الفصل الثالث

مفهوم العقد الإلكتروني التجاري وحجيته في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي

تمهيد وتقسيم:

تشهد العقود الإلكترونية نمواً متزايداً، حيث أصبحت تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية والداخلية، والسبب في ذلك نتيجة التطور التكنولوجي الهائل، مما ساهم في تبسيط التعاملات وأدى إلى سهولة وسرعة إبرام هذه العقود. والعقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي من حيث عقده وشروط سريانه وأثره من حيث المسؤولية، حيث أن الاختلاف يكمن بالطرق التي تمت بها إبرام العقد، حيث يكتسب طابعاً إلكترونياً من الطريقة التي تم بها التعاقد، بحيث تتم عملية التعاقد من خلال لقاء الإيجاب مع القبول بفضل التواصل بين الأطراف المتعاقدة بالوسائل المرئية والمسموعة عبر شبكة دولية مفتوحة للتواصل عن بعد، وعندما يكون العقد الإلكتروني ليس إلا عقداً عادياً فلا يختلف عن العقد العادي إلا في طريقة إبرامه، حيث ان العقد الإلكتروني يتم إبرامه بواسطة وسائل إليكترونية.

وعليه، فإن الفصل الثالث الحالي يهدف إلى التعرف على ماهية العقد الإلكتروني التجاري وحجيته. وتم الاعتماد على المنهج الوصفي والمنهج المقارن في جمع المعلومات المتعلقة بإشكالية التمييز بين العقد الإلكتروني والعقد التقليدي في الشريعة والقانون الإماراتي. وقد تم تقسيم الفصل الحالي إلى مبحثين، وهما:

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني التجاري في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي.

المبحث الثاني: حجية العقد الإلكتروني التجاري في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي.

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني التجاري في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي

العقد الإلكتروني نوع جديد من العقود، فهو وليد التقديم التكنولوجي ووسائل التقنية الحديثة، وهو عقد له خصوصيته وذاتية المستقلة، ويتسم بعدد من الفوارق التي تميزه عن غيره من العقود، فهو عقد يبرم عن بعد باستخدام أحد الوسائل الإلكترونية الحديثة، ولبيان مفهوم العقد الإلكتروني لابد من تناول مفهوم العقد بوجه عام باعتباره أحد اهم مصادر الالتزام في القانون المدني، وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين على النحو التالي.

المطلب الأول: مفهوم العقد في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي

يعتبر العقد من أهم الأعمال القانونية التي تمارس في الحياة العملية، إنْ لم يكن أهمها على الإطلاق وذلك بإجماع الفقه والتشريع على حد سواء، ومن المقرر أن يتكون العقد بشكل عام من تقارب إرادتين أو أكثر لإحداث تأثير قانوني محدد بإنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو زواله[157].

وسنتناول في هذا المطلب مفهوم العقد في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي من خلال تقسيم هذا المطلب للفروع على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم العقد في الفقه الإسلامي:

(157) الكندري، أحمد عبد الله (2011). المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الأولى، دبي، مطبوعات جامعة الجزيرة، ص11.

العقد في اللغة هو الربط أو الشد، أو التوثيق[158]، وهو الأحكام والإبرام بين أطراف الشيء، ويقال: عقد النية والعزم على شيء، وعقد اليمين، أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به[159].

واصطلاحاً فان للعقد معنيان عند الفقهاء، الأول عام يعني: "كل ما عزم الإنسان فعله، إذا صدر بإرادة منفردة "، وهو تعريف شائع عند فقهاء الحنابلة والشافعية والمالكية[160].

وهو بهذا المعنى يشمل كافة الالتزامات الشرعية، ويأتي مرادفا للالتزام، أما في معناه الخاص فهو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله[161].

والعقد قانوناً يلتقي مع هذا التعريف الثاني عند الفقهاء: وهو «توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه»[162].

والملاحظ سهولة هذا التعريف ووضوحه بيد أنَّه يفتقد للدقة. حيث إنَّ العقد هو ليس اتفاق الإرادتين ذاته، بل هو ارتباط يقره الشرع، فقد يحصل حدوث اتفاق ما بين إرادتين، لكن العقد يكون باطلاً جرَّاء عدم توافر الشروط الشرعية المطلوبة.

حيث أن العقد في القانون المدني يُعد أحد أنواع الاتفاقيات، بحيث ليس كل اتفاق هو عقد، لإن العقد يختص بما يمثل تضارباً بين مصلحتين، ويركز على محل وقتي يتم استنفاده وينتهي بالتنفيذ مرة واحدة،

(158) ابن منظور، جمال الدين (1414 هجرية). الطبعة الثالثة، بيروت، دار صادر، ص345.

(159) الفيومي. احمد بن محمد (2001). المصباح المنير. د.ط، بيروت. الدار العلمية، ص567.

(160) الرازي، احمد بن علي (1992)، أحكام القرآن، القاهرة، دار إحياء الكتب العربية، 294/ 2 وما بعدها.

(161) عابدين، محمد أمين (1992). رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية، بيروت، دار الفكر، 355/ 2.

(162) السنهوري، عبد الرزاق احمد (2004). الوسيط في شرح القانون المدني، د.ط. الإسكندرية، منشاة المعارف، ص117.

فيكون الاتفاق على إنشاء المنظمة لا يعتبر عقداً، لأنَّه لا يمثل تعارضاً في المصالح، ولأن محل العقد هو وضع دائم مستمر، وليس وضعاً وقتياً يستنفد مرة واحدة[163].

أما العقد في الفقه الإسلامي فلا يعرف هذا التخصيص، فالزواج عقد، والإسلام عقد، والذمة عقد، مع أنها نظم دائمة، وقد لا تقوم على تحكيم المصلحة[164].

والعقد في الفقه الإسلامي، دائماً ما ينضم إلى نظام موجود مسبقاً، وهو النظام النوعي للعقد المبرم الذي وضعته الشريعة ليتبعه الناس. كل ما يتعين على الأفراد القيام به هو الامتثال الكامل لأحكام الشريعة الإسلامية التي تنظم العقود على أساسها.

فإنَّ العقد الشرعي هو أداة لتحقيق مصلحة ذاتية شخصية لكل من الطرفين المتعاقدين، وهو في الإسلام مهيأ لتحقيق أغراض مشروعة عامة.

وخلاصة القول: أن الرضا هو الأساس في إبرام العقود بمنظور الشريعة الإسلامية من دون تحديد شكل أو صيغة معينة، مما يجعل الشرائع الإسلامية تواكب ما يستحدث من الأساليب والأشكال الحديثة لانعقاد العقود.

الفرع الثاني: مفهوم العقد في القانون الإماراتي:

تنص المادة 125 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة الرقم 5 لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي المرقم 29 لسنة 1987 وتعديلاته المختلفة، ما يلي:

(163) الزحيلي، وهبة بن مصطفي (2002). الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة، دمشق، دار الفكر، ص81.
(164) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص83.

(العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه الآخر، ويجوز أنْ تتطابق أكثر من أرادتين على أحداث الأثر القانوني).

أما في القوانين المقارنة نلاحظ أنَّ غالبية التعاريف في التشريعات[165]، لا تخرج عن مفهوم العقد هذا، وجلها تدور حول ارتباط إرادتين وتطابقهما بقصد إنشاء علاقة إلزامية بين طرفيه. ونلاحظ أنَّ تحديد ماهية عقد من العقود؛ يركز في تحديد الفئة القانونية التي تنطبق على حالة بعينها، أو بالبحث عن طبيعة العقد وتحديد ماهيته من أجل إدخاله في فئة سبق تنظيم قواعدها لتناسب تلك العلاقة العقدية المعينة، وهو في ذات الوقت يعني ربط تلك العلاقة وإدماجها في فئة سبق أنْ وضع لها نظام قانوني[166].

ويلاحظ أنَّ القانون المدني لم يشر إلى تقسيمات بذاتها للعقود، على أساس أنَّ هذا الأمر يدخل في صلب اختصاص الفقه، حيث وجدتْ تقسيمات متنوعة للعقود، فمن حيث مدى تنظيم المشرع للعقد، وجدتْ عقود مسماة وعقود غير مسماة.

فالقانون المدني عرض بعض العقود المهمة، وحدد لها توصيفات خاصة بها، ووضع لها تنظيماً مفصلاً لأحكامها، فأصبحت بذلك عقود مسماة، أما بالنسبة للعقود الأخرى التي لم ينظمها القانون المدني؛ فإنها عقود غير مسماة. وقد قسمت العقود المسماة على أساس الموضوع الذي يدور حوله العقد:

---

(165) من التشريعات العربية عرف المشرع الأردني في المادة (78) من القانون المدني "بانه ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كال منهما بما وجب الآخر" كما عرف المشرع الفرنسي في المادة "1101" من القانون المدني " بانه أتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر تجاه شخص آخر، أو أكثر بإعطاء، أو بعمل، أو الامتناع عن عمل شئي معين " .

(166) الاودن، سمير عبد السميع ، (2005). العقد الإليكتروني، الطبعة الأولى، منشاة المعارف، الإسكندرية، ص13.

عقود تقع على الملكية؛ وهي البيع والهبة، وعقود ترد على المنفعة كالإيجار والعارية، وعقود تقع على الأعمال كالمقاولة والحراسة.

وهناك عقود احتمالية؛ منها عقد التأمين، كعقود التأمينات الشخصية والعينية مثل الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، والكفالة.

ومن الأمثلة على العقود غير المسماة، عقد النزول في فندق وعقد المباريات الرياضية، وقد تنتشر بعض هذه العقود، وترداد أهميتها، وتستقر قواعدها بفضل جهود الفقه والقضاء، عندما يتدخل المشرع ويعد لها تنظيماً قانونياً مفصلاً.

وتتماثل العقود المسماة والعقود غير المسماة من حيث أساس خضوع كل منها للنظرية العامة للالتزام، وبالتالي تطبق هذه النظرية على كل ما لم يرد بشأنِهِ نص خاص في مجال تنظيم العقد المسمى، لكن العقد المسمى قد يتضمن قواعد مكملة أو آمره تتعارض مع النظرية العامة للالتزام، ومن الطبيعي أنَّه لا يجوز تطبيق حكم على عقد غير مسمى يتقاطع مع النظرية العامة للالتزام [167].

ومن حيث تكوين العقود فإنها تنقسم إلى رضائية وشكلية:

فالعقد الرضائي: هو الذي يكفي لتكوينه مجرد تبادل التعبير عن أرادتين متطابقتين.

أما العقد الشكلي: فإنه يتطلب إجراء شكلياً معيناً لنشوئه، ويشكل ذلك ركن لازم لانعقاده، وبدونه يعد العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً [168].

(167) إبراهيم، علي مصبح. (1900). العقود المسماة (البيع – الإيجار – الوكالة). دار الفكر العربي للطباعة والنشر.

(168) المرجع السابق.

ويعدّ مبدأ الرضائية قاعدة مهمة لانعقاد العقد، ولزوم شكل الانعقاد لا يعوض عن تراضي طرفيه، وهذا عكس الحال بالنسبة للشكلية القديمة؛ حين انحصر الاهتمام بالشكل بغض النظر عن تحقق إرادة الطرفين، أو سلامة أرادتهما من أية عيوب.

وتتحدد العقود الشكلية استناداً لنص في القانون، الذي يتولى رسم الشكل الملزم قانونا للانعقاد، ويهدف المشرع في غالب الأحيان؛ تنبيه المتعاقدين أو أي منهما إلى خطورة الإجراء القانوني المزمع إبرامه، وتتحدد صورة الشكل المطلوبة قانونا، في كتابة العقد أو تسليم العين، وربما يتفق الطرفان حول وجوب اتباع إجراء شكلي معين لانعقاد العقد، فبذلك يصبح العقد شكلياً استناداً لهذا الاتفاق.

وشكل العقد يستقل عن إجراءات نفاذ العقد في مواجهة الآخرين، أو الإثبات والشهر العقاري.

وتنقسم العقود من حيث المضمون؛ إلى عقود ملزمة للطرفين، وعقود ملزمة لطرف واحد.

فالعقد الملزم لطرفين أو كما يسمى أيضاً العقد التبادلي؛ هو العقد الذي يؤسس التزامات متبادلة في ذمة طرفيه، حين يصبح كل منهما دائناً أو مديناً للآخر في الوقت ذاته منذ لحظة نشوء الاتفاق، مثل عقود البيع التي تلتزم بمقتضاها البائعين بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، يقابله التزام المشتري بتسديد الثمن المتفق عليه إلى البائع.

وبالنسبة للعقود الملزمة لطرف واحد؛ فإن الالتزامات التي تُنشأ يتحملها أحد المتعاقدين فقط، فيكون أحد الطرفين دائناً غير ملزم بدين، فيما يكون الطرف الآخر مديناً ليس له أي حق، مثال ذلك:

عقد الوديعة بدون أجر، وعقد الهبة، وعقد الوكالة غير المأجورة، التي تنشأ الالتزامات بذمة المودع، أو الواهب، أو الوكيل، وفي مقابل ذلك لا تترتب أية التزامات على عاتق المعاقد الآخر[169].

والعقد الملزم لجانب واحد لا يعتبر من العقود التي تحتاج لنشوئها توافق إرادتين، وهو بذلك يختلف عن العمل القانوني الصادر من جانب واحد، لكونه يعدّ تصرفاً قانونياً انفرادياً تم بإرادة صاحبه.

وتظهر أهمية هذه التقسيمات بالنظر للارتباط الذي يقرر مصير الالتزامات المتقابلة بين طرفي العقد الملزم للجانبين، والارتباط هذا غير موجود في العقود الملزمة لجانب واحد.

ففي العقود الملزمة لجانبين، حينما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته؛ عندئذٍ يجوز للمعاقد الآخر أنْ يطلب فسخ العقد، لكي يتحلل من إلتزامه المقابل، فينقضي العقد بأثر رجعي. أما في حالة أخلَّ المدين بإلتزامه في عقد ملزم لجانب واحد؛ فسوف لن تتحقق مصلحة للعاقد الآخر في طلب الفسخ؛ إذ لا يوجد هناك التزام بذمته لكي يسعى للتخلص منه، ويبقى له الحق في المطالبة بتنفيذ العقد تنفيذاً عينياً أو تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض[170].

أما في العقود الملزمة لجانبين، فإذا امتنع أحد العاقدين عن تنفيذ إلتزامه؛ جاز للعاقد الآخر في حالة مطالبته بالتنفيذ؛ أنْ يدفع هذه المطالبة بعدم تنفيذ إلتزام الشخص المقابل. في حين إنَّه في العقد الملزم لجانب واحد ليس هناك مجال لهذا الدفع؛ نظراً لعدم وجود حق مقرر للمدين في مواجهة الدائن المدعي.

(169) زكي، محمود جمال الدين (2001). الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الفكر العربي، ص29.

(170) عبد الله، عمر السيد أحمد (1995). إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ص14.

حيث إنَّ العقود الملزمة لجانبين يكون سبب إلتزام كلا المتعاقدين هو إلتزام مقابل، أما في العقود الملزمة لجانب واحد؛ فلا يوجد هناك إلتزام للطرف الآخر بحيث يصلح أنْ يكون سبباً.

ففي عقد التبرع يقوم بموجبه أحد الطرفين بتقديم مبلغ مالي إلى الطرف الآخر، بدون أنْ يتلقَ منه مقابلاً لذلك، نظراً لتوافر نية التبرع. فعقد التبرع يبنى على عنصر مادي يتمثل في انتفاء المقابل المعادل له، ووجود عنصر نفسي يتجسد في نية المتبرع لإثراء العاقد الآخر دون مقابل.

وتأسيساً على ذلك، فإن قيام أحد العاقدين بتقديم مقابل أقل من القيمة، يعتبر تبرعاً أو معاوضة، تبعاً لمدى توفر نية المتبرع، فقد يعدّ العقد معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة للمتعاقد الآخر. فعقود الكفالة تعتبر معاوضة بالنسبة للمدين المكفول حين يحصل على كفالة لقاء تقديم أداء مالي، ويعدّ تبرعاً من قبل الكفيل بغير أجر، حين ينتفي المقابل في إلتزامه.

وقد تكون طبيعة العقد معاوضة مثل الإيجار والبيع، أو تبرعا مثل الهبة والعارية. وقد يصح اعتبار العقد أنْ يكون تبرعاً أو هبة تبعاً لمدى وجود إلتزام مقابل مثل الوديعة أو الوكالة؛ حين تعتمد في طبيعتها على كونها بأجر أو بدون أجر[171].

وتبرز أهمية هذا التقسيم، في إنَّ الغلط في شخص الطرف الآخر من شأنِهِ أنْ يؤثر في عقود التبرع، حيث تكون شخصية المتبرع له محل اعتبار، عندئذٍ الغلط يعيب إرادة المتبرع ويجعل العقد قابل للبطلان.

(171) المهداوي، على احمد صالح (2011) الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الاتحادي " أحكام الالتزام عمان، إثراء للنشر والتوزيع، ص22.

أما بالنسبة لعقد المعاوضة؛ فالأصل أنَّ شخصية المتعاقد ليس لها دوراً مهماً، لذلك لا يؤثر الغلط بالتالي في صحة العقد، لكن ربما يتبين في بعض حالات؛ أنْ تكون شخصيته محل اعتبار؛ وبالتالي يترتب على الغلط في الشخص بطلان العقد بطلاناً نسبياً، كما في عقد الشركة.

كما مسؤولية المعاوض تكون أشد من مسئولية المتبرع، فعقد البيع يفرض على البائع إلتزامات أشد من إلتزامات الواهب، ومن ناحية أخرى، فإن مسئولية المعاوض أخف من مسئولية المتبرع له، فيلزم المستأجر بأن يبذل عناية الشخص العادي في المحافظة على الشيء، بينما يلزم المستعير كمتبرع له، بأن يبذل العناية التي اعتادها في شؤونه الخاصة للمحافظة على الشيء، دون أنْ يهبط في ذلك عن مستوى عناية الشخص[172].

وهنالك العقد المحدد هو عقد المعاوضة الذي يعرف فيه كل من المتعاقدين: وقت أبرام العقد قدر ما يأخذ وما يعطي، فيتحدد مقدما قدر الأداء الذي يلتزم به كل متعاقد تجاه الآخر، ويكون العقد احتمالياً حيث لا يتحدد وقت تكوين العقد قدر ما يأخذ المتعاقد وما يعطيه، إذ يتوقف ذلك على واقعة مستقبلة غير محققة وقوعها أو وقت حصولها، ولا يتمكن بالتالي أي من المتعاقدين أنْ يعرف قدر الكسب أو الخسارة التي تتحقق له وقت اتمام العقد[173].

(172) المظفر، محمود (2014). مصادر الالتزام نظرية العقد " دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية"، الطبعة الثانية، جدة، دار الحافظ للنشر والتوزيع، ص15.

(173) سرحان، عدنان وعبيدات، يوسف (2011). المصادر الإدارية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الأولى، عمان، الآفاق المشرقة، ص21.

ومن أمثلة العقود الاحتمالية عقد التأمين على الشيء من أخطار السرقة أو الحريق، وهذا النوع من المخاطر قد يقع أو لا يقع، وما يترتب على ذلك من نشوء إلتزام المؤمن بمبلغ التأمين، أو عدم تحمله بهذا الالتزام، رغم حصوله على أقساط التأمين.

وقد يتعلق عنصر الاحتمال بوقت حصول الواقعة، كما في عقد التأمين على الحياة، وعقد البيع مقابل ثمن يتحدد بإيراد مرتب مدى الحياة، إذ يتوقف الأداء على وقت حصول الوفاة [174].

وعنصر الاحتمال يكون ركن السبب في العقد الاحتمالي، فإذا انتفى بطل العقد، كما لو اتفق على بيع مقابل إيراد مرتب مدى حياة شخص توفي قبل أبرام العقد.

ويختلف مفهوم الغبن في العقد المحدد عن العقد الاحتمالي، فيتحقق الغبن في العقود المحددة عند انعدام التعادل بين الالتزامات المتقابلة، أما بالنسبة للعقود الاحتمالية، فإن الغبن يقوم في حالة انتفاء التعادل بين احتمالات الربح والخسارة الخاصة بكل من العاقدين تجاه الآخر، كما لو تم البيع مقابل إيراد مرتب مدى حياة شخص يتوقع له عمر قصير بسبب مرض خطير مثلاً.

العقد الفوري هو العقد الذي لا يمثل الزمن عنصراً جوهرياً فيه فلا يقاس به الأداء المعقود عليه، ولا يؤثر في طبيعة العقد الفوري، دخول الزمن كعنصر عرضي لا ينبني عليه تحديد محل الالتزام، كما لو تحدد دور الزمن كأجل لتنفيذ الالتزام أو كمدة لازمة في تنفيذ الالتزام كما في عقد المقاولة [175].

---

(174) الشرقاوي، الشهابي إبراهيم (2011). مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الثالثة، عمان، إثراء للنشر والتوزيع، ص12.

(175) المنصور، أمجد (2003). النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام: دراسة في القانون المدني الأردني، والمصري، والفرنسي، ومجلة الأحكام العدلية، والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز. الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة، عمان، 2003، ص12.

والعقد الزمني يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيه، إذ أنَّه أداة قياس الأداء المستحق، فالمنفعة التي يرد عليها عقد الإيجار إنما تقاس بالزمن، والعمل الذي يلتزم به العامل يتوقف مداه على مدة أدائه، والعقد هنا زمني بطبيعته [176].

وتتميز العقود الزمنية بقواعد خاصة تنبع من حقيقة إنَّ الزمن الذي يتحدد به الأداء لا يرجع بعد فواته، ويتضح ذلك في قاعدة؛ أنَّ للفسخ أثراً رجعياً، فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ويختلف الحكم بالنسبة للعقد الزمني، فالفسخ فيه لا يكون رجعياً، حيث إنَّ مدة تنفيذ الالتزام لا يمكن أنْ تسترد طالما أنَّ هذا التنفيذ مستند إلى عقد صحيح في زمن انعقاده، فالأجدر أنْ يتقرر حق الدائن استناداً لهذا العقد، وبالتالي لا يمتد أثر الفسخ إلى الفترة الزمنية لتنفيذ الأداء[177].

ومما تقدم، حسن المشرع الإماراتي حين عرف العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه إلتزام كل منهما بما وجب عليه الآخر، ويجوز أنْ تتطابق أكثر من أرادتين على أحداث الأثر القانوني.

المطلب الثاني: ماهية العقد الإلكتروني التجاري في الفقه والقانون الإماراتي وما يتميز به عن العقد التقليدي

العقد الإلكتروني لا يختلف في شكله وتركيب بنائه وأنواعه ومضمونه عن هذا السياق، فهو قبل كل شيء عقد عادي، والتشريعات التي تحكم إنشاء العقود التقليدية بشكل عام، تطبق أيضاً في شأن العقود

(176) سلطان، أنور (2005). مصادر الالتزام في القانون المدني " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص32.

(177) زهران، همام محمد همام (2004). الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص119.

الإلكترونية. فهو من حيث الموضوع أو أطرافه؛ لا يختلف عن سائر العقود التقليدية، لكنه يختلف فقط في طريقة إبرامه، نظراً لأنه ينجز باستخدام وسائل تقنية يتم من خلالها التواصل الافتراضي بين الاطراف.

واستناداً لذلك، فهو يخضع من حيث التنظيم للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، وهو من العقود غير المسماة، حيث لم يضع المشرع نظاماً خاصاً به[178]، مع الأخذ في الاعتبار صفة مهمة من صفاته وهي أنَّه ينتمي للعقود المبرمة عن بعد من حيث المكان والتي تتم باستخدام أحد وسائل الاتصال الفوري الحديثة، كذلك فان العقد الإلكتروني يمتاز بخصوصية تتمثل في الطريقة التي ينعقد بها. لذا سيتم تقسيم هذا المطلب للفروع الآتية وذلك لتعريف العقد الإلكتروني التجاري في الفقه والقانون الإماراتي والتطرق لخصائصه وما يتميز به عن العقد التقليدي على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني التجاري في الفقه والقانون الإماراتي:

العقد الإلكتروني هو من العقود التي تبرم عبر وسائط التواصل الافتراضي، وقد أثار هذا النوع من العقود اهتمام الكثير من الفقهاء ورجال القانون لوضع تعريف خاص لها. وللتعرف أكثر على تعريف العقد الإلكتروني سنتطرق لمفهوم العقد الإلكتروني في الفقه ومن ثم في القانون الإماراتي على النحو التالي:

1. تعريف العقد الإلكتروني في الفقه:

تباينت آراء الفقه في تعريف العقد الإلكتروني، حيث اتجه البعض للأخذ بالمفهوم الموسع في تعريفه بأنه إلتقاء إيجاب صادر من طرف محله عرض مطروح بطرق سمعية أو بصرية أو كلاهما على شبكة للاتصالات

(178) إبراهيم، خالد ممدوح (2006). إبرام العقد الإليكتروني دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الفكر العربي، ص50.

بقبول صادر من طرف آخر، تحقيقاً لعملية معينة يرغب الطرفان في إنجازها وهي في العادة مبادلة القيم أو الأموال[179].

وفي تعريف آخر: هو "العقد الذي ينعقد بوسيلة إليكترونية ويكفي في ذلك أنْ تكون وسيلة الإبرام إليكترونية بصرف النظر عن مسماها أو كيفية عملها بشرط يتم إبرام العقد في جميع مراحله بالطرق الإلكترونية، ويستوي في ذلك أنْ يتم تنفيذ العقد إلكترونيا أم تقليديا في العالم المادي[180].

ويرى هذا الاتجاه أنَّ العقد الإلكتروني هو الذي يجري انعقاده بوسيلة إليكترونية بشكل كلي أو جزئي، حين تمثل الوسيلة الإلكترونية كهربائية، أو كهرومغناطيسية، أو مغناطيسية، أو ضوئية أو يتم بأي وسيلة تقنية أخرى مشابهة تصلح لتبادل المعلومات بين طرفي العقد[181]، نلاحظ في التعاريف السابقة أن العقد يعتبر عقداً إلكترونياً متى تم إبرامه بأي من الوسائل الإلكترونية.

وفي تقدير الاتجاه الموسع نجد أنَّه يضفي الصفة الإلكترونية على كل عقد يتم إبرامه سواء كلياً أو جزئياً بوسيلة إليكترونية، فاذا كان هذا الوصف بالنسبة للعقد المبرم بالكلية بوسيلة إليكترونية، إلّا إنَّ ذلك لا يصدق على الذي تدخل الوسيلة الإلكترونية في احدى مراحل إبرامه.

(179) مومني، بشار طلال (2004). مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديثة، ص24.

(180) حسين، صلاح علي (2012). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإليكترونية ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ص115.

(181) الرومي، محمد أمين (2004). التعاقد الإليكتروني عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص49.

أما الاتجاه الثاني: فيأخذ بالمفهوم الضيق للعقد الإلكتروني، فيعرفه بأنَّه: "اتفاق على تلاقي الإيجاب بالقبول عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد من خلال وسيلة مسموعة ومرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل" (182).

كما عرِّف بانه: "العقد الذي يلاقى فيه الإيجاب بالقبول من خلال شبكة الإنترنت الدولية، باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات بقصد ترتيب التزامات تعاقدية للطرفين" (183).

وفي تعريف آخر: هو "نوع من العقود التي يتم إبرامها عن بعد، بين غائبين من حيث المكان، عبر استخدام وسيلة اتصال فورية هي الإنترنت، وهذا التعاقد يتم بالكتابة عبر تبادل رسائل إليكترونية خلال وسيلة التواصل الفوري في الإنترنت (184).

فالعقد الإلكتروني في ضوء هذا التعريف يرتبط وجوداً وعدماً بالوسيلة الإلكترونية المرئية والمسموعة والمتمثلة بشبكة المعلومات الدولية الإنترنت. ويؤخذ على هذا الاتجاه أنَّه قصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني على شبكة الإنترنت وحدها، على الرغم من أنَّ الثابت إمكانية إبرام العقد الإلكتروني بأي وسيلة إليكترونية أخرى بخلاف شبكة الإنترنت كالفاكس والتلكس(185).

---

(182) مجاهد ، أسامة أبو الحسن ، مرجع سابق، ص 39.

(183) إبراهيم، خالد ممدوح (2019). عقود التجارة الإليكترونية في القانون الاتحادي رقم 1لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإليكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص53.

(184) العجارمة، مصطفى موسى (2010). التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الكتب القانونية، ص65.

(185) عرفت المادة الثانية من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإليكترونية العقد الإليكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات على أنه المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو إرسالها، أو استلامها، أو تخزينها بوسائل إليكترونية ،أو ضوئية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإليكترونية، أو البريد الإليكتروني ،أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي.

والملاحظ على الاتجاه الموسع من خلال التعاريف بأنها تركز على الطريقة التي ينعقد بها العقد الإلكتروني، كما يلاحظ على هذه التعريفات بأنها لا تقتصر العقود الإلكترونية على التعاقد عبر شبكة الإنترنت، بل تشمل أيضا التعاقد الذي يتم عبر وسائل الاتصالات الإلكترونية الأخرى كالفاكس و التلكس، ويمكن أنْ يرد العقد الإلكتروني على كل الأشياء و الخدمات التي لا يمنع التعامل بها بنص القانون أو لطبيعتها، كما يشمل العقد الإلكتروني أيضا العقود التي تتم من خلال الوسيط الإلكتروني الذي يتم عن طريق أجهزة تمت برمجتها للتعبير عن الإرادة نيابة عن أحد الطرفين أو كليهما، والذي عبرت عنه بعض التشريعات بالتعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني.

2. تعريف العقد الإلكتروني في القانون الإماراتي:

من مطالعة نص المادة الأولى من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 1 لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية يتضح لنا أنَّه لا يوجد تعريف مخصص للعقد الإلكتروني، إلّا إنَّنا نجد في تعريف المعاملات الإلكترونية شمولاً للعقد الإلكتروني، حيث عرفت المادة الأولى من القانون سالف الذكر المعاملات الإلكترونية بأنها: "معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إليكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي، كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات.

يتضح من هذا التعريف أنَّ المشرع الإماراتي قد أخذ بالمفهوم الموسع للعقد الإلكتروني، ولعل أهم ما يؤخذ على هذا التعريف، أنَّه ينطوي على اللبس والغموض، فالمشرع يتردد باستخدامه للألفاظ والمصطلحات (عقد تعامل اتفاقية) فكان عليه تحديد المصطلح الذي يريد استخدامه بشكل واضح ويبعد عن اللبس والغموض.

ويرى الباحث أنَّ الأخذ بالمفهوم الضيق للعقد الإلكتروني من شأنه أنْ يحول دون الاستفادة من الوسائل الإلكترونية الحديثة، لذلك من الأفضل التوسع في مفهوم العقد الإلكتروني وعدم التركيز على وسيلة إلكترونية بعينها، بهدف استيعاب الوسائل الإلكترونية الجديدة التي قد تظهر مستقبلاً بفضل التطور العلمي والتكنولوجي الكبير، ومن هنا يمكننا تعريف العقد الإلكتروني ذات الطابع الدولي بأنه: العقد الذي تتلاقى فيه قبول العروض والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التقنية المتنوعة، لا سيما شبكة المعلومات الإنترنت، من قبل طرفين موجودين في دولة ما أو في دول عدة، ويتم قبول العرض بشكل يعبر عنه عبر الوسائط التقنية ذاتها، مع أشخاص في دول أخرى عن بعد، عبر تفاعل وتواصل بينهم لأجل إشباع حاجاتهم المتبادلة في إنجاز العقد وإتمامه عن بعد.

إذاً؛ العقد الإلكتروني هو إلتقاء الإيجاب الصادر من موجب حول عرض مبين بوسيلة إليكترونية، مرئية أو سمعية أو كلتيهما خلال شبكة الاتصالات المعلوماتية، ويحظى الإيجاب بقبول مطابق له يصدر عن الطرف المقابل بنفس الطرق بهدف أنجاز عملية بيع/ شراء، أو تنفيذ صفقة ما يرغب كلا الطرفين ترتيبها وإكمالها [186].

وتشتمل عمليات التعاقد الإلكتروني، إضافة للإيجاب والقبول الإلكتروني، على معاملات إليكترونية عديدة تخدم وتمهد للتعاقد، منها العروض والإعلانات عن تلك السلع والخدمات، كذلك طلبات الشراء الإلكترونية، وفواتير البيع الإلكترونية، وأمر الدفع الإلكتروني [187].

(186) الرومي محمد أمين، مرجع سابق، ص34.

(187) العجارمة، مصطفي موسى، مرجع سابق، ص68.

وتدخل في مجال العقد الإلكتروني، عمليات الاتصال والرسائل الإلكترونية والبيانات التي يتم تبادلها بين مؤسسة تجارية ومؤسسة تجارية أخرى. لكن الاتصالات التي تجري داخل المؤسسة الواحدة لا تدخل في ذلك النطاق؛ فالاتصالات داخل المنشأة الواحدة أو المؤسسة هي عملية روتينية لتبادل معلومات أو بيانات لا ترقى إلى مستوى التعاقدات الإلكترونية.

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني وتمييزه عن العقد التقليدي:

تتميز العقود الإلكترونية ببعض الخصائص التي تميزها عن غيرها من العقود الاخرى، وفي ما يلي سنذكر بعض من خصائص العقد الإلكتروني ومن ثم سنتطرق عما يتميز به العقد الإلكتروني عن غيره من العقود.

1. خصائص العقد الإلكتروني

أ. عقد رضائي يعرض عن بعد، أي عبارة عن عرض إيجاب يتضمن كافة العناصر اللازمة والضرورية، موجه إلى طرف آخر، الذي في حالة موافقته تتطابق الإرادتان وينعقد العقد. فالعقد الإلكتروني يجب أنْ تتوافر فيه الأركان المعروفة في القواعد العامة، فهو عقد رضائي ويجب حدوث تطابق الإرادتين، ومن طرق التعبير عن الإرادة في البيئة الإلكترونية رسالة البيانات والوسيط الإلكتروني. يتم إبرام العقود الإلكترونية دون حضور أو اجتماع مادي لأطرافها، فالميزة الرئيسية للعقد الإلكتروني أنَّه يجري بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد فعلي، حيث يمكن إنجاز التعاقد عن بعد باستخدام وسائط اتصالات تقنية، وبذلك فهو ينتمي إلى مفهوم العقود التي تتم عن بعد، حيث يجري تبادل الإيجاب والقبول إلكترونيا من خلال الإنترنت، وبذلك يجمعهم مجلس عقد افتراضي. وهو كذلك عقد فوري متزامن، وربما يكون العقد الإلكتروني غير

متزامن، بحيث إنَّ القبول غير معاصر للإيجاب، ويكون هذا التعاصر نتيجة صفة التفاعل بين طرفي العقد[188]، جرَّاء التواصل عن بعد.

وتستخدم الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود، ويعتبر ذلك من أهم ميزات الخصوصية في العقد الإلكتروني إلى جانب السرعة، بل إنها تشكل أساس ذلك العقد الذي يتم إبرامه خلال شبكة اتصالات تقنية، فالعقد الإلكتروني لا يختلف بشيء من حيث الموضوع أو أطرافه عن العقود التقليدية المعروفة، لكنه يختلف فقط في طريقة إبرامه لكونه ينجز عن بعد عبر وسائل تقنية رقمية[189]، وتلك الوسيلة هي التي تسببت في استبدال الكتابة التقليدية التي تنجز في دعائم ورقية وحلتْ بدلها كتابة إليكترونية، التي تنفذ على دعائم رقمية[190]، ولا يكون التعبير عن إرادة القبول إليكترونية إلا بشكل صريح[191]، فالقبول إلكترونيا ينجز من خلال أجهزة وبرامج تقنية تعمل آلياً، فتلك الأجهزة بطبيعتها لا يمكنها معرفة أو استنتاج إرادة المتعاقدين[192]، واستناداً لهذا الرأي فإنه لا مجال للقول بأن التعبير عن إرادة القبول في هذا التعاقد؛ يمكن أنْ يتم في حالات مقرّة في العقود التقليدية، عبر إشارة معروفة عرفاً أو بالتعبير عن موقف لا يدع بأية حال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود به، أو السكوت المقترن بظروف يرجح معها دلالة القبول.

(188) بدر، أسامة أحمد (2015). حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 95.

(189) دندن، سمير (2012). العقود الإليكترونية في أطار تنظيم التجارة الإليكترونية، بيروت، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص118.

(190) محمد، أشرف وفاء (2014). عقود التجارة الإليكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإليكترونية والذي عقد بالقاهرة بجامعة الدول العربية. ص12.

(191) بدر، أسامة احمد ، مرجع سابق، ص205.

(192) إبراهيم، خالد ممدوح ، مرجع سابق، ص198.

وإذا كان السكوت بحسب القواعد العامة لا يصلح للتعبير عن إنشاء الإيجاب، فإنه على عكس ذلك قد يصلح لاعتباره قبولاً [193]، ويثار السؤال فيما إذا كان السكوت يمكن أنْ يعد تعبيراً عن إرادة أحد الطرفين في العقد الإلكتروني.

فالأصل إنَّ السكوت بحد ذاته المجرد من أي ظرف ملابس له؛ لا يصح أنْ يكون تعبيراً عن إرادة العاقد، لأن الإرادة فعلٌ إيجابي والسكوت تصرف سلبي، لا يعبر عن إرادة ضمنية، لأن الإرادة لا بدّ أنْ تستنبط من فعل إيجابي يدلُّ عليها.

ولقد قرر الفقه الإسلامي تلك القاعدة بالقول المشهور (لا ينسب لساكت قول)، لكن استثناءً من هذا الأصل فإن السكوت يمكن أنْ يكون معبراً عن إرادة ويعتدّ به كقبول استناداً لنص في القانون أو اتفاق بين طرفي العقد متى ما صاحبته ظروف ملابسة تدلل أو تؤشر بدلالتها على الرضا [194].كما يعد السكوت قبولاً إذا اتفقتْ أطراف العقد أثناء المفاوضات صراحة على اعتبار سكوت الشخص الموجه إليه الإيجاب قبولاً في ظروف محددة، مثال ذلك: اتفاق الأطراف على اعتبار السكوت قبولاً عند مضي فترة زمنية محددة دون رد، أو كان العرف أو طبيعة المعاملة تستوجب ذلك، أو إذا كان الإيجاب يصبُ في منفعة الموجب إليه. إلّا إنَّ هذه الحالات الاستثنائية لا يمكن قبولها على حالات القبول الإلكتروني، نظراً لحداثة هذا النوع من التعاقد عبر شبكة الإنترنت، لذلك لا يمكن القول بأن العرف يلعب دوراً مهما وفاعلاً في هذا الصدد، لعدم توافر معاملات كثيرة ومستقرة تشكل قياساً لمرحلة العرف.

(193) السنهوري، عبد الرازق، مرجع سابق،280 وما بعدها.

(194) تطبيقا لذلك قضت محكمة الاتحادية العليا بأنه (من المقرر وفقاً لنص المادة 135 من قانون المعاملات المدنية أن مجرد السكوت عن الرد لا يصلح بذاته تعبيراً عن الإرادة ولا يعتبر قبولاً إلا إذا كان متعلقاً بتعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل بأن كان مكملاً، أو منفذاً، أو معدلاً، أو ناسخاً له طعن، نقض مدني رقم 1649، جلسة 27-11-1997.

وبالنسبة للإيجاب الموجه لمنفعة الشخص أو الجهة الموجب إليه؛ فهي من قبيل حالة تشمل شكلاً من أعمال التبرع، دون أنْ يترتب أي إلتزام على عاتق الشخص أو الجهة التي وجه الإيجاب إليها، لأنَّه حالة غير متداولة كثيراً أو مألوفة في الإنترنت[195].

ففي تقدير الباحث، يصبح من الصعوبة بمكان اعتبار السكوت الملابس تعبيراً عن القبول إلكترونيا، كما في حالة التعامل السابق الذي يتم بين المتعاقدين والذي يحدث كثيراً عبر شبكة المعلومات الإلكترونية، فإن ذلك لا يعتد به من الناحية العملية باعتبار السكوت قبولاً، إلا إذا كان هناك اتفاق صريح أو ضمني بين الأطراف المتعاقدين على ذلك.

وبموجب القوة الملزمة في العقد فإن أياً من طرفيه لا يستطيع التراجع عنه، فمتى إلتقى الإيجاب بالقبول تم العقد فإن تنفيذ العقد يصبح ملزماً لطرفيه ولا رجعة فيه. لكن حيث إنَّ المستهلك في التعاقد الإلكتروني ليست لديه الإمكانية من الناحية العملية، ليحصل منه على التوقيع، بغض النظر عن احتمال اعتراض المستهلك على بعض الفقرات في وقت لاحق على التوقيع حينما يصبح اعتراضه غير مجدٍ.وهذا معناه تخويل المستهلك الحق في نقض العقد بعد انعقاده بالإرادة المنفردة، وهذا يعد مخالفة صريحة للقاعدة المشهورة (العقد شريعة المتعاقدين)، إذْ لا يجوز النقض أو التعديل إلا باتفاق المتعاقدين أو لأسباب يقررها القانون. ولذلك فإن هذا الحكم المخالف لتلك القاعدة يجب النص عليه صراحة أما باتفاق الطرفين أو بنص قانوني. ولقد أقرت تشريعات عديدة؛ إنَّ من حق المستهلكين العدول بشأن العقود [196].

(195) مجاهد، أسامة أبو الحسن ، مرجع سابق، ص83.

(196) نور الدين، دناي. (2017). الإيجاب والقبول في العقود الالكترونية. معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تندوق. معالم للدراسات القانونية والسياسية، 1(2).

ب. العقد الإلكتروني عقد تجاري استهلاكي، يتسم العقد الإلكتروني بالطابع التجاري، ولذلك يطلق عليه عادة تسمية "عقد التجارة الإلكترونية" حيث تعتبر هذ الأخيرة الميدان الواسع لانتشاره [197]. وهو في الغالب يدور في إطار عقود البيع، أو تقديم أية خدمات، أو القرض، أو الوساطة، أو الإجارة، أو الضمان، أو السمسرة، وغيرها من العقود المماثلة [198].

ومن ثم فانه يعتبر من غالب الأحيان من قبيل عقود الاستهلاك، لذلك فان العقد الإلكتروني يخضع في العادة لقواعد حماية المستهلكين على نحو ما نص عليه التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك رقم 97–7 وكذلك في قانون الاستهلاك. فالمستهلك في أطار تعاملات التجارة الإلكترونية هو نفس المستهلك في عمليات الشراء التقليدية المباشرة، حيث يتمتع بكافة حقوقه في الحالة التقليدية، وعندما يتعاقد عبر الوسائل إليكترونية؛ فإنه يتمتع بذات الحقوق والمزايا التي كان يتمتع بها سابقاً [199].

حيث إنَّ عقود المبيعات الإلكترونية تستحوذ على القسم الأكبر من هذه العقود، وتتسم بالطابع الاستهلاكي لأنها غالبا ما تتم بين تاجر أو متخصص مهني ومستهلك، لذلك فإنه يعدّ في الغالب من قبيل العقود الاستهلاكية، لذلك يتبع العقد الإلكتروني عادة القواعد الخاصة بحماية المستهلك على نحو ما جاء به التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك رقم 7/97 وكذا قانون الاستهلاك سابق الذكر. فالشخص المستهلك ضمن تعاملات التجارة الإلكترونية هو نفسه المستهلك في عمليات الشراء التقليدية، التي يتمتع فيها بحقوقه كاملة كزبون، أما في حالة تعامله من خلال وسائل إليكترونية، فمن الضروري أنْ يتمتع بالحقوق والمزايا ذاتها التي كان يتمتع بها في حالات الشراء التقليدية[200].

---

(197) طه، مصطفى كمال وبندق، وائل أنور (2005) الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإليكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ص326.

(198) عيسى، طوني، 2000، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، رسالة دكتوراه ، بدون ناشر ومكان نشر، الطبعة الاولى، ص56.

(199) نور الدين، دناي، مرجع سابق.

(200) إبراهيم، خالد ممدوح. المرجع السابق، ص55.

وبالنسبة لمقدم الخدمة، يعدّ هذا العقد تجارياً لان مقدم الخدمة يسعى إلى تحقيق الأرباح من خلال وساطته بين مجموعتين من الناس، هذا هو الرابط الأساسي لوصف العقد لكونه تجارياً، أما بالنسبة إلى العميل فيختلف الأمر بين أنْ يكون تاجراً أو غير تاجر، فإذا كان تاجراً يكون العقد بالنسبة إليه تجارياً بالتبعية، أما إذا لم يكن تاجراً فلا يمكن اعتبار العقد تجارياً، بل مدنياً، وبالتالي فإن العقد الذي ينجز عبر الشبكة يعدّ عقدا مختلطاً عندما يتم التعاقد بين مقدمي الخدمات التجار والزبون الذي يقوم بأعمال مدنية[201].

ت. العقد الإلكتروني ذات صفة دولية، جاءت هذه الصفة من السمة الغالبة للعقد ويطلق عليها أما عقود دولية أو التجارة الإلكترونية، فتعتبر العقود الإلكترونية ذي صفة دولية، وهي نبراس العلاقات التعاقدية الشائعة اليوم، والسبب بأن هذه العقود تحظى بحيز استخدام عالمي واسع الأفق، وهي من العقود التي لها طبيعتها الخاصة مختلفة عن ما هو معلوم في العقود التقليدية، حيث أن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة خاصة من العقود تسمى طائفة العقود عن البعد، ويعود ذلك لانعدام التواجد المادي لاطراف العلاقة التعاقدية، حيث لا يجتمعوا بمجلس عقد حقيقي، ولا في نطاق جغرافي محصور بموقع مشترك واحد، حيث أن التفاعل بين أطراف العقد يكون من خلال الحضور الافتراضي الغير ملموس، ويفصل كل منها عن الأخر بعد جغرافي، حيث يتم التعاقد الإلكتروني بين أطراف لا يجمعهم حدود دولة ما، بل من الممكن أن يكون أحد الاطراف في بلد والطرف المقابل في بلد آخر.

2. تمييز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي:

إذا كان التعاقد الإلكتروني يتسق مع العقود التقليدية، في أنهما ينعقدان عبر توافق إرادة طرفي العقد، أي تطابق عمليتي الإيجاب والقبول؛ إلّا إنَّ العقود التقليدية تتم بين طرفين حاضرين في المكان والزمان، حينما تتم مقابلة الإيجاب والقبول خلال مجلس العقد وجهاً لوجه، وهو ما يستوجب تواجداً مادياً لكل طرفٍ

(201) محمد، أشرف وفاء، للمرجع السابق، ص14.

من طرفي التعاقد في مكان واحد، ولا يتحقق ذلك في العقد الإلكتروني، إذْ من المفروض أساساً وجود العاقدين في مكانين منفصلين، وربما تفصل بينهما مسافات شاسعة أو آلاف الأميال. بذلك فإن التعاقد التقليدي يتم وينجز التعاقد بين حاضرين، في حين في التعاقد الإلكتروني يكون هناكَ انفصال مكاني يجعل منه تعاقداً ذا طبيعة خاصة[202].

ويمتاز العقد الذي ينجز إلكترونيا عن العقد التقليدي؛ بأنه يمكن تنفيذهُ وإبرامه من خلال الإنترنت بدون الحاجة إلى اللقاء أو الحضور المادي الفعلي، وبفضل شبكة الإنترنت أصبح ممكناً تسليم بعض السلع إلكترونيا أي يجري تسليم رقمي للمنتجات، مثل برامج الحواسيب، تسجيلات الموسيقى، كتب إليكترونية، حين يقوم الزبون بنسخ أو تحميل البرنامج من خلال شبكة الإنترنت ويقوم بتنزيله في الحاسوب الخاص به أو في هاتفه المحمول، إضافة إلى بعض الخدمات مثل: استشارات الطبيب عن بعد، أو استشارات قانونية وغيرها الكثير من هذه الأمثلة.

ونجد أنَّ الفارق في تميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي؛ أن إبرام هذا النوع من العقود يتم في بيئة افتراضية دون حضور مادي للأطراف، بل يتم عن بعد عبر شبكة الإنترنت باستخدام الوسائل الإلكترونية عبر وسائط التواصل الافتراضي، بعكس العقد التقليدي الذي يتطلب حضور الأطراف في مجلس واحد.

(202) العجارمة، مصطفى موسى، مرجع سابق، ص68.

المبحث الثاني: حجية العقد الإلكتروني التجاري في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي

شكلت التطورات المتتابعة في تقنيات المعلومات ومن بينها الإنترنت مرحلة جديدة في التعاملات بين الأفراد والمؤسسات، الأمر الذي أحدث واقعاً جديداً في الوضع القانوني لهذه التعاملات– من هنا أولت التشريعات في المعاملات الإلكترونية عناية خاصة، وأفردت لها مجموعة من النصوص القانونية بما يناسب خصوصيتها، ولذا سنتناول في هذا المبحث من مطلبين للتعرف على كيفية إبرام العقد الإلكتروني التجاري ومدى حجيته في الإثبات، على النحو الآتي:

المطلب الأول: كيفية إبرام العقد الإلكتروني التجاري

يثير العقد الإلكتروني تحديات عديدة أمام النظم القانونية القائمة، ذلك لأن علاقات التعاقد التجارية التقليدية تعتمد من الأساس على الإيجاب والقبول بخصوص أي تعاقد[203].

فالأمر يختلف بالنسبة إلى التعاقد الإلكتروني، فرغم أنَّ انعقاده يتطلب ما يتطلبه أي عقد آخر، من حيث توفر الإيجاب والقبول والثمن والسبب والمحل وجميع شروط تحديد المسؤولية المرتبطة بالمتعاقدين، لكنه يختلف عن سواه من العقود لكونه يمكن أنْ يتم وينعقد بدون أنْ يكون للطرفين حضور مادي في مجلس التعاقد وقت الانعقاد، حيث يمكن أنْ يوجد كل طرف منهما في مكان مختلف عن مكان الطرف

(203) الناصر، عبد الله بن إبراهيم ، 2013، العقود الإليكترونية دراسة فقهية تطبيقية مقارنة، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإليكترونية بين الشريعة والقانون، والمقام بدولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 9- 11 بيع الأول 1424هـ الموافق 10- 12 مايو 2013م، ص 240.

الآخر تفصل بينهما مسافة جغرافية، أي إنَّه في حالة التعاقد الإلكتروني لا يكون الطرفان حاضرين في ذات مجلس العقد، بل يجمعهما مجلس عقد حكمي.

ومن ثم فإن الأمر يتطلب بحث وتسليط الضوء على تكوين العقد الإلكتروني وبخاصة من خلال مفهوم الإيجاب والقبول الإلكتروني، وسيتم تقسيم هذا المطلب من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: الإيجاب الإلكتروني.

لبيان مفهوم الإيجاب الإلكتروني لا بد من بيان مفهوم الإيجاب التقليدي، حيث يعرف الإيجاب التقليدي بنه بأنَّه: (تعبير نهائي، قاطع الدلالة، جازم، حول اتجاه إرادة من صدر منه، إلى قبول التعاقد وفقاً لشروط معينة)[204]، ومن البديهي أنَّ هذا التعبير في ذاته لا يصح أنْ يتلاقى معه قبول ما إلا حين يتضمن عناصر أساسية للعقد[205]، ولا يستبعد في ذلك أنْ يكون الإيجاب معلقاً أو مقترناً بتحفظات، مثل نفاذ الكمية، أو ثبات الأسعار وعدم تغيرها، ولم تشترط معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية [206] أي شكل معين للإيجاب.

أما الإيجاب الإلكتروني فقد جاء تعريفه في التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلكين بأنه: (كل اتصال عن بعد يشمل العناصر الضرورية كافة لتمكين من أرسل إليه الإيجاب أنْ يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد عن هذا النطاق مجرد الإعلان) [207].

(204) قاسم، محمد حسن (2005). التعاقد عن بعد، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص67.

(205) قحطان، عبد القادر (1991)، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، الطبعة الأولى، القاهرة، ص 313 وما بعدها.

(206) دندن، سمير، مرجع سابق، ص125.

(207) بدر الدين، مرغني حيزوم، والعروسي، حاقة. (2020). حق المستهلك الإلكتروني في العدول. مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، 5(1).

وفي الفقه عرفه البعض بانه: "تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصال بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أنْ يقبل التعاقد مباشرة [208].

وقد نصت المادة رقم 11 من القانون الإماراتي رقم 1 لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية على أنَّه: (لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية).

وقد نصت المادة 2/11 من القانون الإماراتي رقم 1 لسنة 2006م بشأن المعاملات الإلكترونية على أنَّه: (لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنَّه تم بوساطة مراسلة إليكترونية واحدة أو أكثر).

ويشترط في الإيجاب الإلكتروني، كما هو الحال في الإيجاب التقليدي، أي أنْ يكون جازماً ومحدداً وباتاً لا رجعة فيه، بمعنى أنْ تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، أما إذا احتفظ الموجب شرط يعلن فيه أنَّه غير ملتزم بما عرضه في حالة القبول فلا يعتبر هذا إيجاباً، بل مجرد دعوة إلى التعاقد[209].

ويسقط الإيجاب لأسباب معينة هي: إذا كان معلقاً على شرط وتخلف الشرط، أو بانقضاء المدة المحددة – بالنسبة للإيجاب الملزم – ولم يقترن به قبول، أو رفضه الشخص الذي وجه إليه، ويعتبر رفضاً للإيجاب الإلكتروني أنْ يقوم الموجه إليه الإيجاب بإغلاق جهاز الحاسوب طواعية واختياراً، أو بالانتقال إلى

(208) العجارمة، مصطفي موسى، مرجع سابق، ص71.

(209) بدر، أسامة أحمد، مرجع سابق، ص168.

موقع جديد غير موقع الموجب[210]، أو بإرسال رسالة إليكترونية تفيد الرفض في حالة التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني.

والإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجاباً خاصاً موجهاً لأشخاص محددين، ويتم ذلك غالباً في عروض تعاقدية عبر البريد الإلكتروني أو برنامج الدردشة، أو قد يكون الإيجاب إيجاباً عاماً موجهاً إلى أشخاص غير محددين. وهو ما يحدث في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التجارية المنتشرة على شبكة الإنترنت[211].

ويترتب على هذه التفرقة نتائج وآثار قانونية متباينة [212]، ففي الإيجاب العام الموجه إلى الجمهور، فإن شخصية القابل ليست مهمة بالنسبة للموجب، وبالتالي يمكن لأي شخص أن يقدم القبول، حيث تتم المشاركة في ذلك الوقت، وينتهي عرض هذا الإيجاب بالنسبة للأشخاص الآخرين.

ويفرق البعض بين الإيجاب الإلكتروني الصادر من مواقع الويب التجارية والإيجاب الصادر من المتاجر الافتراضية، على أساس أنَّ الدخول إلى المواقع التجارية يكون عادة مفتوحاً للجمهور عامة، أما المتاجر الافتراضية، فبعضها يقصر دخولها والاتصال بها على العملاء الحاصلين على اشتراك خاص، وعادة يتم تزويدهم برقم سري للولوج إلى هذه المحلات، لذلك فإن مثل هذه المحلات لا تكون متاحة للعامة، ويترتب على هذه التفرقة أنَّ الالتزام بالقواعد والإجراءات المنظمة للإعلان عن المنتجات والخدمات، كمراعاة الدقة والأمانة في الإعلانات يقتصر على المواقع التجارية، أما المتاجر الافتراضية فلا تتقيد بالقواعد السابقة المتعلقة بالإعلان[213].

---

(210) مجاهد ، أسامة أبو الحسن ، مرجع سابق، ص62.

(211) الرومي، محمد أمين، مرجع سابق، ص56.

(212) يزيد أنيس نصير، (2013) الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون، سبتمبر 2013م، ص 47.

(213) محمد، أشرف وفاء، مرجع سابق، ص332.

ولا يكون للإيجاب الإلكتروني فاعلية بمجرد صدوره من الموجب، وإنما يكون من خلال عرضه للجمهور في مواقع شبكات الإنترنت، أو من خلال إرساله عبر البريد الإلكتروني، أو أي وسيلة إليكترونية أخرى للتعبير عن الإرادة، متضمناً العناصر الأساسية اللازمة لإبرام العقد، وينتج عن ذلك نشوء حق للشخص الموجه إليه الإيجاب الإلكتروني عند قبوله، ولكن هذا الحق لا ينشأ إلا منذ وقت علم الموجب له بالإيجاب، فلا يترتب على مجرد صدور الإيجاب من الموجب أي التزامات إذا لم يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه.

ويجوز للموجب في الإيجاب الإلكتروني، كما في الإيجاب التقليدي، أن يتراجع عن إيجابه، ويكون ذلك من خلال سحب عرضه من المواقع الإلكترونية على الإنترنت، وبشرط أنْ يعلن عن رغبته في التراجع عن عرض الإيجاب. فيعدم بذلك أثره القانوني، إلّا إنَّ هناك استثناءً على ذلك حيث يكون الإيجاب ملزماً إذا كان مقترناً بأجل للقبول[214]، ومع ذلك، فإن هذا العدول ليس له أي أثر قانوني إلا إذا علم به الموجب له. وعبء الإثبات في هذه الحالة يقع على عاتق الموجب.

وإذا كان الأصل في الإيجاب التقليدي أنَّه غير ملزم قبل وصوله إلى الموجه إليه (مرحلة الوجود الفعلي) أو بعد وصوله إليه (مرحلة الوجود القانوني)، فيجوز للموجب أنْ يعدل عن إيجابه ما لم يقترن به قبول، ويكون الإيجاب ملزماً إذا حدد موعداً للقبول، ويلتزم الموجب طوال مدته بالبقاء على عرض إيجابه إلى أنْ تنتهي هذه المدة.

إلّا إنَّ البعض يذهب، إلى أنَّه إذا كان الإيجاب، وفقاً للقواعد العامة، لا يكون ملزماً بذاته إلا إذا اقترن بميعاد صريح أو ضمني، إلّا أنَّه في الإيجاب الإلكتروني ينبغي الخروج عن القواعد العامة، بأن يحدد

(214) مجاهد ، أسامة أبو الحسن ، مرجع سابق، ص65.

الموجب بدقة الوقت اللازم لصلاحية إيجابه، وأن يقوم بإعلام الموجب له بهذا الوقت[215]، وبعبارة أخرى يجب أنْ يكون الإيجاب الإلكتروني دائماً مقترناً بوقت محدد.

ومما لا شك فيه إنَّ هذا الرأي يهدف إلى حماية المستهلك وتثبيت المعاملات الإلكترونية، وإعطاء الثقة في التعامل بين الأطراف، الأمر الذي يقتضي أن يعتبر الموجب ملتزماً بإيجابه، ولو لفترة محددة، ليتدبر الموجب له أمره وترتيب شؤونه بالرد أما بقبول الإيجاب أو رفضه.

أما عن الأساس القانوني لالتزام الموجب بالبقاء على إيجابه، فذهب البعض إلى إسناد القوة الملزمة للإيجاب إلى الإرادة المنفردة للموجب[216].

وذهب اتجاه ثان إلى جعل الإيجاب ملزماً استناداً إلى أنَّ الموجب إذا عدل عن إيجابه كان إخلالاً بالثقة المشروعة للموجب له واعتبر رجوعه خطأ تقصيري يوجب التعويض، وأن خير تعويض هو إبرام العقد.

وذهب اتجاه ثالث إلى أن[217] الأساس القانوني لبقاء الموجب الملتزم في عرضه هي المدة المحددة التي حددها، وبالتالي فإن إرادة الموجب بالبقاء في الالتزام على إيجابه لفترة معينة وسكوت الموجب إليه هي اتفاق بين الطرفين يعتبر مصدر إلتزام الموجب بالبقاء على إيجابه.

ولا شك أنَّ هذا الرأي يفيد في اعتبار الإيجاب ملزماً عند تعيين الموجب مدة يلتزم فيها بالبقاء على إيجابه.

---

(215) بدر، أسامة أحمد، مرجع سابق، ص 173.

(216) دندن، سمير، مرجع سابق، ص114.

(217) مرقس، سليمان (1987). الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، بدون ناشر، ص 155.

الفرع الثاني: القبول الإلكتروني:

القبول هو الإرادة الثانية في العقد الصادر عن الشخص الموجه إليه الإيجاب، ويجب أنْ يتضمن النية القاطعة في التعاقد، أي يصدر منجزاً بلا قيد أو شرط. وقد نصت المادة 140 من القانون الإماراتي للمعاملات المدنية على أنه:

1) يجب أنْ يكون القبول مطابقاً للإيجاب.

2) وإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً.

ولأن العقد الإلكتروني، يكون في الغالب من عقود الاستهلاك؛ فإن القبول الإلكتروني يكون غير نهائي، لذا فإن العقد غير لازم للمستهلك، وهو ما يدفعنا إلى بحث مسألة حق العدول في القبول الإلكتروني. فيجب أنْ يصدر القبول بما يتفق مع الإيجاب، والمقصود بالمطابقة بين الإيجاب والقبول ليس تطابقهما في جميع الأمور التي تدخل في العقد، بل مطابقتها بشأن الأمور الأساسية والجوهرية. وعدم اختلافهما في شأن المسائل التفصيلية، وهو ما يثير مسألة غاية في الأهمية وهي اختلاف صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني[218].

والقبول الإلكتروني يتم ذلك من خلال الوسائط الإلكترونية عبر الإنترنت. فيعتبر قبول عن بعد، وبالتالي فهو يخضع لنفس القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي، على الرغم من أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تعود إلى خواص طبيعتها الإلكترونية.

(218) الرومي، محمد أمين، مرجع سابق، ص89.

وهناك شروط عامة يجب توافرها في القبول[219]، فيخضع القبول للشروط العامة واللازمة لكل تعبير عن إرادة، ويجب أنْ تكون إرادة القبول نهائي ومحدد، ويهدف إلى إحداث آثار قانونية وله مظهر خارجي، ويصدر القبول في الوقت الذي يكون فيه الإيجاب صالحًا ومطابقًا للقبول، فإذا كان القبول مطابقاً للإيجاب ولا يحتوي على أي تحفظات، يتم إبرام العقد، إذن، يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب تماماً، ولا يجوز أن يكون أكثر أو أقل منه، وإلا اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً عملاً بنص المادة 140 من القانون الإماراتي للمعاملات المدنية سالف الذكر.

ولا يشترط أنْ يصدر القبول الإلكتروني في شكل خاص أو وضع معين[220]، فيصح إصدارها من خلال الوسائط الإلكترونية أو بالطرق التقليدية للقبول، ما لم يشترط الموجب أن يكون القبول بصيغة معينة، على سبيل المثال، إذا اشترط التاجر الإلكتروني في عقد البيع أنْ يكون القبول عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق ملء النموذج الإلكتروني المعد مسبقاً والمبين بالموقع، فإذا أرسل المستهلك قبوله في شكل آخر، مثل إرساله بالبريد العادي أو الفاكس أو الهاتف، فإن هذا القبول غير صحيح ولا يتم إبرام العقد.

وإذا لم يحدد الموجب وسيلة لإرسال القبول، فيجب، وفقاً للقانون النموذجي، إرسال الرسالة الإلكترونية التي تحتوي على القبول إلى نظام المعلومات الخاص بالموجب، وذلك من خلال إرسال له رسالة عبر صندوق البريد الإلكتروني الخاص به، أو إرسال القبول بنفس الطريقة التي بها تم إرسال الإيجاب [221].

(219) التوتجي، عبد السلام (1984)، التعاقد بين الغائبين في الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، طرابلس، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، ص200.

(220) إبراهيم، خالد ممدوح ، مرجع سابق، ص195.

(221) بدر الدين، مرغني حيزوم، والعروسي، حاقة، مرجع سابق.

ويتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق، بما في ذلك كتابة إشارة تفيد بالموافقة، أو استخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، أو شفهياً من خلال غرف الدردشة، أو التنزيل عن بُعد عن طريق تنزيل برنامج أو منتج أو سلعة عبر الإنترنت وتحميله على الحاسب الآلي الخاص بالقابل.

ومن طرق القبول الإلكتروني أيضاً النقر مرة واحدة للموافقة على علامة الرمز المعد لذلك، حيث نجد عبارة (I agree) في المواقع التي تتعامل باللغة الفرنسية وتستخدم في الغالب عبارات الموافقة، بينما يستخدم موقع الويب باللغة الإنجليزية عبارة (Ok l agree) [222].

ومع ذلك، يجوز للموجب أن يطلب في إيجابه، ولغرض التحقق من صحة إجراء القبول، أن يتم ذلك عن طريق النقر مرتين، على الرمز المخصص للقبول والموجود على الشاشة، وفي هذه الحالة، لا يؤدي النقر مرة واحدة أثراً بشأن انعقاد العقد ويصبح القبول عديم الأثر. وفي كثير من الأحيان، يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على نية التعاقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق الخطأ، فإن النقر مرتين هو دليل على موافقة القابل لإبرام العقد.

ويجوز للموجب اتخاذ بعض الإجراءات بعد صدور القبول، مثل الإجابة على بعض الأسئلة الموجهة للقابل، أو تحديد مكان الإقامة الذي يجب إرسال المنتج إليه، أو كتابة بعض البيانات الخاصة التي تظهر على شاشة الحاسوب. مثل الاستفسار عن رقم بطاقة الائتمان ونوعها.

(222) المرجع السابق.

ومن الواضح أنَّ القصد من هذه الإجراءات اللاحقة هو تأكيد القبول وجعله أكثر فاعلية، من خلال منح القابل فرصة للتفكير والتروي ولتأكد من رغبته في قبول وإبرام العقد، حتى لو تم ذلك على الشكل المطلوب، كي يعبر بالفعل عن رغبته الراسخة في القبول.

وإذا كان المبدأ العام هو أنَّ القبول يمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً، فيمكن تصور أنَّ هذا ممكن في القبول الإلكتروني، حيث يتم التعبير عن القبول صراحة من خلال وسائط إلكترونية متعددة.

ومن الممكن أنَّ يكون ضمنياً، كما لو أن الشخص الذي قُدم له الإيجاب ينفذ العقد الذي اقترحه الموجب، مثل الدفع ببطاقات الائتمان، كإعطاء الموجب رقم البطاقة الائتمانية، دون الإعلان صراحة عن قبوله، ويتم إبرام العقد بما يتوافق مع هذا القبول الضمني.

في العقود التي تبرم إليكترونيا توجد فترة السماح، لكن المدد تختلف من قانون إلى آخر، والسبب بذلك أنَّ المستهلك عن بعد لا يرى المنتج أو السلعة عادة عند التعاقد، فقد يتسلم منتجاً لا يتفق مع المواصفات المتعاقد عليها، ومن ثم يحق له إرجاع هذا المنتج خلال فترة معينة هي فترة السماح[223].

وقد أقر القانون الاتحادي الإماراتي بشأن حماية المستهلك رقم 24 لسنة 2006م حق المستهلك في إرجاع السلعة أو استبدالها بشرط وجود عيب فيها أو عدم مطابقتها للمواصفات، ما يعني حق المستهلك في إرجاع السلعة شريطة أنْ يقدم المستهلك الإيصال الدال على الشراء من المزود، وألا يكون العيب ناتجاً عن سوء استخدام المستهلك للسلعة.

(223) إبراهيم، خالد ممدوح ، مرجع سابق، ص212.

وهذا الحق في العدول يكون بالنسبة للمنتجات فقط، أي الأشياء المادية المنقولة دون الخدمات. وممارسة المستهلك لحقه في العدول قد لا يجدي نفعاً، من الناحية العملية، في بعض الحالات مثل عقود برامج الحاسب، وذلك إذا تم إرسالها بالبريد العادي وقام العميل بفض الأختام ونزع الغلاف أو تم إرسالها إلكترونيا إلى ذاكرة الحاسب الآلي الخاص بالمستخدم.

ومع ذلك فإن التمتع بهذا الحق ليس مطلقاً، فمثلاً في حالة تنزيل برنامج موسيقي أو أغاني من على شبكة الإنترنت وتحميله على جهاز الحاسوب الخاص بالعميل ثم يقوم بعد ذلك بنسخ تلك الأغاني واستعمالها، يكون العقد قد أبرم ولا يجوز العدول عنه، وفي هذا الصدد، نص التوجيه الأوربي على أنَّه في حالة تنزيل البرنامج من على الشبكة، فإن العقد يكون قد أبرم ولا يجوز العدول عنه، ما لم يكن هناك اتفاق مسبق بين الطرفين على خلاف ذلك. لذلك ذهب كثير من الفقهاء، في شأن تحديد الوصف القانوني للتعاقد مع الحق في العدول[224]، إلى بعض الأنظمة القانونية التي تتشابه معه مثل البيع بشرط التجربة أو المذاق، والبيع مع خيار العدول، والبيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ، والوعد بالتعاقد.

ويرى جانب من الفقه أنَّ حق العدول هو إعطاء المستهلك مكنة فسخ العقد الذي ارتضاه على عجالة، وهو يعد اعتداءً على مبدأ سلطان الإرادة في العقود. بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أنَّ حق العدول وهي فترة قانونية معقولة للتروي والتفكير يتم النظر فيها خلال إبرام العقد، وذلك حماية للمستهلك من التسرع في إبرام التعاقد [225].

(224) الرومي، محمد أمين، مرجع سابق، ص89.

(225) بدر، أسامة احمد ، مرجع سابق.

في حين يرى البعض أنَّ العقد الإلكتروني المتضمن حق المستهلك في العدول هو عقد غير لازم، فهو يعتبر في الواقع عقداً نافذاً لانعقاده صحيحاً وبالتالي منتجاً لآثاره القانونية، ولكنه يتضمن حق العدول لمصلحة المستهلك فيستطيع العدول عنه وفقاً لنظرية العقد غير اللازم لأحد طرفيه[226].

ويرى الباحث أنه يجب على المشرع الإماراتي عند سن التشريعات، مراعاة قلة خبرة المستهلك في المسائل الإلكترونية فيما يقوم به من تعاقدات عبر الوسائط الإلكترونية مع شركات تجارية ذات خبرة واسعة في مثل هذه التعاقدات، حيث يتم إبرام هذه العقود في بيئة افتراضية غير مادية من خلال استخدام شبكة الإنترنت، مما يجعل من المستهلك في مثل هذه العقود هو الطرف الضعيف، لذا يتوجب على المشرع سن بعض النصوص التشريعية الخاصة بالتعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية لضمان حماية المستهلك فيما يستحدث من تطور التقنيات الحديثة في وسائل التعاقد الإلكتروني.

المطلب الثاني: مدى حجية العقد الإلكتروني التجاري في الإثبات

يعتبر موضوع الإثبات من أهم المسائل التي تواجها المعاملات، وذلك في حال حصول اختلاف بين المتعاقدين وعدم وجود إثبات على التعاقد يشكل خطراً على استقرار المعاملات وإهداراً للعدالة في المجتمع.

ومن هنا لزمت العناية بمسألة الإثبات والتي تعتبر هي السبيل الأوحد لتحقيق التطابق – أو على الأقل التقارب – بين الحقيقتين الواقعية والقضائية، إذ إنَّ قواعد الإثبات تهدف عموماً إلى كشف الحقيقة

(226) المرجع السابق.

التي تتجسد في مظهرها النهائي الأمر الذي يصب في النهاية في صالح حماية الحق ذاته من الضياع[227].

وفي هذا لزم العناية أكثر بموضوع الدليل فهو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه[228].

والإثبات في اللغة هو: "تأكيد حق بالدليل، يقال اثبت حجته أي أقامها وأوضحها". أما في اصطلاح عند فقهاء القانون فإن الإثبات أو (البينة) هو: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون بصدد وجود واقعة قانونية متنازع فيها بما ينبني عليها من آثار" [229]، فالإثبات وفقا لهذا التعريف هو الوسيلة الوحيدة التي يعتد بها القانون لتأكيد وجود الواقعة محل النزاع أو عدم وجودها، ومن ثم إمضاء الآثار القانونية الموضوعية المترتبة على تلك الواقعة، وبالتالي فأن تأكيد وجود الواقعة محل النزاع أو نفيها لا يقبل من غير إثبات، كأن يعتمد القاضي في حكمه على فصاحة الخصم وقوة عبارته[230].

والواقعة محل الإثبات هي: "كل عمل أو حدث وقع بصفة اختيارية أو طبيعية يرتب عليها القانون آثارا سواء في إنشاء حق جديد أو تعديل أو انقضاء حق قائم"[231].

وتعتبر قضية إثبات العقد الإلكتروني من أهم الصعوبات التي تواجه المستهلكين في التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية ، وبسبب خصوصية هذا الأنواع من العقود ، فإن طريقة الإثبات في العقد الإلكتروني مختلفة عن طريقة الإثبات في العقد التقليدي، ويعتبر التوقيع الإلكتروني من أهم الوسائل في إثبات العقد

(227) العبودي، عباس (1999). شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الأولى عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص13.

(228) فودة، عبد الحكم (1996). الوافي في الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية في ضو مختلف الآراء الفقهية وأحكام محكمة النقض، الطبعة الأولى، المنصورة، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، ص15.

(229) الكيلاني، محمود (2010). قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص20.

(230) البهجي، عصام احمد (2014). أحكام عب الإثبات ف نطاق المسئولية المدنية الطبعة الأولى، القاهرة، دار الفكر العربي، ص102.

(231) عبد الستار قيس (2011). أحكام الإثبات، الطبعة الأولى، الشارقة، مكتبة الجامعة، ص 23 وما بعدها.

الإلكتروني لما يتميز به من تفرد في تحديد هوية الموقع بدقة، لذلك سيناقش هذا المطلب من خلال الفروع الآتية عن مفهوم التوقيع الإلكتروني ودوره في إثبات العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني:

عرف القانون الاتحادي الإماراتي رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات الإلكترونية التوقيع الإلكتروني بانه" توقيع يتكون من حروف، أو رموز، أو أرقام، أو صوت، أو نظام معالجة ذي شكل إليكتروني، يكون ملحقا أو مرتبطا منطقيا برسالة نصية إليكترونية ممهورة بنية اعتماد أو توثيق تلك الرسالة.

وعرف القانون آنفاً أداة التوقيع بأنها: "جهاز أو معلومات إليكترونية معدة بشكل مستقل أو بالاشتراك مع أجهزة ومعلومات إليكترونية أخرى لوضع توقيع إليكتروني لشخص معين، وتشمل هذه العمليات أية أنظمة أو أجهزة تنتج أو تلتقط معلومات معينة مثل رموز، أو مناهج حسابية، أو حروف، أو أرقام، أو مفاتيح خصوصية، أو أرقام تعريف الشخصية، أو خواص شخصية".

وعرفتْ لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة، التوقيع الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية الذي صدر عنها سنة 1996م، بأنه: عبارة عن مجموعة من الأرقام تمثل توقيعاً على رسالة معينة، يتم التحقق من هذا التوقيع عبر اتباع بضعة إجراءات حسابية ترتبط بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل. ومن ثم، فإنه بالضغط على تلك الأرقام الخاصة بالمرسل يتشكل التوقيع الإلكتروني[232].

(232) الغريب، فيصل سعيد (2005). التوقيع الإليكتروني وحجيته في الإثبات، الطبعة الأولى، عمان، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص13.

وبهذه الطريقة فإن التوقيع الإلكتروني يعدّ بمثابة توثيق للرسالة الإلكترونية التي يصدرها الشخص المرسل، ولكن من المهم مراعاة عدم الخلط بين تشفير التوقيع الإلكتروني، وتشفير الرسالة الإلكترونية[233].

وهذا وقد عرف الفقه التوقيع الإلكتروني بأنه: "إجراء معين يقوم به الشخص الذي وقع بنفسه على المحرر، سواء أكان هذا على شكل رقم أو إشارة إليكترونية معينة أو شفرة خاصة به"[234].

وعرفه البعض بأنه: "مجموعة إجراءات تقنية تمكن من تحديد الشخص الذي صدر عنه هذا التوقيع وقبول مضمون النص الذي صدر التوقيع بصحته، ويؤكد الفقه على ضرورة أنْ يؤدى التوقيع الإلكتروني إلى تشخيص ومعرفة الشخص القائم بالتوقيع، لكي يكتسب الشرعية في الإثبات والقبول، وذلك بسبب تعذر استعمال التوقيع الكتابي الاعتيادي في تمشية المعاملات التي تجري عبر الوسائط الإلكترونية [235].

ففي الوقت الراهن تجري معظم المعاملات المصرفية والتجارية من خلال وسائط الاتصال الحديثة، باعتماد الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية، مما حتم ضرورة توثيق تلك النصوص والمحررات من قبل طرفي العقد باستعمال التواقيع الإلكترونية ويدفع بعض الكتاب[236]، بالقول؛ إننا إذا تمسكنا بالتوقيع الكتابي أو التقليدي فإن هذا سيؤدي إلى توقف معظم أو جميع أنشطة التجارة التي تتم من خلال الإنترنت، وهذا يعد بمثابة ضربة في عصب اقتصاد العالم ويهدد بانهياره، لذا يتحتم قبول التوقيع الإلكتروني وإعطاؤه الحجية القانونية في الإثبات شأنِه شأن التوقيع التقليدي الكتابي.

---

(233) الرفاعي، أحمد محمود (2001) الحماية المدنية للمستهلك، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص23.

(234) الشرقاوي، محمود أحمد إبراهيم (2003). مفهوم الأعمال المصرفية الإليكترونية وتطبيقاتها، بحيث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مايو2003، ص27.

(235) زهرة، محمد المرسي (1994). مدى حجية التوقيع الإليكتروني في الإثبات، عين شمس، مؤتمر الحاسوب والقانون، ص53.

(236) أبوهيبة، نجوى (2002). التوقيع الإليكتروني وحجيته في الإثبات، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ص43.

وتبرز هنا حقيقة إنَّ التوقيع الكتابي كما يراه كثير من المختصين والفقهاء يشكل عقبة يتعذر تكييفها مع نظم الاتصالات الرقمية الحديثة التي تعتبر شريان الإدارة والمحاسبة[237].

الفرع الثاني: دور التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

بشكل عام يتحدد دور أي توقيع في ثلاثة وظائف رئيسية هي: تعريف هوية صاحب التوقيع، تعبير عن إرادة القائم بالتوقيع، والدلالة على حضور صاحب التوقيع، هذه هي الوظائف الرئيسية التي تبرز أهمية التوقيع، وتؤدى الأغراض التي قصدها قانون الإثبات، وفي ظلّ استعراض هذه الوظائف، حاول فقهاء القانون[238]، التعرف على مدى تلبية التوقيع الإلكتروني لهذه الوظائف التي تعد بمثابة الشروط التي يجب توافرها فيه لكي تقبل كحجية في الإثبات.

أ. تشخيص هوية القائم بالتوقيع:

إنَّ مغزى وجود التوقيع على محرر ما يدل بأنَّه يعود أو ينسب لشخص معين بذاته، فيجعل الوثيقة الموقعة منسوبة إليه، وهي نفس الوظيفة التي يؤديها التوقيع الكتابي بشكل علامات خطية تدل على شخصية القائم بالتوقيع، عندئذٍ تعد الورقة التي تحمل توقيعاً مكتوباً/ مخطوطاً، دليلاً كاملاً يحتج به على من وقعه [239]. والتوقيع الإلكتروني هنا يكتسب بذات الدور والأهمية، متى ما تمّ بشكل أرقام، أو حروف، أو رموز، أو أية إشارات تدل على شخصية القائم بالتوقيع[240]، وتميزه عن سواه.

(237) زهرة، محمد المرسي، مرجع سابق، ص89.

(238) أبو هيبة، نجوى، مرجع سابق، ص46.

(239) الشرقاوي، محمود، مرجع سابق، ص29.

(240) لطفي، محمد حسام (1993). استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ص13.

ويمكن القول إنَّ كلتي التوقيعين الإلكتروني أو الكتابي يؤديان نفس الوظيفة، وإن الاختلاف بينهما في كيفية وضع التوقيع على المحور، بينما يتم إنشاء التوقيع الكتابي على مستندات ورقية ، ذات الطبيعة المادية وتحاكي الشكل الذي تم فيه تنفيذ الفعل القانوني، وذلك بالحضور المادي لأطراف التصرف وتقابلهم وجهاً لوجه من خلال مجلس واحد ، لذلك كان من الضروري أن يكون التوقيع مادياً أيضاً على نفس المستندات الورقية المعتمدة في مجلس المتعاقدين.

أما حينما يتم إبرام العقد إلكترونياً من خلال وسائل التواصل المستحدثة، ويتم التبادل بين الأطراف فيما يخص المعلومات أو الخدمات من خلال وسيط إليكتروني غير مادي بين الأشخاص، ولا يتم من خلال علاقة أو لقاء مباشر، بل يتم دون لقاء المتعاقدين بعضهم لبعض، فقد تم استحداث التوقيع الإلكتروني الذي يوضع على المحررات الرقمية عبر أجهزة إليكترونية، ويمكن وجود التوقيع الإلكتروني تمييز هوية صاحب التوقيع، وهذه من أهم وظائف التوقيع بشكل عام، التي ذهب جانب من الفقه من أجلها إلى ضرورة اعتماد التوقيع الإلكتروني كحجة في الإثبات[241].

ب. تعبير القائم بالتوقيع عن إرادته:

تعني هذه الوظيفة مسألة تأكيد رضا القائم بالتوقيع وقبوله لذلك الالتزام بمضمون التصرف وفق القانون وإقراره بذلك. فبالنسبة للتوقيع التقليدي الكتابي عندما يثبت المحرر نسبته إلى موقعه؛ يكون ذلك دليلاً على قبوله الالتزام بمضمون العمل القانوني المثبت في المحرر، وتبعا لذلك، فقيام الشخص بالتوقيع بخط يده أو بأية وسيلة يقرها القانون على وثيقة يؤكد إقرار الموقع على ما دون فيها وقبوله الالتزام الوارد فيها، وجميع

(241) أبو هيبة نجوى، مرجع سابق، ص54.

التصرفات القانونية المترتبة. أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني؛ فيفيد كذلك في رضا القائم بالتوقيع وقبوله الالتزام بمجرد وضع توقيعه بشكل إليكتروني على النص الرقمي الذي تحتويه المحررات الإلكترونية[242].

فحين يعتمد التوقيع الرقمي بشكل أرقام سرية أو رموز معينة، يتم حفظها بحوزة صاحبها، بشكل لا يعرفها غيره، فمتى ما استخدمت تلك الأرقام تكون بمثابة توقيع لصاحبها، فبمجرد تنفيذ هذا التوقيع؛ يعني موافقة الشخص على المعلومات والبيانات التي وقع عليها، وأنَّه مستعد للالتزام بها. هذا ما يجرى في الواقع العملي حينما تستخدم بطاقات الائتمان، التي تعدُّ إحدى أشكال التوقيع الإلكتروني. وقد ازداد انتشارها والتعامل بها في ضوء نظام معالجة المعلومات الإلكترونية، فعند إدخال البطاقة من قبل حاملها أو صاحبها في الفتحة المخصصة لذلك في مكانة الصراف الآلي، وقيامه بإدخال رقمه السري الذي يحتفظ به بشكل شخصي على وجه الانفراد، ثم يتبع ذلك بإعطاء أوامره الصريحة على إجراء أي تصرف حسابي أو مالي في حسابه، مثل عمليات السحب أو تحويل أية مبالغ يرغب الزبون إجراءها، كما تظهر أمامه على شاشة مكانة الصرف. في هذه العملية يكون الزبون مالك البطاقة قد بين وأفصح عن إرادته بشكل صريح بمجرد توقيعه الإلكتروني المشفر بشكل شفرة محددة أو أرقام أو رموز سرية جرى استخدامها عند التعامل مع مكانة الصراف الآلي.

ج. التوقيع تأكيد لحضور القائم بالتوقيع:

يلاحظ أنَّ هذه الوظيفة تتماثل بشكل تام مع وظيفة التوقيع اليدوي عند تسجيل الحضور، فحين يلزم تأكيد صحته حضور أو وجود شخص ليوقع بنفسه أو من ينوب عنه قانوناً، على محضر أو على المحرر

(242) زهرة، محمد المرسي، مرجع سابق، ص94.

الكتابي معدّ للتوقيع؛ فإن وجود التوقيع على الوثيقة يثبت صحته ونسبته إلى موقعه، ويعتبر ذلك دليلاً على حضور الشخص الموقع بشكل شخصي أو وكيله الرسمي[243].

أما في حالات التوقيع الإلكتروني فلا يتم بالطبع الحضور الفعلي المادي للأشخاص، فهذا النوع من التوقيع معد أساساً كوسيلة يمكن استعمالها في مجال إجراء العقود عن بعد. لكن البعض يرى أنَّ ما قام به الزبون حامل بطاقة المصرف بإجراء عمليات مالية أصولية يتم بواسطتها سحب أو تحويل النقود في مكانة الصراف الآلي، وقيامه بعملية إدخال البطاقة وتسجيل الرقم السري، وإيعازه للماكينة للقيام بإجراء محدد مع بيان مقدار المبلغ المطلوب تحويله أو سحبه، فإن جميع تلك الفعاليات قد تمت من خلال حضور الشخص بذاته، أي بمعنى وجود صاحب التوقيع الإلكتروني بنفسه وقت إدخال البيانات في الماكنة[244]، فقيام العميل بإدخال الرقم السري بنفسه يعتبر بحد ذاته توقيعاً منه، ودليلاً على صدور تلك الإرادة منه شخصيا، وأنَّه كان بالفعل موجودا في الوقت الذي توقع في الماكنة بشكل أرقام سرية لا يعرفها أحدٌ غيره، فانتشار التجارة الإلكترونية عن بعد عبر وسائط الاتصالات واستعمال التوقيع الإلكتروني، أو ما يُعرفُ بالتوقيع المعلوماتي، أو ما يسمى جوازاً بالتوقيع الإجرائي أو السري؛ فإن هذا كله يلبي بالفعل متطلبات مسايرة هذه التطورات، ويواكب حركة المعاملات شديدة السرعة، حين يتم تبادل المعلومات والمناقشات وإبرام العقود عن بعد بوسائل إليكترونية عبر شبكات الإنترنت دونما حاجة للقاء مادي بين المتعاملين وجها لوجه[245].

(243) عبد الحميد، ثروت (2003). مدى حجية التوقيع الإليكتروني في الإثبات، العين، مؤتمر الأعمال المصرفية، جامعة الإمارات ، ص 54.

(244) زهرة، محمد المرسي، مرجع سابق، ص102.

(245) إسماعيل، محمد سعيد، (2005)، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ص178.

ولنا في دولة الإمارات العربية المتحدة مثال حي لتأكيد حضور القائم بالتوقيع الإلكتروني (الهوية الرقمية) حيث تخزن الهوية الرقمية جميع البيانات الشخصية لشخص ما، ويستطيع من خلالها اجراء معاملات إلكترونية أمام الدوائر الحكومية.

وتعتبر هذه الوظيفة من أحدث وظائف التوقيع الإلكتروني في اثبات صحة العقد وأكثرها أهمية، نظرا لكونها تمثل المحافظة على مضمون ومحتوى العقد وتكامله، ففي البيئة التي تؤدى فيه تلك الوظيفة على دعائم ورقية، يسهل فيها كشف الغلط أو الغش أو الإضافات والحذف؛ بشكل يحافظ على محتوى العقد. الإ أن في حالة استخدام وثائق رقمية التي يتم تبادلها عبر شبكات الإنترنت عند إبرام عقد أو أي تصرف قانوني؛ فإن عملية تبادل هذه الوثائق عن بعد قد تكون محفوفة بالمخاطر في كثير من الأحيان. ويمكن تفادي تلك المخاطر عبر استعمال توقيع إليكتروني رقمي يستند على تشفير مزدوج بمفتاحين عام وخاص، بحيث يمكن تحويل نص (متن) العقد والتوقيع عليه إلى رموز مشفرة من شأنِه ضمان المحافظة على صحة العقد(246).

وحيث إنَّ تبادل وثائق العقود عن بعد يمكن أنْ يعرض سلامة المضمون للتحريف أو الحذف أو التعديل، وبحيث إنَّ تبادل المسودات الأولية يمكن أنْ يتم باستخدام صفحات (وورد) بما يسمح للطرفين إجراء التعديلات المطلوبة، إلّا إنَّ النسخ النهائية لا تكفي فقط أنْ تكون بصيغة (PDF) الذي يشهد ظهور أنواع متطورة منه، لعل منها النوع الذي لا يمكن إضافة أية كتابات فيه، لكن التقدم سرعان ما أوجد تطبيقات تسمح بإضافة الكتابة على دعائم (PDF) الرقمية، ثم تطورت الأنواع إلى نصوص يتعذر نسخها،

(246) نصت المادة (7) في قانون "الأونسيترال: الخاص بالتجارة الإليكترونية على أنه: "1- عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص. يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا: أ- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقته ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات ب- كانت تلك الطريقة جديرة بالتمويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر".

وما يزال هذا المضمار التقني في تطور متسارع بشدة. ومع ذلك تبقى تبادل تلك الوثائق معرضة للخطر، مما يتطلب استعمال تقنيات مستحدثة تضمن سلامة المتن من التحريف أو الحذف أو الإضافة.

وكان قد طرح تساؤل عن مدى ارتباط إرادة الموقع ورضاه بمضمون المحرر الإلكتروني في بعض العقود والتي تتم عبر شبكة الإنترنت ويتم التوقيع عليها إلكترونيا، والتغلب على هذه المشكلة يكون من خلال استخدام تقنيات تكنولوجية حديثة من شأنها توفير الثقة وسلامة المحرر الإلكتروني وعدم إدخال أي تعديلات عليه، ثم إنَّ ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر الإلكتروني يضفي عليه حجية أكثر بالإثبات وهذا ما جاءت به قوانين المعاملات الإلكترونية، ونجد أنَّ هذه الوظيفة لا تتم إلا باستعمال التوقيع الرقمي دون غيره من التواقيع الأخرى، وهذا ما أكدته قوانين المعاملات التي صدرت بهذا الشأن، وقد نص عليه المشرع الإماراتي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية من ضمن شروط التوقيع الإلكتروني والتي نصت على اعتبار التوقيع الإلكتروني موثقاً إذا ارتبط بالسجل المتعلق به بطريقة لا تسمح إجراء أي تعديلات أو تغيير على بنود العقد بعد توقيعه، بدون أي تغيير في ذلك التوقيع [247].

وحيث عرف قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة السجل الإلكتروني في المادة 2 المخصصة للتعريفات بأنَّه سجل أو مستند إليكتروني يتم إنشاؤه، أو تخزينه، أو استخراجه، أو نسخه، أو إرساله، أو إبلاغه، أو استلامه بوسيلة إليكترونية على وسيط إليكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه. كما يبين هذا القانون للبيانات اللازم توافرها في السجلات الإلكترونية مثل جهة تصدير رسالة البيانات وجهة استلامها وتاريخ زمان الإرسال والاستقبال، مع تقرير حق الحكومة في أنْ تضع شروطا إضافية للسجلات الإلكترونية التي تحتفظ بها وتخضع لاختصاصها.

(247) غانم، إيمان. (2013). حجية المحررات الالكترونية في الاثبات: دراسة تحليلية مقارنة. كلية الحقوق، جامعة المسيلة.

وحول التعاملات الإلكترونية، يقرّ فقهاء القانون الفرنسي بأنَّه سباق لوضع مقاربة واقعية شاملة تفضي إلى حل لمشكلة الإثبات إلكترونيا بشكل مقتضب. ففي مرحلة سابقة، عرف الإثبات بالكتابة بصفة دقيقة وشاملة وذلك بهدف تضمينها الكتابة الإلكترونية. أما في المرحلة التالية، فقد اعترف بهذا النوع من الكتابة بذات القيمة القانونية للاعتراف الممنوح للكتابة التقليدية، ويرى الفقهاء أنها مماثلة لها أو تعادلها، ففي كلا النوعين تعتبر: "كتابة مجموعة من أحرف، أو أرقام، أو رموز، أو أية إشارات أخرى تكون ذات دلالة، بحيث يمكن حفظها واسترجاعها بيسر وقراءتها عند طلبها، مهما كانت الدعامة أو وسيلة الاتصال المتبادلة" (248).

وقد أجاز قانون الأونسيترال التوقيعات الإلكترونية، حيث منح الأفراد حرية مطلقة في استخدام أية أنواع من التكنولوجيا التي لم يقر أنها تقنية، وذلك بموجب المادة 65 التي أنشأتْ لتحدد الموثوقية. ولهم أنْ يثبتوا أمام المحاكم أو هيئة التحكيم أسلوب وطريقة موضوع تحديد التقنية. وتهدف تلك المادة إلى إعلان رسالة واضحة مفادها أنَّ اليقين وقابلية التنبؤ يمكن تحقيقهما بالتقنيات التي من شأنها أنْ تفي بعنصر الموثوقية التي تتطلبها المادة 6 من قانون الأونسيترال. وبحسب القانون النموذجي؛ فإنَّ التوقيع يكون موثوقاً به في الحلات التالية:

1. عندما تكون بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة بالسياق الذي استخدمتْ فيه بالموقع وليس لأي شخص آخر.

2. عندما تكون بيانات إنشاء التوقيع تخضع وقت التوقيع لسيطرة نظام الموقع وليس لأي شخص آخر.

(248) برانبو، عدنان غسان، (2007)، أبحاث في القانون وتقنية المعلومات، شعاع للنشر والعلوم، ص13.

3. عندما يجري أي تغيير في مضمون التوقيع الإلكتروني بعد تنفيذ التوقيع، قابلاً للكشف.

4. عندما يكون الغرض القانوني من اشتراط التوقيع هو لتأكيد سلامة المعلومات ذات الصلة بالتوقيع.

5. عندما يكون أي تغيير يتم في مضمون المعلومات بعد إجراء التوقيع يكون قابلاً للكشف.

ونظراً لأهمية التوقيع الإلكتروني فقد ألزم القانون النموذجي القائم بالتوقيع، مهما كان موقعه، أنْ يكون مسؤولاً عن: ممارسة عناية معقولة لتفادي استخدام بيانات إنشاء توقيعه بشكل غير مأذون به. وكذلك عليه أنْ يبادر دونما تأخير غير مبرر؛ إلى استخدام الوسائل التي توفرها خدمة التصديقات وإلى بذل عناية معقولة في إشعار أي شخص يجيز للموقع منه على وجه معقول الاعتماد على ذلك التوقيع الإلكتروني.

أما القانون محور هذه الدراسة، وهو القانون الإماراتي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، فقد أورد تعريفاً للتوثيق الإلكتروني من حيث الكيفية التي يتم العمل بها، أثناء إجراء التوثيق الإلكتروني وقبل ذلك، حين تطرق بشكل مباشر إلى السجل أو السند الإلكتروني عند تعريفه للتوثيق الإلكتروني بقوله: "هي إجراءات تهدف إلى التحقق من أنَّ رسالة إليكترونية قد صدرت من شخص بذاته، والكشف عن أي تعديل أو خطأ في محتويات أو في نقل أو تخزين رسالة إليكترونية أو سجل إليكتروني، ضمن فترة زمنية محددة، ويشمل ذلك أي إجراء يستخدم مناهج حسابية، أو رموز، أو كلمات، أو أرقام تعريفية، أو تشفير، أو إجراءات للرد، أو لإقرار الاستلام وغيرها من وسائل إجراءات حماية المعلومات". ولا بد من أنْ يكون أي «سجل» أو «مستند» إلكتروني يتم إنشاؤه، أو تخزينه، أو استخراجه، أو نسخه، أو إرساله، أو إبلاغه، أو استلامه بوسيلة إليكترونية؛ يحتوي على وسيط ملموس أو على أي وسيط إليكتروني آخر، بحيث يكون

قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه، فالفقرة الأولى آنفاً عرفت الوثيقة الإلكترونية بالدرجة الأولى، وكان الأجدر بالمشرع الإماراتي تقديم تعريف جامع مانع يشمل كلتي الكتابة التقليدية والإلكترونية مثلما فعل المشرع الفرنسي، وذلك لكي يعتد بالآثار القانونية المترتبة عنهما بالذات، وتكون دالة على عدم التمييز بين نوعي الكتابتين، بغض النظر عن الدعامة أو الركيزة التي يثبت فيها نص الوثيقة، سواء أكانت مادية ملموسة مثل الورق أو على دعامة افتراضية إليكترونية. بحيث إنَّ اختلاف الدعامات الورقية أو الإلكترونية الحاملة للحقوق يمكن أنْ تختلف كذلك تبعا لحوامل الكتابة بين السند الورقي والإلكتروني؛ مثل الأقراص اللينة والمضغوطة أو أية واسطة إليكترونية غيرها، فلا ينظر عندئذ لوسيلة الاتصال التي تمّ بموجبها تبادل تلك الكتابات والبيانات، بقدر ما ينظر إلى كون الكتابة مفهومة وقابلة للقراءة والحفظ الآمن بشكل دائم، مع إمكانية التصرف بها وطلبها للاستدلال بمضمونها.

إنَّ توثيق التواقيع بحسب المعاملات الإلكترونية الإماراتية؛ يعني التأكد والتحقق من أنَّ التوقيع الإلكتروني أو السجل الإلكتروني قد تم إجراءه من قبل شخص معين، وكذلك تتبع التغيرات والاختلافات التي قد حدثت في سجل إليكتروني بعد إنشائه، ويشمل ذلك استعمال أساليب التحليل للتعرف على تفاصيل رموز الحروف والكلمات والأرقام المستخدمة، وفك التشفير والاستعارة العكسية، إضافة إلى أية وسيلة أو إجراءات أخرى تحقق الغرض المطلوب[249]، وتسمى الإجراءات التي يكمن من خلالها توثيق التوقيع بإجراءات التوثيق. أما ما يخصّ شهادة التوقيع فهي شهادة تصدر عن جهة معتمدة مختصة أو مرخصة لإثبات نسبة توقيع إليكتروني إلى شخص ما استناداً إلى إجراءات التوثيق المعتمدة[250].

(249) إسماعيل، محمد سعيد، مرجع سابق، ص178.

(250) عبد الحميد، ثروت ، مرجع سابق، ص62.

وهناك بعض من التطبيقات قضائية بشأن الاثبات الإلكتروني، حيث نجد في الطعن الصادر من إمارة أبوظبي – محكمة النقض – الأحكام المدنية والتجارية – الطعن رقم 238 لسنة 2012 بتاريخ 25/ 02/ 2013م[251]. لما كانت المادة 94 من قانون المعاملات التجارية تنص على أنه يجوز إثبات الالتزامات التجارية أيًا كانت قيمتها بجميع طرق الإثبات مالم ينص القانون أو يقض الاتفاق بخلاف ذلك.

ويرى الباحث أنَّ للتوقيع الإلكتروني حجة وقوة في الإثبات، يعادل ويوازي، بل يفوق التوقيع الكتابي. وتستمد قوة إثبات التوقيع الإلكتروني من حيثيات تكوينه، باعتبار أنّ التوقيع الإلكتروني يتكون من مجموعة من الأرقام والرموز السرية المهمة التي يمكن حفظها وقراءتها عند الطلب، وإنَّ إمضاء صاحب التوقيع الإلكتروني يتم بوساطة منظومة موثوق بها، يتم ضبط مواصفاتها بطرق تقنية حديثة، ويصدر التوقيع من الشخص المخول مما يجعل لهذا التوقيع قوة في الإثبات.

(251) خاطر، محمود، 2022، الوافي لتشريعات وأحكام الإمارات العربية المتحدة، دار محمود، ص106.