل فقهاء المذهب الحنفي بحديث النبي ﷺ (من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه)<sup>٧٧</sup> كذلك

<sup>٧١</sup> النووي، محي الدين بن شرف. د.ت. المجموع شرح المهذب للشيرازي. تحقيق محمد نجيب الطبعي. جدة: مكتبة الارشاد. د. ط. ج. ٩. ص ٣٤٨ - ٣٥١.

<sup>٧٢</sup> الماوردي، علي بن محمد بن حبيب. ١٩٩٤م. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي. تحقيق علي محمد مقوض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت: دار الكتب العلمية. ط. ١. ج. ٥. ص ١٥ - ١٦.

<sup>٧٣</sup> النيسابوري، مسلم بن الحجاج. ١٩٩١م. صحيح مسلم. تحقيق: محمد فؤاد عبدالمبارك. كتاب البيوع: باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي به غرر. د. م. دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه. ط. ٣. ج. ٣. ص ١١٥٣. رقم الحديث: ١٥١٣ - ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني. د. ت. سنن ابن ماجه. تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان. كتاب المتاجرات: باب النهي عن بيع الحصة وعن بيع الغرر. الرياض: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع. ط. ١. ص ٣٧٧. رقم الحديث: ٢١٩٤.

<sup>٧٤</sup> البخاري، محمد بن اسماعيل. ٢٠٠٦م. صحيح البخاري. كتاب البيوع: باب بيع الملامسة. الرياض: مكتبة الرشد. ط. ٢. ص ٢٨٣. رقم الحديث: ٢١٤٤ - ابن ماجه. سنن ابن ماجه. مرجع سابق. كتاب المتاجرات: باب ما جاء في النهي عن الملامسة والمنابذة.

ص ٣٧٣. رقم الحديث: ٢١٦٩.

<sup>٧٥</sup> الماوردي. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي. مرجع سابق. ج. ٥. ص ١٦.

<sup>٧٦</sup> الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. مرجع سابق. ج. ٥. ص ٢٩٢.

ما روي أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه أرضاً بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة فلما تباينا ندم عثمان رضي الله عنه ثم قال: بايعتك ما لم أره فقال طلحة رضي الله عنه إنما النظر لي إنما ابتعت مغيباً وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت فجعلنا بينهما حكماً فحكما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى على عثمان رضي الله عنه أن البيع جائز وأن النظر لطلحة رضي الله عنه أنه ابتاع مغيباً<sup>٧٨</sup>.

المذهب المالكي: لا يجوز بيع العين الغائبة التي لا تكون هناك مشقة لرؤيتها، بمعنى أن المشتري يجب عليه لانقضاء العقد صحيحاً أن يرى الشيء المبيع لو كان حاضراً أو إن كان غائباً ولا توجد مشقة في رؤيته، وأجازوا بيع العين الغائبة ولكن بشرط وصفها بذكر جنسها ونوعها وذلك أن كانت العين غائبة عن المجلس أو كانت حاضرة ولكن يخشى عليها التلف من تكرار النشر عليها، وفي هذه الحالة فلو وافق المبيع الصفة فالبيع لازم ولا خيار له وإن جاءت مغايرة للوصف فله خيار الوصف لا خيار الرؤية<sup>٧٩</sup>، الصفة في البيع قد قللت مقام الرؤية ليجب إذا وجد المبيع على الصفة ألا يثبت في البيع خيار الرؤية كما لو بيع على رؤيته<sup>٨٠</sup>.

وهناك قول عند المالكية يجوز بيع العين الغائبة بدون وصف، ولكن يجب لصحته أن يشترط المشتري لنفسه خيار الرؤية أما إذا لم توصف ولم يشترط الخيار فلا يصح<sup>٨١</sup>.

<sup>٧٧</sup> البيهقي، أحمد بن الحسين. ٢٠٠٣م. السنن الكبرى. تحقيق: محمد عبد المنعم عطا. كتاب البيوع: باب من قال يجوز بيع العين الغائبة.

بيروت: دار الكتب العلمية. ط ٣. ج ٥. ص ٤٤٠. رقم الحديث: ١٠٤٢٦.

<sup>٧٨</sup> البيهقي. السنن الكبرى. مرجع سابق. كتاب البيوع: باب من قال يجوز بيع العين الغائبة. ج ٥. ص ٤٣٩. رقم الحديث: ١٠٤٢٤.

<sup>٧٩</sup> ابن رشد، محمد بن أحمد القرطبي. ١٩٨٢م. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر. ط ٦. ج ٢. ص ١٥٥ -

ابن جزري، محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي. د. ت. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية مع التنبيه على مذهب الشافعية والحنفية

والحنبلي. تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي. د. د. ص ٤٠٥

<sup>٨٠</sup> المالكي، عبد الوهاب بن علي. ٢٠٠٨م. الإشراف على نكت مسائل الخلاف. تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان. الرياض: دار ابن القيم للنشر والتوزيع. ط ١. ج ٢. ص ٤٣٥.

<sup>٨١</sup> الجزيري، عبد الرحمن. ٢٠٠٣م. الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ٢. ج ٢. ص ١٩٨

المذهب الحنبلي: ذهب الحنابلة إلى جواز بيع العين الغائبة بشرط أن يذكر من صفاتها ما يكفي في صحة السلم، وما لا يصح السلم فيه فلا يصح بيعه بالصفة، فإن وجد المبيع خلاف الصفة فله الخيار، ويسمى خيار الخلف في الصفة؛ لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة، فلم يلزمه كالسلم وهذا ظاهر المذهب، وفي رواية عن الإمام أحمد لا يصح البيع إلا برؤية المبيع؛ لأن الصفة لا تحصل بما معرفة المبيع، فلم يصح البيع بما كالذي لا يصح السلم فيه. إلا أن هناك رواية في المذهب الحنبلي تجيز بيع الغائب بدون الصفة مع ثبوت خيار الرؤية لكل من البائع والمشتري.<sup>٨٢</sup>

ويرى الباحث أن القول الراجح في خيار الرؤية هو ما ذهب إليه المذهب الحنفي القائل بثبوت خيار الرؤية في بيع العين الغائبة وإن لم يشترطه لأن وصف السلعة حتى وإن كان متوافقاً معها قد لا يكون دقيقاً أو ناقصاً في الأشياء البسيطة والغير مهمة بنظر العامة، إلا أنه قد يكون جوهرياً بالنسبة للبائع، كما أن الوصف حتى وإن كان صحيحاً قد يحمل المشتري إلى تصور السلعة في ذهنه على غير حقيقتها وبالتالي يندم المشتري لقيامه بالشراء ولا يكون أمامه لتصحيح إرادته إلا خيار الرؤية. وقد أخذ القانون العماني برأي الحنفية في مسألة خيار الرؤية، فأثبتوا الخيار للمشتري في العقود القابلة للفسخ وقد نظم أحكام الخيار في المواد (١٤٤-١٤٤-١٤٤ ع).

ويصعب في وقتنا الحالي الأخذ بأي رأي لا يميز بين العين الغائبة مطلقاً، لأنه يبطل معظم عقود البيع الإلكترونية على اعتبار أنها تبرم بدون أن يتاح للمشتري رؤية المبيع رؤية حقيقية إلا من خلال الوصف أو عبر الوسائط الرقمية (الصور أو الفيديو)، وهذا يتعارض مع المصالح الاقتصادية للدول والمجتمعات الإسلامية، فالتجارة الإلكترونية أصبحت رافداً اقتصادياً مهماً فرض نفسه بقوة على مستوى الفرد

<sup>٨٢</sup> ابن قدامة، عبد الله بن أحمد. ١٩٩٧. المغني. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو. الرياض: دار عالم الكتب.

والمجتمع، فاشتراط رؤية المبيع قبل العقد قد يؤدي إلى فرض عزله تجارية واقتصادية للدول الإسلامية، خصوصاً أنه في ظل الأوضاع الاقتصادية التي تعيشها الدول الإسلامية أضحت التجارة الإلكترونية بالنسبة لها ضرورة ملحة ومطلباً تنموياً.

وباعتبار أن العقود الإلكترونية تتيح للمستهلك رؤية المبيع عبر الوسائط الرقمية، فإن ذلك يقودنا إلى التساؤل عن مدى تأثير رؤية السلعة عبر الوسائط الرقمية (الصور والفيديو) على خيار الرؤية، بمعنى هل تتحقق بها الرؤية فيسقط خيار الرؤية أم لا؟

ويرى الباحث أن أفضل إجابة لهذا التساؤل ذكر المثال الذي أورده الكاساني في البدائع حيث قال (وقالوا في المشتري إذا رأى المبيع في المرآة أن له الخيار وكذا في الماء وقالوا عينه لأنه لم ير وإنما رأى مثاله والصحيح أنه رأى عين المبيع لا غير المبيع في المرآة والماء بل يراه حيث هو لكن لا على الوجه المعتاد بخلق الله تعالى فيه الرؤية .. ولكن قد لا يحصل له العلم ببعثته لتفاوت المرآة فيعلم بأصله لا ببعثته فلذلك يثبت له الخيار لا لما قالوا)<sup>٨٣</sup>. ورؤية المبيع في المرآة حالة تتشابه كثيراً مع حالة رؤية المبيع عبر الوسائط الرقمية، فإذا كان رؤية المبيع عبر المرآة لا يسقط خيار الرؤية فيمكننا قياس ذلك على رؤية المبيع عبر الوسائط الرقمية.

ويفهم مما تقدم أن المشتري لا يمكن أن يقف على محل العقد ومعرفة ماهيته بصورة حقيقية بصورة تزيل اللبس إلا في حالة رؤيته عن قرب ومعاينته مادياً، سواء كانت المعاينة بالنظر أو باللمس أو الجس أو الذوق أو الشم، وعلى هذا فإن رؤية محل العقد عبر الوسائط الرقمية لا تقوم معها الرؤية المطلوبة التي تُسقط خيار الرؤية.

<sup>٨٣</sup> الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. مرجع سابق. ج. ٥. ص ٢٩٥

وخيار الرؤية بالمعنى السابق لا يؤخذ على إطلاق، وذكر الفقهاء شرطين أساسيين لثبوت خيار الرؤية وهما: أولاً: أن يكون محل العقد شيئاً يتعين بالذات، وهي الأشياء التي تتفاوت في أفرادها ولا تقوم مقام بعضها في البقاء ولا يمكن تعيينها بالعدد أو الكيل أو القياس، كالعقارات المركبات والعمود والاعهزة الكهربائية<sup>٨٤</sup>.

ثانياً: عدم رؤية محل العقد مسبقاً أو عند العقد، ويثبت الخيار إن كان رآه سابقاً ولكن في زمن يتغير فيه محل العقد كأن يكون قد رأى حيواناً ثم اشتراه بعد فترة من الزمن كافية لأن يكبر فيها أو يهرم، ورؤية بعض الخبث تكفي عن رؤية الكل وذلك في حالة أنه يدل على الكل<sup>٨٥</sup>.

ومن الجدير بالذكر التوجيه أنه يظهر الحاسب الآلي والإنترنت ظهرت سلع ذات طبيعة خاصة وهي السلع الرقمية كبرامج الحاسب الآلي والوسائط الرقمية (صوتية أو بصرية) والصحف والمجلات الرقمية، والخصوصية التي تتمتع بها هذه البرمجيات القدرة على نسخها عدة نسخ مطابقة للأصل، مع بقاء الأصل على حالة دون انتقاص.

ويرى الباحث أن تلك الخصوصية تجعل من الصعب تقبل ثبوت خيار الرؤية على هذا النوع من السلع، فثبوت خيار الرؤية لهذا النوع من السلع يطي للمشتري القدرة على نسخ السلعة الرقمية الأصلية، وفسخ العقد بموجب خيار الرؤية، وإرجاع النسخة الأصلية للبائع، وهذا سيؤدي إلى إلحاق خسائر للبائع، ويرى الباحث ضرورة إخراج مثل العقود التي يكون محلها السلع الرقمية بأنواعها (سمعية، بصرية، برمجية، نصية) من دائرة ثبوت خيار الرؤية، وإعطائها حكم الأشياء المثلية، لأنها ستفتح باباً سهلاً للغش والخداع من جانب المشتري.

<sup>٨٤</sup> الزحيلي، وهبة مصطفى، ٢٠٠٦م. الوجيز في الفقه الاسلامي. دمشق: دار الفكر. ط. ٣. ج ٢. ص ٧٥

<sup>٨٥</sup> الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. مرجع سابق. ج ٥. ص ٢٩٣.

ولا يثبت خيار الرؤية إلا للمشتري فقط ولا يثبت للبائع، بدليل ما روي أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه أرضاً بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة فلما تباينا ندم عثمان رضي الله عنه ثم قال: بايعتك ما لم أره فقل طلحة رضي الله عنه إنما النظر لي إنما ابتعت مغيباً وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت فجعلنا بينهما حكماً فحكما جبير بن مطعم رضي الله عنه ف قضى على عثمان رضي الله عنه أن البيع جائز وإن النظر لطلحة رضي الله عنه أنه ابتاع<sup>٨٦</sup> إلا أن هناك رواية عند الحنابلة تثبت فيها الخيار للبائع أيضاً<sup>٨٨</sup>.

ومن هنا يمكننا القول أن خيار الرؤية شرع أساساً لحماية لإرادة المستهلك في مواجهة التجار المهين الذين يتمتعون بالهوى الاقتصادية.

والحكمة من عدم ثبوت الخيار للبائع لأنه كان بإمكانه رؤية السلعة محل العقد بسهولة، وبما أنه قد باع محل العقد دون أن يهتم لرؤية، ثم تبين له أنها أجرد مما يظن، فإن ذلك يعتبر تقصيراً منه، والغلط المقترن بتقصير ممن وقع فيه يكون غلطاً غير مغتفر، والغلط الغير مغتفر لا يعتد به.<sup>٨٩</sup>

ويثبت خيار الرؤية شرعاً لا شرطاً<sup>٩٠</sup>، وبالتالي فهو يثبت حتى لو لم يتفق عليه المتعاقدان بالإضافة إلى أن المستهلك لا يملك التنازل عنه قبل رؤية محل العقد، وهذا من شأنه إضفاء المزيد من الحماية للمستهلك في العقود الإلكترونية، خصوصاً الذي يتعاقد عن طريق العقود النموذجية (النمطية) التي تعتبر وسيلة التعاقد في مواقع التسوق الإلكتروني، فثبوت خيار الشرط شرعاً يعطي المستهلك الحق في الخيار حتى لو تضمن العقد النمطي (النموذجي) شرطاً ينص على تنازل المشتري عن حقه في خيار الرؤية

<sup>٨٦</sup> سبق تخريجه، راجع ص ٥١.

<sup>٨٧</sup> هذا رأي الحنفية والمالكية، راجع ما ذكرناه سابقاً.

<sup>٨٨</sup> ابن قدامة. المغني. مرجع سابق. ج ٦. ص ٣٣.

<sup>٨٩</sup> السنهوري، عبد الرزاق أحمد. ١٩٩٨م. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ط ٢. ج ٢. ص ١٢٥.

<sup>٩٠</sup> الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. مرجع سابق. ج ٥. ص ٢٩٢.

مسبقاً، وفي هذا يقول ابن قدامة في المغني (وكذلك لو تبايعا بشرط أن لا يثبت الخيار للمشتري، لم يصح الشرط لذلك)<sup>٩١</sup>.

#### الفرع الرابع: حماية القواعد القانونية لرضا المستهلك الإلكتروني

استشعر فقهاء القانون بالظروف التي قد تحيط بالمستهلك الإلكتروني والتي من شأنها أن تعرضه إلى التسرع في إبرام العقد والحكم على السلعة بدون معاينتها معاينة فاحصة مادية، كما أن المستهلك قد يكون تحت تأثير الضغوط التي قد تحدثها الإعلانات التجارية المنتشرة بكثرة في صفحات الويب، ولهذا رأى الفقه القانوني بضرورة التدخل ووضع بعض القواعد والأحكام التي من شأنها إعادة التوازن العقدي بين أطراف العقد وإعطاء المستهلك مهلة إضافية للتفكير في العلاقة العقدية لتتوفر إرادته عما قد يكون شامها من عيوب وذلك عن طريق إعطاء المستهلك الحق في التراجع عن العقد الذي أبرمه إلكترونياً وهو ما يعرف قانونياً بحق العدول.

#### الفقرة الأولى: حق العدول

يعرف حق العدول بأنه (حق المستهلك في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة في خلال مدة معينة يحددها القانون دون إبداء أية مبررات مع التزام التاجر أو مقدم الخدمة بحسب الأحوال برد قيمتها مع تحمل المستهلك مصروفات الرجوع فقط)<sup>٩٢</sup> ومن خلال التعريف السابق يمكننا استخلاص أهم الخصائص التي يتمتع بها حق العدول :

١. أنه حق وليس رخصة قانونية، وبالتالي لا يستطيع المستهلك التنازل عنه مسبقاً، كالحق في الضمان وبالتالي أي شرط يقتضي إعفاء المستهلك من هذا الحق يعتبر باطلاً ولا يعتد به، ولا يشترط أن ينص

<sup>٩١</sup> ابن قدامة. المغني. مرجع سابق. ج ٦. ص ٣٣.

<sup>٩٢</sup> خالد. حماية المستهلك الإلكتروني. مرجع سابق. ص ٦٢٧.

عليه في العقد لتفعيله فهو حق قانوني منصوص عليه في النصوص القانونية فهو حق من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على إسقاطه، ومما يؤكد ذلك بعض القوانين كالقانون التونسي<sup>٩٣</sup> أوجب على التاجر أن يطلع المستهلك على حقه في العدول في جميع مراحل العقد استنادا إلى التزامه بإعلام المستهلك بحقه في العدول عن العقد<sup>٩٤</sup>.

٢. أنه يفقد العقد لزمه، والعقد الغير لازم هو العقد الذي يستطيع أحد طرفيه فسخه بإرادته المنفردة دون الحاجة لموافقة الطرف الآخر. فحق العدول أعطى للمستهلك القدرة على فسخ العقد والرجوع عنه بإرادته المنفردة خلال الفترة المحددة لاستعماله، وبالتالي يفقد العقد لزمه هذه الفترة ويصبح عقدا غير لازم بالنسبة للمستهلك ويبقى كذلك إلى حين انقضاء الفترة المحددة.

٣. أنه حق إرادي محض يترك تقديره لكامل إرادة المستهلك ويمارسه وفقاً لما يراه محققاً لمصلحته، فهو ليس ملزماً بإبداء أسباب معينة لهذا العدول، بمعنى أن استعمال المستهلك لهذا الحق لا يؤدي إلى قيام مسؤوليته<sup>٩٥</sup>

ولم تتطرق أي من القوانين العربية إلى هذا الحق إلا القانون التونسي<sup>٩٦</sup> في المادة ٣٠ حيث نص على (يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل... في هذه الحالة يتعين على البائع ارجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ ارجاع السلعة أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن ارجاع البضاعة).

<sup>٩٣</sup> في المادة رقم ٢٥ من القانون عدد ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ ٩/أغسطس/٢٠٠٠.

<sup>٩٤</sup> خلفي، عبدالرحمن. ٢٠١٣م. " حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري" مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية). فلسطين (نابلس): جامعة النجاح الوطنية. المجلد ٢٧. (١): ص ١٥.

<sup>٩٥</sup> محمود، عبد الله ذيب عبد الله. ٢٠٠٩م. حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني. رسالة ماجستير غير منشورة. نابلس: جامعة النجاح الوطنية. ص ١٢٦.

<sup>٩٦</sup> القانون عدد ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ ٩/أغسطس/٢٠٠٠.

وحق العدول بمعناه السابق والذي يمكّن المستهلك من فسخ العقد بإرادته المنفردة بدون إبداء أية أسباب أو مبررات يعتبر تعدي صارخ للقوة الملزمة للعقد وعلى مبدأ سلطان الإرادة، ولذلك فقد قيدته النصوص القانونية بقيود وقتية وأخرى متعلقة بمحل العقد المبرم.

فبخصوص القيود الوقتية فقد حددها القانون التونسي بعشرة أيام عمل، بمعنى لا يستطيع المستهلك استعمال حقه في العدول بعد مرور المدة المحددة قانوناً، وهذا يؤدي بنا إلى أنه إذا تخلل تلك الفترة يوم عطلة رسمية فذلك يؤدي إلى انقطاع المدة المحددة، بمعنى لا يتم حساب أيام العطل الرسمية من ضمن المدة المذكورة.

أما عن بدء فترة استعمال الحق فتختلف باختلاف محل العقد كالتالي:

أولاً: في حالة كون محل العقد الإلكتروني سلعة معينة: تبدأ الفترة من تاريخ استلامها، ويعتبر ذلك منطقياً لأن الحكمة الأساسية من إعطاء المستهلك هذا الحق هو إعطاؤه فرصة حقيقية لتكوين إرادة مستنيرة عند اختياره السلعة لأنه يتعاقد على سلعة لم يراها أو أنه رآها ولكن من خلال الصور فقط، فكان من المنطقي أن تبدأ فترة استعمال حقه من يوم استلام السلعة لأنها اللحظة الحقيقية التي يستطيع من خلالها أن يقرر بصورة واضحة مدى توافق صفات وخصائص السلعة مع خصائصها التي كان يحملها في مخيلته.

ثانياً: في حالة كون محل العقد الإلكتروني خدمة: ففي هذه الحالة يبدأ احتساب مدة استعمال الحق في العدول من تاريخ إبرام العقد.

ويرى الباحث أن عقود الخدمات لا تنسجم مع حق العدول، وأنها ستسبب بعض المشاكل عند تطبيقها على عقود الخدمات، حيث يمكن أن تنفذ عقود الخدمات خلال فترة زمنية قصيرة وقبل انقضاء الفترة المحددة لاستعمال الحق في العدول، وبالتالي ليس من مقتضيات المنطق والعدالة استخدام المستهلك حقه

في العدول بعد تنفيذ الخدمة محل العقد أو أثناء تنفيذها في حالة لو نفذ العقد أو جزء منه قبل انقضاء

الفترة المحددة لاستعمال حق العدول عن العقد..

ومثال ذلك: لو كان محل العقد شراء تذكرة سفر فليس من المنطقي استعمال المستهلك حقه وفسخ

العقد بعد السفر ووصوله إلى الجهة المقصودة، وكذلك في حالة التعاقد مع أحد المستشفيات لإجراء

فحوصات في تاريخ معين فلا يمكن للمستهلك فسخ العقد بعد تنفيذه حتى لو كان ذلك خلال الفترة

المتاحة لاستعمال حقه في العدول، ومن هنا يرى الباحث ضرورة استثناء عقود الخدمات من تطبيق حق

العدول عليها، أو النص على عدم استطاعة المستهلك التمسك بحقه في العدول في عقود الخدمات التي

تم تنفيذها فعلاً قبل انتهاء مهلة التمسك بالحق في العدول.

وإلى جانب القيود الزمنية توجد بعض القيود التي تتعلق بمحل العقد كون أن طبيعة بعض السلع تتعارض

مع التمسك بالحق في العدول، ولهذا فقد اهتم المشرع التونسي في الفصل ٣٢ بخصوصية السلعة محل

العقد والتي يصعب معها تطبيق حق العدول عن العقد ونص على استبعاد بعض العقود بالنظر إلى

محلها.

فقد استثنى القانون التونسي الحالة التي يطلب فيها (المستهلك تزويده بمنتجات حسب خاصيات

شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو للفساد لانتهاج مدة

صلاحيتها) والحكمة من استبعاد هذه العقود لأنها تتسم بخصوصيات تجعل خيار الرجوع فيها غير ممكن،

كطبيعة بعض السلع السريعة التلف، ثم إن بعض العقود يتم التصنيع فيها بناء على رغبة المستهلك الذي

يشترط بعض المميزات الخاصة في المنتج، فمن غير المقبول تمكينه من خيار الرجوع لأن الخصوصية التي

يتميز بها منتج معين بناء على رغبة المستهلك قد لا تتوافق مع رغبة مستهلك آخر. ثم ليس بالضرورة

أن يوضع البائع في حرج إيجاد مستهلك آخر يرغب في نفس المواصفات إذا ما تم تمكين المستهلك من حق العدول<sup>٩٧</sup>.

ومن ضمن العقود التي لا يمكن استعمال حق الرجوع التي يكون محلها التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات، والعلّة من استثنائها تتمثل في الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية، وذلك بمنع المستهلك من عمل نسخة من التسجيل السمعي أو البصري أو برنامج الكمبيوتر، ثم يقوم بعد ذلك باستخدام حقه في العدول عن العقد، مما يمثل خرقاً لحق الملكية الفكرية<sup>٩٨</sup>.

كما أن العقود التي يكون محلها شراء الصحف والمجلات تستثنى من حق العدول والسبب في استبعاد العقود التي يكون محلها الصحف أو المجلات لأن محتويات هذا النوع من السلع يكون متجدد بشكل يومي وفي حالة إرجاعها ستفقد تلك المعلومات والمحتويات قيمتها الفعلية، فكان من المنطقي والعدالة إسقاط حق العدول في مثل هذه العقود.

ولا يتطلب من المستهلك في حالة استعمال حقه في العدول سوى الإعلان عن رغبته في الرجوع عن العقد خلال الفترة المحددة، إلا أن الإعلان وحده لا يكفي للإعلان لا ينتج عنه أي أثر قانوني إلا إذا وصل إلى علم المزود، ولهذا نص القانون التونسي في المادة ٣٠٠ على أن يتم الإعلام بالعدول عن الشراء بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقاً في العقد، وكان النص السابق يوجب على المستهلك إعلام المزود بذلك، كما يستشف من النص السابق أن القانون ترك لأطراف الاتفاق مسبقاً على الطريقة التي من خلالها يمكن للمستهلك إعلام الطرف الآخر.

<sup>٩٧</sup> خلفي. " حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري ". مرجع سابق. ص ١٥.

<sup>٩٨</sup> التهامي، سامح عبدالواحد. ٢٠٠٨م. التعاقد عبر الإنترنت. المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية. ط ١. ص ٣٢٦-٣٢٧.

## الفقرة الثانية: موقف القوانين العمانية من مسألة العدول عن العقد

لم يتعرض قانون المعاملات الإلكترونية العماني في نصوصه لمسألة العدول عن العقد، ولكن قانون حماية المستهلك العماني<sup>٩٩</sup> نص على هذا الحق في المادة (١١) إلا أنه تناوله بصورة ناقصة ولم يغط كافة جوانب الحماية كالتالي نص عليها القانون التونسي، فجاء القانون ونص على أن (للمستهلك خلال عشرة أيام من شرائه أية سلعة - باستثناء السلع الاستهلاكية القابلة للتلف السريع- الحق في استبدالها أو إعادتها واسترداد قيمتها إذا شاب السلعة عيباً شريطة إبراز ما يثبت شراؤها من نفس المورد على ألا يكون العيب ناتجاً عن سوء استعمال المستهلك للسلعة...).

ويرى الباحث عدم جدوى النص السابق من الناحية العملية، حيث إن حكم النص السابق وارد في القواعد العامة لنظرية العقد تحت مفهوم خيار العيب، ولا يعدو ذكره في قانون حماية المستهلك إلا ترديداً للقواعد العامة.

ويختلف الحق في العدول الذي نحن بصدده عن الحق في العدول الذي نصت عليه المادة السابقة، فالمادة السابقة لا تسمح للمستهلك استخدام حقه في العدول إلا في حالة وجود عيب في السلعة، وهذا يختلف تماماً عن أحكام الحق في العدول المعروف في العقود الإلكترونية والذي يعطي المستهلك الحق في الرجوع عن العقد خلال مدة معينة بدون إبداء أية أسباب أو مبررات، بمعنى لا يشترط وجود عيب في السلعة لإرجاعها.

ومن الجدير بالذكر أن جهات التشريع العمانية عندما وضعت نصوص وأحكام قانون حماية المستهلك كانت تهدف إلى بسط الحماية في العقود التقليدية، ولم تكن واضحة في نصب عينها العقود الإلكترونية،

<sup>٩٩</sup> قانون حماية المستهلك لسلطنة عمان، صادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٢/٨١م، بتاريخ ٢٨/٨/٢٠٠٢م.

ولهذا لم يشأ القانون النص على حق يعتبر خرقاً واضحاً لمبدأ "القوة الملزمة للعقد" لحماية المستهلك يتعاقد وجهاً لوجه مع الطرف الآخر ويستطيع بكل سهولة معاينة السلعة محل العقد معاينة مادية.

### الفرع الخامس: المقارنة بين خيار الرؤية وحق العدول

نلاحظ التشابه الكبير بين خيار الرؤية وحق العدول عن العقد، فخيار الرؤية منح لحماية للمستهلك الذي يتعاقد في على عين غائبة ولم يسبق له رؤيتها بهدف حمايته من الغرر الذي قد يصاحبه لعدم رؤية المبيع عند العقد وكذلك هو الحال في الحق العدول إذ أنه منح للمستهلك الإلكتروني الذي يتعاقد على من بعد لإعطائه فرصة للتروي في العقد الذي قد يكون أبرمه بدون رؤية السلعة أو تحت ضغط الدعاية والإعلان.

ويتشابهان أيضاً في أن كليهما ثابتان حول الحاجة إلى النص عليهما في العقد، فخيار الرؤية ثابت شرعاً لا شرطاً وحق العدول من قواعد العظام العام، فلا يجوز الاتفاق على إسقاط أي منهما قبل الرؤية المبيع ويثبت للمستهلك بصورة قانونية دون الحاجة للاشتراط المسبق، كما أنهما يفقدان العقد لزومه ويصبح من حق المستهلك فسخه بإرادته المفردة بدون الحاجة للرجوع للقضاء.

ورغم التشابه الكبير بين خيار الرؤية وحق العدول إلا أنهما يختلفان في نقطتين أساسيتين:

الأولى: الرؤية السابقة محل العقد: فحق العدول يثبت للمستهلك بشكل مطلق سواء سبق له رؤية السلعة أم لا، فالعبرة في ثبوته ليس برؤية المبيع وإنما العبرة في عدم اجتماع المتعاقدين في مجلس عقد مادي وجهاً لوجه، ولهذا نرى أن نظرية العدول بالمعنى السابق لم توضع على أساس الغلط، لأنها لو كانت كذلك لن يثبت حق العدول في حالة تمكن المستهلك من رؤية السلعة قبل العقد، بعكس خيار الرؤية الذي لا يثبت للمشتري لو سبق له رؤية المبيع قبل العقد بوقت لا يتغير فيه عادة، ففقهاء الشريعة

الإسلامية يرون زوال الغرر أو الخطأ الذي من المحتمل أن يقع فيه المستهلك لو سبق له رؤية المبيع، ولهذا

أسقطوا خيار الرؤية في هذه الحالة وهذا يقودنا إلى أن الغلط هو أساس نظرية خيار الرؤية.

ومن المحاسن التي تحسب لنظرية خيار الرؤية أنها جعلت من رؤية المبيع سبب لثبوت خيار الرؤية لأن ذلك ساعد الفقهاء على صياغة نظرية خيار الرؤية بصورة لا يستطيع فيها المستهلك التعسف في استخدام حقه وذلك عن طريق اشتراط ضابط الرؤية السابقة، بعكس نظرية حق العدول التي لم تجعل للرؤية السابقة أي أهمية مما أدى إلى إمكانية استعمال المستهلك لحقه بصورة متعسفة تحدد استقرار المعاملات.

فقواعد الشريعة الإسلامية من خلال نظرية خيار الرؤية استطاعت الموازنة بين مصلحة البائع والمشتري، بعكس نظرية العدول التي أجهضت في حق البائع الذي قد يفاجئ بمطالبة المستهلك بالعدول عن العقد رغم رؤية الأخير السلعة وإحاطته بها إحاطة تامة.

الثانية: تظمين عقود الحسنة: فقد أثبت القانونيون حق العدول في العقود التي يكون محلها أداء خدمة معينة، بعكس خيار الرؤية التي لم يشبه الفقهاء إلا في العقود التي يكون محلها شيء معين بالذات، وذلك لأن الفقهاء يثبتون خيار الرؤية في العقود التي يفسخ فيها العقد بالرد وفي هذا يقول الكاساني (ثبت خيار الرؤية في الإجارة والصلح عن معنى المال والقسمة ونحو ذلك؛ لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء فيثبت فيها خيار الرؤية ولا يثبت في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك؛ لأن هذه العقود لا تحتمل الانفساخ برد هذه الأموال فصار الأصل أن كل ما يفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية وما لا فلا)<sup>١٠٠</sup>

<sup>١٠٠</sup> الكاساني، بدائع الصانع ٢٩٢/٥

ويميل الباحث إلى الرأي الذي أخذ به فقهاء الشريعة الاسلامية وذلك لأن بثبوت خيار الرؤية أو حق العدول في عقود الخدمات سيسبب مشكلة في حالة قيام المستهلك استخدام حقه في الفسخ بعد قيام مقدم الخدمة بالعمل الموكل إليه وقبل انقضاء مهلة سقوط حق العدول، فذلك يتعارض مع مبادئ العدالة والإنصاف.

### المبحث الثالث: الشكلية في التعاقد الإلكتروني

الأصل في العقود الرضائية، بمعنى أنه يكفي لانعقاد العقد وجود إيجاب ويقابله قبول مطابق له، ولا تخرج العقود الإلكترونية عن هذا الأصل، إلا أن القانون قد يتطلب إفراغ رضا الطرفين في قالب شكلي معين بصورة إلزامية، بحيث لا يكون للعقد أي وجود إلا إذا تحقق ذلك الشكل، كأن يشترط أن يكون العقد مكتوباً أو موثقاً لدى جهة رسمية، وباعتبار العقد الإلكتروني يبرم عن بعد في الفضاء الإلكتروني، فهنا يثار التساؤل عن مدى إمكانية تحقق الشكلية التي يعطلبها القانون في البيئة الإلكترونية، وهذا يتطلب منا توضيح ماهية الشكلية في المطلب الأول، ثم نتناول مدى إمكانية تحقيق الشكلية في البيئة الإلكترونية في المطلب الثاني.

#### المطلب الأول: ماهية الشكلية

##### الفرع الأول: مفهوم الشكلية

تعددت تعريفات الشكلية فالبعض عرف الشكلية على أنها أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة يفرض بصورة الزامية من قبل المشرع ويكون عنصراً أساسياً في إنشاء العقد<sup>١١١</sup> أو هي صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة يفرضها المشرع<sup>١١٢</sup>، ومن الملاحظ أن التعريفات السابقة تربط بين الشكلية والتعبير

<sup>١١١</sup> عبد الواسع، عبد الرشيد عبد الحافظ. ٢٠٠٠م. التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون. القاهرة: النهر الذهبي للطباعة والنشر. ص ٢٧.

<sup>١١٢</sup> الشرقاوي، جميل. ١٩٥٦م. نظرية بطلان التصرف القانوني. القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة. د ط. ص ٣١٠.

عن الإرادة، وبالتالي تضيق نطاق الشكلية واستبعاد عقود شكلية عديدة من نطاق وأحكام الشكلية، كالعقود التي تشترط لصحتها الإشهاد كعقد النكاح، والعقود التي يُشترط لصحتها القبض كعقد الصرف وعقد السلم، لأن الشكل في هذه العقود لا يتعلق بالتعبير عن الإرادة.

ويرى الباحث أن الرأي الذي يربط الشكل بالتعبير عن الإرادة نظر إلى الشكلية نظرة محدودة وحصرياً بما يتوافق مع صور الشكلية الواردة في القوانين المدنية فقط، فالقوانين المدنية لا تعرف صوراً للشكلية إلا الكتابة سواء كانت كتابة رسمية أو عرفية، وهي صور مرتبطة بالتعبير عن الإرادة، فحاء هذا الرأي متأثراً بصور الشكلية الواردة في القوانين المدنية.

ولهذا يرى الباحث أن الشكلية إجراء منفصل عن التعبير عن الإرادة ويمكن تعريفها على أنها (اتباع شكل معين يشترطه القانون لانعقاد العقد<sup>١٠٢</sup>) ولا يهم بعد ذلك إن كان الشكل المطلوب مرتبطاً بالتعبير عن الإرادة أم لا، فالشكلية المقصودة قانوناً هي التي يجازى غيابها بانعدام الأثر القانوني للتصرف، وهذا الرأي يستوعب جميع صور الشكلية سواء تلك المنصوص عليها في القوانين الوضعية أو الواردة في الفقه الإسلامي.

وحسب المفهوم المتعلق بالشكلية فإنها تعد من أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، حيث إن الشكلية بهذا المعنى تقوض من قدرة الإرادة وحماها في إنشاء العقد.

ولهذا فإن الشكلية لا تفرض عادة إلا لتحقيق مصلحة معينة يقصدها المشرع، ولئن دخلت تلك الوظائف والضمانات في إطار المصالح الخاصة للأفراد فإن خصوصيتها تصب في مجرى المصلحة العامة للمجتمع، ومن ثم لا يمكن أن يُنكر على الشكل دوره في تحقيق المصالح العامة للمجتمع من خلال

<sup>١٠٢</sup> عزب، رانيا صبحي محمد. ٢٠١٢. العقود الرقمية في عقود الإنترنت. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة. د. ط. ص ٤٢٠.

توفير الاستقرار في المعاملات وتحقيق العدالة الموضوعية، فوظيفة الشكل في الوقت الحاضر هي وظيفة

وقائية<sup>١٠٤</sup>.

هذه الوقاية فرضها المشرع في العقود التي يرى أنها تتسم بشيء من الأهمية والخطورة فتأتي الشكلية هنا لكي تنبه المتعاقدين على أهمية وخطورة العقد الذي يقدمون على إبرامه، وإعطائهم الفرصة خلال فترة التحضير لإتمام الإجراءات الخاصة بالشكل المطلوب للتروي وإعادة التفكير في العقد، وكذلك لضمان أن العقد قد نشأ بإرادة حرة خالية من الضغوط.

وقد يقصد المشرع من الشكلية تنظيم تصرفات بعينها لخصر ومراقبة مجال معين لأهميته، وإشهار تلك التصرفات حتى يتمكن الأفراد الذين يعزومون على إبرام تصرفات متعلقة بذلك المجال الوقوف على الوضع القانوني المتعلق بمحل العقد، كالعقود العقارية والعقود الواردة على الشركات والمحلات التجارية، وقد يكون المراد من الشكلية زيادة موارد الدولة المالية من خلال فرض الضرائب على التصرفات الشكلية.

مصادر وصور الشكلية وتنحصر مصادر الشكلية في ثلاثة مصادر وهي: الشريعة، والقانون، واتفاق الأطراف وتعدد الصور التي تتخذها الشكلية باختلاف مصدرها. فتمثل صور الشكلية التي أوجبتها الشريعة الإسلامية في صورتين وهما: الإشهاد والقبض، أما ما يتعلق بالإشهاد فقد ذهب جمهور الفقهاء<sup>١٠٥</sup> على اعتبار الإشهاد ركناً من أركان عقد النكاح، ولا يصح النكاح

<sup>١٠٤</sup> سوار، محمود وحيد الدين. ١٩٩٨م. الشكل في الفقه الإسلامي. عمان: مكتبة دار الثقافة. ط ٢. ص ١٠.

<sup>١٠٥</sup> النووي، محي الدين بن شرف. ١٩٩١م. روضة الطالبين وعمدة المفتين. بيروت: المكتب الإسلامي للطباعة والنشر. ط ٣. ج ٧. ص ٤٥ - ابن قدامة. المغني. مرجع سابق. ج ٩ ص ٣٤٧ - الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. مرجع سابق. ج ٢. ص ٢٥٦.

بدون حضور شاهدين، وذهب فقهاء المذهب المالكي<sup>١٠٦</sup> إلى صحة عقد النكاح بدون شاهدين وأجازوا تأخير الإشهاد إلى قبل الدخول.

أما القبض فقد أجمع الفقهاء<sup>١٠٧</sup> على عدم صحة عقد الصرف إذا لم يتم تقابض البدلين في مجلس العقد، وكذلك ذهب جمهور الفقهاء<sup>١٠٨</sup> في اشتراط تعجيل رأس المال في عقد السلم وقبضه في مجلس العقد. وقد خالف المالكية<sup>١٠٩</sup> جمهور الفقهاء وأجازوا تأخير قبض رأس المال في السلم إلى أجل قريب لا يتعدى ثلاثة أيام، حيث إنهم اعتبروا هذا التأخير اليسير معفواً عنه لأنه في حكم التعجيل، وفي هذا يقول عبد الوهاب البغدادي في (الإشراف على نكت الخلاف) في تبرير جواز تأخير رأس المال (ولأنه عقد معاوض لا يخرج بتأخيره عن أن يكون سلماً، فأشبهه التأخير للتشاغل بالقبض).<sup>١١٠</sup>

<sup>١٠٦</sup> وذهب المالكية إلى عدم اشتراط الشاهد في حال العقد وإن طلبت الشهادة وقت الانعقاد فيكون ذلك على وجه الندوب ليس إلا، ومن ثم يصح العقد بدون الإشهاد عليه. لليزيد راجع: الدرر، أحمد بن محمد. د. ت. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك مع حاشية الشيخ أحمد محمد الصولي. تحقيق: مصطفى كمال وصفي. القاهرة: دار المعارف. د. ط. ج ٢. ص ٣٣٦ - ابن جزى. القوانين الفقهية. مرجع سابق. ص ٣٢٨ - بن طاهر، الحبيب. ٢٠٠٥ م. الفقه المالكي وأدلته. بيروت: مؤسسة المعارف. ط ٣. ج ٣. ص ١٨٧ - الغرياني، الصادق عبدالرحمن. ٢٠٠٤ م. مدونة الفقه المالكي وأدلته. بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع. ط ١. ج ٢. ص ٥٧٢.

<sup>١٠٧</sup> ابن قدامة. المغني. مرجع سابق. ج ٦. ص ٤٠٨ - الغزالي، محمد بن محمد. ٢٠٠٧ م. خلاصة المعتصر وثقاوة المعتصر. تحقيق: أجد رشيد محمد علي. جدة: دار المنهاج. ط ١. ص ٢٩٠ - ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد. ١٣٥١ هـ. المحلى بالآثار - مصر: المطبعة المنيرية. د. ط. ج ٩. ص ١٠٩ - ابن عابدين، محمد امين عمر. ٢٠٠٣ م. رد المحتار على الدر المختار. تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض. الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. ط. خ. ج ٧. ص ٤٦٤ - الغزالي، أحمد بن حمدان. ١٤٢٨ هـ. الرعاية في الفقه. تحقيق: علي بن عبد الله بن حمدان الشهري. د. م. د. ن. ج ١. ص ٦٤٦ - البهوتي، منصور يونس ادريس. ٢٠٠٣ م. كشاف القناع عن متن الإقناع. تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد. الرياض: دار علم الكتب. ط. خ. ج ٥. ص ١٥٣٣ - الشرقاوي، عبد الله بن حججزي بن إبراهيم. ٢٠١٣ م. فتح القدير الخبير بشرح تيسير التحرير. بيروت: دار النوادر اللبنانية. ط. خ. ص ١٨٧.

<sup>١٠٨</sup> ابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار. مرجع سابق. ج ٧. ص ٥٢١ - السرخسي، شمس الدين. د. ت. المبسوط. بيروت: دار المعرفة. د. ط. ج ١٤. ص ٣ - الماوردي. الحاوي الكبير. مرجع سابق. ج ٥. ص ٧٩ - ابن جزى. القوانين الفقهية. مرجع سابق. ص ٢٩٦ - ابن قدامة. المغني. مرجع سابق. ج ٦. ص ١١٢.

<sup>١٠٩</sup> ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. مرجع سابق. ج ٢. ص ٢٠٢ - ابن جزى. القوانين الفقهية. مرجع سابق. ص ٤٢٠.

<sup>١١٠</sup> المالكي. الإشراف على نكت مسائل الخلاف. مرجع سابق. ج ٢. ص ٥١٩ - ٥٢٠.

وتنحصر صور الشكلية في القانون في صورتين وهما: الكتابة الرسمية، والكتابة العرفية، ويقصد بالكتابة الرسمية وجوب توثيق العقد وتسجيله لدى جهة رسمية وبين يدي موظف رسمي مختص يحدده القانون، ومن أمثلة هذه الشكلية ما نصت عليه المادة (١٠١١ ق م ع) (لا ينعقد الرهن التأمينية إلا بتسجيله. ..)<sup>١١١</sup>، أما الصورة الأخرى من صور الشكلية التي فرضها القانون وهي الكتابة العرفية، فتعني وجوب إفراغ ما اتفق عليه المتعاقدان في مستند مكتوب، ومثالها وجوب كتابة عقد التحكيم والتي نصت عليها المادة ١٢ من قانون التحكيم العماني.

والشكلية، بالمفهوم السابق لا يشترط أن يكون مصدرها القانون أو الشرع الحنيف، فقد يكون العقد رضائياً بالأصل، فيتفق المتعاقدان على أن يكون شكلياً، أي أن الشكلية تكون مفروضة بحكم الاتفاق لا بحكم القانون أو الشرع، كأن يتفق المتعاقدان على عدم انعقاد العقد إلى حين قيام المشتري بدفع جزء من ثمن السلعة مقدماً، فتكون الدفعة النقدية في ذلك العقد ركناً شكلياً لا ينعقد العقد إلا ولا يمكن حصر صور الشكلية التي يكون مصدرها الاتفاق، لأنها مرهونة باتفاق الأطراف وليست محددة سلفاً كصور الشكلية الأخرى.

#### الفرع الثاني: الشكلية في الشريعة الإسلامية

اعتمد الفقه الإسلامي عندما وضع الأحكام الخاصة بالعقود على إرادة الأطراف وحدها في تكوين العقد وجعل من مبدأ الرضائية الأساس الذي تركز عليه نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ولم يضع أي عبء تحد من صلاحية الإرادة وحدها في تكوين العقد وانعقاده، وتعتبر هذه القاعدة من ثمرات الهدي القرآني،

<sup>١١١</sup> عقد الرهن التأميني كما عرفته المادة ١٠١٠ من القانون المدني العماني هو عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون.

<sup>١١٢</sup> السنهوري، عبد الرزاق أحمد. ٢٠٠٩م. الوسيط في شرح القانون المدني. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الجديدة. ج ١. ص ١٦٣.

قال الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِيحَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ

وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا<sup>١١٣</sup>، وتأكيذا على هذا المبدأ روي عن النبي ﷺ أنه قال:

(إنما البيع عن تراض)<sup>١١٤</sup> وعلى هذا يمكننا القول أن العقود في الشريعة الإسلامية هي عقود رضائية في

الأصل، تكفي الإرادة وحدها في انعقادها دون الحاجة إلى اتخاذ طريقة معينة لانعقادها.

وذكر الدكتور السنهوري إلى أن الفقه الإسلامي استغنى عن الشكلية المعروفة في القوانين الرومانية

واستبدلها بفكرة مجلس العقد بحيث جاءت هذه الشكلية التي عاجلها الفقه الإسلامي وجعلها أكثر

تأديدا<sup>١١٥</sup> وكان الدكتور السنهوري يرى أن مجلس العقد ضربا من ضروب الشكلية إلا أنه وصفها بأنها شكلية

أخف حدة من تلك المعروفة في القانون الروماني، وتأيدا لهذا الرأي ذكر الدكتور محمود سوار (متأثرا

بالرأي السابق) أنه لا يكفي تماثل طرفي العقد الإيجاب والقبول لانعقاد العقد بل يجب أن يتم التعبير

عنهما في إطار قيود سوية ومكثفة تفرضها نظرية مجلس العقد وذهب إلى وصف تلك القيود بالشكلية

المهذبة<sup>١١٦</sup>، واستناداً إلى الرأي السابق فإن الشكلية في العقود هي الأصل في الشريعة الإسلامية والرضائية

هي الاستثناء.

ويرى الباحث أن الرأي السابق قد جانب الصواب باعتبار أن مجلس العقد هو صورة من صور الشكلية،

لأن الشكلية المقصودة هي التي تتطلب لانعقاد العقد ويعتبر البطلان جزءا لا يتجزأ منها، وعند مطالعنا

لكتب الفقه لم نجد أياً من الفقهاء تناول مجلس العقد بهذا المفهوم، بل على العكس من ذلك يجمع

<sup>١١٣</sup> القرآن الكريم. سورة النساء. ٤: ٢٩.

<sup>١١٤</sup> ابن ماجه. سنن ابن ماجه. مرجع سابق. كتاب المتاجرات: باب بيع الخيار. ص ٣٧٦. رقم الحديث: ٢١٨٥.

<sup>١١٥</sup> السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. مرجع سابق. ج ٣. ص ١٣٨.

<sup>١١٦</sup> سوار. الشكل في الفقه الإسلامي. مرجع سابق. ص ١٣٨.

الفقهاء على انعقاد بعض العقود بدون اتحاد مجلس كالوكالة والوصية ولو كان مجلس العقد ركناً لانعقاد العقد لما انعقدت الوكالة بدون مجلس.

بل إن الفقه الإسلامي هو صاحب الفضل في انتشار مبدأ الرضائية في القوانين اللاتينية، حيث لم يكن التراضي معروفاً لدى القانون الروماني إلا على سبيل الاستثناء، فالأصل أن العقود في القوانين الرومانية كانت خاضعة لأوضاع وشكليات معينة من إشارات وحركات وألفاظ وكتابة هي كلها أشبه بالطقوس الدينية، فكانت تلك العقود تستمد صحتها من قيودها الشكلية لا من موضوعها فمبدأ الرضائية لم يكن أبداً أصلاً من أصول القانون الروماني إلا بعد أن تأثر بالشريعة الإسلامية عن طريق الفقه المالكي الذي ساد قروناً عديدة في بعض دول أوروبا، وهي التي كانت خاضعة لدولة الأندلس الإسلامية.<sup>١١٧</sup>

ورغم أن الرضائية هي الأصل في الشريعة الإسلامية، وأن مصطلح الشكلية مصطلح قانوني محض وليس له وجود في الفقه الإسلامي، ووجدت بعض الحالات الاستثنائية التي يمكن اعتبارها تصرفات شكلية بالمعنى المعروف عند القانونيين.

فقد ذهب جمهور الفقهاء<sup>١١٨</sup> على أن الرضا في عقد النكاح لا يكفي لانعقاده، بل لابد من الشهود لقيام العقد<sup>١١٩</sup>، بحيث يبطل العقد بدون الإشهاد عليه، واستدلوا على ذلك بحديث عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)<sup>١٢٠</sup> وهذا دليل ظاهر على وجوب الشاهدين في

<sup>١١٧</sup> محمد، عباس حسني. ١٩٩٣م. العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفضيل عن تفوق التشريع الإسلامي. د.ن. د.ط. ج ١. ص ٩٠ وما بعدها.

<sup>١١٨</sup> الماوردي. الحاوي الكبير. مرجع سابق. ج ٩. ص ٥٧ - الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. مرجع سابق. ج ٢. ص ٥٢٥. ابن قدامة. المغني. مرجع سابق. ج ٩. ص ٣٤٧.

<sup>١١٩</sup> وخالفهم المالكية حيث ذهبوا أن العبرة في الإعلان وليس الإشهاد، فلو عقد النكاح بدون شهود وتم إعلانه فهو جائز، ولو حضره شهود واشترط عليهم الكتمان لم يجز، ويرى الباحث أن يستوي في موضوعنا عن الشكلية اشترط الإشهاد أو الإعلان فإن كلاهما يعتبر من الشكلية التي نتحدث عنها، وللإستزادة في تفاصيل الخلاف راجع الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. مرجع سابق. ج ٢. ص ٢٥٢ - الماوردي. الحاوي الكبير. ج ٩. ص ٥٨.

<sup>١٢٠</sup> البيهقي. السنن الكبرى. مرجع سابق. كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين. ج ٧. ص ٢٠٢. رقم الحديث: ١٣٧١٩.

عقد النكاح، وكذلك ما ذهب إليه الفقهاء بأن القبض من شروط صحة عقدي الصرف والسلم، واعتبار العقد باطلا ما لم يتم القبض في مجلس العقد.

### المطلب الثاني: مدى إمكانية انعقاد العقود الشكلية إلكترونياً

يرى الباحث أن أفضل طريقة لدراسة مدى إمكانية تحقق ركن الشكلية في العقود الإلكترونية من خلال تناول كل صورة من صور الشكلية في دراسة خاصة، ولهذا نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع:

الفرع الأول: مدى تحقق الشكلية الكتابة العرفية إلكترونياً.

والفرع الثاني: مدى تحقق شكلية الكتابة الرسمية إلكترونياً.

والفرع الثالث: مدى تحقق شكلية الإشهاد إلكترونياً

الفرع الرابع: مدى تحقق شكلية القبض إلكترونياً.

الفرع الأول: مدى تحقق شكلية الكتابة العرفية إلكترونياً.

يقصد بشكلية الكتابة العرفية وجوب كتابة العقد المرص بشكل مفهوم وإفراغ تلك الكتابة على دعامة محكمة بصورة تحصنها من التلاعب والتزوير وتضمن لها الاستمرارية والبقاء.

وحيث استقر العمل على كتابة العقود التقليدية على الأوراق وبالخطوط الخاصة باللغة التي اختارها أطراف العقد، فإن اللجوء إلى كتابة العقود في الوقت الحالي من خلال الكتابة الإلكترونية وحفظ هذه الكتابة على الدعومات الإلكترونية يدعو للتساؤل عن مدى اعتبار تلك الكتابة (الكتابة الإلكترونية)

من قبيل الكتابة التي ينعقد بها العقد الشكلي؟

وللوصول إلى إجابة التساؤل السابق يرى الباحث البحث في الشروط المطلوبة في الكتابة التقليدية للاعتداد قانونياً والنظر إلى مدى توافر تلك الشروط في الكتابة الإلكترونية.

## الفقرة الأولى: تحقق الشروط القانونية في الكتابة الإلكترونية

ليست كل كتابة تكون صالحة للاعتماد عليها قانونياً للإثبات أو للانعقاد، فقد ذهب الفقه القانوني والنقض على وجوب استيفاء الكتابة بشكل عام بمجموعة من الشروط حتى يحتج بها قانونياً<sup>١٢١</sup> وهي:-

أولاً: أن تكون الكتابة مقروءة

بمعنى أن تكون الكتابة مفهومة لمن يحتج عليه بها، بحيث يمكن لصاحب الشأن الوصول إلى إدراك مضمون الكتابة، حيث لا يمكن تحقق ركن التراضي بدون إدراك مضمون الكتابة ولا يمكن الوصول لذلك إلا بكون الكتابة مقروءة، لذلك يجب أن يكون المحرر الكتابي مدوناً بحروف أو رموز مقروءة ومفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بمضمون المحرر<sup>١٢٢</sup>.

فإذا ما رجعنا إلى الكتابة الإلكترونية نجد أنها تدون في الأصل على الوسائط بلغة الآلة لا يمكن أن يراها الإنسان بشكل مباشر، وإنما لا بد من إيصال المعلومات في الحاسب الآلي الذي يتم دعمه ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان، ونظراً إلى أنه يضمن قراءة هذه المحررات في جميع الأحوال باستخدام الحاسب الآلي وهو ما يعني الاستيفاء بالشروط المتعلقة بإمكان القراءة والفهم طالما أن اللغة التي تظهر على الشاشة هي لغة مفهومة ومقروءة لأطراف العقد<sup>١٢٣</sup>

<sup>١٢١</sup> حمودة. حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية. مرجع سابق. ص ١٥.

<sup>١٢٢</sup> جميعي، حسن عبد الباسط. ٢٠٠٠م. إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت. القاهرة: دار النهضة العربية. ط ١. ص ٢٠١.

<sup>١٢٣</sup> سعد، عاصم عبد الجبار. ٢٠٠٨م. الإثبات في قانون المعاملات الإلكترونية وقانون المعاملات المدنية والتجارية. بحث مقدم إلى ندوة الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، المنعقدة يوم الأحد الموافق ٢٣ نوفمبر. مسقط: هيئة تقنية المعلومات. ص ٨.

وتعتبر البيئة الإلكترونية بيئة خصبة لصدور محررات غير مقروءة لأسباب تقنية كإرسال رسالة مشفرة وعدم قدرة مستقبل الرسالة فك تشفير تلك الرسالة المشفرة أو عدم تمكن جهاز مستقبل الرسالة قراءة نص الرسالة لعدم احتواءه على برنامج نصوص يتوافق مع أحرف لغة الرسالة<sup>١٢٤</sup>.

ورغم أن قانون المعاملات الإلكترونية العماني نص على شروط الواجب توافرها في المستند الإلكتروني إلا أنه لم ينص على شرط أن تكون الكتابة مقروءة، ورغم أهمية هذا الشرط يرى الباحث أن المشرع العماني لم ينص عليه أن هذا الشرط من البديهيات لأن الرموز الغير مقروءة لا يتحقق معها ركن التراضي القائم على فهم كل متعاقد للتعبير عن الإرادة التي يطلقها المتعاقد الآخر.

ثانياً: أن تكون الكتابة محفوظة

والهدف من هذا الشرط ضمان بقاء واستمرارية الكتابة بحيث يمكن الرجوع إليها كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وقد أكد قانون المعاملات المدنية العماني على هذا الشرط في الفقرة (ب) من المادة (٨ ق م إ). وهذا الشرط جاء متفقاً مع أحكام الفقه الإسلامي الذي قسم الكتابة إلى مستبينة وغير مستبينة، والمستبينة هي التي تكتب في دعامة تسمح بحفظها وبقيائها محفوظة فترة طويلة من الزمن، أما الغير مستبينة هي التي تكتب على دعامة يستحيل أن تظمن بقيائها كالكتابة على الماء والهواء، ولم يعتد الفقه الإسلامي إلا بالكتابة المستبينة المدونة على دعامة تضمن بقيائها واستمراريتها، أما غيرها من الدعامات التي لا تضمن استمرارية حفظ الكتابة فإن الفقه الإسلامي لم يعتد بها لإحداث أي أثر شرعي، وفي هذا قال ابن عابدين (الكتابة على نوعين: مرسومة وغير مرسومة... وغير المرسومة أن لا يكون مصدراً ومعنواً، وهو على وجهين: مستبينة وغير مستبينة، فالمستبينة... وغير المستبينة ما يكتب على الهواء

<sup>١٢٤</sup> مع العلم بأن جميع نظم التشغيل مبرمجة على استقبال الرسائل التي تكتب بالأحرف اللاتينية لأنها اللغة المعتمدة لبرمجة جميع نظم التشغيل حالياً.

والماء وشيء لا يمكنه فهمه وقراءته، ففي غير المستبينة لا يقع الطلاق وإن نوى<sup>١٢٥</sup>. كما أشار إلى ذلك

السرخسي في المبسوط حيث قال (ثم الكتابة على ثلاثة أو جه أحدها أن يكتب طلاقاً أو عتاقاً على ما

لا يتبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء فلا يقع به شيء نوى أو لم ينو، لأن مثل هذه الكتابة

كصوت لا يتبين منه حرف)<sup>١٢٦</sup>

وفي المعاملات الإلكترونية نجد أن الدعامة التي تُحفظ فيها الكتابة الإلكترونية تختلف عن الدعامة

التقليدية والتي غالباً تكون من الورق، فهناك عدة وسائل تحفظ فيها الكتابة الإلكترونية كالشريط

المغناطيسي والأقراص المرنة والصلبة أو المساحات التخزينية المتوفرة على شبكة الإنترنت، وكل هذه

الوسائل تتيح للأفراد إمكانية الرجوع إلى المحرر الإلكتروني والاطلاع على المعلومات الواردة فيه كلما

دعت الحاجة لذلك.

وهذا يعني تحقق هذا الشرط في الكتابة الإلكترونية، ولا يشترط أن يتم الحفظ في الأقراص التي تكون في

متناول اليد، فمن الجائز أن يتم الحفظ على المساحات التخزينية المتوفرة على شبكة الإنترنت، كما هو

الحال في حفظ الرسائل الإلكترونية في المساحة التخزينية لصندوق البريد الإلكتروني.

ويرى الباحث أنه في حالة التعاقد عبر برامج المحادثة المباشرة أن الكثير من هذه البرامج لا يتحقق

معها هذا الشرط لعدم إمكانية حفظ واستعادة الرسائل الإلكترونية المكونة للعقد، بحيث تختفي جميع

المحادثات الكتابية التي تبادلها أطراف العقد بمجرد انتهاء المحادثة والخروج من البرنامج، ومن ثم لا يعتد

بتلك الكتابة سواء للانعقاد أو للإثبات.

ثالثاً: تأمين الكتابة من التزوير والتلاعب

<sup>١٢٥</sup> ابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار. مرجع سابق. ج ٤. ص ٤٥٥.

<sup>١٢٦</sup> السرخسي. المبسوط. مرجع سابق. ج ٦. ص ١٤٣.

يشترط في الكتابة بالإضافة إلى الشروط السابقة حتى يعتد بها لانعقاد العقد أو لإثباته أن تكون مؤمنة ضد التزوير والتعديل فيها بحيث لا يمكن تعديلها بدون أن تترك أثراً مادياً يدل على ذلك أو بإتلاف المحرر المراد التعديل فيه.

وإذا نظرنا في الكتابة الإلكترونية فمن الممكن تحقيق هذا الشرط من خلال بعض البرامج التي تقوم بحفظ المستند الكتابي الإلكتروني بصورة لا تسمح للغير بالتعديل فيه، كالبرامج التي تحفظ النصوص على شكل ملفات اكروبات (pdf acrobat) وأهم ما يميز هذه الملفات أنها للقراءة فقط ولا يمكن تعديلها إلا بإتلافها.

كما أن هناك بطاقات ذكّارة يمكنها حفظ المعلومات الإلكترونية بصورة يتعذر معها محوها أو التعديل فيها بحيث لا يمكن التعديل فيها إلا من خلال محوها بإعدامها<sup>١٢٧</sup>.

كما أن الكثير من النظم المعلوماتية لا تسمح للأطراف تعديل الرسائل الإلكترونية المتبادلة من خلاله، كما هو الحال في أنظمة البريد الإلكتروني حيث لا يستطيع مرسل الرسالة أن يعدل فيها بعد الضغط على زر الإرسال، ولا يستطيع مستقبل الرسالة التعديل في أصل الرسالة إلا بحذفها.

رابعاً: ارتباط الكتابة بمنشئها

ويقصد بهذا الشرط أن تحفظ الرسالة الإلكترونية أو السجل الإلكتروني بصورة تسمح من التعرف على شخصية مرسلها وجميع البيانات المتعلقة بتاريخ الإرسال والاستلام<sup>١٢٨</sup>.

<sup>١٢٧</sup> رشدي، محمد السعيد. ٢٠٠٣م. حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات. بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية والامنية للعمليات الإلكترونية المنعقد في الإمارات العربية المتحدة في ابريل ٢٠٠٣م، المجلد الثاني. ص ٤٥١.

<sup>١٢٨</sup> مساعدة، نائل علي. ٢٠١٢م. "الكتابة في العقود الإلكترونية في القانون الاردني". مجلة الشريعة والقانون. الإمارات العربية المتحدة: جامعة الإمارات. العدد ٥٠. ابريل. ص ٢٠٤.

وإذا نظرنا إلى العقود الإلكترونية نرى إمكانية تحقيق هذا الشرط بشكل عام من خلال التوقيع الإلكتروني أو وشهادات التصديق، كما أنه جرى العرف في العقود الإلكترونية أن يقوم المستهلك بدفع قيمة السلعة أثناء التعاقد عبر البطاقات المصرفية ومن خلال بيانات البطاقات المصرفية يمكن التعرف على المستهلك وكذلك وقت وتاريخ الصفقة.

#### الخلاصة:

نخلص مما تقدم أن الكتابة الإلكترونية كالكتابة التقليدية تستطيع أن تفي بجميع الشروط المطلوبة للاعتداد بها قانونياً، وبالتالي فلا يرى الباحث وجود أي مانع من قبول الكتابة الإلكترونية في العقود الشكلية التي تكون الكتابة العرفية ركن فيها.

#### الفقرة الثانية: موقف القوانين العمالية من الكتابة الإلكترونية

ومن خلال ما سبق نرى أن الكتابة الإلكترونية يمكنها أن تحقق جميع الشروط الشكلية والموضوعية التي تتوفر في الكتابة التقليدية وهذا ما دفع المشرع العمالي النص على مبدأ التنظير الوظيفي في المادة (٩) حيث نصت على (إذا أوجب القانون كتابة أي مستند أو سجل أو معاملة أو معلومة أو بيان أو رتب نتائج معينة إذا لم يتم ذلك، فإن وجود أي من ذلك في شكل إلكتروني يجعله مستوفياً شرط الكتابة إذا روعيت الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة).

ولكن قد يحتج البعض أن مبدأ التنظير الوظيفي للمحرر الإلكتروني الذي نادى به القانون العمالي يقصد به المساواة بين المحررات التقليدية والإلكترونية في مسائل الإثبات وليس للانعقاد ومن ثم يتعذر انعقاد العقود الشكلية التي تتطلب الكتابة لانعقادها إلكترونياً.

وهذا فعلاً ما ذهب إليه بعض القوانين كقانون المعاملات الإلكترونية الأردني الذي نص صراحة على استبعاد العقود الشكلية من نطاق تطبيقها في المادة ٦ التي جاء فيها (لا تسري أحكام هذا القانون على

ما يلي: أ- العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة...) فاستبعاد تطبيق القانون على العقود الشكلية يعني أن الكتابة الإلكترونية لا تفي بمتطلبات الانعقاد في العقود الشكلية التي تتطلب الكتابة كركن انعقاد.

كما يفهم من المادة ١٥ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري أن الكتابة الإلكترونية تقتصر على إثبات المحرر فقط حيث نصت على (للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية (الشجارية) فمن خلال المادة نرى أن القانون المصري يقصر فيه حجية الكتابة والمحركات الإلكترونية في نطاق قانون الإثبات فقط دون غيره<sup>١٢٩</sup>.

أما فيما يتعلق بالقانون العماني فقد جاء صريحا في جعل المحرر الإلكتروني مساويا لنظيرة التقليدي أو الورقي في جميع الوظائف، ويفهم ذلك من خلال العبارة (أو رتب نتائج معينة إذا لم يتم ذلك) حيث يفهم من هذه العبارة أن النتائج المشار إليها في المادة السابقة هي بطلان العقد لتخلف ركن الكتابة، كما أن العبارة السابقة لا يحتمل تفسيرها إلا في نطاق الكتابة المتطلبة للانعقاد، لأن الكتابة المطلوبة لإثبات العقد لا يترتب عليها أي نتائج قانونية في العقد ذاته سواء روعيت الكتابة أثناء انعقاد العقد أم لم تراعى، بعكس الكتابة المتطلبة لانعقاد العقد التي يترتب عليها قيام التصرف القانوني أو بطلانه.

لهذا يرى الباحث أن الشكلية المتمثلة في ركن الكتابة يمكن تحققها في نطاق العقود الإلكترونية وأن إبرام العقد إلكترونيا لا تمثل عائقا لانعقاد العقود التي يتطلب القانون الكتابة كركن لانعقادها في قانون المعاملات الإلكترونية العماني.

<sup>١٢٩</sup> التهامي. التعاقد عبر الإنترنت دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص ٢٣٠.

الفرع الثاني : مدى تحقق شكلية الكتابة في القوانين العمانية

الفقرة الأولى : عرض المشكلة

يتم إضفاء الصفة الرسمية على العقود عبر مجموعة من الإجراءات بعضها تكون متزامنة لانعقاد العقد والبعض الآخر لاحقة لانعقاد، الإجراءات التي تكون متزامنة لانعقاد العقد تتمثل في قيام الموظف الرسمي بالتحقق من شخصية أطراف العقد عن طريق الوثائق الرسمية المثبتة لذلك، وكذلك التحقق من استيفاء الشروط القانونية للعقد المزمع إبرامه، ومن ضمن الإجراءات أيضاً قيام الموظف الرسمي بإفهام طرفي العقد التصرف القانوني المراد إبرامه وتبصيرهم بالآثار القانونية المترتبة عليه.

أما الإجراءات اللاحقة لانعقاد العقد فتتم بعيداً عن ناظري أطراف العقد، وهي إجراءات تنظيمية واحترازية تهدف في الأساس إلى حماية أطراف العقد والغير الذي قد يتأثر من العقد المبرم، وتتمثل هذه الإجراءات في حفظ أصل أو نسخة من العقد وفهرسته وذلك بتجميع جميع التصرفات الواردة على محل العقد الواحد في سجل خاص، وإشهار تلك التصرفات بتعيين الغير من الاطلاع على تلك التصرفات لحمايته، ولاستقرار المعاملات، إذ عن طريق الإشهار يمكن للغير الوقوف على الوضع القانوني والاقتصادي لمحل العقد المشهر إن كان مثقل برهن أو حقوق الغير.

والمشكلة تكمن في صعوبة توفير الإجراءات التي تنبؤها جهات التوثيق بالأسلوب الإلكتروني سواء تلك الإجراءات المتزامنة مع انعقاد العقد أو الإجراءات اللاحقة، لأن تطبيقها إلكترونياً يحتاج إلى بنية تحتية قوية فيما يتعلق بالاتصالات وتقنية المعلومات، وكذلك يحتاج إلى الكثير من الأعمال التي سنتحدث عنها لاحقاً.

الفقرة الثانية: الحلول التشريعية

إن الهدف الرئيسي من إلزام أطراف العقد باتباع الشكلية الرسمية هو خطورة وأهمية تلك العقود فأحاطها القانون بمجموعة من الإجراءات بهدف تنظيمها وحماية أطرافها وتنبههم إلى أهمية وخطورة تلك التصرفات، وبلاعتبار أن إجراءات الشكلية الرسمية يصعب تطبيقها - على الأقل في الوقت الحالي - بالشكل الإلكتروني فقد رأت بعض القوانين أن استبعاد العقود الشكلية من نطاق تطبيق العقود الإلكترونية حلاً لهذه المشكلة وفضلت أن تبرم تلك التصرفات في الشكل التقليدي دون الإلكتروني، كالقانون الأردني الذي نص صراحة في المادة السادسة منه على استبعاد العقود الشكلية من نطاق التطبيق، كما ذهبت معظم القوانين إلى استبعاد بعض التصرفات القانونية التي تتطلب توثيقها أمام موظف رسمي أو شهرها في السجل العقاري واستبعادها من نطاق التطبيق ومن ذلك استبعاد التصرفات القانونية الواردة على الأموال العقارية<sup>١٣٠</sup>.

وقد ذهب الدكتور خالد ممدوح إبراهيم وآخرون<sup>١٣١</sup> إلى أن حل مشكلة الشكلية الرسمية يكمن في الموثق الإلكتروني وهو كما يطلق عليه القانون العماني مقدم خدمات التصديق، على اعتبار أن مقدم خدمات التصديق طرف ثالث محايد يقوم بمنح شهادات للتحقق من شخصية أطراف العقد ومن نسبة التوقيع الإلكتروني لصاحبه، وهو بهذا يقترب من وظيفة الموثق الرسمي.

<sup>١٣٠</sup> فمعظم القوانين نصت على استبعاد التصرفات القانونية الواردة على الأموال العقارية وهي تصرفات إما أن يتطلب لانعقادها شرط التسجيل كالرهن التأميني أو يتطلب القانون ذلك لانتقال الملكية كبيع العقار، ومن القوانين التي استبعدت التصرفات العقارية قانون امارة دبي للتجارة الإلكترونية في المادة (٥-١-ب) وقانون الإمارات الاتحادي بشأن التجارة الإلكترونية في المادة (٢-٢-ب) ونظام التعاملات الإلكترونية السعودي في المادة (٣-٢) قانون البحرين للمعاملات الإلكترونية في المادة (٢-ه).

<sup>١٣١</sup> إبراهيم. إبرام العقد الإلكتروني. مرجع سابق. ص ١٩٩، كما أشار د خالد ممدوح إبراهيم إلى أن د. عادل أبو هشيمة محمود حوته من مؤيدي هذا الرأي وقد ذكر ذلك في مؤلفه (عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص) طبعة ٢٠٠٤. القاهرة: دار النهضة العربية. ص ١٩٥.

إلا أن الباحث يرى أن الموثق الإلكتروني أو مقدم خدمات التصديق لا يمكن إحلاله محل الموظف الرسمي لاضفاء الرسمية على المحررات، لأن ذلك سيتصادم مع بعض الشروط المطلوبة في المحرر الرسمي كشرط الاختصاص وكون الموثق موظفاً عاماً.

فمن حيث شرط الاختصاص نرى أن القانون أسند التوثيق إلى جهات متعددة بحيث تختص كل جهة بتوثيق نوع معين من العقود، وباعتبار أن مقدم خدمات التصديق جهة محايدة تتمتع بشخصية معنوية مختلفة تماماً عن الجهات صاحبة الاختصاص الأصلي فهذا يعني افتقار مقدم خدمات التوثيق لشرط الاختصاص، أما كون الموثق موظفاً عاماً فهذا الشرط اشترطته المادة ١٠ من قانون الإثبات العماني، وقد لا يتوفر في مقدم خدمات التصديق هذا الشرط، لأن مهنة التوثيق الإلكتروني قد تناط إلى هيئة أو شركة خاصة.

ويرى الباحث أن الحكومة الإلكترونية<sup>١٢١</sup> تعتبر حلاً لمشكلة الشكلية الرسمية في العقود الإلكترونية، وذلك عن طريق قيام جهات التوثيق التقليدية بإطلاق خدمة التوثيق الإلكتروني عبر الإنترنت إلى جانب خدمة التوثيق التقليدي.

إلا أن ذلك يتطلب بنية تحتية قوية لتسهيل الاتصالات، والأهم من ذلك الحاجة إلى انتشار الثقافة المعلوماتية لدى الأفراد، وبعد توفر كل ذلك يجب تجميع المعاملات والعقود التي قد تم توثيقها سابقاً بالطريقة التقليدية وتحويلها إلى الصورة الرقمية، وهذا يتطلب فهوماً إلكترونياً عبر قاعدة بيانات واحدة، وربط هذه الأخيرة بجميع مكاتب التوثيق التقليدية المنتشرة في الدولة الواحدة عبر شبكة داخلية، ومن خلال قاعدة البيانات يستطيع الموثق (الموظف الرسمي) الاطلاع على جميع التصرفات الواردة على محل

<sup>١٢١</sup> تعرف الحكومة الإلكترونية بأنها أي إجراء أو عمل يتم اتخاذه أو اعتماده إلكترونياً من قبل الإدارة العامة في الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة أو دوائرها، سواء كان هذا الإجراء المعتمد موجهاً من قبل الإدارة العامة إلى إدارة عامة أخرى أم إلى أي فرد أو شخص عادي، راجع: الكسواني، عامر محمود. ٢٠٠٨. التجارة عبر الحاسوب. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط١. ص ١١٥.

العقد بمجرد ضغطة زر وتمكين المتعاقدين من الاطلاع على تلك التصرفات حتى يستطيع الأطراف تكوين إرادة مستنيرة فيما يتعلق بمحل العقد كمعرفة إذا كان محل العقد مثقل برهون أو أية حقوق.

ومن فوائد ربط مكاتب التوثيق بقاعدة بيانات موحدة تمكين الاطلاع على كل التصرفات الواردة على محل العقد بصورة متزامنة مع انعقادها ومنع أي غش أو تحايل قد ينتج من ذلك، فبدون قاعدة البيانات يستطيع الشخص التصرف بمحل العقد أكثر من مرة، ومثال ذلك قيام شخص ببيع محله التجاري أو عقاره بالطريق الإلكتروني (ولو فرضنا عدم وجود قاعدة بيانات مربوطة بشبكة داخلية) فيستطيع إعادة البيع مرة ثانية لو أسرع في البيع بالطريقة التقليدية قبل تسجيل البيع الأول.

فربط مكاتب التوثيق بقاعدة البيانات يضمن الحفظ الفوري للتصرف القانوني بصورة تسمح لجميع مكاتب التوثيق إمكانية الاطلاع على ذلك التصرف بمجرد توثيقه.

الفرع الثالث : مدى تحقق شكلية الإشهاد إلكترونياً.

الفقرة الأولى: الإشهاد كركن في العقد

هذه الصورة من صور الشكلية لا يمكن أن نراها إلا في عقد الكاح، فهو العقد الوحيد الذي يُشترط الإشهاد لانعقاده، إلا أن ذلك ليس محل إجماع جميع الفقهاء.

فقد ذهب جمهور العلماء الشافعية<sup>١٣٣</sup> والحنابلة<sup>١٣٤</sup> والحنفية<sup>١٣٥</sup> إلى أن شهادة الشهود شرط من شروط صحة عقد النكاح ولا ينعقد العقد بدونها، واستدل أصحاب هذا الرأي بحديث عائشة رضي الله عنها عن النبي

<sup>١٣٣</sup> الماوردي، الحاوي الكبير. مرجع سابق. ج ٩. ص ٥٧ - النووي، محي الدين بن شرف. ١٩٩١م. روضة الطالبين وعمدة المفتين. د م. المكتب الاسلامي للطباعة والنشر. ج ٧ ص ٤٥ - الغزالي، محمد بن محمد. ٢٠٠٧م. خلاصة المعتصر ونقاوة المعتصر. بيروت. دار المنهاج. ص ٤٢٨.

<sup>١٣٤</sup> ابن قدامة. المغني. مرجع سابق. ج ٩ ص ٣٤٧ - البهوتي. كشف القناع عن متن الاقناع. مرجع سابق. ج ٧ ص ٢٤٢٠.

<sup>١٣٥</sup> الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. مرجع سابق. ج ٢. ص ٢٥٦ - السرخسي. المبسوط. مرجع سابق. ج ٥ ص ٣٠.

ﷺ قال: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)<sup>١٣٦</sup> وحديث عبد الله بن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: (الخايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة)<sup>١٣٧</sup>، ويقول الكاساني لبيان وجه الاستدلال بالحديث الأخير (ولو لم تكن الشهادة شرطا لم تكن زانية بدونها، ولأن الحاجة مست إلى دفع تهمة الزنا عنها ولا تندفع إلا بالشهود؛ لأنها لا تندفع إلا بظهور النكاح واشتهاره ولا يشتهر إلا بقول الشهود)<sup>١٣٨</sup>.

وذهب المالكية<sup>١٣٩</sup> إلى عدم اشتراط الشاهدين حال العقد وإن طلبت الشهادة وقت الانعقاد فيكون ذلك على وجه الندب ليس إلا، ومن ثم يصح العقد بدون الإشهاد عليه، وأن الإشهاد مطلوب قبل الدخول، وفي هذا يقول الدردير في الشرح الصغير (ونحن نرى وقوعه صحيحا في نفسه وإن لم تحصل الشهادة حال العقد كالبيع ولكن لا تقرب صحته ولا ترتب ثمرته من حل التمتع إلا بحصولها قبل البناء، فجاز أن يعقد فيما بينهما سرا ثم يخبر به عدلين)<sup>١٤٠</sup>.

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بحديث انس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: (أقام النبي ﷺ بين خيبر والمدينة ثلاث ليال بيني عليه بصفية فارغوت المسلمون إلى وليمته وما كان فيها من خبز ولا لحم، أمر بالأنطاع فألقى فيها من التمر والأقط والسنن فكانت وليمته، فقال المسلمون: إحدى أمهات المؤمنين أو مما ملكت يمينه؟ قالوا: إن حجبتها فهي من أمهات المؤمنين وإلا لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه، فلما ارتحل

<sup>١٣٦</sup> سبق تخريجه ص ٧٠.

<sup>١٣٧</sup> البيهقي. السنن الكبرى. مرجع سابق. كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين. ج ٧. ص ٢٠٤. رقم الحديث ١٣٢٢٣.

<sup>١٣٨</sup> الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج ٢. ص ٢٥٢-٢٥٣.

<sup>١٣٩</sup> الدردير. الشرح الصغير. مرجع سابق. ج ٢. ص ٣٣٩ - ابن جزى. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية. مرجع سابق.

ص ٣٢٨ - بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته. مرجع سابق. ج ٣. ص ١٨٧ - الغرياني. مدونة الفقه المالكي وأدلته. مرجع سابق. ج ٢. ص ٥٧٢.

<sup>١٤٠</sup> الدردير. الشرح الصغير. ج ٢. ص ٣٣٩.

وطأ لها خلفه ومد الحجاب بينها وبين الناس<sup>١٤١</sup>، ووجه الدلالة في الحديث أن الصحابة ﷺ استدلوا على تزويجها بالحجاب، ولو كان قد تزوجها بالشهود لعلموا بذلك.

وينبغي التنويه هنا أن الإشهاد يعتبر ركناً في عقد النكاح عند جميع المذاهب الأربعة، إلا أن الخلاف واقع على الوقت الذي ينبغي أن يتحقق فيه الإشهاد، فالجمهور اشترط تحقق الإشهاد وقت تبادل ألفاظ النكاح، في حين أن المالكية أجازوا تأخيرها إلى ما قبل الدخول.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية العماني بقول الجمهور أن الإشهاد على عقد النكاح ركن يجب توافره أثناء العقد حيث نصت المادة (١٦ ق ح ش ع) على (أركان عقد الزواج : أ- الإيجاب والقبول ب- الولي ج- الصداق د- البينة) وجاءت المادة (٢٨ ق ح ش ع) لتوضح معنى الركن الأخير وهو البينة حيث نصت: (يشترط لصحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين من أهل الثقة، سامعين معاً كلام المتعاقدين فاهمين المراد منهم).

#### الفقرة الثانية: موقف الفقه الإسلامي وقانون المعاملات الإلكترونية العماني

ذهب مجمع الفقه الإسلامي في قرار له<sup>١٤٢</sup> بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة إلى اعتبار ركن الإشهاد عائقاً أمام انعقاد عقود النكاح إلكترونياً، فبعد ما قرر المجمع جواز إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة استبعد عقود النكاح من نطاق جواز الانعقاد الإلكتروني معطياً ذلك بكون الشهادة شرطاً في النكاح، حيث نص البند الرابع من القرار على (إن القواعد المأبقة لا تشمل النكاح لاشتراط

<sup>١٤١</sup> البخاري. صحيح البخاري. مرجع سابق. كتاب النكاح: باب اتخاذ السراري ومن اعتق جاريته ثم تزوجها. ص ٧٢٧. رقم

الحديث: ٥٠٨٥.

<sup>١٤٢</sup> قرار رقم : ٥٢ (٣/٦) الصادر في الدورة السادسة المنعقدة بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤

- ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م.

الإشهاد فيه) ويفهم من القرار أن الفقهاء الذين صاغوا القرار يرون تعذر تحقق ركن الإشهاد في البيئة الإلكترونية.

وقد تأثر قانون المعاملات العماني بهذا الرأي حيث نص في المادة الثالثة منه على (تسري أحكام هذا القانون على المعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية كما تسري على أية رسالة معلومات إلكترونية، ولا يسري هذا القانون على ما يلي: المعاملات والأمور المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا والهبات.....). فمن خلال المادة السابقة نرى أن القانون استبعد عقود النكاح من دائرة التعامل الإلكتروني، ويرى الباحث أن المادة السابقة جاءت متأثرة بقرار المجمع الفقهي، وذلك لأن جميع الأحكام المتعلقة الأحوال الشخصية عادة تؤخذ من الفقه الإسلامي، وباعتبار أن مجمع الفقه مرجع فقهي عالمي للقضايا الفقهية المستجدة فمن المؤكد أن القانون سيتأثر بقرار المجمع السابق كغيره من القوانين كقانون المعاملات الإلكترونية الأردني<sup>١٤٣</sup> ونظام التعاملات الإلكترونية السعودي<sup>١٤٤</sup> والقانون الاتحادي الإماراتي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية<sup>١٤٥</sup> وقانون دبي للمعاملات الإلكترونية<sup>١٤٦</sup>

الفقرة الثالثة: مدى إمكانية تحقق ركن الشهادة في العقود الإلكترونية  
إن قرار المجمع الفقهي في استبعاد عقود النكاح من التعامل الإلكتروني بسبب الإشهاد له مبرراته في وقت صدور القرار عام ١٩٩٠، حيث كانت تقنية الإنترنت آنذاك ذات إمكانيات متواضعة وتفتقر إلى الكثير

<sup>١٤٣</sup> راجع المادة ٦.

<sup>١٤٤</sup> راجع المادة ٣.

<sup>١٤٥</sup> راجع المادة ٢.

<sup>١٤٦</sup> راجع المادة ٥.

من التطبيقات المتوفرة حالياً والتي لو كانت متوفرة آنذاك لتغير الحال ونُظِرَ إلى الأمر بنظرة أخرى، كما أن الكثير من الدول العربية والإسلامية لم تكن قد ارتبطت بخدمة الإنترنت في ذلك الوقت.

ويرى الباحث أن تقنية الإنترنت لا تمنع تحقق ركن الإشهاد في عقود النكاح، خصوصاً في الوقت الحالي الذي يشهد تطوراً ملحوظاً ومتسارعاً في علم الاتصالات والذي أدى بدوره إلى طرح تطبيقات عديدة نستطيع معها تحقيق شرط الإشهاد بكل سهولة ويسر.

ولإثبات ذلك نرى أن فنسأل الطرق التي يمكن أن ينعقد بها عقد النكاح عبر الإنترنت، وهي إما عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق برامج المحادثة الصوتية أو تلك التي تعتمد على الصوت والصورة، ودراسة مدى إمكانية تحقيق الشهادة على كل طريقة من تلك الطرق كل على حدة.

أولاً: العقد عبر البريد الإلكتروني

إبرام عقود النكاح عبر البريد الإلكتروني يتم كتابة بين المتعاقدين، بحيث يقوم أحد الأطراف بإرسال إيجابه للطرف الآخر، وفي حالة وصول الرسالة تبقى الرسالة محفوظة في صندوق البريد الوارد للمرسل إليه إلى حين قيام هذا الأخير بفتحها والإطلاع على محتواها، والتعاقد بهذه الطريقة يعتبر تعاقد بالكتابة بين غائبين زماناً ومكاناً لوجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب وعلم الموجب به، أما عن حكم إبرام عقود النكاح بهذه الطريقة فقد اختلف فيها العلماء على النحو التالي:

**القول الأول:** ذهب الشافعية<sup>١٤٧</sup> والحنابلة<sup>١٤٨</sup> والمالكية<sup>١٤٩</sup> إلى عدم جواز عقد النكاح بالكتابة إلا في حالة الضرورة، إلا أنهم قصرُوا حالة الضرورة على حالة الأحرار الذي لا يستطيع النطق، وعلى هذا لا يصح عقد النكاح بالكتابة حتى بين الغائبين ولا تعتبر حالة الغيبة من الضروريات التي تبيح ذلك.

<sup>١٤٧</sup> الماوردي. الحاوي الكبير. مرجع سابق. ج. ٩. ص ١٥٢.

<sup>١٤٨</sup> المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان. ٢٠٠٤م. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفه. بيروت: بيت الأفكار الدولية. د. ط. ج. ٢. ص ١٣٤٩.

ويرى الباحث أن أصحاب هذا الرأي لم يمنعوا انعقاد عقد النكاح بالكتابة بسبب ركن الإشهاد كما ذهب مجمع الفقه الإسلامي، حيث إن المالكية لا يشترطون الإشهاد أثناء العقد، أما المذهب الشافعي فيرى أن الكتابة كناية، والمذهب عندهم أن النكاح لا ينعقد بالكناية، وفي هذا يقول النووي في روضة الطالبين (إذا كتب بالنكاح إلى غائب أو حاضر، لم يصح وقيل: يصح في الغائب وليس بشيء لأنه كناية ولا ينعقد بالكنايات)<sup>١٥٠</sup>، وهذا يعني أن الإشهاد على عقد النكاح لم يكن السبب في عدم جواز انعقادها بالكتابة لدى أصحاب هذا الرأي.

القول الثاني: ذهب الحنفية<sup>١٥١</sup> إلى جواز انعقاد النكاح بالكتابة إلا أنهم قصرُوا جواز ذلك بالنسبة للغائبين دون الحاضرين، ومن أجل ذلك ذهبوا إلى تطبيق قاعدة الكتاب كالخطاب، وجعلوا مجلس العقد هو مجلس وصول الكتاب أما بدايته الزمنية فهي لحظة قراءته، فإذا وصل الكتاب الذي يحمل الإيجاب يقوم الطرف الآخر بدعوة الشهود ويطلب منهم على الخطاب ومضمونه ويشهدهم على ذلك<sup>١٥٢</sup>.

وفي هذا يقول السرخسي في المبسوط (لو كانت حين بلغها الكتاب قرأته على الشهود وقالت: إن فلانا كتب إلي يخطبني فاشهدوا أي قد زوجت نفسي منه فهذا صحيح، لأنهم (أي الشهود) سمعوا كلام الخاطب بإسماعها إياهم إما بقراءة الكتاب أو العبارة عنه وسمعوا كلامها حيث أوجبت العقد بين أيديهم فلهذا تم النكاح)<sup>١٥٣</sup>

فقراءة الإيجاب في مجلس وصوله يعتبر كأنه حضور للموجب بنفسه وبالتالي فإن الحصة عندما أجازوا النكاح بالكتابة فإنهم صاغوا رأيهم بصورة تسمح بتحقيق ركن الإشهاد، حيث إن الكتاب الذي يتضمن

<sup>١٤٩</sup> الدردير. الشرح الصغير. مرجع سابق. ج ٢. ص ٣٥٠.

<sup>١٥٠</sup> النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. مرجع سابق. ج ٧. ص ٣٧.

<sup>١٥١</sup> الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. مرجع سابق. ج ٢. ص ٢٣١.

<sup>١٥٢</sup> المرجع السابق. ج ٥. ص ١٣٨- السرخسي. المبسوط. مرجع سابق. ج ٥. ص ١٦.

<sup>١٥٣</sup> المرجع السابق. ج ٥. ص ١٦.

إيجاب النكاح قد يصل إلى الموجب له (القابل) في مجلس لا يحضره شاهدان، ولهذا ذهب الحنفية إلى أن مجلس العقد في عقود النكاح التي تتم بالمكاتبة يتجدد كلما قام الموجب له بقراءة الرسالة التي تتضمن الإيجاب.

فقال ابن نجيم في البحر الرائق ناسباً الكلام إلى صاحب كتاب المبسوط (وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب، ولم تزوج نفسها منه في هذا المجلس، ثم زوجت نفسها منه في مجلس آخر عند الشهود، وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح)<sup>١٥٤</sup>، بمعنى لو لم يحضر المرسل إليه الشهود عند قراءته الرسالة الإلكترونية يستطيع قطع مجلسه والذهاب إلى مجلس آخر يحضره شاهدان ويقرأ عليهم الرسالة الإلكترونية التي تحمل الإيجاب ويشهدهم على ذلك وبهذا يتحقق ركن الشهادة وينعقد النكاح.

وبهذا نرى أن الحنفية قد حلوا مسألة توفر الشهود في عقود النكاح عند التعاقد كتابة (عبر البريد الإلكتروني) ولا نرى أن اشتراط الشهود يعبر مشكلة في انعقاد النكاح بالبريد الإلكتروني.

#### ثانياً : التعاقد ببرامج المحادثة الصوتية

وفي هذا الصورة يقوم المتعاقدان بتبادل ألفاظ الإيجاب والقبول فيما بينهم بصورة متعاصرة ( On Line) بحيث يتمكن كل طرف من سماع الطرف الآخر في نفس اللحظة بالإضافة إلى تمكن الشاهدين من سماع أطراف العقد.

ولكن السؤال هنا هل يتحقق ركن الشهادة بالصورة التي ذكرناها سابقاً؟ بحيث إن الشاهدين في هذه الصورة يشهدان فقط على ما سمعاه من أطراف عقد النكاح ولا يمكنهم رؤية جميع أطراف العقد،

<sup>١٥٤</sup> ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم. ١٩٩٧م. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. تحقيق: زكريا عميرات. بيروت: دار الكتب العلمية. ط١. ج٥. ص ٤٥٠. انظر كذلك. ابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار. مرجع سابق. ج٧. ص ٢٦.

وتكاد هذه المسألة تتطابق مع مسألة شهادة الأعمى، ومن ثم يرى الباحث القياس عليها للوقوف على

مدى تحقق ركن الإشهاد إلكترونياً، وقد اختلف أهل العلم في مسألة شهادة الأعمى على قولين:

القول الأول: ذهب الشافعية<sup>١٥٥</sup> والحنفية<sup>١٥٦</sup> إلى عدم جواز شهادة الأعمى وذلك بحجة أن الصوت

يشبه الصوت وأن الأعمى لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه إلا بالصوت وهناك شبهة فلا تصح

شهادته<sup>١٥٧</sup>. وفي هذا يقول الغزالي (ما يفتقر فيه إلى السمع والبصر جميعاً كالأقارير وسائر الألفاظ فلا

يقبل فيه شهادة الأعمى لأن الصوت يشبه الصوت)<sup>١٥٨</sup>

القول الثاني: ذهب الحنابلة<sup>١٥٩</sup> والمالكية<sup>١٦٠</sup> وابن حزم من الظاهرية<sup>١٦١</sup> إلى جواز اعتماد شهادة الأعمى

تيقن الصوت، واحتجوا بأن السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين، وقد يكون المشهود عليه ممن ألقه

الأعمى، وكثرت صبرته له، وعرف صوته يقيناً، فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ولا سبيل

إلى إنكار حصول اليقين في بعض الأحوال<sup>١٦٢</sup>.

ويرجح الباحث القول الثاني الذي يرى صحة شهادة الأعمى لأن أصحاب هذا الرأي لم يأخذوا بشهادة

الأعمى بصورة مطلقة بل أجازوها لو كان بمقدور الأعمى التمييز بين المتعاقدين بأصواتهما، وهو هنا

عالج العلة التي من أجلها منع أصحاب الرأي الأول قبول شهادة الأعمى، كما أن الأدلة التي وردت في

الشهادة اشترطت توافر شرط العدالة لقوله ﷺ (وَأَشْهَدُوا ذَوْنَ عَدْلٍ مِمَّنْ) <sup>١٦٣</sup> وحديث النبي ﷺ

<sup>١٥٥</sup> الغزالي. خلاصة المعتصر ونقاوة المعتصر. مرجع سابق. ص ٦٩٢.

<sup>١٥٦</sup> السرخسي. المبسوط. مرجع سابق. ج ٥ ص ٣٢.

<sup>١٥٧</sup> السرخسي. المبسوط. مرجع سابق. ج ٥ ص ٣٢.

<sup>١٥٨</sup> الغزالي. خلاصة المعتصر ونقاوة المعتصر. مرجع سابق. ص ٦٩٢.

<sup>١٥٩</sup> ابن قدامة. المغني. مرجع سابق. ج ١٤ ص ١٧٨ - الحراي. الرعاية في الفقه. مرجع سابق. ج ٢ ص ١٢٦٧.

<sup>١٦٠</sup> ابن حزمي. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية. مرجع سابق. ص ٤٧٠.

<sup>١٦١</sup> ابن حزم. المحلى بالآثار. مرجع سابق. ج ٩ ص ٤٣٣.

<sup>١٦٢</sup> ابن قدامة. المغني. مرجع سابق. ج ١٤ ص ١٧٩.

<sup>١٦٣</sup> القرآن الكريم. سورة الطلاق. ٦٥: ٢.

(لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)<sup>١٦٤</sup> ولم تشترط البصر لقبول الشهادة، فالأعمى إن توافرت فيه العدالة فلم لا تقبل شهادته؟<sup>١٦٥</sup>.

وبناء على القول الثاني الذي رجح الباحث صحته نرى إمكانية تحقق شرط الإشهاد في عقود النكاح التي تتم عبر برامج المحادثة الصوتية، على أساس تمكن الشاهدين من سماع تبادل ألفاظ العقد ما بين المتعاقدين.

### ثالثاً: التعاقد بالصوت والصورة

في هذا القرض يتبادل أطراف العقد الإيجاب والقبول بالكلام مشافهة وفي الوقت نفسه يستطيع كل طرف رؤية الطرف الآخر أثناء تبادل الإرادات (On Line).

فإذا رجحنا إمكانية تحقق الشهادة في برامج المحادثة الصوتية فمن باب أولى الاعتراف بإمكانية تحقق الشهادة عند عقد النكاح ببرامج المحادثة التي تعتمد على الصوت والصورة، ويرى الباحث أن هذه الطريقة تتجاوز جميع المسائل التي اختلفت عليها أهل العلم في جواز شهادة الأعمى، فهذا العقد في إشهاده يتم بخطابات شفوية متبادلة بين المتعاقدين بعيداً عن أسلوب الكتابة، ومن ناحية أخرى أن الشاهدين يسمعان كلام المتعاقدين ويرون في الوقت نفسه بحيث يستطيع الشاهدان تمييز طرفي العقد والتعرف عليهما.

الفرع الرابع: مدى تحقق شكلية القبض إلكترونياً

الفقرة الأولى: القبض كركن في العقد

<sup>١٦٤</sup> سبق تخريجه ص ٧٠.

<sup>١٦٥</sup> صباح، مازن مصباح. ٢٠٠٩. "أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي". مجلة جامعة الأزهر بغزة. سلسلة العلوم الانسانية. غزة: جامعة الأزهر بغزة. المجلد ١١. العدد (١-أ). يونيو. ص ١٥٤.

تعني شكلية القبض اعتبار القبض ركناً أساسياً لانعقاد العقد، بحيث لو انفض مجلس العقد بدون أن يحصل التقابض في ذلك المجلس لم يصح العقد واعتبر باطلاً.

وتجدر الإشارة هنا التفريق بين القبض كشرط لتمام ولزوم العقد وكشرط لانعقاد العقد، حيث أوجد الفقه الإسلامي صوراً لبعض العقود التي يشترط فيها القبض، كعقد الهبة، والعارية، والإيداع، والقرض، والرهن، إلا أن اشتراط القبض في تلك العقود جاء كشرط لزوم<sup>١٦٦</sup>، بمعنى أن هذه العقود تنعقد صحيحة بمجرد اقتران وتوافق إرادتي أطراف العقد حتى لو لم يتحقق القبض، ولكن القبض هنا يجعل العقد لازماً أو تاماً، وفي هذا يقول الدكتور وهبة الزحيلي (ومن العقود العينية: الرهن والهبة والإعارة والإيداع والقرض وهي التي تعتبر تامة الالتزام إلا إذا حصل تسليم العين المعقود عليها)<sup>١٦٧</sup>.

والعقود التي يشترط القبض للزومها لا تعتبر حائثاً عند عقدها بالطريق الإلكتروني، بحيث يتحقق التراضي إلكترونياً ويتأجل القبض إلى حين إرسال الشيء محل العقد، أو التقاء الأطراف وجها لوجه أو عبر وكالاتهم ويتم القبض حقيقة.

وقد أوجد الفقه الإسلامي عقدين يشترط فيهما القبض أو تعجيله في مجلس العقد كشرط لصحة العقد، وهما: عقد الصرف<sup>١٦٨</sup>، وعقد السلم<sup>١٦٩</sup>، بحيث إذا تحقق القبض في مجلس العقد يبطل العقد.

#### الفقرة الثانية: إمكانية تحقق القبض في العقود الإلكترونية

<sup>١٦٦</sup> وهناك بعض الآراء التي تقول ان هذه العقود تلزم بمجرد التراضي ولا يشترط القبض للزومها، ولن نبحت في هذا الخلاف لأنه خارج عن نطاق الدراسة، والموضوع محل بحثنا هو القبض الذي يعتبر ركناً في العقد، أي الذي يترتب على تخلفه بطلان أو انعدام العقد.

<sup>١٦٧</sup> الزحيلي. الوجيز في الفقه الاسلامي. مرجع سابق. ج ٢. ص ٢١٧.

<sup>١٦٨</sup> عقد الصرف هو بيع النقد بالنقد (المادة ١٢١ من مجلة الأحكام العدلية) أو بيع النقد من جنسه (الشريبي، محمد بن الخطيب، ١٩٩٧م. مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج على متن المنهاج. تحقيق: محمد خليل عيتاني. بيروت: دار المعرفة. ط ١. ج ٢. ص ٣٤).

<sup>١٦٩</sup> السلم: هو بيع شيء موصوف بالذمة، أي أنه عقد يتقدم فيه رأس المال (الثلث) ويتأخر المثلث لأجل، كأن يقول شخص لآخر أسلفتك بالدينار طناً من الخنطة من إقليم معين، أو قنطار من القطن المصري طويل التيلة يتم تسليمه وقت الحصاد، على أن يتم دفع كامل الثمن في مجلس العقد في مجلس العقد فيقبل الآخر. راجع. الزحيلي. الوجيز في الفقه الاسلامي. مرجع سابق. ج ٢. ص ٧٧.

إن قبض الشيء وحيازته يختلف باختلاف ماهية الشيء محل القبض وطبيعته، فقبض العقار يختلف عن قبض المنقول، وقبض النقود يختلف بطبيعته عن قبض السيارة، والمتأمل في عقدي الصرف والسلم يلاحظ أن ركن القبض في هذين العقدين يرد دائماً على الذهب أو النقود، وعلى هذا نرى وجوب الوقوف على الطريقة التي يتم بها قبض الذهب والنقود لنتمكن من مدى إمكانية تحقق ركن القبض في العقود الإلكترونية.

ورغم أن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم اتفقوا على أن القبض عبارة عن حيازة الشيء والتمكن من استعماله واستغلاله، سواء كان مما يتناول باليد أو لم يكن كذلك<sup>١٧٠</sup>، إلا أنهم اختلفوا في الطريقة التي يتحقق بها القبض.

فذهب الحنفية<sup>١٧١</sup> إلى أن القبض يتحقق بالتخلية ورفع جميع العوائق والموانع التي تحيل بين المشتري والمبيع، سواء كان المبيع عشاراً أو مقولاً، بقول الكاساني في البدائع (فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلي، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يمكن المشتري من التصرف فيه... وكذلك تسليم الثمن إلى المشتري<sup>١٧٢</sup>).

ويرى الباحث أن القبض يتحقق (بناء على رأي الحنفية السابق) في العقود الإلكترونية لو قام المشتري بتزويد البائع بالأرقام السرية الخاصة ببطاقة الدفع الإلكتروني، لأنه بهذه الطريقة يمكنه من تحصيل الثمن بدون عوائق، فكأن المشتري خلى بين البائع وتحصيل الثمن بدون أية عوائق.

<sup>١٧٠</sup> حماد، نزيه. ٢٠٠٨م. معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء. دمشق: دار القلم. ط ١. ص ٣٥٨.

<sup>١٧١</sup> الكاساني. بدائع الصانع في ترتيب الشرائع. مرجع سابق. ج ٥. ص ٢٤٤ - ابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار. مرجع سابق. ج ٧. ص ٩٤.

<sup>١٧٢</sup> الكاساني. بدائع الصانع في ترتيب الشرائع. مرجع سابق. ج ٥. ص ٢٤٤.

أما جمهور الفقهاء من الشافعية<sup>١٧٣</sup> والمالكية<sup>١٧٤</sup> والحنابلة<sup>١٧٥</sup> فقد أرجعوا القبض للعرف والعادة السائدة عليها بين الناس في قبض الشيء، واتفقوا مع الحنفية على أن قبض العقار يكون بالتخلية، أما المنقول فقبضه يكون بتحويله ونقله حسب ما تقتضيه طبيعة الشيء المقبوض والأعراف السائدة في المجتمع، فإن كان المنقول مكيلا يكون قبضه بكيله، وإن كان موزونا بوزنه، واشترط الشافعية النقل والتحويل بالإضافة إلى الكيل والوزن.

أما فيما يتعلق بقبض الذهب والنقود باعتبارها محل القبض دائما في عقد الصرف وغالبا في عقد السلم، فقد اتفق الجمهور أن طريقة قبضهما (الذهب والنقود) التناول باليد، وفي هذا يقول ابن قدامة في المغني (إن كان أثمنا أو شيئا خفيفا يمكن قبضه باليد فقبضه تناوله بها)<sup>١٧٦</sup> وذكر البهوتي في كشف القناع (يحصل القبض فيما يتناول، كالجواهر والأثمان بتناوله، إذ العرف فيه ذلك)<sup>١٧٧</sup> وذكر النووي في المجموع أن (ما يتناول في اليد كالدرهم والدينار والتدليل والثوب والإناء الخفيف والكتاب ونحوها فقبضة بالتناول باليد بلا خلاف)<sup>١٧٨</sup>.

والسؤال هنا هل الطريقة السابقة (التناول باليد) والتي اعتمدها العلماء هي الطريقة الوحيدة لقبض الذهب والفضة والنقود؟ وهل يمكن تحقق القبض بالطريق الإلكتروني؟

وللإجابة على السؤال السابق نقول إن الضابط الأساسي لقبض يعود إلى أمرين، الأول: طبيعة الشيء المقبوض، والثاني: العرف السائد بين الناس في قبض ذلك الشيء، وإذا رجعنا إلى الطريقة التي ذكرها

<sup>١٧٣</sup> الماوردي. الحاوي الكبير. مرجع سابق. ج ٥. ص ٢٢٦ وما بعدها.

<sup>١٧٤</sup> البهوتي. كشف القناع عن متن الاقناع. مرجع سابق. ج ٤. ص ١٤٧٣ وما بعدها.

<sup>١٧٥</sup> ابن قدامة. المغني. مرجع سابق. ج ٦. ص ٤٥٠ وما بعدها.

<sup>١٧٦</sup> المرجع السابق. ج ٦. ص ٤٥٠.

<sup>١٧٧</sup> البهوتي. كشف القناع عن متن الاقناع. مرجع سابق. ج ٤. ص ١٤٧٥.

<sup>١٧٨</sup> النووي. المجموع شرح المهذب للشيرازي. مرجع سابق. ج ٩. ص ٣٣٣.

العلماء (المناولة باليد) لوجدناها الطريقة المعتادة في زمانهم، وأنها تعود إلى العرف السائد في ذلك العصر والتي تتماشى مع طبيعة الذهب والفضة والنقود<sup>١٧٩</sup>.

وبالتالي فلا يوجد أي مانع شرعي من ظهور طرق أخرى للقبض، طالما أن طريقة القبض تعود إلى طبيعة السلعة والأعراف المتداولة، وأنها لا تخرج عن المعنى الأساسي للقبض وهي الحيازة والتمكن من استعمال واستغلال الشيء المقبوض، ولهذا ظهرت في الوقت المعاصر طرق أخرى لقبض النقود غير طريقة المناولة باليد، كالقبض بالشيكات والإيداعات المصرفية، وقد اعتاد الأفراد على هذه الطرق الحديثة (الإيداعات البنكية) في قبض النقد المعاصر بصورة شائعة ومتواترة إلى أن استقر في أنفسهم وتعاملوا معها على أنها صور من صور قبض النقد المعاصر.

وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي قراراً<sup>١٨٠</sup> بخصوص هذه الطريقة من طرق القبض واعتبرها من قبيل القبض الحكمي حيث جاء في القرار (لأن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً: ١. القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية: أ- إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية. ب- إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل. ج- إذا اقتطع المصرف - بأمر العميل - مبلغاً من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى، في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو مستفيد آخر، وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية....).

ومن خلال قرار المجمع الفقهي الإسلامي السابق نرى أن الإبداع في الحسابات المصرفية يعتبر من قبيل القبض الحكمي، ويتحقق بها ركن القبض.

<sup>١٧٩</sup> صوص، منصور عبداللطيف. ٢٠٠٠. القبض وأثره في العقود. رسالة ماجستير غير منشورة. نابلس: جامعة النجاح الوطنية: ص ٣١.

<sup>١٨٠</sup> قرار رقم: ٥٣ (٣/٦) الصادر في الدورة السادسة المنعقدة بمكة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤

- ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م.

وحيث أصبح بالإمكان حالياً القيام بالحوالات المصرفية بالطريق الإلكتروني من خلال الخدمات المصرفية الإلكترونية التي تقدمها معظم المصارف في الوقت الحالي، والتي تتيح القيام بالحوالات بين الحسابات المصرفية بصورة مباشرة (ONE LINE) أثناء قيام مجلس العقد، وهذا يعني إمكانية تحقق القبض خلال مجلس العقد في العقود الإلكترونية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مجمع الفقه الإسلامي في قرار له<sup>١٨١</sup> قد استثنى عقدي الصرف والسلم من صحة التعاقد عبر الإنترنت بحجة اشتراط القبض في هذين العقدين، ويرى الباحث أن ما ذهب إليه المجمع كان له ما يبرره وقت صدور القرار، حيث لم تكن خدمات المصرفية الإلكترونية متاحة آنذاك، كما أن خدمات الإنترنت في ذلك الوقت كانت محدودة ولا تشمل خدمات الإنترنت المصرفية التي أتاحت للأفراد التحويل المباشر للأموال.

والدليل على ذلك أن فتوى مجمع الفقه الإسلامي المتعلقة بالقبض الحكمي المذكورة أعلاه صدرت في الدورة السادسة وهي نفسها الدورة التي أصدر فيها المجمع قراره الذي استثنى فيه عقدي الصرف والسلم من صحة التعاقد عبر الإنترنت بحجة اشتراط التعاقد، إلا أنه عندما تطرق لحالات القيد المصرفي ذكر جميع الحالات التقليدية للقيد المصرفي، ولم يذكر خدمة الحوالات المصرفية الإلكترونية، ويعتقد الباحث أن هذه الخدمة لو كانت متوفرة لن يكون القبض مانعاً لإمكانية انعقاد عقدي الصرف والسلم إلكترونياً، حيث يرى الباحث أن هذه الخدمة تحقق جميع الشروط المطلوبة في هذين العقدين.

<sup>١٨١</sup> قرار رقم: ٥٢ (٣/٦) المتخذ في الدورة السادسة بمكة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤ - ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م.

وهذه دعوة من الباحث للمجامع الفقهية في بحث التطورات الحاصلة في مجال تقنية المعلومات والتي أبرزت لنا العديد من الخدمات التي لم تكن مطروحة وقت إصدار القرار المتعلق بإبرام العقود عبر وسائل الاتصال الحديث والتي لو كانت متوفرة آنذاك لتغير الحكم الفقهي المتعلق بها.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA  
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية  
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA