

الأكاديمية العربية الدولية



الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

الأكاديمية العربية الدولية المقررات الجامعية



تأليف:

عبد الخالق صالح عبد الله معزب

الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية
(دراسة قانونية وفقاً للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون التجاري الدولي)

عبد الخالق صالح عبد الله معزب الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية

رقم التسجيل : VR.33707.B

الطبعة الأولى : 2019



Germany:
Berlin 10315
Gensinger.Str: 112
[http:// democraticac.doc](http://democraticac.doc)

المركز الديمقراطي العربي

للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية
Democratic Arabie Center
for Strategic, Political & Economic Studies



المركز الديمقراطي العربي



Democratic Arab Center

Strategic, Political & Economic studies

الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية
(دراسة قانونية وفقاً للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون
التجاري الدولي)
العنوان بالإنجليزية

**Legal framework for electronic transactions in
international business**
(A legal study in accordance with international
conventions on international trade law)

تأليف: عبد الخالق صالح عبد الله معزب

اللجنة الفنية والمراجعة

- ✓ المصطفى بوجعوب، المركز الديمقراطي العربي . برلين - ألمانيا
- ✓ كريم الصديقي، المركز الديمقراطي العربي . برلين - ألمانيا
- ✓ زيار حاميد، المركز الديمقراطي العربي . برلين - ألمانيا
- ✓ دنيا فوزي، المركز الديمقراطي العربي . برلين - ألمانيا .

طبعة الأولى

2019



رئيس المركز: أ. عمار شرعان

المؤلف: عبد الخالق صالح عبد الله معزب

عنوان المؤلف: الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية

(دراسة قانونية وفقاً للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون التجاري الدولي)

رقم تسجيل الكتاب: B: 33707. VR

عدد صفحات الكتاب: 294 صفحة

الطبعة: الأولى 2019

الناشر:

المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية.

برلين - ألمانيا

لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه في نطاق إستعادة

المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال، دون إذن مسبق خطي من الناشر.

جميع حقوق الطبع محفوظة: للمركز الديمقراطي العربي

برلين - ألمانيا.

2019

All rights reserved No part of this book may be reproduced. Stored in a retrieval System or transmitted in any form or by any means without prior

Permission in writing of the publisher

المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية

:Germany

Berlin 10315 GensingerStr: 112

Tel: 0049-Code Germany

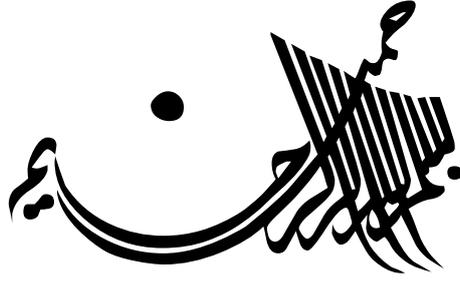
030- 54884375

030- 91499898

030- 86450098

mobiltelefon : 00491742783717

E-mail: book@democraticac.de



اسنهلال:

قال تعالى:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لِإِيلَافِ قُرَيْشٍ (1) إِيْلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ (2) فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا
الْبَيْتِ (3) الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ (4).

سورة قريش

شكر وعرفان

أحمد مولاي على نعمة الإسلام، وأحمد تعالى على نعمة العلم ومن قبله العقل، والحمد لله قبل كل شيء، وبعد كل شيء.

من لا يقوم بشكر نعمة شيخه، فمضى يقوم بشكر نعمة ربه، فيش في أن أتقدم بالشكر لمن هم أهل الفضل بعد المولى عز وجل في إنجاز هذه الرسالة وأخص بالعرفان أسناذي والمشرف على الرسالة: الدكتور/ عز الدين الطيب آدم عميد كلية القانون بجامعة النيلين وأسناذ القانون الدولي المشرف الرئيس على هذه الدراسة والمشرف المساعد أسناذي الدكتور/ مصطفى إبراهيم أحمد عربي أسناذ القانون التجاري بجامعة الإمام محمد بن سعود اللذين لم يخلا علي بثمانين وقتيهما وبنيات أفكارهما أو صرين قلميها، فأسال الشكور عز وجل أن تجزيهما عني خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر لسفارتنا في الخرطوم وأخص بالشكر المستشارية الثقافية ممثلة بالأسناذ/ مناع العميثلي. المستشار الثقافي بسفارة الجمهورية اليمنية على وقوفهم إلى جانبي أثناء فترة الدراسة وتذليل كل صعب.

والشكر كل الشكر لمدين جامعتي النيلين وعميد كلية الدراسات العليا، والمكتب المركزية وأخص بالشكر صرح العلم الشامخ؛ كلية القانون الفنية التي لازالت عينا للعلم لا ينضب، وخيراً للمعرفة لا يغلب.

والشكر موصول لكل من الأخوة في جامعة صنعاء، الخرطوم، جوبا، الزعيم الأزهرى، القاهرة، وعين شمس، على تقديم العون وتسهيل مهمة البحث في مكناها المركزية والمنحصصة. كما أنهنها فرصة للتعبير عن شكري وامثاني لكافة أساتذتي في مراحل دراستي السابقة المختلفة، وأخص بالشكر أساتذتي في كلية القانون جامعة النيلين.

كما لا يفوتني أن أشكر كل من قدم لي يد العون طيلة فترة دراساتي دون تخصيص فلهم مني
جزيل الشكر والعرفان.
وأخبر بشكري واشنأقي لأستتي على جميل صبرهم ومؤازرتهم لي وأخص بالشكر
زوجتي العزيزة بامرئها الله.

إهداء

إلى من مرضعت حبها وأسقتني عشقتها ... أمي ...

إلى من أحيأ لأجلها وأموت فداءها ... أمي ...

إلى مهد الحضارات وحاضنة التاريخ ... أمي ...

إلى أصل قحطان ونسل عدنان ... أمي ...

إلى أرض الحكمة ومقطونة القلوب اللينة ... أمي ...

إلى أرض السعيدة والبلدة الطيبة ... أمي ...

إلى أرض حير النبأ .. وبلقيس السبأ ... أمي ...

إلى بلادي الحبيبة ... وأمي الرؤوم ...

إلى أمي اليمن

أهدي هذا الجهد المنواضع.

الباحث

مستخلص الدراسة

إزدهرت التجارة الدولية مؤخراً وتطورت بشكل ملحوظ فاتخذت قالباً جديداً مستنصحة مع التكنولوجيا الحديثة ومناثرة لها حتى ظهرت موضوعات جديدة أثرت في مسار وتطور التجارة الدولية من هذه الموضوعات ما يسمى بالمعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية التي بدأ القانون التجاري الدولي التقليدي حياها فارغاً بالنسبة للأحكام التي تنظم هذه التجارة ذلك لما تختلف به التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية من حيث طبيعتها وشكلها وخصائصها، وبالتالي فقد أصبح واضحاً لأسرة القانون الدولي عجز القواعد الدولية الخاصة بتنظيم التجارة الدولية عن تنظيم مثل هذا النوع من التجارة، فكان لابد في المقابل أن ينمو وضع قواعد قانونية لتنظيمها خاصة وأن تطبيقات التجارة الإلكترونية تكشفها صعوبات ومسائل قانونية لا تجد لها - كما ذكرنا - تنظيم في القوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنظيم التجارة الدولية وتطبيقاتها القانونية كالمعاملات الإلكترونية بحيث أصبح من الممكن الاستفادة من تكنولوجيا الاتصال لخدمة القانون والاقتصاد على حدٍ سواء، وذلك فيما يتعلق بمسألة التجارة الإلكترونية التي تعتبر حديثة ووليدة في مجال القانون إذ لم تظهر لتنظيمها قواعد واضحة إلا بعد أن تصدت لجنة القانون التجاري الدولي (الأونسترال) بوضع اتفاقية الأمر المنحدرة الخاصة بالتجارة الإلكترونية عام 1996م، التي تهدف مع بعض المؤسسات الدولية الأخرى كمنظمة التجارة العالمية والمنظمة العالمية لحقوق الملكية الدولية، ولجنة الأمر المنحدرة لقوانين التجارة الدولية ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وغيرها من القواعد الدولية التي تحكم التجارة الدولية والتي تهدف في مجملها إلى وضع النهيئات لتشيط التجارة الدولية والعمل على تشجيع انضمام الدول إلى منظمة التجارة العالمية تسهياً لتحرير التجارة الدولية والنخلص من كافة قيودها التعريفية والجمركية بين البلدان.

في هذه الدراسة حاول الباحث إبراز الجوانب القانونية المتعلقة بمفهوم التجارة الدولية و اتجاهاتها الحديثة كالتجارة الإلكترونية والمسائل المتعلقة بها مثل العقد التجاري الإلكتروني

الدولي، المعاملات الإلكترونية والخطابات الإلكترونية والغلط في إنشاء وإرسال واستقبال الخطابات الإلكترونية والجريمة الإلكترونية وغيرها من المسائل والموضوعات المتعلقة باستخدام المعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية.

وفي نهاية هذه الدراسة أورد الباحث بعض من النتائج التي توصلت إليها الدراسة، كما ذكر بعض من التوصيات التي خلصت إليها الدراسة والتي يرى الباحث أنها من الأهمية بمكان لوضعها في الاعتبار عند سن التشريعات الوطنية المتعلقة بتنظيم المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية أو مفاوضات الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الخصوص .

Abstract

The International Commerce has been prospered and developed recently in recognized speed. So it had a new form with advanced technology and influenced by it.

As a result of that a new Commercial activity arose which called Electronic Commerce, But this activity remained without control because the International law was an empty from any provisions can rule this vital activity, and further more its deference to Traditional Commerce in its nature, form, design and characteristics which seemed clearly for the international society that there was a deficiency in rules and provisions that can cover Electronic Commerce activity, so it should be to set rules to organize that activity by international conventions specially there are many difficulties and drawbacks in applications and issues relating to Electronic Commerce and Electronic Transactions.

The first step on organize Electronic Commerce was by United Nations that created United Nations Commission on International Trade Law, with a mandate to further the progressive harmonization and unification of the law of international trade and in that respect to bear in mind the interests of all peoples, in particular those of developing countries, in the extensive development of international trade, So the thesis has interested with this convention and other United Nations conventions and laws that related to Electronic Commerce and International Electronic Contract.

In this thesis the researcher tried to explain and discuss the concept of Electronic Commerce and issues that related with like Electronic Transactions, Electronic communications International Electronic Commerce and Using of Electronic Communications in International Contracts and Legal recognition of electronic communications and Error in electronic communications, Electronic Arbitration, Electronic Crime.

At the end of this thesis the researcher made a conclusion and named some of results and recommendations that he believed they are valuable in this research.

الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية

تزداد حاجة الإنسان إلى تنظيم كل ما يسندته العقل البشري من أعمال أو نشاطات ليضفي عليها بذلك صفة المشروعية والقانونية، ونخص بالذكر في هذا المقام الاستحداث المعلوماتية أو النظم التكنولوجية للمعلومات وثورة تكنولوجيا المعلومات التي شهدها العالم مؤخراً، إذ نجد أن الدول قد أصبحت تقيس تقدمها بما تملكه من تطورات اقتصادية كفيته بجعل الدولة في مصاف الدول المتقدمة والمسيطرة عالمياً سواء من ناحية الاقتصاد أو حتى السياسة التي هي ناجمة للنهضة الاقتصادية، ويعتبر النظم المعلوماتية، أو ما يسمى بتكنولوجيا المعلومات من أحد مظاهر النظم الاقتصادية الذي تسعى إليه الدول جاهدة، وتتسابق عليه فيما بينها، حتى أصبحت التجارة فيها تعتمد على نظام معلوماتي أدواته جميعها إلكترونية تتمثل في الحاسوب الآلي وملحقاته كشبكة الإنترنت، الفاكسات والهواتف وغيرها من الأدوات التي تلعب دوراً مؤثراً في نشاط التجارة، وما شهدته العالم في الآونة الأخيرة خاصة العقدين المنصرمين - من ثورة تكنولوجية هائلة حتى أصبح من الممكن القول بأن تكنولوجيا المعلومات باتت عنصراً أساسياً لحياة المجتمعات ومركبة فعالة لربط مقومات الدولة الاقتصادية بتقدمها وتطورها، وركناً هاماً لنهوض الدولة وتقدمها في كافة المجالات، ومحركاً جديداً للتنمية الاقتصادية.

أهمية الدراسة:

تسند هذه الدراسة أهميتها من أهمية موضوعها وهو المعاملات الإلكترونية وارتباطها بالتجارة الدولية كونها تمثل أهمية لدى كافة شعوب العالم، وخاصة شعوب البلدان النامية وذلك في محاولة إنماء التجارة الدولية، كما أشارت لجنة الأمر المنعقدة للقانون التجاري الدولي بقصرها الصادر في 17 ديسمبر سنة 1966م، كما تعتبر التجارة الإلكترونية - وهي نظام يبيع حركات بيع وشراء السلع والخدمات والمعلومات عبر الإنترنت - أحد تطبيقات النظم التكنولوجية

للمعلومات واستغلالها لخدمة البشرية وذلك بالانتقال من إطار المعاملات التجارية باستخدام التجارة التقليدية إلى المعاملات الإلكترونية عن طريق استخدام الوسائل الإلكترونية في كافة مراحل التعامل التجاري عبر السوق الإلكترونية وعملية إبرام وتنفيذ العقد التجاري الإلكتروني وما يرافق ذلك من وسائل مساعدة لتنفيذ هذا العقد مثل التوقيع والتشفير الإلكترونيين. مما يميز العقد التجاري الإلكتروني عن ذلك التقليدي بالكثير من المزايا مثل: زيادة حجم المعاملات التجارية، توفير الوقت والجهد، سرية المعاملات التجارية، حرية الاختيار بالنسبة للعملاء وخفض الأسعار لزيادة فرص المنافسة وغيرها.

أهداف الدراسة: يهدف موضوع هذه الدراسة إلى مجموعة من الأهداف لخلاص إيجاز أهمها في الآتي:

- التعرف على الجوانب القانونية للتجارة الدولية والتنظيم القانوني الدولي للتجارة الدولية.
- تفصيل مفردات وموضوعات العقد التجاري الدولي باعتبارها الطريق الرئيسية للتجارة الدولية.
- التعرف على الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية وكيفية ارتباطها بالتجارة الدولية وتأثيرها على التجارة الدولية والعقد التجاري الدولي.
- توضيح المسائل الحديثة في تطبيقات المعاملات الإلكترونية مثل الغلط في انشاء وإرسال المخاطبات الإلكترونية ومعوقات التجارة الإلكترونية ومدى تأثيرها على ثقة أطراف التجارة الدولية لهذه المعاملات.

تساؤلات الدراسة: تتمثل أهم تساؤلات هذه الدراسة ومشكلاتها في الآتي:

- ما القالب القانوني الموضوع لتنظيم جوانب التجارة الدولية، وما هي الاتجاهات الحديثة التي ظهرت على التجارة الدولية، وما مدى تأثير التجارة الدولية هذه الاتجاهات؟
- ما هي النظرة القانونية الدولية للتجارة الإلكترونية بكافة نشاطاتها وآفاقها المستقبلية خاصة مع بروز المؤشرات المعتمدة حالياً في منابذة المبادلات التجارية الإلكترونية المشابهة بصفة مسنمة؟ وما هي العوائق التي يمكن أن تقف أمام تقدم وازدهار التجارة الدولية خاصة بعد أن ألغت التجارة الإلكترونية قيود الزمان والمكان للعقود التجارية الدولية واتسمت بسعيها الدائم إلى تحرير التجارة الدولية من القيود التقليدية؟
- ما هي العقبات التي ترافق المعاملات الإلكترونية سواء تلك الرقمية أو القانونية وكيفية معالجة تلك العقبات لضمان تعاملات إلكترونية قانونية صحيحة وموثوقة لدى كافة الأطراف؟
- ما القصور الذي يوجد في التنظيمات القانونية الخاصة بتنظيم المعاملات الإلكترونية؟ وهل الضمانات الممنوحة في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الشأن كافية لكسب ثقة الأطراف للدخول في تعاملات تجارية دولية عن طريق استخدام المعاملات الإلكترونية والاطمئنان لها؟
- ما موقف القوانين الوطنية حيال ذلك كله وما مدى وجود تلك الضمانات ضمن القوانين الوطنية؟

الدراسات السابقة: من خلال تصفح الباحث لبعض المراجع والكتب التي نشرت مهتمه لهذا المجال ومن خلال إطلاعها أيضاً على دليل البراءة العلمية لكليات الشريعة والقانون للجامعات السودانية والبحث بين دفات الكتب في المكتبات اليمنية لمس ندرة في تغطية جوانب هذه الدراسة وذلك يرجع لحداثة الموضوع نفسه وتطوره المسنم بالتحاذا التجارة الدولية منحنى جديد غير تقليدي وهو

القلب الإلكتروني وإن كان هناك العديد من المؤلفات والكتب التي تحدثت عن التجارة الإلكترونية لكن غالب تلك الدراسات قد تعرضت لموضوع التجارة الإلكترونية ولم تغطِ كافة الموضوعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية والتي يرى الباحث أنها جديدة بالبحث والتحليل.

صعوبات الدراسة: تمثلت صعوبة الدراسة في حداثة الموضوع الذي تناوله الباحث في دراسته؛ فمن خلال البحث لم يستطع الباحث الوقوف على أحكام القضاء الوطني السوداني أو اليمني لإثراء الدراسة بالسوابق القضائية المتعلقة بموضوع الدراسة وإن كان قد أورد بعض من آراء القضاء الأجنبي التي خدمت موضوع الدراسة فاستفاد الباحث منها كثيراً في تحليل مفردات بعض الموضوعات التي تناولها في دراستها.

منهج الدراسة: سلك في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، من خلال جمع المعلومات والإطلاع على الكتب، والمؤلفات، والقوانين المبنية، في مجال التجارة الدولية والتجارة الإلكترونية، وكذا الاتفاقيات والقوانين الدولية المختلفة المنظمة لهذا المجال، كما لجأ الباحث إلى أحكام القضاء لتأييد بعض الآراء في دراسته أو تقديم ملاحظته عليها.

هيكل الدراسة:

تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة أبواب تحدثت فيها عن التنظيم القانوني للتجارة الدولية، والاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية، وفي الباب الثاني تحدثت فيها عن التنظيم القانوني للعقد التجاري الدولي (تكوين العقد التجاري الدولي)، وفي الباب الثالث تحدثت عن تطبيقات المعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية (صور استخدام المعاملات الإلكترونية وحمايتها القانونية)، حيث تم تقسيم كل باب من الأبواب السابقة إلى فصلين تحوي كل منهما بحثين وأربعة مطالب كما سيتم تفصيل ذلك في الدراسة.

الباب الأول: التنظيم القانوني للتجارة الدولية ومظاهر

التجارة الدولية الحديثة

وتحتوي هذا الباب على فصلين:

الفصل الأول: التنظيم القانوني للتجارة الدولية

الفصل الثاني: مظاهر التجارة الدولية الحديثة

الفصل الأول: التنظيم القانوني للتجارة الدولية

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، فينكاث يوماً بعد يوم، وينسج في البناء والنعيم كذلك، ولذا فإن العالم يشهد ازدياداً مضطرباً في النوسج السكاني والعمراني مع مرور الزمن، لكن وعلى العكس من هذا النوسج والذي يفترض أن تزيد معه فجوات الاتصال بين البلدان نجد أن العكس هو ما تحدث، فيوماً عن يوم يصبح الاتصال بين البلدان أو الأشخاص أسهل وأسرع لشكش بذلك فجوات الاتصال إلى أضيق حدود لها .

نتيجة لما سبق فقد استغادت كافة الأنشطة البشرية من تطور وسائل الاتصال وعلى وجه الخصوص تلك الأنشطة التي تتعلق ببادل الموارد والخبرات والتكنولوجيا والتي تنضوي تحت النشاط التجاري الخارجي، أو ما أصبح يسمى بالتجارة الدولية التي نمت وتطورت بفعل تقدم وسائل النقل والاتصال بين البلدان حتى أصبحت من تركزاً أساسياً لحياة الشعوب واقتصاد الدول في مختلف أنحاء العالم، وسوف نفضل ذلك في هذا الفصل من خلال الوقوف على مفهوم التجارة الدولية وتنظيمها القانوني ومعرفة موقف المجتمع الدولي من التنظيم الدولي للتجارة الدولية من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نحدث في المبحث الأول عن مفهوم وخصائص التجارة الدولية وفي المبحث الثاني نحدث عن التنظيم القانوني الدولي للتجارة الدولية .

المبحث الأول: مفهوم وتنظيم التجارة الدولية وخصائصها

أصبحت التجارة الدولية، مثل من تركزاً هاماً لبناء الاقتصاد الوطني، ذلك لما تمنع به من خصائص تميزها عن التجارة الوطنية أو الداخلية، وهو ما جعل التجارة الدولية تخضع باهتمام دولي واسع للدراسة مفردها وتنظيم موضوعاتها، وسوف نبين في هذا المبحث مفهوم التجارة الدولية وأهم الخصائص التي أكسبتها اهتمام المجتمع الدولي والدول أو الأفراد على حد سواء من خلال تفسير هذا المبحث إلى مطلبين، نحدث في المطلب الأول عن مفهوم التجارة الدولية وتنظيمها القانوني وخصص المطلب الثاني للحديث عن مميزات التجارة الدولية كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم وتنظيم التجارة الدولية⁽¹⁾

التجارة بصفة عامة هي عملية تبادل السلع والخدمات⁽²⁾، فحيثما قام تبادل لسلعة بسلعة أخرى أو لسلعة بخدمة قامت تجارة.

ومفهوم "السلع" بصورته السابقة يشمل كل منتج صناعي أو زراعي ملموس يمكن أن يستفيع به الإنسان، كما يشمل أي شيء مادي يمكن نقله ما عدا النقود⁽³⁾، والحاجيات الشخصية في بعض القوانين⁽⁴⁾، أما الخدمات فيعرفها البعض⁽⁵⁾ على أنها كل العمليات التي يقدمها قطاع الخدمات المقيم لأشخاص غير مقيمين من سياحة وأعمال تقليدية وترازيت. ويمكن أن تأخذ أحد

(1) يطلق عليها أيضاً اسم (التجارة الخارجية) إلا أن البعض يعلق أن مصطلح التجارة الخارجية يتم إلى معنى ضيق لمفهوم هذه التجارة لتقتصر فقط على الصادرات والواردات للسلع والخدمات، وأن المفهوم الأوسع للنشاط التجاري الدولي يطلق عليه اسم (التجارة الدولية)، والذي يشمل الحركة الدولية لرؤوس الأموال والهجرة الدولية للأفراد إلى جانب الصادرات والواردات من السلع والخدمات. (حاتم، سامي عفيفي. التجارة الخارجية بين التأطير والتنظيم، دار المصرية اللبنانية، القاهرة، الجزء الأول، 1993م، ص 36).

(2) الفحل، حسين. الجاتس وآفاق التجارة العربية في الخدمات، مجلة جامعة دمشق، المجلد 23، العدد 2، دمشق، 2007م، ص 122، 123.

(3) تعريف السلع في القانون الاسكتلندي جاء ذلك في نص القانون البريطاني المتعلق بشأن بيع السلع لسنة 1979م والذي نص على أنه:

(Goods include in Scotland all corporeal moveables except money) UK Sale of Goods Act 1979 , article(61).

(4) (Goods include all personal chattels other than things in action and money) UK Sale of Goods Act 1979 , article(61).

(5) الفحل، حسين، مرجع سابق، ص 122، 123.

الأشكال التالية: تقديم خدمة عبر الحدود السياسية للدولة (Cross border): فينقل الخدمة من دولة إلى أخرى دون انتقال المنتج (Producer) أو المستهلك (Consumer) مثل خدمات النقل البحري والجوي، وقد تكون الخدمة على شكل تقديم الخدمة داخل الحدود السياسية للدولة (Consumption abroad) بحيث يتطلب للحصول على الخدمة انتقال الشخص غير المقيم إلى الدولة للحصول على الخدمة مثل السياحة والعلاج والتعليم، وقد تأخذ الخدمة شكلاً آخر هو الحضور التجاري في الخارج (Commercial presence abroad): وفيها ينتقل المنتج إلى دولة المستهلك لتقديم الخدمة مثل الاستثمار والخدمات البنكية، وأخيراً قد تقدم الخدمة بصورة مختلفة عما سبق وذلك على شكل انتقال مؤقت للأشخاص الطبيعيين (Temporary movement of natural person): ويقضي تقديم هذه الخدمة حضور المقدم إلى دولة المستهلك، ومن ثم تقديم الخدمة مثل الخبراء وخدمة العمل التجاري.

غير أننا نلاحظ على التعريف السابق اشتراطه ضرورة تقديم الخدمة من شخص مقيم لآخر غير مقيم، في حين أن اتفاق (الجاتس) أورد صوراً لتقديم الخدمة لا تتطلب بالضرورة وجود هذا الشرط كتقديم خدمات الاستثمار وغيرها، كما أن التطور التكنولوجي الذي وصلت إليه بعض الدول في وقتنا الحاضر يسمح بنقل الخدمة على وجه لا يشمل بالضرورة على الشرط السابق كعقود نقل التكنولوجيا، وخدمات الاتصال والتجارة الإلكترونية وغيرها.

يضيق البعض⁽⁶⁾ من مفهوم التجارة ويعرفها على أنها: حرفة يشغلها طائفة من الناس يطلق عليهم التجار، وهذا التعريف يضيق من مفهوم التجارة باشتراطه احترام المبادلات بين الأشخاص على عكس ما جاءت به القوانين المعروفة للتجارة والتجار بعدم اشتراطها تكرار واحتراف المبادلات بين الأشخاص ليطبق على هذه المبادلات اسم التجارة مثل قانون مرخص التجار السوداني لسنة 1930 م الذي عرف في المادة الثالثة منه التاجر على أنه: (أي شخص يزاول عملاً)،

(6) صبره، محمود محمد علي. ترجمة العقود التجارية، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2007 م، ص 25.

وقانون المعاملات التجارية الاتحادية رقم 18 لسنة 1993م الذي ينص في مادته الثانية عشر على أنه: (كل من أعلن للجمهور بأية طريقة عن محل أسسه للتجارة يعتبر تاجراً وإن لم يتخذ التجارة حرفة معنادة له).

ويعرف قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية النشاط التجاري على أنه: (يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء كانت تعاقدية أم لم تكن، وتشمل العلاقات ذات الطابع التجاري المعاملات الناتجة على سبيل المثال لا الحصر: المعاملة التجارية لتوريد أو تبادل السلع أو الخدمات، اتفاق التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، الوكالة بالعمولة، الكراء، أعمال التشييد، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، منح التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جواً أو خراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية)⁽⁷⁾.

يضيف البعض أن التجارة عبارة عن طريقة للحصول على السلع الأخرى التي تخوذة الغير بمقابل، ويشترط لذلك أن تكون من فعل الإنسان، أو بواسطته ولذلك يخرج كل ما تحصل عليه الإنسان من سلع من غير أن يرتبط ذلك بنشاط إنسان آخر عن تعريف التجارة، كالمحاصيل الزراعية والهبات وغيرها، ولا بد أن تنوف الرغبة بين الطرفين للمناجزة، ومبادلة سلعة بمقابل، فلا يستطيع شخص أن يشتري إن لم يتخذ آخر مستعد للبيع، والعكس:

No one can buy unless he can find someone willing to sell; and no one can sell unless there is some other one willing to buy)⁽⁸⁾.

(7) قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية 1996، تفسير المادة (1).

(8) GEORGE, HENRY. Protection of Free Trade , New York,1949,page; 42.

أيضاً لا تتمثل النجارة بصورة غزو واجتياح (invasion) من أحد الأطراف يستلزم المقاومة من الطرف الآخر، إنما مثل قبولاً متبادلاً (consent reciprocal) بين الأطراف بنية تبادل المنافع التي يعبر عنها التعامل بصورة سلع وأثمان.

ومفهوم النجارة مفهوم قديم، فقد اعتمد عليها الإنسان كوسيلة من وسائل البقاء والعيش، سواء كانت بين الأفراد أو الجماعات أو حتى الدول التي عرفت فيها النجارة الدولية قديماً بما كان يسمى بالرحلات، قال تعالى: (لِإِيلَافِ قُرَيْشٍ (1) إِيْلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ (2))⁽⁹⁾، ويُذكر أن النجارة الدولية عند العرب كانت تمتد من قريش (المملكة العربية السعودية) إلى الشام (سوريا، لبنان، فلسطين والأردن) صيفاً وإلى اليمن (شأن)، و وصلت أيضاً إلى الحبشة (أثيوبيا وارتريا) وبلاد فارس (إيران) دون تدخل من الدولة لتنظيمها وفرض القيود على النشاط التجاري الخارجي للأفراد⁽¹⁰⁾، وعلى الرغم من ذلك فإن مصطلح النجارة الدولية ليس بالمصطلح القديم، وأن تدخل الدول لتنظيم النجارة الدولية لم يظهر إلا في القرن السادس عشر⁽¹¹⁾ للميلاد بعكس النجارة الدولية نفسها التي تعتبر قديمة جداً حيث يرجع تاريخها إلى قبل آلاف السنوات ولنا في القرآن الكريم أصدق وأفضل المثل في تفسير سورة (يوسف) حيث ذكر "ابن كثير" أن النجارة التي كان الناس يعناضون لها قد اتخذت (مص) مركزاً لها وكانت القوافل تأتيها من (كنعان) - بلاد سيدنا يعقوب عليه السلام - وغيرها من البلدان⁽¹²⁾، عندما كان التجار يخلون بضائعهم مشكلين عبر البلدان والأقاليم لعرض ما لديهم من منجات بلادهم وبلدانٍ أخرى، ليقاوضوا لها إما بأموالٍ أو بضائعٍ أخرى ليست موجودة في بلادهم ومن ثم يرجعون إلى بلادهم ويبيعونها فيها... وهكذا، وذكر (ابن هشام) - أيضاً - في شرحه لسيرة المصطفى (صلى الله عليه وسلم) أن (إيلاف قريش)

(9) سورة قريش، الآيات (1، 2).

(10) عريبي، مصطفى إبراهيم أحمد. قواعد تسوية المنازعات التجارية في إطار منظمة التجارة العالمية (WTO) وانعكاساتها على السودان، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، الخرطوم، 2002م، ص 7، 8.

(11) المسير، محمد زكي. العلاقات الاقتصادية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م، ص 1.

(12) تفسير ابن كثير للآيات (57 — 63) من سورة يوسف.

إيلانهم هو خروج قريش من مكة إلى الشام واليمن بنجارهم عابرين لها حدود الحجاز والشام⁽¹³⁾، لكن وعلى الرغم من ذلك فقد كانت عملية تنقل البضائع والسلع عبر الحدود الإقليمية للبلدان تتم بصورة فردية أو جماعية غير رسمية دون تدخل الدولة لتنظيم ذلك عبر سلطاتها أو أجهزتها المختلفة، وبالتالي فإن الفائدة التي كانت تعود من هذه التجارة لم تكن تخصص لخزينة الدولة إنما تذهب لصالح التجار الأفراد بطبيعتها الحال.

تعتبر التجارة الدولية قناة رئيسة لتبادل السلع والخدمات والخبرات عن طريق الاستيراد (Importation) والتصدير (Exportation)، ويساعد اختلاف التكاليف النسبية للسلع والخدمات بين الدول المختلفة على تفوق بعض هذه الدول في إنتاج تلك السلع والخدمات⁽¹⁴⁾، ولذا نجد أن الدول دائماً ما تسعى إلى زيادة صادراتها⁽¹⁵⁾ من سلع وخدمات مقابل وارداتها⁽¹⁶⁾ لرفع معدل الناتج القومي الإجمالي الذي يدعم بدوره النمو الاقتصادي للدولة، ولذلك عرف البعض⁽¹⁷⁾ التجارة الدولية بأنها: عملية التبادل التجاري في السلع والخدمات وغيرها من عناصر الإنتاج المختلفة بين عدة دول بهدف تحقيق منافع متبادلة لأطراف التبادل.

وتتميز التجارة الدولية عن التجارة الداخلية أو الوطنية باتساع رقعتها الجغرافية الممتثلة باتساع الأسواق الدولية أمام منتجات الدولة، وبالتالي زيادة نسبة مبيعاتها، وأيضاً تعدد العملات التي تمثل أثماناً لهذه المبيعات، وهو ما يزيد من قدرة الدولة التنافسية، ويعزز من كرها الاقتصادي بين الدول الأخرى⁽¹⁸⁾.

عوامل قيام التجارة الدولية:

(13) السيرة النبوية، لابن هشام، الجزء 1-2، مؤسسة علوم القرآن، جدة، ص 56.

(14) المسير، محمد زكي. مرجع سابق، ص 25.

(15) صادرات الدولة: هي مجموعة السلع التي تباعها أو تصدرها الدولة للدول الأخرى. (النجار، أحمد. التجارة الدولية، منشورات الغالي، القاهرة، بدون تاريخ، ص 9).

(16) واردات الدولة: هي مجموع السلع التي تستوردها وتشتريها الدولة من الدول الأخرى. المرجع السابق، ص 11.

(17) عبد العظيم، حمدي. اقتصاديات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص 13.

(18) سليمان، عبد العزيز عبد الرحيم. أسس التبادل التجاري (غير منشور)، الخرطوم، 2003م، ص 41.

تعتمد التجارة الدولية في قيامها على عوامل وأسباب عديدة نذكر منها: الاختلاف القائم بين الدول في مصادر الثروة؛ إذ أن ما ينوف من مصادر لدى بعض البلدان قد لا ينوف لدى دول أخرى، أو قد ينوف ولكن ليس بنفس الكفاءة المطلوبة للمنافسة التجارية، أيضاً يلعب اختلاف الدول عن بعضها فيما يتعلق بالنمو الاقتصادي، وتكاليف إنتاج السلع⁽¹⁹⁾ دوراً هاماً في لهوض التجارة الدولية، إذ نجد أن تكلفة إنتاج معلبات الاسماك ستكون كبيرة جداً بالنسبة لدولة حبيسة "كاثيوبيا" -مثلاً- إذا ما قورنت "بالسودان" التي تطل على البحر الأحمر وتستفيد منه في خفض تكاليف الصيد وتصدير مبيعاتها من معلبات الاسماك البحرية.

أيضاً من العوامل التي تساعد على قيام التجارة الدولية: اختلاف التوزيع السكاني بين البلدان، اختلاف مستويات الدخل والمعيشة، درجة التقدم الصناعي للدول، النظر الاقتصادية التي تتبعها الدول، الارتباطات السياسية بين الدول وسهولة النقل بالاستفادة من التطور الصناعي والتكنولوجي لوسائل النقل على اختلاف أنواعها ومسئولاتها⁽²⁰⁾. كما أن الندرة إلى بعض الموارد التي تحتاجها بعض الدول والتي تمثل في نفس الوقت فائضاً لدى دولاً أخرى يعزز من الحاجة إلى التجارة الدولية ويدعم بقاءها، ويضيف البعض⁽²¹⁾ أيضاً بأن اختلاف مسئوليات التكنولوجيا المستخدمة في الإنتاج بين الدول، واختلاف مسئوليات الممول إلى التجارة بين الدول يشجع على قيام التجارة الدولية مما تحقق للدول مكاسب سياسية وإستراتيجية.

ومن أهم عوامل قيام التجارة الدولية أيضاً هو اعتماد المجتمعات على بعضها البعض؛ ولذا فإن منع التجارة الدولية أو وضع قيوداً مشددة عليها يعني منع الناس من اكتساب سلع ضرورية ليس لهم غنى عنها⁽²²⁾.

(19) موسى، فؤاد. العلاقات الاقتصادية الدولية. دار المعارف، القاهرة، ط2، 1958م، ص28، 29.

(20) الصقار، فؤاد محمد. جغرافية التجارة الدولية، دار المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص35-65.

(21) سليمان، عبد العزيز عبد الرحيم. مرجع سابق، ص42.

(22) شحاتة، محمد السانوسي محمد. التجارة الدولية في ضوء الفقه الإسلامي واتفاقية الجات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (بدون تاريخ)، ص81.

تنظيم التجارة الدولية:

ذكرنا أن التجارة الدولية تحتل أهمية كبيرة لبناء اقتصاد الأمر، والتجارة الدولية لهذه الأهمية تشكل نشاطاً بشرياً حتمياً على المجتمع الدولي تنظيمه وفق اتفاقيات وقوانين دولية كان أولها وأهمها اتفاقية (الجات) (GATT)، التي كان لها الفضل الأول في وضع قواعد القانون التجاري الدولي كما سيأتي الحديث عنها في موضعه من هذه الدراسة، وقد اختلف بعض الفقهاء في تسمية القانون التجاري الدولي، فدرج بعض فقهاء القانون الخاص على تسمية مجموعة القواعد المختصة بتنظيم التجارة الدولية بقانون التجارة الدولية وتفضيلهم لها على غيرها من التسميات مثل قانون التجارة الخارجية، والقانون التجاري الدولي، معللين ذلك بأن مصطلح قانون التجارة الدولية يعني مباشرة حقيقة الظاهرة الاقتصادية، وهي المبادلة التجارية التي تجري على الصعيد الخارجي، ولأنها أيضاً تعطي جوانب الشيء محل التسمية، ولذلك فإن هذه التسمية تعد أكثر دقة من غيرها من التسميات⁽²³⁾، ولكن الملاحظ أن الاتفاقيات الدولية قد دأبت على استخدام مصطلح القانون التجاري الدولي، وأن اللجنة المختصة بذلك في الأمر المنحلة تسمى لجنة القانون التجاري الدولي، أضف لذلك أن حقيقة الظاهرة الاقتصادية آفة الذكر - في اعتقادنا - أنها يمكن أن تفهم من سياق التسمية أيّاً كانت، ومن منطلق الانساق مع توحيد المصطلحات في تنظيم العلاقات التجارية الدولية مع ما جاء به التنظيم الدولي لهذه العلاقات من تسمية، وخاصة تلك التي أرسنها لجان وأجهزة الأمر المنحلة، وما درجت عليه التسمية في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بموضوع التجارة الدولية مثل "مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية 2004م"⁽²⁴⁾ وما جاء في القرار (2205) في الدورة (21) للجمعية العامة للأمر المنحلة في 17 ديسمبر 1966م بإنشاء لجنة تسمى لجنة القانون

(23) حبيب، ثروت. قانون التجارة الدولية، مع الإهتمام بالبيوع الدولية، مطبوعات جامعة القاهرة "فرع الخرطوم سابقاً (النيلين حالياً)"، الخرطوم، 1975م، ص16.

(24) تسمى هذه المبادئ "مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية 2004م":

UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2004

ولو كان المقصود التسمية بمبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية لكانت التسمية:

UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL TRADE CONTRACTS 2004.

النجاري الدولي التابعة للأمر المنحدة، فإننا نؤيد تسمية مجموعة القواعد المنظمة للنشاط النجاري الدولي بمصطلح "القانون النجاري الدولي".

وتختلف القانون النجاري الدولي عن القانون النجاري الوطني في أن هذا الأخير يضطلع بتنظيم العلاقات التجارية بين الأفراد داخل إقليم دولة معينة، والذي عادة ما تنظمه أحكام تخضع لقوانين وتشريعات الدولة نفسها، في حين أن القانون النجاري الدولي يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة بين المتعاقدين، والتي غالباً لا تنظم وفق أحكام القوانين الوطنية بل ترسخ قواعده وفقاً لاتفاقات دولية، وبالتالي فإن كلاً من القانونين مستند عن الآخر، أضف لذلك أنه لا يوجد في القانون النجاري الدولي أي تفضيل للإدارة المتعاقدة على غرار ما هو موجود في القوانين الوطنية التي تعتمد الحكومات فيها إلى منح إدارتها بعض المميزات عن الأفراد في المعاملات والعقود المبرمة بينهم، وبالتالي فإن أحكام القانون النجاري الدولي تطبق على العقود المبرمة بين الأطراف بتقطع النظر عن أشخاص هذه الأطراف أو صفتهم أفراداً طبيعيين كانوا أم اعتباريين، حكوميين أو تابعين لشركات ومؤسسات خاصة. كما أن أحكام القانون النجاري الدولي تُمناز بالمرور إذا ما قورنت بأحكام القانون الوطني التي تضطلع بوضعها الإدارة دون الرجوع للمتعاقدين، على عكس أحكام القانون النجاري الدولي التي تخضع لسلطان إرادة المتعاقدين لسمح لهم بتعديلها أو الخروج عنها أو إلغائها إذا اقتضت مصلحتهم ذلك واتفقا عليه.

كما تختلف القانون النجاري الدولي عن القانون الدولي الخاص في أنه وعلى الرغم من أن القانونين كليهما يهتمان في تنظيم العلاقات الخاصة بين الأفراد دون العلاقات العامة برغم من وصفهما بالدوليين، إلا أنه في حين أن القانون الدولي الخاص يهدف إلى وضع قواعد إسناد معينة عند تنازع القوانين مستنداً إلى وجود عنصر أجنبي في المعاملات بين الأطراف كاختلاف جنسيتهم لتطبيق أحكامه، والتي تؤول في نهاية المطاف إلى تطبيق أحكام القوانين الوطنية، فإن القانون النجاري الدولي يهدف إلى وضع قواعد موضوعية من شأنها تنظيم علاقة تجارية دولية، قائمة على

أساس واحد مرده اختلاف الحدود الجغرافية بين الدول - كما سنفصل ذلك لاحقاً في موضعه من هذه الدراسة - وهذه القواعد الموضوعية تحل محل القواعد الموضوعية الوطنية لنحكم المعاملات بين الأطراف ، وبالتالي يقضي على مسألة تنازع القوانين لتحل أحكام القانون التجاري الدولي محل قواعد القانون الدولي الخاص ولذلك نجد ضمن بعض قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص ما يشير إلى تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي، وعندها يمكننا استعاضة أحكام القانون الدولي الخاص بأحكام القانون التجاري الدولي وليس العكس .

المطلب الثاني: خصائص التجارة الدولية

علاوة على أن الدول جميعها بدون استثناء لا غنى لها عن التجارة الدولية بسبب أن أي دولة لا توجد لديها جميع أدوات الإنتاج وكافة عناصر الثروة اللازمة لتحسين اقتصادها ورفاهية سكانها فلا بد إذاً من الحصول على منطلقاتها عن طريق غيرها من الدول⁽²⁵⁾، وتعتبر التجارة الدولية بذلك ذات أهمية لكافة الدول⁽²⁶⁾، النامية منها و المتقدمة؛ فكما أن الدول النامية تهتم بالتجارة الدولية باعتبارها مصدر أساسي لتمويل برامج التنمية لديها، فإن الدول المتقدمة لا غنى لها - أيضاً - عن التجارة الدولية لفتح أسواق ومنافذ لبيع منتجاتها خارج حدودها الجغرافية ومن ثم زيادة دخلها وثرواتها من الذهب والفضة والمعادن النفيسة الأخرى، وبالتالي ندرك أن التجارة الدولية تمثل مركزاً لتطوير البلدان، ونقطة تبادل للسلع والخدمات والخبرات لا غنى لأي دولة عنها⁽²⁷⁾، علاوة على ما سبق ذكره فإن التجارة الدولية تتميز بالعديد من الخصائص نذكر منها الآتي:

1. عبور التجارة الدولية للحدود الجغرافية للدولة:

ويعد ذلك أساس قيام التجارة الدولية وأهم ما يميزها عن التجارة الوطنية، إذ أن من المسلم به أن التجارة الدولية لا تقوم إلا إذا حصل تبادل تجاري عابر للحدود الجغرافية للدولة إلى دولة أخرى، ولا يفهم من ذلك ضرورة تواجد أطراف التعاقد في بلد معين أو عبورهم للحدود الجغرافية للدولة إذ أن التعاقد - كما سنفصله لاحقاً - يمكن أن ينتم من أي مكان وبأي طريقة، إنما

(25) حبيب، ثروت. مرجع سابق، ص12.

(26) بهذا الصدد يذكر البعض بأن مجرد امتلاك الدولة لعدد ضخم أو كم هائل من المنتجات الصناعية أو الزراعية (To possess a large abundance of useful products) لا يكفي لأن تصبح الدولة في مصاف الدول الغنية، بل يجب أن تكون هذه السلع صالحة وجاهزة في أي وقت لأن تعبر حدود الدولة وتصدر لبقية الدول.

(P. Parry. The Theory And Practice Of The International Trade Of The United State And England, Chicago, D.B. Cooke company, 1958, page11).

(27) على الرغم مما ذكر من أن التجارة الدولية تعد ضرورة لا بد منها لكافة الدول، وتنفيذها يستلزم انتقال السلعة أو الخدمة من دولة إلى أخرى، وبالتالي عبور الحدود الدولية لأكثر من دولة، إلا أنه يجب ملاحظة أن الدولة وإن كانت تمارس التجارة الدولية بمختلف صورها بواسطة أحد العقود كالبائع الدولي أو النقل الدولي، أو التأمين أو أعمال المصارف الدولية، أو تقديم الخدمات وغيرها من العقود التجارية الدولية، وعلى الرغم من أن الدولة قد تمارس هذا النشاط عبر أحد أجهزتها المختصة أو الرسمية، إلا أن التجارة الدولية تندرج تحت موضوعات القانون الخاص ومن ثم التجاري، ذلك لأن الدول لا تمارس أنشطتها التجارية الدولية بصفقتها ذات سيادة وإنما بصفة خاصة كطرف متعاقد.

المقصود هو عبور السلعة أو الخدمة محل التعاقد نفسها للحدود الجغرافية من دولة المنشأ إلى دولة الاستهلاك أو التسويق.

2. ترابط موضوعات التجارة الدولية وتعقيدها:

تنشأ بعض التعقيدات المصاحبة لنشاط التجارة الدولية نظراً لشعب موضوعها كما خالف سعر الصرف بين الدول نتيجة لاختلاف السياسة الاقتصادية والمالية المنبثقة في كل دولة، و أيضاً اختلاف سياسات القيود الجمركية والإدارية على حركة السلع والخدمات، التي تختلف من دولة لأخرى تبعاً لسياسة الدولة ونظامها الاقتصادي، أضف لذلك نشوب تنازع بين القوانين بشأن القانون الواجب التطبيق لأن التعامل بطبيعته يتطلب تنوع جنسيات أطراف التعاقد، كما تنأث التجارة الدولية - أيضاً - ببعض العوامل الخارجية مثل العوامل الطبيعية كسوء توزيع الموارد الطبيعية والمساحة الجغرافية للدولة⁽²⁸⁾، والعوامل الاقتصادية كالتكاليف وأسعار العملات من جانب و ندرة الموارد وتكاليف النقل أو التخزين من جانب آخر⁽²⁹⁾، وعدة عوامل أخرى كالظروف السياسية والإجراءات الإدارية والقوانين والشريعات الوطنية وغير ذلك من العوامل التي تؤثر في ازدهار وتطور التجارة الدولية، لذلك كله نجد أن القوانين والاتفاقيات المتعلقة بالتجارة الدولية تترابط مع بعضها منعاً لتعارضها وسعياً لتحقيق النفع الاقتصادي من عملية تحرير التجارة الدولية وتخفيض القيود الجمركية للدول كافة⁽³⁰⁾.

(28) عوض الله، زينب حسين. العلاقات الاقتصادية الدولية، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص 48.

(29) شهاب، مجدي محمود. الاقتصاد الدولي، دار المعرفة الجامعية، 1996، ص 79.

(30) نلاحظ في الواقع العملي استغلال بعض الدول لهذا الترابط بمحاولة سيطرتها على البعض الآخر. ويساعدها على ذلك التوسع غير المتكافئ في التجارة الدولية الذي يؤدي بالضرورة إلى اختلالات في موازين مدفوعات الدول الفقيرة والأقل نمواً الأمر الذي يحتم على هذه الدول قبول ما تمليه عليها الدول الكبرى من شروط متعلقة بتجارتها الدولية لا تستطيع في الغالب التخلص منها.

3. التجارة الدولية أهم مصادر الثروة:

إن التجارة الدولية وهي تُعَبَّرُ - كما ذكرنا - عن التحركات الدولية للسلع والخدمات تعتبر بذلك مصدراً هاماً من مصادر ثروات الأمم، إذ يلخص البعض⁽³¹⁾ آراء التجارين بأن ثروة أي بلد لا تقاس بما تمتلكه من موارد طبيعية، أو بما تستطيع البلد إنتاجه من سلع أو خدمات (كما قد ينصرون للبعض) وإنما بمقدار ما لديها من مخزون من الذهب والفضة، وبالتالي فإنه يمكننا القول بأن التجارة الدولية تعد أهم مصدر لثروات الأمم والبلدان، لأنها تمثل الوسيلة الوحيدة لزيادة مخزون الدولة من الذهب والفضة والمعادن النفيسة الأخرى، عن طريق تصدير ما تمتلكه الدول من سلع وخدمات مماثلتها أو تفرّد بمواردها أو تزيد عن حاجتها أسواقها المحلية، وليس كذلك وحسب، بل إن التجارة الدولية تلعب دوراً هاماً في النمو الاقتصادي للفرد والمؤسسات على حدٍ سواء، ففي الوقت الذي يستطيع الفرد إشباع كافة حاجياته بأقل التكاليف نظراً لوجود المنافسة التجارية الدولية، والحصول على منتج قد يكون أكثر جودة من منتج بلده وأقل تكاليفاً، في ذات الوقت نجد أن المؤسسات التجارية تتوسع في نشاطها التجارية عن طريق التجارة الدولية، والشويق الدولي لمنجائها، الأمر الذي يكسب منجائها شهرة كبيرة ومن ثمّ ينعكس ذلك على مبالغ الأرباح، فلا غرابة إذن أن نسمع بأن قيمة إحدى العلامات التجارية المعروفة لدى غالبية الدول تصل إلى أكثر من 70 مليار دولار أو أن قيمة إحدى الشركات التجارية الكبرى تتجاوز 623 مليار دولار.

4. التجارة الدولية تعتبر مصدراً لـ أس المال الأجنبي وتبادل الخبرات:

تعتبر التجارة الدولية أهم مصادر الحصول على النقد الأجنبي على الإطلاق، فعن طريق التبادل الدولي للسلع والخدمات يمكن للدولة تصدير منجائها الزراعية والصناعية أو الخدمات إلى الدول الأخرى للحصول على عملات أجنبية، وذلك لا شك يساعد على تدعيم مركز الدولة

(31) المسير، محمد زكي. مرجع سابق، ص 10.

الاقتصادي بين الدول ويزيد من ثبات عملها المحلية أمام العملات الأخرى الأجنبية، كما أن التجارة الدولية تساعد على نقل الخبرات وتبادلها بين البلدان والاستفادة من تكنولوجيا التصنيع التجاري والسوق الدولي، إذ لا تحتاج تكنولوجيا تصنيع منتج معين إلى إختراع ذلك المنتج من جديد بل يكفي استيراده من إحدى الدول ودراسة عملية تصنيعه وتطويرها فقط.

5. تعدد جنسيات أطراف التعاقد في التجارة الدولية:

وهذه الميزة نتيجة لما سبق الحديث عنه من عبور التجارة الدولية للحدود الجغرافية للدولة وبالتالي حمل أطراف العقد التجاري الدولي لجنسيات مختلفة عن بعضها، ولذا نجد أن منظمة التجارة العالمية لم تغفل هذا الشأن، وأفردت اتفاقية خاصة لفض المنازعات التجارية الدولية بسبب تعدد الجنسيات ومن ثم القوانين التي تخضع لها كل جنسية، كما أن التحكيم التجاري الدولي (International Commercial Arbitration) يلعب الدور الأهم في حل قضايا النزاعات التجارية الدولية وبذلك تشجع فرص تحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف المتعاقدة في قضايا النزاعات التجارية الدولية أكثر من غيرها التي تخضع لأحكام القانون الدولي العام كقضايا النزاع الحدودي بين الدول.

المبحث الثاني: التنظيم القانوني الدولي للتجارة الدولية

ذكرنا في المبحث الأول من هذا الفصل أن التجارة الدولية نشاط تجاري بشري... مماز عبورها للحدود الجغرافية للدولة، إلى دولة أخرى، وتعدد جنسيات أطراف التعاقد فيها، كما وضعنا أيضاً أن التجارة الدولية تعتبر محرك النمو الاقتصادي للدولة، ولذلك كان لا بد على المجتمع الدولي من تنظيم قانوني دولي لهذا النشاط، يضمن هذا التنظيم لكل دولة حقها في حرية التجارة الدولية والنهوض الاقتصادي معاً، وسنبين في هذا المبحث التنظيم القانوني الدولي للتجارة الدولية من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين نشاؤ في المطلب الأول الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة (GATT)، وخصص المطلب الثاني للحديث عن منظمة التجارة العالمية (WTO).

المطلب الأول: الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة (GATT)⁽³²⁾

(General Agreement on Tariffs and Trade)

نسبة لخصائص التجارة الدولية التي تم ذكرها في المبحث الأول من هذا الفصل أصبح من الصعوبة بمكان وضع قواعد قانونية لتنظيم التجارة الدولية بواسطة دولة دون باقي الدول الأخرى نظراً لما قد تواجهه تلك القواعد من صعوبات كتعارض مع بعض القوانين الوطنية لدولة أخرى، إضافة إلى عدم قبول مثل هذه القواعد من قبل الطرف الآخر، لذا فقد لجأ المجتمع الدولي إلى تنظيم التجارة الدولية عن طريق اتفاقات دولية تشهها الأطراف فيما بينها، فنصبح ملزمة لأطرافها في حالة الموافقة

(32) الجات (GATT) اختصار لعبارة باللغة الإنجليزية هي (General Agreement on Tariffs and Trade) وتعني: "الاتفاق العام للتعريفات والتجارة" أو كما يسميها البعض "الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة" وقد أبرمت هذه الاتفاقية في 30 تشرين الأول/أكتوبر 1947م في مدينة "جنيف" بسويسرا، ودخلت حيز النفاذ اعتباراً من بداية كانون الثاني/يناير 1948م، وتعقد الدول اجتماعاتها بشأن هذه المنظمة على شكل جولات كان أولها جولة 1947م في جنيف وشاركت بها 23 دولة، ثم جولة 1949م في انسي بفرنسا وشاركت بها 33 دولة ثم تلتها جولة 1950-1951م تورقواي في بريطانيا وشاركت بها 34 دولة، وبعد ذلك جولة 1956م في جنيف وشاركت بها 22 دولة، ثم جولة 1960-1961م في ديلون وشاركت بها 45 دولة، ثم جولة 1964-1967م في كنيدي وشاركت بها 48 دولة، ثم جولة 1973-1979م في طوكيو وشاركت بها 99 دولة، ثم 1986-1993م في أوروغواي نظمت بواسطة منظمة التجارة العالمية وشاركت بها 125 دولة وأخيراً جولة 2001م في الدوحة بقطر. الرفاعي، عبد الحكيم، السياسات الجمركية الدولية والتكتلات الاقتصادية، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، 1976م، ص51.

على تطبيق أحكامها، ومن أقدم الاتفاقات التي أبصرت النور: الاتفاقية العامة للتجارة والخدمات (General Agreement on Tariffs and Trade) أو ما تعرف اختصاراً باتفاقية (الجات) (GATT) والتي تعتبر أول وأهم اتفاقية وضعها المجتمع الدولي لتنظيم التجارة الدولية، قامت على شكل تجميع للاتفاقات الثنائية التي كانت تعقدتها الدول مع بعضها بصورة خاصة، وإثر فشل قيام منظمة التجارة الدولية⁽³³⁾ (ITO) التي كان قد بدأ التحضير لها عقب الحرب العالمية الثانية مباشرة برعاية المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة.

لكن فشل قيام منظمة التجارة الدولية لم يمنع الدول أن تدخل باتفاقات ثنائية لتنظيم تجارتها الخارجية مع بعضها ثم تنويع ذلك بجمع هذه الاتفاقات باتفاقية واحدة تشمل كافة الأعضاء في الاتفاقات الثنائية وهي اتفاقية (الجات)⁽³⁴⁾ بعد أن استشعر العالم لخطر الدمار الاقتصادي الذي خلفته الحرب العالمية الثانية عام 1945م والذي كان قد بات يهدد جميع الدول سواء تلك المنصرة في الحرب والمنهزمت فيها على حد سواء، فرأت هذه الدول أن من الواجب عليها كافة محاولة إيجاد آلية لمواجهة هذا الخطر، إذ أن أي دولة يفردها لن تستطيع الاستكفاء من نتائجها المحلي والاستغناء به عن منتجات بعض الدول الأخرى، كما أن عليها تأمين اقتصادها المنعك بالذات بالدول الأخرى وتجارتها

(33) كانت الكثير من دول العالم متحمسة لقيام هذه المنظمة التي كانت تعرف بمنظمة التجارة الدولية (International Trade Organization) (ITO) بعد الحرب العالمية الثانية، وبالفعل فقد تم التشديد على انعقاد مؤتمر دولي برعاية الأمم المتحدة بشأن هذا الخصوص في اجتماع المجلس الاقتصادي والاجتماعي الأول التابع للأمم المتحدة عام 1946م، وتم فيه تشكيل لجنة تحضيرية لإعداد مؤتمر دولي للتجارة تمهيداً لقيام منظمة التجارة الدولية (ITO)، لكن وكما هو الحال في أي اتفاق دولي فإن سيطرة بعض الدول الكبرى وبالذات الولايات المتحدة الأمريكية على السياسة الدولية قد حالت بين المجتمع الدولي وقيام هذه المنظمة إذ أن مبعوث الولايات المتحدة صرح بعدم رضا الولايات المتحدة عن هذه المنظمة وعدم موافقتها لقيامها بحجة اعتراض اتحاد المنتجين الأمريكيين على سياسة تخفيض التعريفات الجمركية التي ستننتج عن هذه المنظمة، وعلى الرغم من أن عدد الدول التي حضرت كان 57 دولة وتم الموافقة على الاجتماعين الأولين من أصل ثلاثة اجتماعات مقررة لقيامها وتم التوقيع من قبل 53 دولة على ما سمي بميثاق "هافانا" 1948م لإنشاء منظمة التجارة الدولية، وعلى الرغم من ذلك إلا أن هذه المنظمة لم تبصر النور بسبب اعتراض الولايات المتحدة الأمريكية على قيامها ومماطلتها عرض ميثاق "هافانا" على الكونجرس لإقراره، بل وتم رفضها له رسمياً عام 1950م. نقلاً عن موقع مؤسسة النبا الإلكترونية . (محمد. حشماوي. الاتجاهات الجديدة للتجارة الدولية في ظل العولمة الاقتصادية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006م، ص134). وأيضاً:

www.wto.org

(34) كانت المفاوضات تجري بتحفيز وتشجيع من الولايات المتحدة الأمريكية، لأن منتجاتها كانت تمثل نصف الإنتاج العالمي في ذلك الوقت فقد سعت لمثل هذه الاتفاقية لتحرير التجارة الدولية كيما يمهد لها ذلك فتح أسواق جديدة دولية لمنتجاتها تسعى من خلالها لإغراق الأسواق الدولية بالمنتجات الأمريكية.

الخارجية ولعل ما يؤيد هذا القول هو ما حصل لدول الشرق من دمار اقتصادي نتيجة رفضها الانضمام لمؤسستي البنك الدولي وصندوق النقد الدولي، ومحاولتها تطبيق سياسة الانعزال الاقتصادي ورفع شعار (من الإبرة حتى الصاروخ)⁽³⁵⁾. وبالتالي كان على المجتمع الدولي تنظيم نشاطات الدول التجارية بين بعضها بصورة تحفظ لكافة الدول حقوقها في التحكم بصادراتها ووارداتها من جهة، ويكفل لها فرصها في إمكانية النهوض الاقتصادي والتقدم الصناعي من جهة أخرى، وقد منخضت أفكار المجتمع الدولي تلك عن ميلاد أول اتفاقية دولية تنظم التجارة الدولية بين الدول، سميت هذه الاتفاقية بالاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة، (الجات) (GATT) التي شمل قيامها عدة جولات بين الدول الأعضاء فكانت بذلك أول اتفاقية سعت الدول من خلالها إلى وضع منهاج للتعامل في ميدان التجارة الدولية بين الدول، وتحترم قواعد وأحكام الدول الموقعة عليه إذ تحقق لأعضائها العديد من المزايا تساهم في حل بعض مشاكل التجارة الدولية، وتساهم في حل المشاكل التي قد تتور بين الدول الأعضاء عن طريق الاجتماعات الدورية لهذه الدول.

وساعد على ظهور اتفاقية (الجات) الظروف الاقتصادية والسياسية التي كانت سائدة عقب الحرب العالمية الثانية، و أيضاً ما نادى به بعض المفكرين والقانونيين الأوروبيين بضرورة وجود مثل هذه الاتفاقية، وفي هذا الصدد ظهرت عدة مدارس نادى البعض منها بتحرير التجارة الدولية من أي تنظيم قد يقيدها وبالتالي يقلل نشاط الدول في مجال التجارة الدولية، بينما ذهب بعض المدارس إلى وضع قواعد للتجارة الدولية، وتنظيمها في كل دولة و من أهم تلك المدارس ما يلي⁽³⁶⁾:

(35) ذكر تلك الحقيقة: آل سعود، طلال عبد العزيز في كتابه: حوار حول العولمة، غير منشور، الرياض، ص32.

(36) النجار، أحمد. مرجع سابق ص 25-35.

1. مدرسة النجارين: سادت هذه المدرسة في الفكر الاقتصادي الغربي إبان القرن

السابع عشر وبداية القرن الثامن عشر وقد نادت هذه المدرسة إلى ضرورة تحقيق فائض في الصادرات لدى كل دولة عن وارداتها لأجل الحصول على المعادن النفيسة مع وجود مراقبة من قبل الدولة على عمليات التجارة الخارجية حفاظاً على ثرواتها وتنظيماً لاقتصادها.

2. مدرسة الفكر الطبيعي: على العكس من مدرسة النجارين فقد نادت هذه

المدرسة بخربة التجارة الدولية من أي قيود أو مراقبة من قبل الدولة وذلك تحقيقاً لسيادة الثمن المجزي للسلع.

3. المدرسة الكلاسيكية: سادت هذه المدرسة الرأي الذي ذهب إليه مدرسة

الفكر الطبيعي بخربة التجارة الدولية من أي قيود جمركية أو مراقبة إدارية.

على الرغم مما سبق إلا أن اتفاقية (الجات) لم تلق القبول المتوقع في بادئ الأمر⁽³⁷⁾ نظراً للظروف

التي كانت مصاحبة لميلادها من ركود اقتصادي وخوف بعض الدول عقب الحرب العالمية الثانية من أي مغامرة قد لا تحمد عاقبتها، أيضاً أن غالبية الدول لم تكن بالنظور الصناعي الذي هي عليه اليوم، فقد اقتضت هذه الاتفاقية على تخريب التجارة الدولية، وذلك من خلال التركيز على تخفيض التعريفات الجمركية، وقد نجحت الاتفاقية بالفعل في تحقيق هذا الهدف، لكنها لم تنجح في تحقيق أهداف أخرى، كمساعدة الدول النامية على النهوض الاقتصادي وتنمية صادراتها الخارجية⁽³⁸⁾، و نستطيع القول بأن السبب في ذلك يرجع للآتي:

(37) كان عدد الدول الموقعة على هذه الاتفاقية لا يتجاوز 23 دولة، تزايد هذا العدد حتى وصل عام 1994م عند الانتهاء بالعمل بها كاتفاقية لتدخل كملحق تابع لمنظمة التجارة العالمية إلى 123 دولة.

(38) رضوان، محمد. نبذة تاريخية من الجات إلى منظمة التجارة العالمية، ورقة موجزة، الإعداد للمؤتمر الوزاري الرابع لمنظمة التجارة العالمية، الدوحة 9-13 نوفمبر، 2001م، ص4.

- إن مشاركة الدول النامية في اتفاقية (الجات) لم تكن منذ بداية قيام الاتفاقية في مؤتمرها الأول "مؤتمر هافانا"⁽³⁹⁾، بل إن هذه الدول لم تدخل بمشراكة فاعلة لأول مرة في تاريخ الجات إلا في الجولة الأخيرة لقيام منظمة التجارة العالمية جولة "أوروغواي"⁽⁴⁰⁾ خلال التوقيع على اتفاقية (GATT 94)⁽⁴¹⁾ بموجب إعلان "مراكش" في 15/4/1994م والتي جاء مع اختتام هذه الجولة قيام منظمة التجارة العالمية، وانتهاء اتفاقية الجات (GATT 47) كاتفاقية ذاتية مستقلة عن أي منظمة للتجارة الدولية لتصبح جزءاً من منظمة التجارة العالمية ومعروفة بـ (GATT 94).
- على الرغم من أن الاتفاقية قد أفردت اعتباراً خاصاً لمعاملة الدول النامية بشأن الامتيازات الممنوحة لهذه الدول، واستثاقتها من الاستثناء المقرر على مبدأ الدول الأولى بالرعاية وغيره من الاستثناءات، إلا أنها قد ألزمت هذه الدول أيضاً بالحد من التعريفات الجمركية، وغير الجمركية - كترخيص وحصص الاستيراد - في الوقت الذي تمثل كافة هذه التعريفات رافداً اقتصادياً هاماً لمثل هذه الدول.

(39) انعقد هذا المؤتمر في الفترة من 21 نوفمبر 1947م إلى 24 مارس 1948م بعد أن سبقته سلسلة من المؤتمرات في "لندن" و"جنيف" للإعداد له، وقد كان لهذا المؤتمر أهمية كبيرة بسبب أنه بعد الخطوة الفعلية الأولى على طريق تحرير التجارة الدولية، وقد حضر هذا المؤتمر 55 دولة، وخرج بعدة قرارات منها: العمل على تخفيض التعريفات الجمركية إلى أدنى مستوى لها، وإجازة قيام اتحادات جمركية ومناطق حرة للتجارة، كما استثنى من إلغاء التعريفات بعض الفئات تشجيعاً للدول النامية التي تسعى لتنمية اقتصادها مثل: عجز ميزان المدفوعات، السلع الخاصة بالمنتجات الزراعية وإنشاء صناعات جديدة.

(40) في هذه الجولة تم إدخال الملكية الفكرية والخدمات في ميدان التجارة الدولية بعد أن كانت اتفاقيات التجارة الدولية محصورة على السلع فقط، وقد حدث ذلك بموجب تدخل مباشر من الولايات المتحدة الأمريكية، ومعارضة كبيرة من الدول النامية، إلا أنها لم تؤثر في تنفيذ ما عزمته على تنفيذ الولايات المتحدة، وعند ربط إصرار الولايات المتحدة على تحرير الملكية الفكرية والخدمات ضمن التجارة الدولية بما أصبح يمثل قطاع الخدمات حالياً (إذ أصبحت تجارة الخدمات تمثل 80% وتراجعت نسبة تجارة السلع إلى 20%) مع الأخذ بعين الاعتبار أن الولايات المتحدة تعتبر أولى دول العالم في تجارة الخدمات لوجدنا أن اتفاقات التجارة الدولية في واقعها تصب في مصلحة الدول الكبرى فقط.

(41) اتفاقية (GATT) لسنة 1994م أو ما تعرف اختصاراً بـ (GATT 94) تشمل اتفاقية (GATT 47) مضافاً إليها جميع التعديلات القانونية التي طرأت عليها خلال السنوات المتعاقبة حتى تم التوقيع عليها خلال جولة "أوروغواي" ودخلت حيز النفاذ كجزء من منظمة التجارة العالمية (WTO).

• أن الاتفاقية بطبيعتها دافع مصلحة الدول الكبرى فيها لم تعالج التجارة الدولية في السلع الزراعية، فظلت هذه السلع خارجة عن الاتفاقية⁽⁴²⁾، وهو الأمر الذي سبب ضمراً مزدوجاً للدول النامية⁽⁴³⁾، فالدول المتقدمة قد خصصت دعماً متزايداً للمنتجين الزراعيين المحليين في الوقت الذي لم يلقِ المنتجون الزراعيون في الدول النامية مثل هذا الدعم، هذا من ناحية، ومن ناحيةٍ أخرى أن الاتفاقية قد اقتضت على تحرير التجارة الدولية بشأن السلع الصناعية في حين أن غالب الدول النامية تفتقر لأي إنتاج من هذا القبيل، وبالتالي فليس أمامها سوى فتح أسواقها المحلية لتسفيد منها الدول الكبرى بشسوق وبيع منتجاتها .

وبما أن الانضمام إلى هذه الاتفاقية ملزمٌ لأعضائها بتقديم تنازلاتٍ اقتصادية وتعديل تشريعاتٍ وطنية، فلم ترغب غالبية الدول بالمغامرة في الخوض في مثل هكذا اتفاقية لم يُعلم جوانب تنفيذها ومستقبلها بعد، حتى أن بعض الدول وقعت عليها بدءاً ثم أعلنت انسحابها منها، كـ"سوريا" و"لبنان"، لكن وعلى الرغم من كل ذلك فقد تم التوقيع على هذه الاتفاقية في الـ30 من أكتوبر لعام 1947م لندخل حيز التنفيذ مع مطلع العام 1948م.

ويفسر البعض⁽⁴⁴⁾ اقتصار اتفاقية (الجات) 1947م على تنظيم التجارة الدولية المتعلقة بالسلع (Goods) فقط دون الخدمات (Services)⁽⁴⁵⁾ بتردد الدول الموقعة عليها عن وضع اتفاق شامل للسلع والخدمات وذلك للمميزات الخاصة التي تتميز بها الخدمات⁽⁴⁶⁾ من تنوع عن بعضها البعض، و

(42) المرجع السابق، ص 4 .
(43) تعتمد الدول النامية على منتجاتها الزراعية بدرجة أساسية ولو أن الاتفاقية خصصت مفاوضات منذ قيامها لصالح دعم هذه الدول بالاهتمام باتفاقيات السلع الزراعية لكان الأمر مختلف قليلاً بالنسبة لهذه الدول كي تحاول اللحاق بركب الدول المتقدمة لكننا قواعد المصلحة في تعاملات الدول المتقدمة والصناعية الكبرى مقدمة على مبادئ المجاملة.
(44) **Rüdiger Wolfrum and Peter-Tobias Stoll, WTO – Trade in Services, Martinus Nijhoff Publishers Leiden , Boston , 2008. Page 10.**

(45) لا تقل التجارة الدولية في الخدمات أهمية عنها في السلع فقد انتشرت وتوسعت هذه التجارة بين الدول بشكل ملحوظ بعد تنظيمها بواسطة اتفاقية (GATS) حتى تجاوزت في العام 2006م مبلغ (2.6) تريليون دولار أمريكي. المرجع السابق، ص 10.

(46) يعزى البعض الفرق بين السلع (Goods) والخدمات (Services) إلى ميزتين تتميز بهما هذه الأخيرة عن السلع، وأولاهما: أن الخدمات عادة ما تكون غير محسوسة (Intangible)، فلا تتمتع الخدمات بخاصية الوجود

خاصية عدم الوجود المادي للخدمة (intangibility)، وكذلك عدم رؤيتها أو إمكانية تحسسها (invisibility)، وبالتالي فلا يمكن نقلها إلى البلدان الأخرى بنفس طرق نقل السلع، كما أن الخدمات كانت مصنفة على أنها محلية فقط ضمن حدود البلد الواحد ومن الصعب انتقالها إلى خارج حدود تلك الدولة، مما جعل الإقدام على تنظيم التجارة الدولية بشأنها أمر تكثفه العديد من الصعوبات⁽⁴⁷⁾، ولكن الأمر اختلف في العام 1990م حيث تم ميلاد اتفاقية جديدة معنية بالخدمات أثناء جولة (أمرجواي) في "مرآكش" سميت باتفاقية التجارة الدولية للخدمات (GATS) (General Agreement on Trade in Services)⁽⁴⁸⁾.

ومن أهم العوامل التي ساعدت على التوقيع على اتفاقية (الجات) هو اتحاد الرأي بين الدول التي ذاقت ويلات الحرب العالمية الثانية، سواءً المنهزمة في الحرب أو حتى تلك المنصرة فيها - كما ذكرنا سابقاً، فقد اتفقت هذه الدول على أن تجعل الاقتصاد يعود السياسة، وبالتالي فإنه تجدر بكافة الدول أن تبحث عن مصالحها الاقتصادية، وأن تبني علاقاتها السياسية على ضوء هذه المصالح⁽⁴⁹⁾.

المادي (physical presence) فترى أو تلمس، ولا يمكن لها العبور المادي عبر الحدود بين الدول كما هو الحال بالنسبة للسلع التي تفتقد للمزايا السابقة وتكثر مشاكل وعوائق عبورها للحدود الجغرافية بين الدول، مثل الفترات الزمنية وطول وتعقيد الإجراءات وغيرها، وهو الأمر الذي يجعل المستهلكين والمشتريين بصفة عامة يفضلون شراء السلع الوطنية على تلك الدولية. وثانيتهما: أن الخدمات غالباً ما تُنظم تجارتها الدولية بواسطة الحكومات إما مباشرة، عن طريق أجهزتها ووكالاتها، أو غير مباشرة عن طريق تفويض منظمات وشركات أو مؤسسات خاصة تخضع للإشراف المباشر من قبل السلطات. ولذلك فإن المفاوضات بشأن تحرير الخدمات والتجارة الدولية الخاصة بها عادة ما تكون بطيئة وأكثر صعوبة، وتستلزم زمناً أطول مما لو كان التفاوض خاصاً بالسلع والمنتجات.

White, J. Lawrence. Reducing the Barriers to International Trade in Accounting Services, American Enterprise Institute, Washington, 2001, pages;5-10.

⁽⁴⁷⁾ نقصد بذلك: الصعوبات والعوائق التنظيمية التي يواجهها الأطراف في مفاوضات التجارة الدولية بالنسبة للخدمات، أما بشأن التنفيذ فيختلف الأمر، إذ أن العوائق والصعوبات المصاحبة لتنفيذ عقود نقل السلع أكبر منها عند نقل الخدمات، فالواقع العملي يبين أن حركة السلع وتنقلها عبر الحدود يكون مصحوباً بعوائق كثيرة، منها التعريفات، الحصص النسبية، وعوائق أخرى زمنية، كعادة التأخير في نقلها وتسليمها للمستفيد منها، والتأخير في إتمام إجراءات الدخول والتصاريح اللازمة لذلك في الحدود، والتأخير في النقل مما قد يؤثر على جودة وأسعار السلع، وغيرها التي لا وجود لها عند تنفيذ عقود نقل الخدمات بين الدول المتعاقدة.

⁽⁴⁸⁾ تم التوقيع على هذه الاتفاقية في عام 1990م، وعلى الرغم من أن كافة الدول الأعضاء في اتفاقية (الجات) قد وقعت فوراً على هذه الاتفاقية إلا أنها لم تدخل حيز التنفيذ إلا في يناير من العام 1995م كأحد اتفاقات منظمة التجارة العالمية.

⁽⁴⁹⁾ عبد الحميد، عبد المطلب. الجات وآليات منظمة التجارة العالمية (من أرجواي لسياتل وحتى الدوحة)، الدار الجامعية، القاهرة، 2005م، ص 19.

لم تطل اتفاقية (الجات) جامدة دون محاولة تعديلها وتطويرها لتتواءم مع النشاطات التجارية الدولية المستحدثة، التي تتطلب إدخال مواضيع جديدة لم تكن موجودة من قبل في الاتفاقية، فقد أجمع الأعضاء فيها على ضرورة اتساع هذه الاتفاقية لتشمل جوانب أخرى إلى جانب التجارة الدولية في السلع الصناعية لم يكن قد تم التفاوض بشأنها إبان التوقيع عليها مثل: التجارة الدولية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية، (تريس) (TRIPS)⁽⁵⁰⁾، التجارة الدولية للخدمات (جاتس) (GATS)⁽⁵¹⁾، والتجارة الدولية بشأن الاستثمار (تريس) (TRIMS)⁽⁵²⁾ وغيرها⁽⁵³⁾ وذلك من خلال جولات المفاوضات المختلفة التي كان آخرها جولة "الأوروغواي" التي أصبحت فيما بعد أهم جولات هذه الاتفاقية نظراً لزيادة عدد الدول المشاركة فيها⁽⁵⁴⁾، وتطور موضوعات المناقشة فيها كمناقشة موضوع الإجراءات غير الجمركية، الزراعة، الخدمات، المنسوجات، حقوق الملكية الفكرية وإنشاء منظمة التجارة العالمية (WTO)، كما أنه في هذه الجولة تم تحويل الاتفاقات السابقة جميعها إلى اتفاقات متعددة الأطراف، وتعديلها، وبالتالي أصبحت جميعها كاتفاق واحد يطبق على جميع الدول الأعضاء⁽⁵⁵⁾.

أهم مبادئ اتفاقية (GATT):

كان لاتفاقية (الجات) الفضل الأول - كما ذكرنا - في تنظيم التجارة الدولية بين الدول، فقد جاءت بمفاهيم ومبادئ ساعدت على تحرير وتنشيط مجال التجارة الدولية بين الدول بمختلف مراكزها الاقتصادية وسياساتها المتعلقة بالتجارة الخارجية ومن أهم تلك المبادئ ما يلي:

1. مبدأ الدولة الأكثر رعاية (MFN) (Most Favoured Nation):

(50) اختصار لاسم (TRIPS) (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights).

(51) اختصار لاسم (GATS) (General Agreement on Trade in Services).

(52) اختصار لاسم (TRIMS) (Agreement on Trade-Related Investment Measures).

(53) اللقمانى، سمير. منظمة التجارة العالمية (آثارها السلبية والإيجابية على أعمالنا الحالية والمستقبلية بالدول الخليجية

والعربية)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، 1424 هـ 2003م، القاهرة، ص28.

(54) بلغ عدد الدول المشاركة في هذه الجولة 123 دولة.

(55) رضوان، محمد. مرجع سابق، ص3.

ويعتبر مبدأ الدولة الأكثر رعاية، أو الأولى بالرعاية أهم مبدأ أسس هذه الاتفاقية على طريق تحرير التجارة الدولية، والمقصود بالدولة الأولى بالرعاية هو منح كل دولة طرف في الاتفاقية نفس المزايا والإعفاءات التي تتمتع بها أي دولة أخرى طرف فيها دون تمييز أو شرط مقيد لهذه المزايا⁽⁵⁶⁾، ويكفل هذا المبدأ للدول النامية والأقل نمواً خيار المنافسة التجارية الدولية مع إمكانية وضع التعريفات الجمركية التي تراها مناسبة على السلع الواردة إليها حماية لمنجاعتها الوطنية وتشجيعاً للصناعات المحلية في هذه الدول⁽⁵⁷⁾.

ومع ذلك فقد استنتت الاتفاقية السابقة بعض الحالات بحيث لا يجري عليها تطبيق مبدأ الدولة الأكثر رعاية السابق، وأهم هذه الحالات ما يلي:

أ. الترتيبات التجارية الإقليمية (RTAs) (Regional trade agreements): من

الاستثناءات على مبدأ الدول الأولى بالرعاية وجود اتفاقيات إقليمية بين دولتين أو أكثر تقعان في إقليم واحد، بحيث تدخل هذه الدول في تعاقبات من شأنها تخفيض التعريفات الجمركية الصادرة على أساس تفضيلي في حالة كونها موجودة ضمن ترتيبات إقليمية إما على شكل اتحادات، أو مناطق تجارة حرة، منح لأعضاء الإتحاد أو المنطقة الحرة فقط تحت ضوابط معينة كأن لا تقل عن التعريفات الجمركية الممنوحة بواسطة الاتفاقية، أو تشكل عائقاً أمام التجارة الدولية⁽⁵⁸⁾، ومن هذه الترتيبات: اتفاق أمريكا الشمالية

(56) نصت المادة الأولى من اتفاقية (الجات) على أنه:

(Any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.) **GAAT agreement 1947 . Part 1, (Article 1/1).**

(57) GAAT agreement 1947 , Part I , (Article I).

(58) عريبي، مصطفى إبراهيم أحمد. مرجع سابق، ص26، 27.

للتجارة الحرة، (NAFTA)⁽⁵⁹⁾، والسوق المشتركة لدول شرق وجنوب أفريقيا (COMESA)⁽⁶⁰⁾.

ب. التجارة البينية للدول النامية (Trading between Developing countries) فلا تنقيد الدول النامية مبدأ الدولة الأكثر رعاية السابق ذكره، وذلك حرصاً من الدول الأعضاء على إعطاء هذه الدول فرصة أوسع لاتفاقات حصصية تميزت تفضيلية أو اتفاقات المناطق الحرة التجارية والاتحادات الجمركية⁽⁶¹⁾ تمكنها هذه الاتفاقات من اتخاذ تدابير لحماية صناعاتها الوطنية وتنمية صناعاتها الوليدة، ومن ثم تطوير قدراتها لإيصال صادراتها للأسواق العالمية، ومن الملاحظ أن هذا الاستثناء يعتبر قيد من الاستثناء (أ) السابق شرحه إذ لا تنقيد الدول النامية بشرط الموقع الجغرافي لندخل ضمن استثناءات الترتيبات الإقليمية، إنما يكفي لئلا يستثناء الدولة من مبدأ الدولة الأولى بالرعاية أن تكون هذه الدولة "دولة نامية".

ج. تدابير الحماية في الدول النامية (Preventive Measures In Developing countries) ويسمح للدول النامية - أيضاً - بموجب هذا الاستثناء بمعاملات تفضيلية في مواجهة الدول المتقدمة، تتمثل هذه المعاملات بإعفاء صادراتها من الرسوم أو تخفيضها لتسهيل تجارتها الخارجية وحمايتها من مخاطر المنافسة المنكافئة، ومن تطبيقات هذا الاستثناء صادرات البلدان الأفريقية والبحر الكاريبي إلى دول أوروبا وصادرات دول حوض الكاريبي إلى الولايات المتحدة الأمريكية⁽⁶²⁾.

د. دول الإقليم الواحد: أيضاً يستثنى من تطبيق مبدأ الدولة الأكثر رعاية دول الإقليم الجغرافي الواحد التي تنصل لاتفاق فيما بينها بشأن التجارة الخارجية بين هذه الدول، فلا

(59) اختصار لاسم (North American Free Trade Agreement) (NAFTA).

(60) اختصار لاسم (Common Market for Eastern and Southern Africa).

(61) عربي، مصطفى أحمد إبراهيم. مرجع سابق، ص 29.

(62) عربي، مصطفى أحمد إبراهيم. مرجع سابق، ص 29.

تتمتع بالإعفاءات المتبادلة في هذا الاتفاق دولة لا تنتمي للإقليم الجغرافي لهذه الدول.
ونلاحظ على هذا الاستثناء ما يلي:

- أن هذا الاستثناء جوازي وليس ملزم، بمعنى أن الدول التي تنوصل لاتفاق فيما بينها على نحو ما ذكر، فإنه تجوز لها أن تجعل الإعفاءات الممنوحة بموجب ذلك الاتفاق خاصة، تستفيد منها هي دون غيرها من الدول التي لا تنتمي للمحيط الجغرافي لهذه الدول، كما تجوز لها أن تنازل عن هذا الحق وبالتالي يصبح الاستثناء كأن لم يكن ويسري تطبيق مبدأ الدولة الأكثر رعاية منى ما اقتضت مصالحها ذلك.
- ليس في هذا الاستثناء ما يمنع استفادة الدول النامية منه، لأن الدول النامية تستطيع أن تتمتع بالاستثناء الوارد على مبدأ الدول الأولى بالرعاية لكونها "نامية" فقط دون الحاجة لسبب آخر.

2. مبدأ الشفافية (Transparency):

ويعني هذا المبدأ أن على الدول الأعضاء اعتماد التعريفات الجمركية كوسيلة وحيدة للحماية، وعدم اللجوء إلى تلك غير الجمركية، مثل حصص وتراخيص الاستيراد وغيرها من التعريفات تحت أي مسمى آخر قد تشكل عائقاً أمام تحرير التجارة الدولية بين الأعضاء، وتعارض مع أهداف الاتفاقية⁽⁶³⁾.
وترد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات نلخصها كما يلي:

أولاً: على الرغم من أن الاتفاقية قد منعت الدول الأطراف من استخدام قيود الكمية على الكميات المستوردة، إلا أن الاتفاقية قد استثنت تطبيق هذا القيد

(63) رضوان، محمد. مرجع سابق، ص2.

على الدول النامية، بحيث لا يطبق هذا المبدأ على الدول النامية، فنستطيع هذه الدول استخدام ميزة القيود الكمية على الكميات المستوردة منى اقنضت مصالحها الاقتصادية ذلك، لكن الاتفاقية قد حددت منح هذا الاستثناء للدول النامية بثلاث حالات تمثل قيوداً على الدول النامية، وهذه الحالات هي:

أ. إذا كانت الدولة النامية تعاني من خلل في ميزان مدفوعاتها⁽⁶⁴⁾.

ب. إذا كانت الدولة النامية بصدد إجراء إصلاحات هيكلية في عمليات إنتاجها.

ج. إذا كانت الدول النامية بحاجة لإتاحة الفرصة لشريط صناعة محلية أو الترويج لها⁽⁶⁵⁾.

والاتفاقية بوضعها القيود السابقة كشرط على الدول النامية للاستفادة من الاستثناء الممنوح على مبدأ الشفافية السابق تفصيله في ظاهرها تقدير العون للدول النامية، ولكن في المقابل نجد أن مسألة إتاحة الفرصة التي تمنح للدول النامية للترويج أو الشريط الصناعي لصناعاتها المحلية من عدمها هي مسألة في حقيقتها تخضع لتقدير الدول الكبرى، أضف لذلك أن معايير إتاحة هذه الفرصة وزمنها ومدتها، وتقدير مدى جدية الدول النامية في رغبتها بالاستفادة من هذه الفرصة وتقييم الأداء، وكافة التفاصيل المتعلقة بذلك هي مسألة تخضع لتقدير نفس الدول المهيمنة والمؤثرة على قرارات الاتفاقية بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية التي أجهضت قيام منظمة التجارة الدولية (ITO) من قبل لحماية اقتصادها وتجارتها الخارجية، وذلك يشير إلى معادلة غير متكافئة الطرفين إذ أن الواقع العملي يتطلب استنساخ الدول النامية

⁽⁶⁴⁾ ويكون البلد معانياً من عجز في ميزان مدفوعاته عندما يصبح معدل إيراداته الخارجية من النقد الأجنبي غير كافٍ للوفاء بالتزاماته الخارجية، وأيضاً عندما تكون احتياجاته النقدية الضرورية للوفاء بالتزاماته المباشرة في حالة هبوط (عربي، مصطفى أحمد إبراهيم. مرجع سابق، ص 29).

⁽⁶⁵⁾ المرجع سابق، ص 29.

على حالها كدول نامية، كما ينسب لك المقتدمة التسويق الخارجي لمنجائها بلا منافسة مستقبلية، ولذا نجد أن هذا الاستثناء يبدو ظاهرة وكأنه فيه مصلحة للدول النامية إلا أن حقيقته تصب في مصلحة الدول المتقدمة.

ثانياً: إمكانية تقديم أي طرف من الدول الأطراف إلى سكرتارية المنظمة بطلب إعفاء من التزام مقرر أو واجب قائم بإتباع ما بينه الاتفاقية من إجراءات تحدد كيفية هذا الطلب وآلية التنفيذ⁽⁶⁶⁾.

ثالثاً: المعاملة الممنيزة والأكثر تفضيلاً للدول النامية تحت مسمى (الدعم الحكومي للشمية الاقتصادية) كنوع من الحماية الذاتية للصناعات الناشئة في البلدان النامية⁽⁶⁷⁾.

3. مبدأ المعاملة الوطنية (NT) (National Treatment)⁽⁶⁸⁾:

ويشير هذا المبدأ إلى إن السلع المسنودة من دولة منقادة إلى دولة منقادة أخرى ينبغي أن تتمتع بالمعاملة الوطنية التي يتمتع بها المنتج المحلي للدولة المسنودة، فلا يتم فرض ضرائب أو أي نوع من الرسوم سواء كانت بصورة مباشرة أو غير مباشرة تزيد عن تلك المفروضة على السلع الوطنية للدولة المسنودة⁽⁶⁹⁾، وبذا تتمتع السلع الخارجية بذات الامتيازات التي تتمتع بها السلع الوطنية المنتجة محلياً، وذلك على هذا المبدأ أن في تطبيقه على الدول النامية إجهاض لأي محاولة تطور صناعي أو تقدم

(66) عريبي، مصطفى أحمد إبراهيم. مرجع سابق، ص31.

(67) المرجع السابق، ص31.

(68) يضم البعض هذا المبدأ مع مبدأ الدول الأولى بالرعاية (MFN) تحت اسم مبدأ واحد آخر هو مبدأ عدم التمييز (Non-Discrimination) ويشمل هذا المبدأ عدم التمييز الاقتصادي أو السياسي لتحرير التجارة الدولية وضمان إجراء المفاوضات بين الأطراف بشكل عادل وقانوني، مع الأخذ بعين الاعتبار الاستثناءات الخاصة بالمعاملة التفضيلية للدول النامية.

Hoekman, Bernard M.; Mavroidis, Petros C. *World Trade Organization : Law, Economics, and Politics*, Global Institutions Series Taylor & Francis Routledge, 2007, page 16.

(69) حيث تنص اتفاقية (الجات) على:

(The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products).

GAAT agreement 1947 , Part II , (Article: III /2).

تكنولوجي فيها، وذلك لعدم قدرة منجها المحليّة على المنافسة التجاريّة للمنتجات المسنوردة التي غالباً ما تأتي بخودة أكبر وأسعارٍ أقل من تلك المنتجة محلياً .

إن تطبيق هذا المبدأ على المدى القصير سيلحق ضرراً بضع الدول النامية، إذ من شأنه أن يساعد على خلق سوق أكبر للمنتجات المسنوردة على حساب سوق المنتجات المحليّة، برغم انخفاض تكاليف الإنتاج نتيجة لوجود مواد أولية للصنع، ووفرة الأيدي العاملة⁽⁷⁰⁾، أما على المدى الطويل فهو مفيد لأنه تجبرها على تطوير نفسها وتضخم من قدراتها وإدخال التقنية اللازمة لنجود إنتاجها⁽⁷¹⁾، إلا أن الملاحظ أن هذا المبدأ سيظل يصب في صالح الدول المتقدمة فقط ولن تسفيد منه تلك النامية سواء على المدى القصير أو المدى الطويل؛ فإذا كان يصعب على الدول النامية تحقيق لفضنها وتطوير تقنيها اللازمة للصنع في المدى القصير، فإن ذلك يصعب عليها على المدى الطويل أيضاً لأن تقنيات الصناعة وتكنولوجياها لا تتوقف عن التطور يوماً بعد يوم، وبالتالي تجب على الدولة النامية كيما تلحق بركب الدول الصناعية أن تتفرز إلى مسنوي قريب من هذه الأخيرة قفزاً لا أن تصل بعد عقود لما هي عليه تلك المتقدمة اليوم وهذا من الناحية التطبيقية محاط بصعوبة بالغة، خاصة في ظل وجود محاربة واضحة من الدول المتقدمة لاقتصاد الدول النامية.

المطلب الثاني: منظمة التجارة العالمية (World Trade Organization)

على الرغم من أن هذه المنظمة تعتبر حديثة إذ أنشئت في العام 1994م⁽⁷²⁾ لحل محل اتفاقية (الجات)، فنصبح هذه الأخيرة ملحق من ملحقات الاتفاقية، إلا أن فكرة إنشائها تعتبر قديمة،

(70) عربي، مصطفى أحمد إبراهيم. مرجع سابق، ص30.

(71) المرجع السابق، ص30.

(72) تعتبر اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية من أسرع الاتفاقيات الدولية التي دخلت حيز التنفيذ فلقد تم توقيع اتفاقية منظمة التجارة العالمية في العام 1994م ودخلت إلى حيز التنفيذ في العام 1995م، لكنه تم تعيين فترة سميت فترة التطبيق الكامل للاتفاقية وحددت بعشر سنوات ليتم تطبيق الاتفاقية بالكامل في العام 2004م وقد تم.

ينزامن تاريخها مع فكرة قيام الاتفاقية العامة للتجارة والخدمات (الجات) أو قبلها بفكرة إنشاء منظمة التجارة الدولية التي تم إجهاضها قبل ميلادها من قبل الولايات المتحدة الأمريكية كما ذكرنا، وعلى الرغم من أن فكرة إنشاء منظمة التجارة العالمية كانت تحت رعاية الأمر المنحدة، وموافقة لأحكام الفقرة السابعة من إعلان الأمر المنحدة الخاص بشأن تدعيم وتعميق الانفراج الدولي التي نصت على أن: (تعمل الدول الأعضاء في الأمر المنحدة على إقامة وتنمية علاقات اقتصادية عادلة وموازنة بين الدول وتجدد في سبيل تضيق الثغرة بين الدول المتقدمة النمو والدول النامية وفقاً للقرارات التي اتخذتها الجمعية العامة باتفاق الرأي في دورتها الاستثنائية السادسة والسابعة بشأن إقامة النظام الاقتصادي الدولي الجديد)⁽⁷³⁾؛ إلا أنه وكما تحدث للاجتماعات الدولية التي لا ترغب لها الدول الكبرى بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية فقد تم إجهاض الفكرة لسفر اجتماعات الدول آنذاك عن ميلاد اتفاقات ثنائية (Bilateral Treatment)، بين الأطراف تجميعها فيما بعد في إطار اتفاقية متعددة الأطراف (Multilateral Treatment) عرفت باتفاقية (الجات) فقط دون المنظمة التي كان التفاوض بشأنها يرافق جلسات التفاوض جنباً إلى جنب مع اتفاقية (الجات) وكانت فكرة هذه المنظمة تحمل اسم منظمة التجارة الدولية (International Trade Organization) أو اختصاراً بـ (ITO)، وعلى الرغم من أن الفكرة في أساسها هي اقتراح أمريكي، وبإعانة الأمر المنحدة، إلا أن الولايات المتحدة تراجعت بعد عقد مؤتمر التجارة والنووظف الذي انعقد في "لندن" عام 1946م عن عزمها مواصلة الإعدادات لإنشاء هذه المنظمة، وبالتالي تم تحميد السير في إنشائها لمدة نصف قرن.

ويرى البعض⁽⁷⁴⁾ أن السبب في تراجع الولايات المتحدة عن المضي قدماً بشأن إنشاء المنظمة و من ثم تدعيمها بالوجود القانوني كان يرجع إلى خوف الولايات المتحدة من التقيص المستقبلي

(73) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 155/32 المؤرخ في 19 كانون الأول/ديسمبر 1977م. الفقرة السابعة.

(74) عبد الحميد، عبد المطلب. مرجع سابق، ص 21، 22.

لنجارتها الخارجية التي كانت في أوج ازدهارها آنذاك دونما منافسة تذكر، إضافة لوجود بعض الخلافات مع الجانب الأوروبي، أيضاً إنشاء المنظمة سوف يقلل من قدرة الولايات المتحدة على الاستفادة من حجم إنجائها القومي الضخم الذي كان يمنع بقدرة تصديرية عالية، والموافقة على إنشاء المنظمة يعني أن لكل عضو فيها صوت واحد، بتقطع النظر عن مركزه الاقتصادي أو السياسي، وبذلك يصبح جميع الأعضاء متساوين، وهو ما يقيد سلطات الولايات المتحدة في فرض رغباتها بشكل قانوني⁽⁷⁵⁾، على عكس اتفاقية (الجات) التي تخضع للتفاوض فيها للقوة السياسية والاقتصادية التي يتمتع بها طرفا التفاوض، ولذلك فقد وقعت الولايات المتحدة حائلاً دون إنشاء هذه المنظمة لمدة نصف قرن حتى سمحت بقيامها في العام 1994م، بعد موافقتها على الوثيقة الختامية للمنظمة نتائج جولته "الأوروغواي"⁽⁷⁶⁾ للمفاوضات التجارية المنعددة الأطراف في أبريل 1994م من قبل الكونجرس الأمريكي⁽⁷⁷⁾ في ديسمبر 1994م لندخل حيز التنفيذ بعدها بأيام ويصبح لها الوجود القانوني تحت اسم (منظمة التجارة العالمية) (World Trade Organization) (WTO)⁽⁷⁸⁾.

ومن أهم الأهداف التي جاءت لها منظمة التجارة العالمية هو تحرير التجارة الدولية والإشراف عليها، والعمل على تسوية المنازعات الدولية المتعلقة بالتجارة عن طريق إنشاء لجان

(75) أبو دوح، محمد عمر حماد. منظمة التجارة العالمية واقتصاديات الدول النامية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003م، ص 19، 20.

(76) وعلى الرغم من أن جولة "أوروغواي" قد استحدثت موضوعات هامة، كاهتمامها بوضع نظام قوي لتسوية المنازعات، و اعتبار الاتفاقات التي تم التوصل إليها في هذه الجولة نقطة بداية لانطلاق (الجات) لا نقطة نهاية، وغيرها من الموضوعات، إلا أن الدول النامية لم تلقَ الاهتمام الكامل الذي يحقق أهداف دخولها في هذه المفاوضات، وفيما عدا بعض الامتيازات والاستثناءات التي تم تخصيصها لتلك الدول، فإن رأيها لم يكن ذا أهمية مقارنة بالدول المشاركة بالجولات السابقة لجولة أوروغواي.

(77) www.law.duke.edu.

(78) ذكر البعض بشأن منظمة (WTO) أنها وعلى مدار مفاوضات استمرت سبع سنوات ونصف نتج عنها الوصول إلى إنشاء هذه المنظمة التي ضمت أكبر مفاوضات على مدى التاريخ وشملت تنظيم التجارة الدولية كاملة من فرشة الأسنان وحتى علاج مرض الإيدز:

It was quite simply the largest trade negotiation ever, and most probably the largest negotiation of any kind in history. (Colin B Picker & Isabella D. Bunnand & Douglas W.

Arner. OXFORD AND PORTLAND, OREGON, 2008, page 53. And see also ; Understanding the WTO, created and written by; World Trade Organization, External Relations Division, Geneva, 2011, page 18.

للحكيم التجاري الدولي وفض المنازعات من كفة ذلك على أهمية الوقت في سرعة الفصل في المنازعات فقررت أن مدة الفصل في المنازعات يجب ألا تتجاوز مدة السنة أشهر كحد أقصى .
ولا تضطلع المنظمة في تقرير محتوى التفاوضات التجارية بين الأطراف المتفاوضة، أو تقرير إدارة تلك التفاوضات، فنترك حرية إدارة ذلك للأطراف وفق ما حددته اتفاقية (الجات) من أن المفاوضات بين الأطراف تتمتع بالخصوصية، ويقنص دور المنظمة في هذه الحالة على المراقبة فقط (call the shots) لعملية سير التفاوض بين الأطراف⁽⁷⁹⁾.

ويرى البعض⁽⁸⁰⁾ أن منظمة التجارة العالمية قد تدخل في سيادة الدول وذلك من خلال ما لها من صلاحيات تمثل هذه الصلاحيات بتقديس ما إذا كانت إحدى الدول الأطراف قد وضعت إجراءات وقيود غير عادلة على الشركات الأجنبية والاستثمارية التي انتهكت قوانين التجارة الوطنية لتلك الدولة، ولا نرى في ذلك انتهاكاً لسيادة الدولة وسندنا في ذلك الآتي:

1. أن صلاحيات المنظمة للدخول في تحديد مشروعية العقوبات على النحو المذكور إنما يقتض هذا التدخل على ما يتعلق فقط بالسلع والخدمات التي تنظم تجارتها دولياً قوانين المنظمة وتغطيها قواعد اتفاقية (الجات)، واتفاقها الملحق الأخرى، ولا تمد هذه الصلاحيات لتشمل باقي السلع أو الخدمات التجارية كالترول - مثلاً - أو الطائرات والسفن التي لا تخضع لتنظيم تجارتها الدولية لأحكام هذه المنظمة.
2. إن الدولة عندما وقعت على اتفاقية (الجات)، وانضمت لمنظمة التجارة العالمية قد أدركت أنها دخلت في اتفاق دولي ومنظمة دولية، وبالتالي فإنها بالضرورة ستمعمل على عدم مخالفة قوانينها الوطنية لأحكام هذه الاتفاقية أو تعارضها مع مبادئ وأهداف المنظمة التي أصبحت عضواً فيها، وتأكيداً لذلك فقد ورد في اتفاقية إنشاء

(79) Hoekman, Bernard M.; Mavroidis, Petros C. op.cit., page xi.

(80) كامل، عمر عبدالله. حول اتفاقية الجات رسالة للعرب قبل أن تقع الواقعة، بحث منشور على شبكة الإنترنت في الرابط www.dahsha.com (ص7).

منظمة التجارة العالمية أن: (على كل دولة عضو أن تمنح ما يلزم المنظمة من امتيازات وحصانات لمباشرة مهامها)⁽⁸¹⁾، كما جاء في ذات الاتفاقية أن: (على كل عضو مطابقتة قوانينه ولوائحه وإجراءاته الإدارية مع التزاماته المنصوص عليها في الاتفاقيات الملحقته)⁽⁸²⁾، وبذا تكون الدولة قد وافقت على تعديل قوانينها الداخلية بما ينطبق مع أحكام الاتفاقية ولا يعارض معها.

أثر منظمة التجارة العالمية على البلدان النامية:

على الرغم مما عدده البعض⁽⁸³⁾ كفوائد من انضمام الدول النامية إلى منظمة التجارة العالمية والتي تمثل بنسبها كل الأعضاء في المنظمة بالحقوق والواجبات مع مراعاة خاصة للدول النامية وتلك الأقل نمواً عن طريق منحها تنازلات جمركية أقل من الدول المتقدمة، وتنازلات بمنح مدة زمنية أكثر لإيفائها بمتطلبات تطبيق الاتفاقية، تقديم المساعدات الممكنة من الدول المتقدمة للدول النامية والأقل تطوراً للنهوض باقتصادها وللحاق بذلك المتقدمة والصناعية وتطبيق اتفاقيات المنظمة، تحسين بيئة الاستثمار عن طريق فتح أسواق الدول المتقدمة والصناعية أمام منتجات تلك النامية والأقل نمواً بما يتحقق انعكاس اقتصادي على اقتصاد هذه الدول بزيادة تسويق الصادرات إلى الدول المتقدمة، على الرغم من ذلك كله إلا أننا نلاحظ في الواقع ما يشير إلى عكس ما ذكره ونبين ذلك من النواحي التالية:

- تبادل فتح الأسواق بين الدول النامية والكبرى يزيد من فرص استثمار هذه الأخيرة على حساب تلك النامية؛ ذلك لأن المستهلك للمنتج أو المستخدم الأخير للسلعة تخضع قرار الشراء بمساعدة وسائل الاتصال الحديثة وثورة المعلومات لعدة اعتبارات منها

(81) المادة (2/8) من اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية 1994م.

(82) المادة (16) من الاتفاقية السابقة.

(83) شمس، محمود زكي . & عثمان، خالد ممدوح، شرح قوانين التجارة الحديثة وانعكاساتها الاقتصادية ضمن اتفاقيات منظمة التجارة الدولية (WTO)، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، 2005م، ص 381، 382.

- الجودة والأسعار ووزن المنتج لثبته احتياجاته، وهي معايير لا يمكن معها مقارنة منتجات الدول النامية أمام منتجات وصناعات الدول الصناعية والمتقدمة.
- عدم تمكن أي دولة نامية من الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية ما لم يمثل انضمامها فائدة حقيقية أو مرجوة يبنى عليها نفع مستقبلي للدول الأعضاء خاصة الدول الصناعية الكبرى منها، ولعل ما هو معمول به من قيام اتفاقات ثنائية تحت مظلة منظمة التجارة العالمية هو خير دليل على ذلك؛ إذ لا تقبل الدول الصناعية والمتقدمة أن يعقد اتفاقاً ثنائياً مع دولة أخرى نامية مقابل تقديم هذه الأخيرة للاشيء.
 - أيضاً ما ذكر البعض⁽⁸⁴⁾ من ممارسة الدول الكبرى هيمنتها على الدول النامية من ناحية سيطرتها على إعادة تكوين قوى العمل، وعلى مراكز الفائض المالي والسوق المحلية، وهيمنتها أيضاً على مراكز الموارد الطبيعية والتكنولوجيا، ولذلك فإن اقتصاد الدول النامية يسخر كاملاً لخدمة اقتصاد الدول الصناعية والكبرى.
 - عضوية (الجات) ومنظمة التجارة العالمية تدفع بالبلدان النامية إلى معرّكة خاسرة على وجه التأكيد، فالعضوية تعني تجريد تلك الدول من أهم سلاح في يدها لضمان النسيج والشمية، ألا وهو التعريفات الجمركية وغير الجمركية كالكمية أو غيرها من القيود التي ينوجب على البلدان النامية النخلي عنها لأجل تخريد التجارة الدولية⁽⁸⁵⁾.
 - على الرغم من بعض المزايا التي تنحصل عليها الدول النامية من تطبيق أحكام المنظمة مثل تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر ونقل التكنولوجيا، تشجيع الابتكار، حماية حقوق الملكية الفكرية الوطنية و حماية المستهلك من الغش التجاري، وغيرها، إلا أن هناك أعباء إضافية سوف تلقى على عاتق الدول النامية إضافة لما هو

(84) الحصري، طارق فاروق. الاقتصاد الدولي، المكتبة العصرية، القاهرة، 2010م، ص41.
(85) النجار، سعيد. الحقوق الأساسية للبلدان النامية في ظل الجات ومنظمة التجارة العالمية، ورقة علمية، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، الدوحة، 9-13 نوفمبر 2001م، ص4.

منصوص عليه ضمن الاتفاقية، مثل ارتفاع تكلفة منتجات حقوق الملكية الفكرية، ارتفاع تكلفة الحصول على التكنولوجيا، الأعباء المالية والإدارية والأعباء التشريعية أيضاً⁽⁸⁶⁾.

• فتح الأسواق المحلية في الدول النامية أمام البضائع الأجنبية تخذ من أي محاولة لتلك النامية في تطوير منتجاتها وصناعاتها الوطنية في ظل وجود منافسة قوية وميول المستهلك في الدول النامية للبضائع ذات الجودة الأفضل والسعر الأقل.

وعلى الرغم مما سبق فقد أصبح الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية يشكل التزاماً اقتصادياً على الدول النامية وذلك للأسباب التالية:

• إن قواعد وشروط الانضمام للمنظمة هي قواعد وشروط ليست واحدة لكافة الدول طالبة العضوية، وبذا فإن كل دولة يمكن لها طلب الانضمام بشروط وتنازلات واميزات غير تلك التي تنضم لها دولة أخرى ويعتمد ذلك على عاملين: الأول: ما تزخر به الدولة طالبة العضوية من إمكانيات وثرورات، ويمكن أن يكون ذا نفع وجدوى لباقي الأعضاء المتفاوضة، والثاني: سياسته وحنكته ودراية ممثلي التفاوض لدى كل دولة، ولذلك فإن هذه الشروط والقواعد مثل سلاحاً ذا حدين بالنسبة للدول النامية، حيث ينطبق عليها قول بعض الكتاب⁽⁸⁷⁾ أن الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية مشكلة وعدم الانضمام إليها مشكلة أكبر⁽⁸⁸⁾ فقد أصبحت بمثابة "ش لا بد منه"، ولكن على

(86) شلبي، علاء. اتفاقية الجوانب التجارية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية وانعكاساتها على الدول العربية، ورقة علمية، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، الدوحة، 9-13 نوفمبر 2001م، ص7-10.

(87) عبّر بهذه الجملة وزير التجارة العماني عند بدء المفاوضات مع "السلطنة" لانضمامها إلى منظمة التجارة العالمية. ذكر ذلك: رضوان، محمد. و هلال، محمد. قواعد الانضمام والتفاوض في منظمة التجارة العالمية، ورقة موجزة، الإعداد للمؤتمر الوزاري الرابع لمنظمة التجارة العالمية، الدوحة 9-13 نوفمبر، 2001م، ص3.

(88) أصبحت التجارة الدولية كما يقول البعض أكثر أهمية بالنسبة للدول النامية من ذي قبل وضرورة حتمية لتطوير اقتصاد الدول النامية في شتى المجالات مثل تخفيض تكاليف النقل، إشراك الدول النامية المتزايدة في التجارة العالمية، فتح أسواق جديدة كما في الدول المتقدمة، ازدياد معدل الاستثمار الأجنبي الذي يعمل على قيادة كافة الدول نحو العولمة وتداخل المصالح الدولية بسبب ارتباطها بالقضايا الاقتصادية المشتركة بين تلك البلدان .

Rajapatirana, Sarath. The Trade Policies of Developing Countries Recent Reforms and New Challenges, the American Enterprise Institute Washington.2000, p.22.

- كل حال يعتبر هذا الشرط من أكبر الثغرات في المنظمة التي تجعل الدول النامية - ومنها كافة دول الوطن العربي - تحت خيار منح كافة ثرواتها ومواردها لصالح الدول المتقدمة والصناعية الكبرى مقابل الانضمام إلى هذه المنظمة، أو البقاء خارج دائرة المنظمة تحت عزلة دولية وحالة مقاطعة تجارية أشبه بالحرب الاقتصادية أو الحصار الاقتصادي عليها .
- تزيد عدد الدول المنضمة إلى منظمة التجارة العالمية، وسياسة هذه الدول في خفض الدعم للمنتجات الزراعية لدى الدول الأعضاء⁽⁸⁹⁾، وتوسع أهداف وبرامج المنظمة لتشمل غالب السلع والخدمات التجارية، كل ذلك سيؤدي إلى الإضرار بالدول غير الأعضاء في المنظمة وخاصة النامية منها، التي ستكون معزلة عن كافة التطورات والميزات الممنوحة للدول الأعضاء، فيصبح الضررُ ضرراً مزدوجاً أكبر منه في حالة إذا ما كانت الدولة عضواً في المنظمة.

(89) المرجع السابق، ص3.

الفصل الثاني: المظاهر الحديثة للتجارة الدولية

تأثرت التجارة الدولية حديثاً ببعض مظاهر العولمة وتكنولوجيا الاتصال ونقل المعلومات فأصبح للتجارة الدولية شكلاً جديداً يمكن أن تقوم عليه هو الشكل الإلكتروني ، ولأهمية ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نحدث في المبحث الأول عن شبكة الإنترنت وعلاقتها بالتجارة الدولية، ونخص المبحث الثاني للحديث عن التجارة الإلكترونية كما سيأتي:

المبحث الأول: شبكة الإنترنت وعلاقتها بالتجارة الدولية:

المطلب الأول: مفهوم الإنترنت

تعد خدمة الإنترنت ذات أهمية بالغة في دراستنا، فعلى الرغم من أنها ليست مرتكز البحثنا، وأن موضوعنا لا يدور في هذه الدراسة حول جوهس شبكة الإنترنت، إلا أنها تلعب دوراً هاماً في إبرام العقود التجارية الدولية، كما أنها تعتبر أساساً لوجود وقيام العقود الإلكترونية، وعليه فسوف نحدث في هذا المطلب عن شبكة الإنترنت، من كزين فيه على ما تخدم التطبيقات التجارية التي تنم على هذه الشبكة، ومنجنيين المسائل الفنية الخاصة بشبكة الإنترنت التي لا تخدم تفصيلها مفردات موضوعنا كالآتي:

أولاً: تعريف الإنترنت:

الإنترنت (Internet)⁽⁹⁰⁾ تعني الترابط بين الشبكات أو شبكة الشبكات، وهي اختصار للمصطلح الإنجليزي: (Interconnected Network)⁽⁹¹⁾، وتكون شبكة الإنترنت أو الشبكة العالمية من عدد مهول من أجهزة الحواسيب المرتبطة مع بعضها البعض تحت تنظيم بر وتوكولات معينة تسمى بر وتوكولات تراسل الإنترنت، وتأتي تسمية شبكة المعلومات الدولية بالإنترنت تمييزاً لها عن "الارباننت" (ARPANET)⁽⁹²⁾، و الانسفانت (NSFNET)⁽⁹³⁾، اللتين تعتبران أساس و نواة قيام الإنترنت العالمية في بدايات تسعينات القرن المنصرم⁽⁹⁴⁾.

(90) تتعدد تسميات هذه الشبكة فيطلق عليها الشبكة العنكبوتية، أو التخيلية، أو الشبكة العالمية أو شبكة الشبكات، أو شبكة طرق المواصلات السريعة، أو المجتمع الافتراضي (community virtual) أو الفضاء الافتراضي (cyberspace) (إلا أن المتعارف عليه بين مختلف شعوب العالم هو تسميتها بشبكة الإنترنت).

(91) الحسن، عزة علي محمد. قانون الإنترنت، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، الخرطوم، 2005م، ص 6 — 8.
(92) الارباننت (ARPANET) اختصار لمصطلح (Advanced Research Project Agency Network) وهي شبكة معلومات وطنية تابعة لوزارة الدفاع الأمريكية تخدم الأغراض العسكرية الأمريكية، وتعتبر الارباننت أساس لقيام الشبكة الدولية أو الإنترنت.

(93) الأنسفانت (NSFNET) اختصار لمصطلح (National Science Foundation Network) وهي أيضاً شبكة معلومات وطنية أمريكية هدفت إلى ربط كافة الجامعات الأمريكية ببعضها البعض في أواخر ثمانينات القرن الماضي.

(94) بدأت الإنترنت بالتشكل في أواخر الستينيات من القرن العشرين. وكانت وزارة الدفاع الأمريكية قلقة في ذلك الوقت بشأن إمكانية نشوب حرب نووية مدمرة؛ فبدأت في البحث عن وسائل لربط المنشآت الكمبيوترية معاً، بطريقة تجعل

وتتكون شبكة الإنترنت من ملايين⁽⁹⁵⁾ من شبكات الكمبيوتر⁽⁹⁶⁾ الصغيرة تربط الكثير من المؤسسات التجارية والمعاهد والأفراد حول العالم، وبذا تمكن شبكة الإنترنت مستخدمي الكمبيوتر في جميع أرجاء العالم من استخدامها في أغراض الحياة المختلفة، ومنها الأنشطة التجارية.

قدرتها على الاتصال فيما بينها تصمد في مواجهة الحرب، وقد دشنت وزارة الدفاع بواسطة وكالة مشروعات البحث المتقدم، التابعة لها، شبكة (أربانت)، وهي شبكة من الحواسيب العسكرية والجامعية. لقد وضعت قواعد تشغيل الشبكة، الأساس لتأمين اتصال سريع نسبياً وخالٍ من الأخطاء بين كمبيوتر وآخر. وقد تبنت شبكات أخرى هذه القواعد، التي تطورت بدورها مع توفر تقنيات جديدة في مجال الكمبيوتر والاتصال. وظلت (أربانت) تنمو وتتطور طوال عقد السبعينيات، على نحو بطيء ولكنه مستمر. وبدأت حواسيب من بلدان أخرى تنضم للشبكة. كما دخلت شبكات أخرى في الخدمة أيضاً، مثل شبكة يو. سي. يو. سي. بي (UUCP). التي أنشئت لخدمة مستخدمي نظام التشغيل يونيكس، وشبكة المستخدم (يوزنت) وهي وسيلة لنشر المقالات النصية حول العديد من الموضوعات.

وبحلول عام 1981م، كان عدد الحواسيب المتصلة بشبكة أربانت يزيد قليلاً على 200 كمبيوتر. ثم قامت وزارة الدفاع بتقسيم الشبكة إلى منطقتين هما شبكة أربانت وشبكة أخرى عسكرية بحتة. وخلال الثمانينيات، جرى احتواء أربانت من قبل أنسفانت، وهي شبكة أكثر تقدماً، تم تطويرها بواسطة مؤسسة العلوم القومية لخدمة الأغراض الأكاديمية كما ذكرنا، وبعد مرور فترة وجيزة، أصبح تجمع الشبكات هذا يعرف ببساطة باسم الإنترنت. الموسوعة العربية العالمية، الرياض، 1425هـ، 2004م.

⁽⁹⁵⁾ في العام 1985م لم تتعد أجهزة الكمبيوتر المربوطة بشبكة الإنترنت الألفي (2000) جهاز، وقد تضاعف هذا العدد حتى وصل في العام 1995م إلى أكثر من خمسة ملايين (5,000,000) جهاز، وبلغ في عام 1997م أكثر من ستة ملايين (6,000,000) جهاز، ولا زالت هذه الشبكة تربط أعداداً متزايدة من أجهزة الحواسيب يوماً بعد يوم، وبالتالي لا زال عدد المستخدمين لهذه الشبكة في ازدياد مستمر، ويمكن القول بالمقارنة مع عدد المستخدمين أنه ينضم أكثر من ستة وأربعين شخص كل دقيقة إلى شبكة الإنترنت على مستوى العالم، وفي تقرير نشرته شبكة (NUA) الأمريكية قدرت فيه أن عدد المستخدمين للإنترنت عام 2005م كان مائتين وخمسة وأربعين مليوناً (245,000,000) شخص حول العالم. أنظر: الجنيهي، منير محمد. الجنيهي، ممدوح محمد، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص 8 – 10. ولكن لاحظنا أن هذا العدد رغم أنه غير قليل إلا أنه ليس العدد الحقيقي لمستخدمي شبكة الإنترنت ولا التقريبي حتى، وذلك للاتي:

- ذكرت الأمم المتحدة في تقرير التجارة الإلكترونية وتطويرها في عام 2004م أن :

(At the end of 2003, nearly 676 million people (or 11.8 per cent of the total population of the world) had access to the Internet. This represents an increase of 49.5 million people or 7.8 percent compared with the figures at the end of 2002). United Nation Conference On Trade And Development, E-commerce and development report 2004, page xvii.

وهذا الرقم — 676 مليون — يزيد بأضعاف عن ما ذكره تقرير شبكة (NUA) الأمريكية،

- كما أن تقريراً نشرته الموسوعة العربية العالمية ذكرت فيه أن عدد المستخدمين لشبكة الإنترنت قد بلغ بحلول شهر مايو 2001م نحو ثلاثمائة وأربعة وعشرين مليون (324,000,000) شخص حول العالم،
- ذكرت قناة (الجزيرة الوثائقية) في برنامج بثته تحت اسم "حرب الإنترنت" أن عدد المشتركين في شبكة الإنترنت قد تجاوز المليار شخص في العام 2005م، وذلك يدل على أن عدد مستخدمي شبكة الإنترنت حول العالم — بما في ذلك الدول النامية بحسب التقارير — ينمو ويزيد بسرعة كبيرة من الصعب على البعض أحياناً معرفتها أو تقديرها حتى.

⁽⁹⁶⁾ والكمبيوتر هو: عبارة عن جهاز أو مجموعة من الأجهزة أو الأجزاء المرتبطة أو المتصلة مع بعضها أو ذات علاقة، والتي يقوم واحد منها أو أكثر وفقاً لبرنامج معين بوظيفة المعالجة الآلية للبيانات. الاتفاقية العالمية (الأوروبية) لجرائم الكمبيوتر لعام 2001م، المادة (1).

وإرسال واستقبال الرسائل، وتبادل المعلومات بأشكالها المختلفة، بل وممارسة الألعاب الإلكترونية وألعاب الكمبيوتر مع أناس ينصلون بالشبكة من أقاليم ودول أخرى.

وتباين أجهزة الحواسيب الموصلة بشبكة الإنترنت بحسب استخدام هذه الحواسيب واستخدام الشبكة أيضاً، فنوجد الحواسيب البسيطة الرخيصة المعروفة غالباً باسم الحواسيب الشخصية (Personal computer)، وتوجد أيضاً الحواسيب الرئيسية الضخمة التي تستخدمها المؤسسات الحكومية، والمعاهد التعليمية والشركات التجارية، وغيرها من المؤسسات والشركات المختلفة الأخرى.

فكرة عمل الإنترنت:

تقوم فكرة الإنترنت على مشاركة المعلومات بمعنى أن المعلومة المرفوعة على شبكة الإنترنت تصبح مباحة لمستخدمي الشبكة المتصلين لها، فعند الدخول إلى الشبكة عن طريق أحد منصفحات أو مسنخات الشبكة المثبتة على جهاز الكمبيوتر وكتابة العنوان المقصود نرى عادة أن العنوان الإلكتروني للشركة أو للمؤسسة يبدأ بالأحرف (www) وهذه الأحرف هي اختصار لعبارة (world wide web) وتعني أن المتصفح يريد دخول شبكة الإنترنت العالمية واستخدامها، وعند تشغيل المسنخ يمكن للمستخدم الوصول إلى ملايين المواقع حول العالم، ولكل موقع عنوانه الإلكتروني الخاص به الذي يشار إليه بالأحرف (URL) وهي اختصار لمصطلح "محدد موقع المعلومات" على شبكة الإنترنت (Uniform Resource Locator)، وهناك أدلة لهذه العناوين تجري المحافظة عليها ويتم تحديثها بصورة مستمرة عبر الشبكة نفسها، وتنظم العناوين نفسها عن طريق تقسيمها إلى فئات عديدة مثل التعليمية، والتجارية، أو المنظمات. وفي حالة عناوين هذه الفئات، قد يأخذ نوع المجال رموزاً عبارة عن أحرف لاحقة تدل على فئة الموقع مثل (edu.) وهي اختصار لكلمة تعليمية (educational)، أو (com.) وهي اختصار لكلمة تجارية (commercial)، أو (tv) وهي اختصار لكلمة تلفزيونية (television).

بإمكان المستخدم إرسال طلب عبر مقدم خدمة الإنترنت إلى الشبكة، عن طريق كتابة العنوان المطلوب أو النقر بمؤشر الفأرة (mouse) على صورة أو كلمة من تبطة إلكترونيًا بالعنوان. وعندما يصل الطلب إلى وجهته، يستجيب الكمبيوتر الملقم بإرسال المعلومات المطلوبة للمستخدم، وتأخذ هذه المعلومات في الغالب شكل صفحة بداية رئيسية تعرف باسم الصفحة الأمر، وهي مماثلة لجدول المحتويات في كتاب أو مجلة، وانطلاقاً من الصفحة الأمر يمكن للمستخدم البحث عن مزيد من المعلومات عن طريق الارتباطات التي تمكنه من الانتقال إلى صفحات أخرى في نفس موقع الويب، أو في مواقع الويب الأخرى.

بالإضافة إلى ذلك، فإن لغة البرمجة المستخدمة في الويب، أو لغة ترميز النص الشبكي والمعروفة بـ (HTML) اختصاراً لـ (Hyper Text Markup Language) ⁽⁹⁷⁾ تلعب دور الوسيط لعملية الربط بين المعلومات الواردة من حواسيب موجودة حول العالم، وقد أدى هذا التطور إلى إيجاد دليل تفاعل يمكن المستخدمين من القفز بسهولة من محتويات أحد الحواسيب إلى محتويات كمبيوتر آخر، منعقبين أثر المعلومات حول العالم.

تطورت شبكة الإنترنت مؤخراً حتى أصبح نظام طلب المعلومات ⁽⁹⁸⁾ عن طريق الشبكة من الشبكة نفسها، فبدلاً من أن كان دور شبكة الإنترنت يقتصر على تمثيل دور الوسيط بين طالب المعلومة والخادوم ⁽⁹⁹⁾ الموفّر لها صار طلب المعلومات من الشبكة نفسها وتخزين المعلومات على

⁽⁹⁷⁾ HTML is a markup language , which means it marks a portion of text as referring to a particular type of information. **Watson, T Richard.& Berthon ,Pierre. & Zinkhan, M George & . Pitt , F Bentley . E- commerce The strategic perspective** , Jacobs Foundation, Zurich, Switzerland, 2008. Page24.

⁽⁹⁸⁾ تشمل المعلومات كل حقائق مدركة في الوعي تتواجد معنوياً كقيمة معرفية، ومادياً في شكل أر قام وأحرف ورسوم وصور وأصوات، ويتم جمعها ومعالجتها وحفظها وتبادلها بوسائط إلكترونية وورقية. مشروع القانون اليمني رقم (ـ) بشأن المعلومات لسنة 2009م، المادة (2/ هـ).

⁽⁹⁹⁾ الخادوم (Server): جهاز خدمة رئيسي في شبكة الإنترنت يعمل على خدمة الأجهزة الأخرى (عميل client، مستضاف guest أو عميل أو محطة فرعية أخرى) أو يخدم أحد موارد الشبكة (الطباعة، الملفات، أو الاتصالات) ويتم إرسال صفحات الويب والبريد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت بواسطة بروتوكولات نقل الخدمة أو الملفات، وهذه البروتوكولات عبارة عن مجموعة من القواعد البرمجية تعمل على إتاحة الاتصال بين أجهزة الحواسيب ببعضها البعض، وكيفية نقل البيانات وتبادلها بين الزبون والخادوم عبر أجهزة الحواسيب التي تستعمل أنظمة تشغيل مختلفة عن بعضها البعض. **بسيوني، عبد الحميد.** طرق وبرامج الهاكرز وقرصنة المعلومات، دار الكتب العلمية للنشر

الشبكة نفسها وذلك عن طريق "بروتوكول نقل النص الشعبي" (HTTP) (Hypertext Transfer Protocol) ⁽¹⁰⁰⁾ ويوفّر هذا البروتوكول العديد من المزايا لاستخدام شبكة الإنترنت والحصول على المعلومات من الشبكة مباشرة مثل إتاحة المعلومات في أي وقت لطالها، وتقليل التحكم وإدارة تلك المعلومات من قبل أصحابها والسرعة في الحصول على المعلومة نفسها .

والتوزيع، القاهرة، 2004م، ص10. (هايدز، ديدر. علم نفسك (HTML4) في 10 دقائق، الطبعة الأولى، مكتبة جرير، الرياض، 2001م، ص5).
(100) المرجع السابق، ص5.

المطلب الثاني: علاقة الإنترنت بالتجارة الدولية

تقدم الإنترنت العديد من الخدمات التجارية فبالإضافة إلى أن شبكة الإنترنت تعتبر سوقاً لقيام التجارة الدولية وتبادل السلع والمنتجات عليها فقد استطاعت شبكة الإنترنت مؤخراً أن تصبح بديلاً قوياً لوسائل الإعلام الأخرى كالتلفزيون والراديو والصحف أو المجلات، ذلك لأنها تستخدم طرقاً جديدة للوصول إلى جمهور وسائل الإعلام الأخرى، كما تخلق فرصاً لكسب جمهوراً أكثر، وذلك يجعل المنتجين والبائعين ينجحون نحو الإنترنت ويتركزون على نشر إعلاناتهم وبها على شبكة الإنترنت بدلاً من وسائل الإعلام الأخرى⁽¹⁰¹⁾، ولأن الإنترنت وسيط قوي للتواصل الشخصي ووسطاً جديداً ومفضلاً للمعلومات لدى غالبية الجمهور⁽¹⁰²⁾، فإن الناشرين يفضلون الإنترنت بوصفها وسيلة لعرض الصحف والمجلات والكتب والصور وملفات الأصوات، خاصة مع توفر العوامل المساعدة على رؤية الإعلان على الشبكة وأثرها في جذب المتصفحين مثل: التفاعل مع الجمهور، قدرة المعلن على جعل الصفحة الإعلانية مرئية على الشبكة من خلال التسجيل في أدلة ومحركات البحث وتكامل الإعلانات على شبكة الإنترنت، أيضاً صلة الإعلان ببرنامج السوق من خلال تصميم الإعلان باتجاه دعم برنامج تسويقي محدد يستهدف شريحة معينة من المتصفحين، جمهور الإعلان والتأثير على هذا الجمهور وغيرها من العوامل المساعدة على جذب المتصفحين⁽¹⁰³⁾، ولأن المعلومات على الشبكة تأتي على شكل إلكتروني، فإن ذلك سيوفر على الناشر تحمل تكاليف الورق والطباعة والنزيع. وأهم من كل ذلك، الإمكانية المتاحة للناشر

(101) يضيف البعض أن الإنترنت تعد فضاءً واسعاً سواء للمجموعات أو الأفراد لتقديم أكثر الآراء والأخبار أو المعلومات تنوعاً:

The Internet is also a space in which many collective or individual projects for the presentation of the most diverse opinions, news and information.

Cardoso, Gustavo. The Media In The Network Society, CIES – Centre for Research and Studies in Sociology, Lisboa, Portugal. 2006. Page 201.

(102) **Cardoso, Gustavo . Ibid., pages 122 , 286 .**

(103) المتبوت، محمد أحمد محمود. عوامل جذب المتصفحين للإعلان على شبكة الإنترنت، مجلة الباحث الجامعي، جامعة إب، إب، العدد 7، يونيو/ حزيران 2004م، ص 293—297.

لتحديث المعلومات بصورة فورية منى ما شاء، مما يجعل في الإمكان تقديم مادة أكثر معاصرة، بصورة تفوق ما يمكن تقديمه على الصحف والمجلات أو وسائل الإعلام الأخرى.

كما تقدم شبكة الإنترنت خدمة البيع الإلكتروني، فنستخدم العديد من الشركات الإنترنت للقيام بأعمالها التجارية⁽¹⁰⁴⁾، وتبيع مؤسسات البيع بالجزئية كل أنواع المنتجات تقريباً على الإنترنت، وينظر ناشرو البرمجيات للشبكة بوصفها وسيلة ملائمة ومرخصة لتوزيع منتجاتهم، فعلى الإنترنت يمكن للمستخدمين شراء برامج جديدة، أو تجربة البرامج قبل شرائها، أو تلقي نسخ محدثة لبرامج يمتلكونها.

وحيث أن مئات الملايين من الناس، يستخدمون الإنترنت كل يوم، فقد أصبح المعلنون تواقين لوضع رسائلهم الإعلانية في المواقع التي تحظى بزيارات متكررة. إما على عناوين خاصة بالمعلن أو المنتج، أو مرفقة بأحد المواقع الأخرى على صفحات الشبكة، ويمكن ربط هذه الإعلانات إلكترونياً بالمعلومات الخاصة بالمعلن، التي تأخذ في معظم الأحيان شكل ملف وسائط متعددة، و قد أصبح مؤخراً بإمكان المعلنين دعوة مستخدمي الإنترنت لمشاهدة الإعلانات التجارية على حواسيبهم الخاصة مستفيدين من الخدمات التجارية التي تقدمها شبكة الإنترنت في هذا الخصوص. بالإضافة إلى ما سبق فإن من أهم الخدمات التجارية التي تقدمها شبكة الإنترنت والتي تسهل معاملات التجارة الدولية هو النواصل بين الأشخاص مثل:

1. المحادثات الشخصية: فيمكن التحدث مع طرف آخر صوتاً وصورةً وكتابةً.
2. الدررشة الجماعية: تشبه الخدمة السابقة إلا أنه يمكن لأي شخص أن يدخل في المحادثة أو يستمع إليها دون الحاجة إلى طلب الإذن من الآخرين.

(104) تحتكر الإنترنت عملية تسويق منتجات بعض الشركات مثل شركة (Egghead) التي لا تبيع منتجاتها إلا على شبكة الإنترنت ولا يوجد لديها أي منافذ للبيع أو قنوات لتوزيع منتجاتها إلا على الشبكة.

3. نقل الملفات وتحويلها من جهاز كمبيوتر إلى آخر، وتقدم هذه الخدمة للمستخدمين

ومنصفحي الشبكة عن طريق بروتوكول يسمى بروتوكول نقل الملفات (FTP)⁽¹⁰⁵⁾

الخاص بنقل الملفات بين أجهزة الحواسيب.

4. المجموعات: وهي عبارة عن برنامج يتيح خدمة المحادثة بين أكثر من شخصين يديرها

شخص ثالث، يتيح نظام المجموعة تداول المعلومة بين أفرادها في ذات الوقت وتبادل

المعلومات دون أن يكون لأي طرف آخر أو فرد من خارج المجموعة النصريح

للدخول إليها والإطلاع على محتوياتها.

5. إلا أن من أهم الخدمات التجارية التي تقدمها شبكة الإنترنت هو البريد

الإلكتروني، ونظراً لأهمية هذه الخدمة فسوف نحدث عنها تفصيلاً كالآتي:

تقوم فكرة البريد الإلكتروني على نفس الفكرة التي يبنى عليها البريد العادي وهي

إرسال واستقبال المستندات الخاصة بين شخصين أو أكثر يمتلآن طرفي الاتصال وهما: "المُرسل" و

"المستقبل"، وبالتالي لا تختلف البريد الإلكتروني عن البريد العادي في الوظيفة في كونها تتعلق بتبادل

الاتصالات بين طرفي الاتصال، إلا أن البريد الإلكتروني يختلف عن البريد العادي من عدة نواح

تمثل مميزات ينفرد بها البريد الإلكتروني سنعرض لها بعد توضيح مفهومه على النحو التالي:

تعريف البريد الإلكتروني:

عرف الفقه البريد الإلكتروني بأنه: (مكنة التبادل غير المترامن للرسائل بين أجهزة

الحاسب الآلي)⁽¹⁰⁶⁾.

ويعرف القانون العربي النموذجي الموحد البريد الإلكتروني على أنه نظام للتراسل

باستخدام شبكات الحاسبات..

(105) "FTP" is abbreviation for the term; File Transfer Protocol.

(106) منديل، أسعد فاضل. البريد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة القانون المقارن لسنة 2008م، القادسية، بدون تاريخ، ص2.

عرف البعض البريد الإلكتروني تعريفاً موجزاً على أنه: تبادل للرسائل والوثائق باستخدام الحاسب الآلي⁽¹⁰⁷⁾.

أما القانون الأمريكي فيصنف معنى البريد الإلكتروني إلى وسيلة اتصال يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة خطوط تلفونية خاصة أو عامة، وغالباً يتم كتابة الرسائل على جهاز الكمبيوتر ثم إرسالها إلكترونياً إلى كمبيوتر مورد الخدمة (server) الذي ينولى تخزينها لديه حتى يتم طلبها من قبل المرسل إليه، ليتمكن من الوصول إليها.

أما القانون العربي الموحد لمكافحة جرائم المعلوماتية فيعرف البريد الإلكتروني على أنه: خدمة تبادل مراسلات إلكترونية بين مستعملي الحاسوب⁽¹⁰⁸⁾.

وتقوم فكرة عمل البريد الإلكتروني على استخدام شبكة الإنترنت بصفة أساسية بحيث يكون للمستخدم مفاتيح أحدها عام ومعروف للعامة يمكنهم من الإرسال عبره ويسمى بـ "اسم المستخدم" (IP address)، (User name)، والآخر خاص بين المستخدم نفسه والمخدم الذي منحه ميزة استخدام البريد الإلكتروني عبر موقعه ويسمى بـ "كلمة المرور"، أو الرمز التعريفي (Password)، وتمثل كلمة المرور رمز الأمان لدخول البريد الإلكتروني وتصفح محتوياته وعادة ما تنصح المواقع الإلكترونية التي تقدم خدمة البريد الإلكتروني مستخدميها باستخدام كلمات مرور معقدة وغير شائعة كوع من أنواع الحماية الذاتية للبريد الإلكتروني، كالتباعد عن أسماء الأقارب و أماكن العمل أو المدن المتعلقة بالمستخدم أو أرقام الهواتف وتواريخ الميلاد التي يمكن كشفها أو الوصول إليها بسهولة.

(107) حجازي، عبد الفتاح بيومي. النظام القانوني للحكومة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007م، ص170.
(108) الاجتماع السابع عشر لمجلس إدارة المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، مجلس وزراء العدل العرب، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت - لبنان، 19-21/9/2006م، ص41.

مميزات البريد الإلكتروني

وقد سهلت فكرة البريد الإلكتروني المعاملات بين أطراف المخاطبات الإلكترونية نظراً للمميزات الخاصة التي يمنحها البريد الإلكتروني، فبالإضافة إلى السرعة في تبادل المخاطبات وتقليل التكاليف وزيادة درجة الأمان والجودة التي يتميز بها البريد الإلكتروني إذا ما تم مقارنته مع بقية أنواع الاتصالات والمراسلات الأخرى، سواء وسائل الاتصالات والمراسلات العادية مثل البريد العادي بأنواعه المختلفة، أو تلك الإلكترونية مثل الفاكس و النلغراف يمنح البريد الإلكتروني ببعض الخصائص المميزة وهي:

- الموثوقية عن طريق الإرسال بالألوان وضمان عدم الفقدان.
- تبادل الوسائط (Exchange Multimedia)⁽¹⁰⁹⁾: فيستطيع أطراف النواصل إرسال واستقبال ملفات الوسائط المعددة عبر البريد الإلكتروني كملفات الفيديو أو التسجيلات الصوتية وملفات الصور وغيرها، والبريد الإلكتروني لهذه الميزة تستخدم أطراف التعاقد والجهات القانونية الأخرى على حد كالتضاء على حد سواء فينما يستخدم الأطراف هذه الميزة لا تمام معاملاتهم العقدية فيما بينهم، فإن القضاء أيضاً يستطيع استخدام هذه الوسائط في عملية الإثبات كدليل إلكتروني.
- مخزن إلكتروني (E-store): كما يعتبر البريد الإلكتروني مخزن دائم لحفظ المستندات والبيانات عليه وإمكانية الرجوع إليها والإطلاع عليها أو سحب نسخة منها عند الحاجة عن طريق الآلة الطابعة (printer) أو إرسال نسخة على بريد أو مسنم إلكتروني آخر دون أن تنأث النسخة المحفوظة في البريد أو تحدث أي تشويه

⁽¹⁰⁹⁾ مصطلح (Multimedia) يتكون من كلمتين: (Multi) وتعني متعدد، و كلمة (Media) وتعني وسيط أو وسيلة إعلامية، وتعرف (Multimedia) بأنها : طائفة من تطبيقات الحاسب الآلي يمكنها تخزين المعلومات بأشكال متنوعة تتضمن النصوص والصور الساكنة والرسوم المتحركة والأصوات، ثم عرضها بطريقة تفاعلية (Interactive) وفقاً لمسارات المستخدم . وعلى هذا يتضح أن الوسائط المتعددة هي عبارة عن دمج بين الحاسوب والوسائل التعليمية لإنتاج بيئة تشعبية تفاعلية تحتوي على برمجيات الصوت والصورة والفيديو ترتبط فيما بينها بشكل تشعبي من خلال الرسومات المستخدمة في البرامج.
(www.forum.halahotels.com/120576)

(distortion) للنسخة المرسلت، وبذا يسهل البريد الإلكتروني لأطراف الخطاب والغير عملية حفظ المستندات من فقدان والتلف، كما يسهل لكافة الأطراف الإطلاع على ذات النسخة بكامل خصائصها ومميزاتها .

عيوب البريد الإلكتروني:

على الرغم من المميزات السابقة للبريد الإلكتروني فإن هناك بعض السلبيات التي تعيق تقدم المعاملات الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني ومن هذه السلبيات ما يأتي:

- خطورة تخزين المعلومات الخاصة بالمتعاملين على شبكة الإنترنت وبالتالي ليست محمية ضد الهجمات التي يقصد أصحابها عناوين البريد الإلكتروني للأشخاص .
- نظراً لسوء خدمة الإنترنت أحياناً لا ينمر إرسال الرسالة إلى الوجهة المعينة ولا يأتي إشعار من إدارة موقع البريد بفشل إرسال الرسالة أو تأخر إرسال الإشعار وهو ما يشكل معضلة بشأن وقت زمن وصول الرسالة أو العلم لها لدى الطرف الآخر .
- ميزة تسجيل المحادثات الإلكترونية السريعة (My chat log) التي تمنع لها بعض أنواع البريد الإلكتروني (Chat) تعتبر سلاح ذا حدين فقد يطلع عليها الغير نظراً لأنها لا ينمر تخزينها على شبكة الإنترنت إنما على القرص المحلي لجهاز الحاسوب الذي تمت بواسطته إجراء المحادثة وقد يكون هذا الجهاز غير محمٍ، أو جهاز يتأوب الجلوس عليه العديد من الأشخاص مثل الأجهزة المنشرة على مختلف مقاهي الانترنت .
- كما يعتبر البريد الإلكتروني مخزن للمستندات والوثائق فإنه يعتبر أيضاً مسودع للفيديوات والديتان الإلكترونية التي ينمر إرسالها إليه من أشخاص غير معرفين بغرض النجسس على صاحب البريد الإلكتروني أو جهاز الحاسوب الذي يستخدم البريد الإلكتروني بواسطته، والتي ينحول البريد بعدها إلى عدو ضد صاحبه فيبدأ

بهاجته قائمة عناوين البريد الأخرى المخزنة عليه وإرسال تلك الفيروسات إليها بصفة تلقائية.

- نلاحظ أثناء تصفح البريد الإلكتروني في بعض الشركات التي تقدم خدمة البريد الإلكتروني تزويدها للبريد الإلكتروني بخدمة (mark as unread) وتعني التعليل على الرسالة التي تم فتحها لنصبح غير مقروءة، فعادة تختلف طريقة عرض الرسائل ضمن البريد الوارد (Inbox) إلى نوعين النوع الأول وهي الرسائل التي تم فتحها وقراءة محتوياتها والنوع الآخر هو تلك التي وصلت إلى البريد ولكن لم يتم الإطلاع على محتوياتها بعد، وعادة ما ينمر التفرقة بين هذين النوعين من قبل الشركة المزودة لخدمة البريد الإلكتروني فينمر عرض تلك المقروءة بشكل أو بآخر أو لون أو علامة مميزة تختلف عن الغير مقروءة، وينمر تغيير الوصف ألياً بعد فتح الرسالة من المرة الأولى، ولكن مع ذلك فإن باستطاعة المنصفح للبريد الإلكتروني أن يطالع على محتويات الرسالة ومن ثم يعيد ضبطها لنظهر في خانة أو شكل الرسائل غير المقروءة وهذا في الواقع يسبب إشكالات منها قانونية تتعلق بعملية الإثبات خاصة وإن القواعد العامة للإثبات تركز إلى الأخذ بنظرية العلم بالوصول وليس الوصول لإثبات زمن الإيجاب والقبول والتعاقد وغيرها من تفاصيل العقد، ومنها ما يتعلق بأمان البريد نفسه، إذ قد ينمر تصفح الرسالة من أحد القراصنة أو الذين تسللوا إلى الجهاز ومن ثم ينمر التعليل عليها لترجع وكأنها غير مقروءة فلا يشعر المستخدم أن رسالته قد فُتحت من قبل وتشكل هذه الخدمة خطورة كبيرة على مستخدمي البريد الإلكتروني إذ تعتبر كالتغطاء الذي ينستر وراءه مخترق البريد أو الجاسوس ويغطيها جرائمهم.

- تعرض البريد الإلكتروني للسرقة أو للقرصنة أو لفقدان كلمة الس لل دخول إليه قد يعصف بالبريد الإلكتروني مع كافة محتوياته .
- البريد الإلكتروني غير محمٍ ضد بعض الجهات السياسية أو الأمنية في الدولة⁽¹¹⁰⁾ وبالتالي لا تكون اتصالات ومخاطبات الأطراف محمية ضد وصول الآخرين إليها .
- عدم إمكانية التحقق من هوية المرسل⁽¹¹¹⁾، وعدم إمكانية التحقق أيضاً ما إذا كانت الرسالة من الشخص المعني أم ليست منه، ويرجع ذلك لأن رسائل البريد الإلكتروني لا تحمل أي توقيع يدل على مساهمها سوى عنوان بريد الإلكتروني الذي قد يعتريه لبس مع عنوان آخر مشابه، أو ينم اختراقه من قبل ذي مصلحة كالمهاجرين القراصنة أو المنافسين التجاريين وغير ذلك .

الاستخدام التجاري للبريد الإلكتروني:

- يستخدم البريد الإلكتروني تجارياً كثافة اتصال ينم عبرها النواصل بين الأطراف ونسطيع الوقوف على نوعين من أهم الاستخدامات التجارية للبريد الإلكتروني وهما:
- أ. الإعلانات التجارية: أصبح المنتجون والمعلنون اليوم يعتمدون بشكل كبير على نشر إعلاناتهم التجارية المتعلقة بمنجأهم التجارية عبر البريد الإلكتروني كما ذكرنا في الباب الأول

(110) اعترفت مؤخراً المخابرات الأمريكية بأنها قامت بالتجسس على البريد الإلكتروني للمواطنين، كما قدم رئيس المخابرات وعداً للمواطنين في الخارج بأن وكالة الأمن القومي الأمريكي لن تقرأ بريدهم الإلكتروني الشخصي إن تم سن قانون تسعى إليه المخابرات لأمن المواصلات يسمح لها بالتجسس على بريد أي شخص وقراءة محتوياته لأغراض أمنية، كما تسعى المخابرات المركزية الأمريكية من خلال سن مثل هذا القانون إلى إلزام الشركات الخاصة التي توفر خدمات البريد الإلكتروني بتبادل الخاصة بالمستخدمين مع الحكومة، مقالة بعنوان "المخابرات الأمريكية تقر بالتجسس على البريد الإلكتروني للمواطنين" أوردها موقع (www.islammemo.com). بتاريخ 10 يونيو 2012م، ومع أن الحكومة الأمريكية بكافة جهاتها تشجع على سن مثل هذا القانون إلا أن من آثاره المستقبلية ما يأتي: *تعطيل النصوص الدستورية والقانونية التي تقضي بحرية وسرية اتصالات المواطنين، * تطبيق هذا القانون من الناحية العملية يثير العديد من الصعوبات ذلك لأنه وكما وعد رئيس المخابرات الأمريكية بعدم قراءة البريد الشخصي للمواطنين فإن هذا الوعد سيكون صورياً فقط ولا يمكن الوفاء به على الواقع إذ أن محتويات الرسالة الإلكترونية لا يمكن تبيينها إلا بعد فتح الرسالة وقراءة محتوياتها وتدبير والتمتعن في معانيها لأن متطلبات الأمن تتطلب كل ذلك، فكيف سيتم تنفيذ وعد بعدم قراءة الرسائل الشخصية للمواطنين؟ * سن مثل هذا القانون وتنفيذه سيحول عقد لحصول على بريد إلكتروني من عقد تجاري خدمي إلى منظومة عقود الإذعان.

(111) منديل، أسعد فاضل. مرجع سابق، ص8.

من هذه الدراسات، ذلك لما يتميز به الإعلان عن طريق البريد الإلكتروني من مميزات ترفع من نسبة الإقبال عليه والتعامل عبره، ومن هذه المميزات عدم وجود حواجز معينة تقف بين المعلن والشخص المستهدف أو قيود وقواعد معينة للإعلانات كما هو الحال عند الإعلان عبر وسائل أخرى مثل التلفزيون والصحف وغيرها، إضافة إلى تقليل التكاليف إلى حد كبير قد لا يكاد يدرك، فكل ما يتطلبه نشر الإعلان عن طريق البريد الإلكتروني هو الاشتراك في خدمة الإنترنت والحصول على عنوان الشخص المستهدف سواء كان تاجر آخر أو مستهلك مباشر، ويتم الحصول على عناوين المرسل إليهم إما عبر البحث في شبكة الإنترنت، أو عن طريق الصدفة والنخمين، أو عن طريق الشركات التي توفر خدمات البريد الإلكتروني نفسها إذ يلجأ المعلنون إلى الحصول على قاعدة بيانات من هذه الشركات تضم كافة العناوين البريدية المسجلة لديهم ثم يتم إرسال الإعلانات إلى بريد كل مستخدم على شكل رسالة إلكترونية في زمن قد لا يتعدى بضع ثوان.

بريد (Spam):

يدرك مصطلح (Spam) عند الحديث عن البريد الإلكتروني ويعني مصطلح (Spam) بحسب ما عرفته (CNIL)⁽¹¹²⁾ إرسال كمية كبيرة من البريد بشكل متكرر وغير مرغوب فيه وله محتوى غير مشروع إلى أشخاص ليس بينهم والمرسل أية علاقة عقديّة، ويكون قد تم اختيار بريدهم الإلكتروني بشكل غير منظم، وعلى الرغم من وجود عدة ملاحظات على التعريف السابق⁽¹¹³⁾ إلا أن ما يهمنا معرفته هو أن الشركات والمواقع التي تقدم خدمة البريد الإلكتروني غالباً ما تضع ضمن برامج البريد الإلكتروني بريد (Spam) لينم عن طريقه التعامل مع الرسائل الغير مرغوب لها

(112) (CNIL) اختصار لجملة (National Commission on Informatics and Liberties) وتعني اللجنة الوطنية للمعلومات والحريات الفرنسية وقد عرفت هذه اللجنة (Spam) في تقريرها الصادر بتاريخ 4 أكتوبر 1999م، وأوردت هذا التعريف: **خالد، كوثر سعيد عدنان. حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م، ص209.**

(113) فليس بالضرورة أن تكون كمية الرسائل كبيرة أو متكررة حتى نطلق عليها مصطلح (Spam) وكذلك ليست كل الرسائل التي تصل إلى هذا البريد غير مشروعة، كما أن التعريف يحصر عملية معرفة البريد بصورة غير منتظمة، ونرى أن هذا التعريف أقرب لما يكون في وصف الإغراق الإلكتروني كنوع من الهجوم على البريد الإلكتروني ليتم تعطيله أو السيطرة على محتوياته منه إلى وصف بريد (Spam).

أو التي تشكل خطراً على الكمبيوتر أو النظام ومن ثم المستخدم، إلا أنه تجب ملاحظة أنه في بعض الأحيان تصل رسائل تعد هامة بالنسبة لطرف في الاتصال على بريد (Spam) ويكون ذلك في حالة عدم وجود تعامل مسبق بينهما أو أن البريد الإلكتروني للمرسل ليس مدرجاً ضمن قائمة العناوين لدى المرسل إليه، فيعرف عليها البريد الإلكتروني على أنها رسالة (Spam) ولا تخدم ذلك طرف في الاتصال خاصة مع تميز صندوق (spam) بخاصية التنظيف الآلي للمحتويات أي يتم حذف كافة محتويات هذا الصندوق آلياً بعد مدة معينة من وصولها تراوح ما بين اليوم والشهر بحسب ما يتم ضبطه من قبل المستخدم. وهذا يشكل عتبة في التعاملات الإلكترونية أمام المتخاطبين أو أطراف الاتصال إذ قد يتم استقبال إحدى الرسائل التي تحوي تفاصيل جوهرية أو تعديل في بنود التعاقد أو أي من البيانات الهامة لإبرام التعاقد أو تنفيذ العقد على بريد (Spam) وبعد مدة يتم التخلص منها قبل أن تصل إلى علم المرسل إليه.

ب. مبادلة الاتصال بين الأطراف: أيضاً يستخدم البريد الإلكتروني لإنجاز المعاملات الإلكترونية الخاصة بمراسلات ومخاطبات أطراف التعاقد أو التفاوض. ومما سبق خلص إلى أن شبكة الإنترنت أصبحت مظهر حديث من مظاهر التجارة الدولية و ضرورة من ضرورات قيام التجارة الدولية وتقديمها لا يمكن الاستغناء عنها حيث تستخدم شبكة الإنترنت كسوق لعرض المنتجات الدولية وكأداة تستخدم لإبرام وتنفيذ العقود التجارية الدولية وتنفيذ التزامات الأطراف كما سيتم شرح ذلك تفصيلاً في موضعه من هذه الدراسة.

المبحث الثاني: التجارة الإلكترونية

أصبحت خدمة الإنترنت ضرورة في حياتنا لا يمكن الاستغناء عنها كما فصلنا ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل، ولم تخل الإنترنت هذه المرتبة إلا لما قدمته ولا زالت تقدمه من خدمات للبشرية لتسهيل سبل التواصل وأسباب الرفاهية الاقتصادية والاجتماعية وغيرها .

غير أن أهم ما تظلم شبكة الإنترنت بتقديمه للبشرية هو التجارة الإلكترونية التي لاقت مؤخراً إقبالا كبيرا عليها من مختلف شعوب العالم رغم ما تحويه هذه التجارة من مخاطر يمكن أن تعصف باقتصاد بلد بأكمله إلا أن المتعاملين عن طريق التجارة الإلكترونية يعربون عن تفاؤلهم بالفوائد المبررة من التجارة الإلكترونية، ويرغبون في وضع تنظيم قانوني معين يهتم بتنظيم هذا النشاط التجاري خاصة أن التجارة الإلكترونية أصبحت تضم مختلف المتعاملين والتجار إذ تسمح هذه التجارة الجديدة للشركات الصغيرة بمنافسة الشركات الكبيرة . وتُسندت العديد من الثغرات لتذليل العقبات التي يواجهها المتعاملون وسوف ينتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتحدث في المطلب الأول عن مفهوم التجارة الإلكترونية وخصائصها، ونخصص المطلب الثاني للحديث عن معوقات التجارة الإلكترونية والجريمة الإلكترونية.

المطلب الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية وخصائصها

أولاً: تعريف التجارة الإلكترونية: على الرغم من حداثة مفهوم التجارة الإلكترونية، وأن موضوع التجارة الإلكترونية يعد من المواضيع الوليدة على القانون بشكل خاص، إلا أن الكثير من القانونيين قد تصدوا لمحاولة وضع تعريف أمثل لهذا المفهوم، ذلك لمحاولة إفراغ النشاط التجاري الإلكتروني في قالب قانوني ينظمه ويكفل الحماية للمتعاملين عن طريقه، ويساعد ذلك التنظيم على تقدم وتطور التجارة الإلكترونية نفسها؛ إذ تجعل البعض⁽¹¹⁴⁾ ازدهار التجارة الإلكترونية من هنا بخبرائها في وسط قانوني يكفل الأمن للمعاملات خلالها، ويحمي حقوق

(114) شرف الدين، أحمد. الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2007م، ص154.

وحريرات أطراف التعامل فيها، وتخطيط المصالح المتعلقة بالنظام العام الداخلي والدولي على حد سواء بسياج من الحماية القانونية، وقد يكون ذلك سبباً في كثرة الآراء وتباين وجهات نظر فقهاء القانون التجاري بشأن تعريف التجارة الإلكترونية، فقد حصص البعض⁽¹¹⁵⁾ مفهوم التجارة الإلكترونية على نقل وتسليم السلع والخدمات فعرفها على أنها: نقل وتسليم السلع والخدمات إلكترونياً، وأفردها البعض⁽¹¹⁶⁾ وصفاً لعمليات البيع التي تتم على شبكة الإنترنت فعرفها على أنها: عمليات البيع التي تتم على شبكات الإنترنت.

ولكن نلاحظ على التعريفين السابقين حصصهما - كما ذكرنا - لمفهوم التجارة الإلكترونية على نقل السلع والخدمات إلكترونياً والبيع على شبكة الإنترنت، وبالتالي فإن الأخذ بهما يجعل من مفهوم التجارة الإلكترونية مفهوماً جامداً لا يتقدم تكنولوجيا الاتصالات، وبالتالي تتم إلى اتساع في تفسير هذه التجارة التي جاءت مصاحبة لتقدم تكنولوجيا الاتصالات، وبالتالي تتم إلى اتساع في تفسير مفهومها وتعريفها.

كما نلاحظ على التعريف القائل بأن مفهوم التجارة الإلكترونية ينصرف إلى نقل وتسليم السلع والخدمات إلكترونياً أنه تضمن تسليم السلع إلكترونياً إلى جانب تسليم الخدمات في الوقت الذي لم يوضح ماهية السلعة التي يمكن تسليمها إلكترونياً، وكيفية تسليمها، ونعتقد أن المقصود من التعريف بمصطلح (السلع) هو السلع الإلكترونية كالبرامج الإلكترونية وبنامج الكمبيوتر، أما مفهوم السلع عامة فينصرف إلى السلع المادية وهي البضائع التي ليس بمقدور الأطراف تسليمها أو تسليمها إلكترونياً، نظراً لما تتمتع به هذه السلع من خصائص تجعلها تختلف عن الخدمات مثل الوجود المادي (physical presence) الذي يوفّر إمكانية التحقق منها عن طريق رؤيتها أو شمها أو لمسها (can be seen, held, touched, or smelled) وعبرها المادي للحدود الجغرافية.

(115) عبد الخالق، السيد أحمد. التجارة الإلكترونية والعولمة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية،

2006م، ص34.

(116) المرجع السابق، ص34.

بين الدول، وبالتالي لا يمكن نقلها أو تسليمها إلكترونياً، وإذا كان الأمر كذلك فإن التعريف قد ضيق من مفهوم التجارة الإلكترونية وحصرها على الخدمات والبرامج، في الوقت الذي نجد غالب التعريفات الواردة بشأن التجارة الإلكترونية قد توسعت لتشمل أي معاملات إلكترونية استخدمت لتنفيذ تسليم السلع أو الخدمات على أن يفهم مصطلح (السلع) التفسير الواسع ليشمل أي سلعة محسوسة كانت أو غير محسوسة.

عرف البعض⁽¹¹⁷⁾ التجارة الإلكترونية تعريفاً مخصصاً فركز على استخدام الحاسوب لإنجاز الأنشطة التجارية وعرف التجارة الإلكترونية على أنها: استخدام شبكات الحاسوب لنظير أداء التنظيمات التجارية.

حصص البعض⁽¹¹⁸⁾ التجارة الإلكترونية على الإعلان عن المنتجات وبيعها باستخدام التكنولوجيا، فعرف التجارة الإلكترونية على أنها: الإعلان عن بيع وتوزيع المنتجات عبر شبكة الاتصالات السلكية واللاسلكية (Telecommunication networks)، وبالتالي فالتجارة الإلكترونية عبارة عن توليفة وممارسة التجارة التقليدية عن طريق وسائل الاتصالات.

وتشمل التجارة الإلكترونية وفقاً للتعريف السابق تبادل المعلومات إلكترونياً وعملية الإعلانات للتعاقد ومفاوضات التعاقد، وإبرام العقد وتنفيذ العقد أيضاً مثل بيع الخدمات الهاتفية وخدمات الإنترنت، (Telephony online and Internet access services)، المشاركة في إنتاج وبيع البرمجيات (Subscription of Information services and software sales)، خدمات الإعلانات والنسويق عبر الإنترنت (Advertising and Marketing online services)، المنتجات الصوتية أو المرئية كالأفلام والألعاب وخدمات السياحة والسفر كالنداءات الإلكترونية والحجوزات الفندقية، وغيرها من التعاقدات التجارية التي

(117) Watson, T Richard.& Berthon ,Pierre. & Zinkhan, M George & . Pitt , F Bentley .Op. Cit, Page 8.

(118) Yousaf, Haroon Mujahid. E- commerce & WTO Digitalizing trade liberalization , (Paper work) Introduced at National Post Graduate Institute of Telecommunications and Information, 2003. Page 6.

يمكن أن تتم كافة إجراءات إبرام وتنفيذ عقودها عبر الإنترنت دون الحاجة إلى وسائط وإجراءات التجارة التقليدية.

عرف البعض التجارة الإلكترونية تعريفاً مطولاً على أنها: أنشطة تلبية احتياجات المستهلك أو المنفعة بالخدمة في النوقيت المناسب وبالسعر المناسب، وتتم هذه التجارة أو الخدمة عبر شبكة المعلومات وأهمها شبكة الإنترنت سواء داخل الحدود السياسية للدولة أو خارجها، وبصرف النظر عن نوعية السلعة أو الخدمة محل التعامل أو القانون الذي تخضع له⁽¹¹⁹⁾.

فرقت بعض القوانين بين مصطلح التجارة الإلكترونية والمبادلات الإلكترونية⁽¹²⁰⁾، مثل التونسي الذي أورد في مادته الثانية أن "المبادلات الإلكترونية تعني: المبادلات التي تتم بإسعمال الوثائق الإلكترونية" وأن "التجارة الإلكترونية هي: العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية"⁽¹²¹⁾ وقد فصل القانون التونسي ذلك لغرض التأكيد على أنه قد تقوم بين طرفين معاملات إلكترونية دون قيام أي تجارة بينهما مثل السائل الشخصية بين الأصدقاء أو الأقارب وغيرها، فوجود تجارة إلكترونية يعني بالضرورة وجود لمبادلات إلكترونية وليس العكس، ومن ذلك فإن مفهوم مصطلح المبادلات الإلكترونية أوسع من مفهوم التجارة الإلكترونية لدى

(119) الحصري، طارق فاروق. مرجع سابق، ص 219.

(120) بهذا الصدد - أيضاً - يفرق البعض بين مصطلحي "التجارة الإلكترونية" (Electronic-commerce) و " الأعمال الإلكترونية" (electronic-business) فيعتبر الأعمال الإلكترونية أوسع نطاقاً وأشمل من التجارة الإلكترونية، وتقوم الأعمال الإلكترونية على فكرة أتمتة^(*) الأداء في العلاقة بين إطارين من العمل، وتمتد لسائر الأنشطة الإدارية والإنتاجية والمالية و الخدماتية، ولا تتعلق فقط بعلاقة البائع أو المورد بالزبون، إذ تمتد لعلاقة المنشأة بوكلائها وموظفيها وعملائها، كما تمتد إلى أنماط أداء العمل وتقييمه والرقابة عليه، وضمن مفهوم الأعمال الإلكترونية، يوجد المصنع الإلكتروني المؤتمت، والبنك الإلكتروني، وشركة التأمين الإلكترونية، والخدمات الحكومية المؤتمتة والحكومة الإلكترونية. في حين أن التجارة الإلكترونية نشاط تجاري وبشكل خاص يتمثل بتعاقدات البيع والشراء وطلب الخدمة وتلقيها بالبيانات تقنية وضمن بيئة تقنية. نقلاً عن المركز الوطني للمعلومات الجمهورية اليمنية، رئاسة الجمهورية، مادة معلوماتية عن التجارة الإلكترونية، مايو 2005م، ص 7. و أيضاً: الصيرفي، محمد. التجارة الإلكترونية، مؤسسة حورس الدولية للتوزيع والنشر، الإسكندرية، 2005م، ص 16.

(*) أتمتة: مصطلح جديد جاء مرافقاً لظهور التجارة الإلكترونية، ومعنى الأتمتة: إتمام المعاملات إلكترونياً دون تدخل بشري (حجازي، عبد الفتاح بيومي. مرجع سابق، ص 73، 256)، كما أن هذا المصطلح قد ورد في بعض التشريعات العربية مثل قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (2) لسنة 2002م تحت مصطلح "معلومات إلكترونية مؤتمتة، و وسيط إلكتروني مؤتمت".

(121) القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم (83) لسنة 2000م، المادة (2).

المشع النونسي، ولا نرى أي مصوغ لهذا التصيل ذلك لأن قراءة التعريفين السابقين مع بعضهما يوضح أن مفهوم التجارة الإلكترونية ينصرف إلى العمليات التجارية التي تتم باسعمال الوثائق الإلكترونية، وهو ما أكد عليه المشع النونسي نفسه، بنسبة هذا القانون بقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية.

ذهب البعض⁽¹²²⁾ إلى تعريف أوسع للتجارة الإلكترونية، فعرفها على أنها: أي شكل أو صورة لمعاملة تجارية، سواء كانت بين أشخاص أو مؤسسات، أسست على عملية إلكترونية (Electronic processing)، أو اعتمدت عليها لنقل البيانات، ويمكن أن تكون صوراً مرئية (Visual Images) أو صوتية (Sounds) أو نصية (Texts)، فإدارة الأنشطة التجارية (Commercial activities) بواسطة الخييرات الإلكترونية (Electronic exchanges) يطلق عليها التجارة الإلكترونية.

وعرفها البعض⁽¹²³⁾ تعريفاً مطولاً بأنها: عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات، وإتمام صفقاتها باسخدام وسائل الاتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة، عن بعد، لاسيما شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) دون الحاجة لانقال الأطراف والتقاءهم في مكان معين، سواء أمكن تنفيذ الاتزمات المتبادلة إلكترونياً أو اسنلزم الأمر تنفيذها بشكل مادي ملموس.

وبما أن مصطلح التجارة الإلكترونية يشمل جميع العمليات التجارية التي تعتمد على المعالجة الإلكترونية، من نقل بيانات أو نصوص أو صورٍ وصوتٍ والتي تتم بين الأفراد أو الشركات عبر الحدود والقارات فقد عرف البعض⁽¹²⁴⁾ التجارة الإلكترونية على أنها: "عبارة عن بيع وشراء السلع والخدمات عبر شبكة الإنترنت أو عبر وسائل الاتصال المعلوماتية الحديثة.

(122) Dickie, John. Producers and consumers in EU E-commerce law, Portland, Oregon, 2005. Page 2.

(123) التحيوي، محمود السيد عمر. حكم التحكيم الإلكتروني، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011م، ص48.

(124) الخشروم، عبد الله. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لعام 2001م وأثره في عمليات البنوك، ورقة علمية قدمت لمؤتمر عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، الذي انعقد في الفترة 22-24 كانون أول -ديسمبر 2002م، جامعة مؤتة، عمان.

أما اللجنة الأوروبية فتقسم التجارة الإلكترونية إلى نوعين: الأول ما يسمى بالتشهير الإلكتروني للبضائع المحسوسة (Electronic ordering for Tangible goods)، أما الثاني فهو ما تختص بتشهير الدفع والاستلام الإلكتروني (The online ordering) للسلعة الغير محسوسة (Intangible goods and services) كبرامج الكمبيوتر وملحقات البرمجيات وأدوات الترفيه الإلكترونية والألعاب الإلكترونية⁽¹²⁵⁾.

ونلاحظ عدم وجود أهمية للفرقة بين النوعين السابقين من التجارة ذلك لعدم الاختلاف في الأحكام المنظمة للتجارة الإلكترونية سواء استخدمت المعاملات الإلكترونية في إبرام العقود المتعلقة بالبضائع أو بتنفيذ تلك العقود أو استخدمت في إبرام أو تنفيذ عقوداً تتعلق بالخدمات، فالغاية من وضع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشهير التجارة الإلكترونية هو تنظيم البيانات أو الإشعارات أو المطالب أو الخطابات المتعلقة بكيفية إنشاء تعاقد دولي أو تنفيذ ذلك التعاقد إذا تم ذلك بواسطة وسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو مرئية أو أي وسائل مشابهة بغية تكوين أو تنفيذ العقد، استوى بعد ذلك أن كانت البضاعة أو الخدمة محل التعاقد ملموسة أو غير ملموسة.

إن وضع تعريف محدد لمصطلح التجارة الإلكترونية أمر تكشفه بعض الصعوبات؛ ذلك لكثرة وتنوع وسائل التقنية المستخدمة في مثل هذا النوع من التجارة، وصعوبة حصص أشكالها وتطبيقاتها المترابطةها المباشرة بتطورات تكنولوجيا الاتصال، ومع ذلك فإن بعض القوانين قد وضعت تعريفاً للتجارة الإلكترونية، فعرف مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدوقية (لوكسمبورج) التجارة الإلكترونية على أنها: كل استعمال لوسيلة من وسائل الاتصال الإلكتروني لتجارة السلع والخدمات باستثناء العقود المبرمة بطريقة اتصال تلفوني شفهي أو باستخدام النصوص⁽¹²⁶⁾.

(125) Dickie, John. op.cit., Page2.

(126) حجازي، عبد الفتاح بيومي. مرجع سابق، ص36. وعلى الرغم من أن ذلك المشروع قد أورد هذا التعريف في مادته الأولى المخصصة للتعريفات، إلا أن الصيغة النهائية للقانون الذي صدر في 12 يوليو لسنة 2000م قد جاءت خالية من أي تعريف للتجارة الإلكترونية.

ولعل الغرض من استبعاد المشع ذوقية (لو كسمبورج) للاتصال التلفوني الشفهي والنصوي من الوسائل التي يمكن أن تقوم بواسطتها التجارة الإلكترونية هو الحفاظ على مصالح المتعاقدين، وحماية المعاملات الخاصة بالتجارة الإلكترونية لصعوبة إثبات قيام العقد المبرم بواسطة التلفون أو النصوي، ومع ذلك فباستطاعتنا القول أن التجارة الإلكترونية يمكن أن تقوم بواسطة أي وسيلة اتصال إلكترونية بما فيها الاتصال التلفوني الشفهي أو النصوي وسندنا في ذلك الآتي:

- أن الاتصال التلفوني يعد من أقدم وسائل الاتصال الإلكترونية ولم تستشبه بعض القوانين والشريعات عند تعريفها للتجارة الإلكترونية، كالقانون الفرنسي الذي أنهت اللجنة المشكلة برئاسة وزير الاقتصاد الفرنسي لتعريف التجارة الإلكترونية إلى تعريف التجارة الإلكترونية على أنها: مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات بعضها البعض⁽¹²⁷⁾، وبين المشروعات والأفراد، وبين المشروعات والإدارة، وهذا تعريف موسع لمفهوم التجارة الإلكترونية يشمل أي معاملة رقمية من شأنها أن تؤدي لإبرام أو تنفيذ عقد تجاري أيًا كانت الأداة المستخدمة في هذه المعاملة كالفاكس أو التلكس أو الهاتف.
- ذكر البعض⁽¹²⁸⁾ أن المفهوم السائد في تعريف التجارة الإلكترونية هو وصفها بأنها التجارة التي تنم من خلال أي وسيط إلكتروني، سواء مثل ذلك في الإنترنت أو في غيره من الوسائط الإلكترونية.

- ما جاء في بعض الوثائق الأوروبية⁽¹²⁹⁾ بشأن تعريف التجارة الإلكترونية بأنها: التعاقد عن بعد، ويتصد بالتعاقد عن بعد: كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم

(127) الغافري، سعيد بن حسين. الجرائم الواقعة على التجارة الإلكترونية، الاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني، ص1، بحث منشور على شبكة الإنترنت في الرابط : www.eastlaws.com.

(128) طه، مصطفى كمال. & بندق، وائل أنور. أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص53.

(129) حجازي، عبد الفتاح بيومي. مرجع سابق، ص39.

بين مُورِّدٍ ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد، ضمن تقنين أو كشف للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه.

• أن التعريف السابق باستثناءه للاتصال الشفهي والنصوي عن دائرة أدوات قيام التجارة الإلكترونية يعمل على إعاقة قيام التجارة الإلكترونية، إذ نلاحظ عند التطبيق العملي للمعاملات الإلكترونية عدم الاستغناء عن مثل هذا النوع من النواصل خاصة الاتصالات الشفهية عبر الهواتف بأنواعها المختلفة.

• ما ذكر البعض⁽¹³⁰⁾ في تعريف التجارة الإلكترونية وفقاً للوثائق الحكومية الأمريكية، أها: الاستعمال الأمثل (Optimized using) لكل أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من أجل تنمية النشاط التجاري للمشروعات، و ما أوردت منظمة التجارة العالمية بشأن تعريف التجارة الإلكترونية على أها : مجموعة متكاملة من عمليات الصفقات وتأسيس الرابطة التجارية وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات بوسائل إلكترونية⁽¹³¹⁾، وبالتالي فإن استخدام أي وسيلة اتصال تكنولوجية - وفقاً للتعريف السابق - بما في ذلك الاتصال الشفهي أو النصوي يعد مشروع قانوناً.

• أن الاتصال الشفهي والنصوي يتميزان بنفس مميزات أنواع النواصل الإلكترونية الأخرى، مثل وحدة المخاطر، وصعوبة إثباتها، وانفرادها - أيضاً - بنوع خاص من الحماية القانونية باعتبارها وسائل إثبات إلكترونية.

(130) أحمد، الوثائق عطا المنان محمد. انعقاد العقد الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، العدد الأول، ديسمبر 2008م، ص83.

(131) نبيه، نسرین عبد الحميد. الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008م. ص250.

- سهولة توفير الحماية القانونية لمثل هذا النوع من النواصل و سهولة إثباتها أيضاً وذلك عن طريق تسجيل وتوثيق المحادثات⁽¹³²⁾ .
 - أيضاً ما جرى عليه العمل في دول أوروبا بموجب النوجيه الأوروبي بشأن التعاقد عن بعد الصادر عام 1997م أن للمستهلك الحق في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة خلال مدة معينة من تاريخ العقد، ولا تجوز للطرف الآخر إنكاره أو رفضها، وذلك يعطي الحق للطرف المنضمر - وغالباً ما يكون المستهلك - في الرجوع عن التعاقد إذا ما تبين أن العقد لم يكن بالصورة التي قصدتها، وعلى الرغم من الخلاف القانوني في ذلك إلا أن ما يهمنا هنا هو موضوع الحماية التي عملت القوانين والنشريات على ضمانها للطرف المنضمر من التعاقد عبر وسائل إلكترونية .
- ومما سبق نخلص إلى أن مفهوم التجارة الإلكترونية مفهوم جديد يرتبط ارتباطاً مباشراً بتطور وسائل الاتصال، وتقدم تكنولوجيا المعلومات، وبالتالي لا بد عند تعريف هذا المفهوم مراعاة هذه الخاصية وعلى ذلك يمكننا تعريف التجارة الإلكترونية على أنها : أي نشاط تجاري استخدمت فيه وسائل إلكترونية . على أن يأخذ مصطلح (وسائل إلكترونية) التفسير الواسع ليشمل أي وسيلة اتصال أو إرسال إلكتروني من شأنها المساعدة في إبرام العقد بما في ذلك الهاتف والفاكس أو التصوير وغيرها .

⁽¹³²⁾ مؤخراً تم تصميم بعض البرامج الخدمية التي تستطيع خدمة هذا الشأن، و فكرة عمل هذه البرامج تقوم على تسجيل وتوثيق كل ما يجري على سطح المكتب وتخزينه على شكل ملف مرئي (video) يمكن بعد ذلك إعادة مشاهدته أو الاسترشاد به، ومن هذه البرامج برنامج (My screen recorder) فيقوم هذا البرنامج بالتقاط كافة العمليات التي تحدث على سطح المكتب أو تظهر في الشاشة، بما في ذلك حركة مؤشر الفأرة (mouse) وحركة لوحة المفاتيح (keyboard) وكل ما يكتب، أو يسمع، أو يقال على جهاز الكمبيوتر، أو يستعرض عن طريقه، ومن ثم تسجيلها و حفظها على شكل ملف فيديو بحيث يتبين للمشاهد أنه المستخدم ليتسنى مراجعته ورصد كافة العمليات التي حدثت على سطح المكتب أو جهاز الكمبيوتر عموماً بما في ذلك الكلمات التي تكتب ويتم التراجع عنها أو مسحها قبل إرسالها، ويسهل بذلك التحقق من العمليات التي قام بها أحد أطراف التعاقد، وتفسير ما تم إجراؤه على الجهاز وإثباته أيضاً.

و نشير إلى أنه عند حديثنا عن التجارة الإلكترونية فإننا لا نقصد بذلك ضرورة أن تتم كافة مراحل و عمليات التجارة إلكترونياً بما في ذلك مرحلة تنفيذ العقد⁽¹³³⁾، ولكن يكفي لوصف التجارة بالتجارة الإلكترونية أن تتم المراسلات وإجراءات إبرام العقد بين الأطراف عن طريق وسائل إلكترونية، اسنوى بعد ذلك أن تم تنفيذ العقد إلكترونياً كعقد اشتراك الإنترنت⁽¹³⁴⁾، وعقود تقديم الخدمات أو نقل البرامج والألعاب الإلكترونية، أو تم تنفيذ العقد بالطرق التقليدية كعقود النقل البحرية والجوية، وبالتالي فلا يفتح في وصف التجارة بأنها إلكترونية إنما جزء منها إلكترونياً وتم تنفيذ الجزء الآخر بالطرق التقليدية، وبذلك نجد أن التجارة الإلكترونية تشرع لناخذ أكثر من شكل معين فصلها كالنالي:

ثانياً: أشكال التجارة الإلكترونية:

كما ذكرنا أن التجارة الإلكترونية يمكن أن تتم بكافة مراحلها إلكترونياً، ابتداء من المراسلات بين الأطراف، ومفاوضات التعاقد بينهما، حتى إبرام العقد وتنفيذه بتسليم المبيع أو الخدمة محل العقد إلكترونياً ودفع الثمن إلكترونياً كذلك، فإن التجارة الإلكترونية يمكن أن تتم في صورة واحدة من الصور السابقة⁽¹³⁵⁾ فينجز جزء من العقد إلكترونياً ويظل الجزء الآخر خاضعاً

(133) بهذا الصدد حدد أعضاء منظمة التجارة العالمية في اجتماعهم الوزاري الثاني في "جنيف" عام 1998م ثلاثة أنواع من المعاملات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وهي:

الأول: معاملات تتم كاملة على الإنترنت من مرحلة اختيار التعاقد وتحديد العقد حتى التسليم وإيصال السلعة.
الثاني: معاملات يتم التعاقد فيها عبر الإنترنت غير أن مرحلة التسليم تنفذ بحسب اتفاقات أخرى لا تتم عن طريق الإنترنت.

الثالث: معاملات لا تتم عبر الإنترنت ولكن تستخدم الإنترنت للاتصال فقط بين أطراف التعاقد.
(134) عقد اشتراك الإنترنت من العقود الحديثة عرفه البعض على أنه: عقد غير مسمى يلتزم بموجبه أحد الأطراف بتقديم خدمة أو سلعة في خلال فترة زمنية ممتدة، لقاء مقابل نقدي معلوم. الأباصيري، فاروق. عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية... نقلاً عن: الشيخ، منصور احمد محمد صالح. إبرام العقود الدولية عبر شبكة الإنترنت وإثباتها، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، الخرطوم، 2010م، ص24. غير أننا نلاحظ على التعريف السابق توسعه ليشمل تقديم السلع كعقد اشتراك إلى جانب تقديم الخدمات إذ لا يوجد عقد اشتراك يرد على السلع التي تضطلع بتنظيمها عقود أخرى كالبيع والنقل والإيجار أو التوريد، وبالتالي فإن عقد الاشتراك يعتبر من العقود الخاصة التي ترد فقط على تقديم المخدم لخدمة الإنترنت للمستهفيد وتزويده بها، نظير أجر معلوم لمدة ممتدة يتم تحديدها باتفاق الأطراف أو بحسب ما تضمنه الاتفاق بينهما.

(135) تضمنت أشكال التجارة الإلكترونية في بعض القوانين عند تعريفها للتجارة الإلكترونية مثل قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002م الذي نص عند تعريفه للتجارة الإلكترونية على أن التجارة الإلكترونية هي المعاملات التي تباشر بواسطة المراسلات الإلكترونية. وأن المعاملات الإلكترونية هي: أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها وتنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية. قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية

للطرق التقليدية، ولا تخل ذلك - كما ذكرنا - بوصف التجارة أها إلكترونية، وعلى ذلك نستطيع ذكر ثلاثة أشكال للتجارة الإلكترونية وهي:

1. إبرام العقد إلكترونياً: ويشمل هذا الشكل من حلة إبرام العقد إلكترونياً، كما يشمل من حلة ما قبل التعاقد والتي تسمى من حلة محادثات التعاقد أو من حلة مفاوضات التعاقد، كالمراسلات الإلكترونية بين الأطراف وتقديم العروض وإعلانات البيع أو التوريد عبر صفحات الإنترنت، والإيجاب العام أو الدعوة إلى التعاقد عبر شبكة الإنترنت أو صفحات الأطراف الإلكترونية، وغيرها من أشكال المفاوضات أو البدء فيها كأن يضع البائع صور ومواصفات البضائع على موقع معين في صفحات الإنترنت، ويضع كافة شروط التعاقد للراغبين في الدخول فيه معه، وبدء إجراءات التعاقد التي تخدم من حلة إبرام العقد، والموافقة على صيغة العقد النهائية بين أطرافه، والنوقيع عليه إلكترونياً، كما سيأتي الحديث عنه في موضعه من هذه الدراسة.

2. تنفيذ العقد (النسليم): وتقصد بذلك تسليم محل العقد إلكترونياً ويندر ذلك بإحدى صورتين:

• الأولى: أن تتم إجراءات التفاوض بين الأطراف باستخدام الوسائل الإلكترونية، ويندر إبرام العقد بينهما وتسليم المعاملات الإلكترونية بعد من حلة إبرام العقد حتى يتم تسليم المبيع أو الخدمة محل العقد إلكترونياً مثل البرامج الخدمية وبرامج الكمبيوتر، أنظمة التشغيل أو الاتصالات الإلكترونية، الألعاب ووسائل الترفيه

الإماراتي رقم 2 لسنة 2002م، المادة (1/2). أما قوانين بعض الدول الأخرى فلم تتعرض لتعريف التجارة الإلكترونية كقانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م الذي لم يورد تعريفاً محدداً للتجارة الإلكترونية لكنه قد أشار إلى مفهوم التجارة الإلكترونية في تعريفه للمعاملات الإلكترونية التي عرفها على أنها: (العلاقات والتصرفات المالية والأحوال الشخصية وسائر المسائل القانونية غير الجنائية بما في ذلك التصرفات الفردية أو العقود التي يتم إبرامها أو تنفيذها كلياً أو جزئياً عن طريق رسالة البيانات الإلكترونية). قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م، المادة (2). وقد عرفت ذات المادة رسالة البيانات الإلكترونية على أنها: (المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو وسائل تقنية أخرى بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي).

الإلكترونية وغيرها من البرامج الإلكترونية، وبذا تكون جميع مراحل العقد من مفاوضات وإبرام وتسليم قد تمت إلكترونياً باستخدام وسائل إلكترونية.

• الثانية: أن نتخذ من حلة المفاوضات بين الأطراف ومن حلة إبرام العقد طرقاً تقليدية وينتج تسليم المبيع أو الخدمة إلكترونياً، وصورة ذلك أن يسافر أحد الأطراف إلى دولة الطرف الآخر ومن ثم تتم كافة مراحل التعاقد بينهما في دولة واحدة، وتتخذ المراسلات والمخاطبات بينهما الشكل التقليدي كالنسخ باليد أو عن طريق البريد التقليدي بأنواعه، وتجمعها مجلس عقد حقيقي واحد دون تدخل أي وسائل إلكترونية أو تقنية بينهما لتسهيل عملية التعاقد وتبادل المعلومات، وينتج بعد ذلك تنفيذ العقد إلكترونياً عن طريق تسليم المبيع أو الخدمة إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت أو الاسطوانات المدججة (CDs) أو غيرها من وسائل تخزين أو معالجة البيانات الإلكترونية، فلا يخرج العامل هنا عن وصف التجارة الإلكترونية حتى وإن لم تجرِ المخاطبات والمراسلات بين الأطراف باستخدام وسائل إلكترونية حتى إبرام العقد طالما وتنفيذ العقد بتسليم المبيع أو الخدمة قد تم إلكترونياً، ولكن نشير هنا إلى أن مجرد استخدام تقنية المعلومات والحواسيب أو البرامج الخدمية في طباعة أو زخرفة الخطابات الإلكترونية، أو تخزين المعلومات، أو استخدام رموز معينة أو توكيد ألوان لحماية أو تزوين الخطابات وضمان سلامة محتواها كاستخدام جهاز الكمبيوتر في تصميم خطابات المراسلة بين الأطراف أو تشكيلها أو تصميم نموذجاً معيناً للتعاقد، أو شعارات لينر وضعها على خطابات التعاقد والمراسلة بين الأطراف، دون أن ينصل هذا العمل بالطرف الآخر، ودون أن يتم إرسالها إلكترونياً أو تبادلها إلكترونياً مع الطرف الآخر بغرض

العاقد أو البدء في إجراءات الدخول في تعاقد معه لا يعد من قبيل التجارة الإلكترونية، ولا تنصف التجارة بأنها إلكترونية لمجرد استخدام ما ذكر إذا انعدم شرط المبادلة أو المراسلات باستخدام الوسائل الإلكترونية.

3. الدفع الإلكتروني: قد تتخذ التجارة شكلاً إلكترونياً لكن ليس عن طريق وسائل إبرام العقد أو مفاوضاته ومحادثاته، وليس عن طريق تنفيذ العقد وتسليم محله إلكترونياً، فيمكن أن تكون التجارة إلكترونية إذا حدث كل ما ذكر باستخدام وسائل تقليدية بما في ذلك مرحلة تسليم مبيع أو الخدمة، إنما أن ينرد دفع ثمن المبيع أو الخدمة إلكترونياً وبذا تصبح التجارة إلكترونية لمجرد دفع ثمن العقد إلكترونياً، وصورة الدفع الإلكتروني (Electronic Payment) أن ينرد تحويل ثمن الخدمة أو السلعة محل العقد باستخدام تكنولوجيا المعلومات (Information technology) و تكنولوجيا الشبكات (Networking technology) ويندر ذلك بإحدى طرق الدفع الإلكتروني كالبطاقة الذكية (Smart card) أو بطاقة السحب الإلكترونية (Debit card)، و بطاقة القيمة المخزونة أو الدفع المسبق الإلكترونية (Prepaid card)، و النقد الرقمي أو النقد الإلكتروني (Electronic cash) وسينر تفصيل ذلك عند الحديث عن حماية التعاقدات الإلكترونية في هذه الدراسة.

ثالثاً: صور التجارة الإلكترونية:

تنوع صور قيام التجارة الإلكترونية فنتمثل بإحدى الصور الآتية:
الأولى: بين الشركات أو المؤسسات إلى المستهلك (Business-to-Consumer) وتشمل الشوق على الخط (Shopping on-line) فيشتري المستهلك سلعته مباشرة عن طريق الانترنت ويندر التعاقد فيما بين المستهلك والشركة أو المؤسسة مباشرة.

الثانية: من الشركات إلى الشركات (Business-to-Business) وتحقق هذه الصورة نوع من العمليات النكاملية بين الشركات في عمليات توريد المنتجات وأداء الخدمات.

الثالثة: من الحكومة إلى المستهلك: (Government-to-Consumer) وتشمل بيع وتقديم الخدمات الحكومية على شبكة الإنترنت⁽¹³⁶⁾.

الرابعة: من الشركات أو الأعمال إلى الحكومة (Business-to-Government) وتشمل المشتريات الحكومية من الخدمات والبرامج عن طريق شبكة الإنترنت.

رابعاً: خصائص التجارة الإلكترونية:

تتميز التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية بعدة خصائص من أهمها:

1. السرعة وسهولة الاتصال، (Fast medium & ease to contact): فسرعة

الاتصال ونقل الخطابات والمعلومات أو البيانات عن طريق الإنترنت عالية جداً

(Unrivalled) لا تضاهيها سرعة اتصال أي وسيلة أخرى كالهاتف أو الفاكس أو البريد

بأنواعه العادي أو السريع والممتاز، ويدرك البعض⁽¹³⁷⁾ أن دراسة أجريت تضمنت إرسال

⁽¹³⁶⁾ وذلك عن طريق ما يسمى بالحكومة الإلكترونية، ونقصد بالحكومة الإلكترونية اتجاه الحكومات إلى استبدال التعامل الورقي والروتيني مع المواطنين أو المؤسسات الخاصة بالتعامل الرقمي وذلك عن طريق إنشاء مواقع إلكترونية على شبكة الإنترنت ليتم من خلالها إجراء التعاملات والتعاقدات بين الحكومة والمواطنين، مثل أنظمة الدفع الإلكتروني أو توصيل الخدمات للمواطنين، ومتابعة معاملاتهم اليومية وتنظيمها إلكترونياً، وقد قطعت الدول الأوروبية في التحول إلى الحكومات الإلكترونية شوطاً كبيراً بإنشاء قواعد البيانات الإلكترونية المناسبة والمواقع الإلكترونية ووضع القواعد القانونية المنظمة لهذه التعاملات، وفي الوطن العربي بدأت ملامح الحكومة الإلكترونية تظهر في بعض الدول التي سارعت إما بشكل فردي إلى نقل التكنولوجيا والخبرات الغربية إلى أنظمتها الداخلية مثل جمهورية مصر العربية، وجمهورية الجزائر، و دولة الإمارات العربية المتحدة التي بدأت هذه الأخيرة بإطلاق مشروع الحكومة الإلكترونية في العام 2001م، تمهيداً للانتقال إلى تطبيق المشروع على كافة مرافق الدولة وجهازها التنفيذي، تبعثها الكثير من الدول العربية مثل جمهورية العراق، والمملكة الأردنية الهاشمية والمملكة العربية السعودية وجمهورية السودان والجمهورية اليمنية، أو بشكل جماعي فأفردت الدول العربية مساحة خاصة في اجتماعاتها وقممها الدورية أو الطارئة لمناقشة قضايا تكنولوجيا المعلومات والاتصال وكيفية الاستفادة الجماعية والفردية منها، مثل القمة العالمية حول مجتمع المعلومات المنعقدة في تونس عام 2003م، ومرحلتها الثانية في نفس الدولة عام 2005م، ومناقشة تنفيذ شبكة عربية خاصة تحت مسمى (Digital backbone) لتشمل كافة الدول العربية بأحدث التكنولوجيا لربط الدول العربية بعضها البعض ليتسنى نقل البيانات والمعلومات بين الدول العربية بسهولة، والعمل على زيادة استخدام الإنترنت بينها، وربط الجامعات والبنوك والمؤسسات الخاصة ببعضها البعض داخل الإقليم العربي، وإنشاء النظام الأساسي لمجلس الوزراء العرب للاتصالات والمعلومات عام 2002م تحت منظومة جامعة الدول العربية، يكون من أهدافه تأمين مصالح الدول العربية في المنظمات الدولية في مجال الاتصالات وتقنية المعلومات وتنمية مجتمع الاتصالات وتقنية المعلومات العربي وتطوير الوسائل الفنية والبحث العلمي في هذا المجال. والعمل على توحيد التشريعات والأنظمة والمصطلحات المتعلقة بشؤون الاتصالات وتقنية المعلومات واعتماد مواصفات فنية محددة.

⁽¹³⁷⁾ Dickie, John. Op.cit., page5.

(42) صفحة كمستندات عن طريق البريد الإلكتروني (E-mail) من "نيويورك" بالولايات المتحدة إلى "طوكيو" باليابان لم يستغرق أكثر من دقيقتين، وهي سرعة عالية جداً إذا ما قورنت بالوقت الذي استغرقه إرسال ذات المستندات عن طريق الفاكس (Fax) الذي استغرق أكثر من ثلاثين دقيقة، كما أن التجارة الإلكترونية تُناز بسرعة الاتصال والوصول إلى الطرف الآخر، وبالتالي فإن التجارة الإلكترونية تساعد على زيادة المنافسة وسهولة الوصول إلى المتعاقد وطرح الخيارات والفرص الأوسع أمام المتعاقدين الأمر الذي يزيد من فرص تسويق المنتجات التجارية بزيادة افتتاح أسواق جديدة، أو توسع بالأسواق القائمة، إذ على سبيل المثال بلغت التجارة الإلكترونية في العام 2007م إلى أكثر من 133 مليار دولار بين مختلف دول العالم وينتوقع أن تصل في العام 2011م إلى نصف تريليون دولار تقريباً لسنهدف أكثر من مليار ونصف المليار شخص حول العالم وتستخدم أكثر من 70 ألف موقع إلكتروني تدار وتنفذ بواسطتها عمليات التجارة⁽¹³⁸⁾، أضف لذلك فإن التجارة الإلكترونية تتميز بثقل زمن الجاز المعاملات نفسها وتسهيل القيام بها، ولذا فإن بعض المؤسسات التجارية تلجأ للتعامل الإلكتروني لتقليل التكاليف الزمنية لإجراز هذه المعاملات مثل بنك credit Lyonnais الفرنسي الذي ينوجب عليه تسوية أكثر من ثلاثة ملايين شيك يومياً⁽¹³⁹⁾، وهذا الكم من المعاملات كان يكلف البنك الكثير من الزمن وتكاليف الأجور ولا يسلم بعد ذلك البنك من بعض الأخطاء في مسألة فحص الشيكات ومطابقتها النوقعات يدوياً لكل شيك على حدة، فسارع البنك إلى تغيير التعامل اليدوي إلى إلكتروني وتطبيق برنامج الشيك

(138) Flavian, Carlos. Gurrea, Raquel. And Orus, Carlos. E-commerce and web technologies. 9th International conference E-commerce & web 2008, Turin, Italy, page42

(139) زهرة، محمد المرسي. الكمبيوتر والقانون، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، سلسلة الكتب المتخصصة، الطبعة الأولى، الكويت، 1995م، ص 97 - 104.

الإلكتروني ليحل "الرقم السري" بدلاً عن التوقيع التقليدي فيتم إدخال الرقم في ذات الوقت الذي يطبع خلاله الشيك، وبذلك يسمح الرقم المدخل بالعرف على الشخص الذي أعطى أمر الإصدار ولم يعد على الموظف سوى التأكد من صحة الرقم عن طريق جهاز إلكتروني أعد خصيصاً لفك الشفرات الممنوحة للعميل بواسطة البنك وقراءة رموز الأرقام السرية التي عن طريقها يتم التعامل ووصل العميل لحسابه إلكترونياً.

2. **التكلفة (Cost)** ⁽¹⁴⁰⁾: وترتبط هذه السمة بالميزة السابقة إذ أن السرعة في تنفيذ المشروعات يقلل من تكاليفها، وكما هو معروف في الاتصالات تعتمد كلياً على الفترة الزمنية للاتصال، وقد بينت الدراسة السابق ذكرها أن إرسال المستندات عبر الإنترنت لم تتجاوز كلفه العشرة سنوات، بينما وصلت عند إرسالها عن طريق الفاكس إلى (28) دولاراً، أي إلى أكثر من مائتين وسبعين ضعفاً، وهو أمر يُعارض من حيث الأصل مع الهدف الأول للتجارة و غرض الناجح الأول: تنمية وتعظيم الأرباح (Maximization profits)، ليس ذلك فحسب بل إن الطرف المتعاقد يستطيع أن يرسل المستند الواحد عبر الإنترنت إلى عشرات الأشخاص بنفس تكلفة إرساله إلى الشخص الواحد، وهو الأمر الذي لا ينوف أثناء المعاملات التقليدية والمراسلات العادية. أيضاً تتميز التجارة

(140) لا يقتصر تخفيض التكلفة في المعاملات الإلكترونية على المعاملات التعاقدية الإلكترونية كالمخاطبات والرسائل الإلكترونية فقط، بل يمتد ليشمل تطبيقات هذه المعاملات وذلك عندما تتحول الخدمة التقليدية إلى خدمة إلكترونية كتذاكر النقل الجوي الإلكترونية التي حلت - مؤخراً - محل التذاكر الورقية. والتذكرة الإلكترونية (Ticket Electronic) هي: نموذج إلكتروني للتذكرة الورقية، وتطبيق عملي للتجارة الإلكترونية، وهي طريقة بديلة لتوثيق عملية بيع التذاكر حيث يتم إنشاء سجلاتها في قاعدة المعلومات الخاصة بالناقل الجوي المصدر للتذكرة، ويتم تخزين تفاصيلها إلكترونياً بحيث يمكن للناقل الرجوع إليها عند الحاجة في أي وقت. وكأحد تطبيقات التجارة الإلكترونية تتميز التذكرة الإلكترونية بتوفير التكاليف: فحين تتباين قيمة تكلفة إصدار التذكرة الورقية للمسافر الواحد ما بين (عشرة) إلى (عشرين) دولاراً للتذكرة الواحدة، تتراوح قيمة إصدار تذكرة إلكترونية ما بين (دولار) إلى (دولارين) للتذكرة الواحدة، وبذا توفر التذاكر الإلكترونية على شركات الطيران ما يقارب الثلاثة مليارات دولار سنوياً. معزب، عبد الخالق صالح عبد الله. النظام القانوني لمسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الأشخاص (في ضوء اتفاقية مونتريال الخاصة بتوحيد بعض قواعد النقل الجوي 1999م والقانونين السوداني واليمني، رسالة ماجستير، جامعة النيلين، الخرطوم، 2009م، ص 87-90. وأيضاً مثل عملية تحويل الشيكات الورقية إلى شيكات إلكترونية يخفض من تكاليف وزمن إتمام المعاملات، فيذكر أن في بعض بنوك الولايات المتحدة يكلف الشيك الورقي 80 سنتاً لتحريكه داخل نظام البنك تتضمن تكاليف الأوراق والطباعة والإرسال وتكاليف أخرى مثل إزعاج الزبون بالوقوف ومتابعة الشيك وانتظار إتمام عملية صرفه أو تحويله إلى بنك آخر وكل ذلك تم التخلص منه عن طريق الشيك الإلكتروني .

الإلكترونية بتقليل تكاليف التعاقد سواء بالنسبة للبائع والممنج، أو المشتري والمستهلك؛ فبالنسبة للبائع والممنج - سواء كان فرداً أو مؤسسة - توفر التجارة الإلكترونية ميزة تقليل تكاليف الاتصال والتعاقد وتوفر معظم تكاليف التوزيع والإعلان، وتيسر الحصول على آراء المشترين والمستهلكين بعد البيع ومعرفة آراءهم وملاحظاتهم لتطوير الممنج، ورفع مبيعاته عبر شبكة الإنترنت عن طريق ما يسمى بالتغذية الراجعة أو العكسية (feedback)، أما بالنسبة للمشتري والمستهلكين فتمكّنهم التجارة الإلكترونية من الإطلاع على أكبر قدر من السلع والخدمات المعروضة للبيع والتقديم، وبالتالي ينسئ لهم اختيار أفضل العروض المقدمة وأنسبها بالنسبة لهم، دون الحاجة إلى الانتقال إلى مكاتب البائعين وبلداتهم والتي غالباً ما تكلف الطرف الراغب في التعاقد نفقات باهظة في السفر والإقامة وغيرها من التكاليف.

3. الكفاءة (Efficient): يتميز إرسال المستندات واستقبالها وإجراء الاتصالات عبر الإنترنت بالكفاءة العالية التي تفوق كافة أنواع النواصل الأخرى كالهاتف أو الفاكس الذي وعلى الرغم أن اكتشافه يعد الأقدم إذا ما قورن باكتشاف الإنترنت إلا أن هذه الأخيرة تفوق الفاكس جودة وسرعة وينبئ ذلك من النواحي التالية:

- جودة الاتصال (Quality of communication): إذ يمكن إرسال الملفات والمستندات وإجراء الاتصالات عبر شبكة الإنترنت بذات صيغها وألوانها وحالتها الراهنة بحيث لا تحدث أي تغيير لتلك المستندات من حيث جودتها أو ألوانها عند استقبالها من الطرف الآخر وهو الأمر الذي لا ينوفر عند النواصل عن طريق الوسائط الأخرى (The other media) كالفاكس وغيره.
- درجة الأمان (safety and security): تعتبر درجة الأمان والسرية في الاتصال والمخاطبة وإرسال الخطابات عبر الإنترنت عالية جداً بالمقارنة مع

وسائل الاتصال الأخرى، خاصة وأن تزويد المستندات والمحرمات غير الملونة ليس بالصعب ولا يتطلب الحرص والدقة التي يتطلبها تزويد تلك الملونة والذي تعتمد فيها المؤسسات والشركات التجارية، إلى اختيار ألوان تعتبر جزءاً من أمان المعاملات في خطاباتها ومراسلاتها كالألوان التي تحملها العلامات التجارية والأختام⁽¹⁴¹⁾.

• إمكانية الرجوع للمستند الأصلي (Documentation availability):
يمكن لمستقبل المستند الإلكتروني الرجوع إليه في بريدته الإلكترونية في أي وقت احتاج فيه إليه، ومن ثم طباعة المستند على شكل مستندات ورقية تحمل ذات الألوان والسمات التي أرسلت المستند لها، ولذلك أصبح المتعاملون في التجارة الإلكترونية أكثر أماناً من تلف أو فقدان مستنداتهم المتعلقة بمبادلات أو إبرام وتنفيذ التعاقدات التجارية.

4. تقريب العلاقات المتبادلة بين العملاء: حيث تكون مواقع التجارة الإلكترونية في تحديث دائم (up-to date) على شبكة الإنترنت، وبالتالي ينسني لكافة الأطراف الاطلاع على أي مستندات أو تغييرات تحصل سواء المتعلقة بالمنجات أو حتى تلك التي توضح شروط وطريقة التعاقد⁽¹⁴²⁾.

5. لامادية التجارة (Dematerialization): فعنص اللامادية من أهم مميزات التجارة الإلكترونية، ونعني بعنص اللامادية: غياب المستندات الورقية خلال معاملات التجارة الإلكترونية واسنبدالها بالمستندات والوثائق الإلكترونية⁽¹⁴³⁾.

(141) نقصد بالتزوير تقليد المخاطبات الإلكترونية بعد إرسالها ونظراً لأن إرسال المخاطبات الملونة عبر الفاكس غالباً ما تصل إلى الطرف الآخر من غير تلك الألوان التي أرسلت بها وبذا فلا يعلم مستقبلها هل كانت لحظة إرسالها تحمل أختاماً حقيقية أم مصورة، أما في المخاطبات الإلكترونية فإن المخاطبة تصل كما أرسلت بكامل ألوانها ويستطيع المستقبل التحقق بسهولة من هيتها التي أرسلت بها ومن مدى صحتها.

(142) حجازي، عبد الفتاح بيومي. التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص20.

(143) التحيوي، محمود السيد عمر. مرجع سابق، ص59.

ولذلك ظهر ما يسمى بالنقح الإلكتروني والبصمة الإلكترونية كنجحة لغياب المستندات والأوراق عن المعاملات بين الأطراف إذ لا يمكن وضع توقيع تقليدي عادي أو بصمة حية على مستند إلكتروني لا وجود لمادي له، ولذا نجد غالب الشريعات الأمريكية الخاصة بتنظيم التجارة الإلكترونية وموضوعاتها تستخدم مصطلح التجارة اللاورقية (Paperless Trading) بدلاً عن مصطلح التجارة الإلكترونية، وعلى الرغم من عدم دقة هذه التسمية⁽¹⁴⁴⁾ - في رأيي - إلا أنها تعبر عن جزء من جوانب التجارة الإلكترونية وهو الجانب أو العنصر اللامادي.

6. النحر من القيود المكانية: لعل من أهم مميزات التجارة الإلكترونية هو كس القيود المكانية لإرسال واستقبال الخطابات والمراسلات الإلكترونية، إذ أنه وعلى عكس ما هو الحال عليه في التجارة التقليدية التي يرتبط إرسال واستقبال أو تبادل الخطابات والمراسلات فيها بمكان معين، كعنوان المرسل أو محل إقامته أو مزاولته أعماله وأنشطته التجارية، على عكس ذلك لا تنقيد التجارة الإلكترونية بأي من هذه المعوقات، فيستطيع أطراف التعاقد الإلكتروني مزاولته أنشطتهما التجارية المتعلقة بإبرام أو تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني من أي مكان في أي دولة دون تقيد بمحل إقامة معين أو مكتب في دولة محددة، بل مع تقدم تكنولوجيا الاتصالات عبر الأقمار الصناعية أصبح من الممكن الآن مزاولته

(144) يعتبر مصطلح "التجارة الإلكترونية" أكثر دقة وتعبيراً من مصطلح التجارة اللاورقية وذلك للآتي:
أولاً: مصطلح التجارة الإلكترونية يعبر عن ارتباط التجارة بتكنولوجيا الاتصال والبيانات الرقمية وبالتالي تخدم تسمية التجارة الإلكترونية بهذا الاسم موضوعها.
ثانياً: قد لا يشمل التعاقد التجاري بين الأطراف أوراقاً أو مستندات فيمكن تسميتها بالتجارة اللاورقية، ولكن لا نستطيع في نفس الوقت تسميتها بالتجارة الإلكترونية لعدم استخدام أي وسائل اتصال حديثة أو تكنولوجيا في الاتصال أو إرسال المخاطبات و استقبالها أو مبادلتها بين الأطراف، وصورة ذلك أن يسافر أحد الأطراف إلى بلد الطرف الآخر ومن ثم مقابلته وإجراء مفاوضات التعاقد معه عن طريق اللقاءات الشخصية بينهما دون أن يتخلل عملية إبرام وتنفيذ العقد أي وسائل إلكترونية أو ورقية، وبالتالي فالتجارة هنا تعتبر تجارة لا ورقية لكنها ليست تجارة إلكترونية. ومما سبق نخلص إلى أنه يمكننا القول بأن التجارة الإلكترونية تعبر عن التجارة اللاورقية أما التجارة اللاورقية فليست تجارة إلكترونية على إطلاق هذه التسمية.

الأنشطة التجارية الإلكترونية أثناء سفر الشخص على ظهر السفينة أو متن الطائرة⁽¹⁴⁵⁾، كما أن التجارة الإلكترونية تقدم خدمة وصل الشركات التجارية بعضها البعض كمجموعة واحدة (Matching corporate power) عن طريق تقنية الاتصال الإلكتروني الجماعي، مما يسهل على المتعاقدين عقد الاجتماعات الافتراضية أو الإلكترونية، دون الحاجة إلى السفر والشغل بين البلدان وتكبد عناء الاجتماعات العادية أو التقليدية (meeting).

7. إلغاء الوسطاء التجاريين: وتتميز التجارة الإلكترونية أيضاً بإلغاء الوسطاء التجاريين والسماحة، فيسهل التعامل عبر الإنترنت عملية البحث عن المنتجات والسلع والموردين، كما تسهل عملية التفاوض وإجراءات إبرام العقود دون الحاجة إلى وسطاء أو سماحة بين الأطراف⁽¹⁴⁶⁾.

ومما سبق نجد أن التجارة الدولية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الإلكترونية بحيث يجعل كل منهما ذات تأثير على الأخرى؛ فعلى الرغم من أن تطبيقات التجارة الإلكترونية ينحصر غالباً حول التجارة الدولية؛ بمعنى أن التجارة الإلكترونية تعد أداة لتسهيل وتنفيذ التجارة الدولية.

⁽¹⁴⁵⁾ أعلنت مؤخراً بعض شركات الطيران الأوروبية، ومنها شركة (اللوتهانزا) الألمانية أن خدمة الإنترنت أصبحت متاحة للركاب على متن طائراتها طوال الرحلة الجوية، وبذا يمكن للمسافر أن يستغل ساعات سفره في إجراء اتصالاته ومحادثاته الإلكترونية وإرسال أو استقبال الخطابات التجارية، أو تنفيذ التزاماته التعاقدية كدفع ثمن العقد من على متن الطائرة أثناء الرحلة الجوية. وتتوفر هذه الخدمة حالياً في 17 طائرة من أسطول خطوط (لوتهانزا)، ومن المخطط أن تقوم الشركة بتوسيع خدمات توفير الإنترنت في 100 طائرة إضافية، وذلك لتفسيح المجال أمام المسافرين من جميع أنحاء العالم لاستخدام الشبكة العنكبوتية على متن الطائرات. تداول هذا الإعلان على صفحات عديدة في مواقع على شبكة الإنترنت ومنها:

(www.dw.de/dw/article/0,,14910963,00.html بتاريخ 14 مارس 2011 م)

⁽¹⁴⁶⁾ في المقابل نجد أن التجارة الإلكترونية لا تخدم المجتمعات الدولية فيما يتعلق بالقوى العاملة، إذ تساهم أتمتة الأعمال في رفع معدلات البطالة العالمية الناتج من الاستغناء عن العديد من الموظفين والمهنيين واستبدالهم بالأنظمة والبرامج الإلكترونية، وانتقال العمل اليدوي إلى الأعمال المؤتمتة، بحيث أصبح بإمكان برنامج واحد أن يقوم مقام آلاف أو عشرات الآلاف من الموظفين، ويؤدي وظيفتهم، وعلى الرغم من المميزات التي يتمتع بها العمل المؤتمت من تقليل التكاليف، ودقة العمل والأداء وسرعة تنفيذ الأوامر وتقليل تكاليف المراجعة، وغيرها من المميزات التي قد لا تتوفر في الأيدي العاملة من الموظفين إلا أنها لا زالت تشكل معضلة تواجه البشرية بشأن ارتفاع معدلات البطالة حول العالم.

وعلى الرغم من أن التجارة الدولية لا يمكنها بأي حال أن تتقدم وتتطور دون التجارة الإلكترونية، إلا أن هذه الأخيرة - أيضاً - لا يمكن قيامها بمعزل عن التجارة الدولية؛ فقد ساعدت التجارة الدولية على انتشار وسهولة اقتناء أدوات قيام التجارة الإلكترونية كأجهزة الحواسيب وخدمات الإنترنت وأجهزة الاتصال والتعاملات الإلكترونية، ويمكننا القول أن التجارة الدولية أحد أهم الأسباب التي جعلت التجارة الإلكترونية مباحة لكل شخص اعتباري كان أو طبيعي بصرف النظر عن جنسه أو موطنه بعد أن كانت إبان ثمانينات القرن المنصرم حكراً على بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية، التي كانت تحنك شبكة الإنترنت وتوظفها لخدمة أغراضها الخاصة والعسكرية على وجه الخصوص، ولم تصبح شبكة الإنترنت شبكة عالمية إلا بفضل التجارة الدولية التي صدرتها من الولايات المتحدة الأمريكية إبان تسعينات القرن المنصرم، وقدمتها لكافة دول العالم كشبكة تجارية تخدم أغراضاً مختلفة تتعلق بشئى مجالات الحياة ومنها التجارية أيضاً، وبالتالي نستطيع القول بأن التجارة الدولية والتجارة الإلكترونية كل منهما مثل سبباً لقيام وازدهار الأخرى.

المطلب الثاني: معوقات التجارة الإلكترونية

ذكرنا أن التجارة الإلكترونية تقوم بشكل أساسي على المعاملات والمخاطبات الإلكترونية، بين الأطراف، ولكن لا تسلم التجارة الإلكترونية من المشاكل والسلبيات المصاحبة لنشأتها وممارستها، فثمة عوائق قد تقف حائلاً أمام قيام المعاملات الإلكترونية وبالتالي تطور التجارة الإلكترونية، وفي ذلك يذكر البعض⁽¹⁴⁷⁾ أن هناك بعض السلبيات التي ترافق التجارة الإلكترونية والتي تعد من معوقات قيامها الرئيسية وتتمثل بالآتي:

- عدم تمكن المشتري من لمس أو تحسس البضاعة قبل طلبها.
 - الانظار ليوم أو عدة أيام قبل استلام البضاعة المطلوبة.
 - عدم إلمام بعض الشركات وبعض المستهلكين بتقنيات الكمبيوتر والاتصالات أو التقنيات المتطورة التي تقوم عليها التجارة الإلكترونية.
- وعلى الرغم من ذلك إلا أنه يمكننا ملاحظة ما يأتي:

- أن أطراف العقد - عادة - لا يدخلون في التعاقد إلا بعد دراسة كافية لما سيحويه عقدها، ومعرفة جيدة بكافة تفاصيله ومنها معرفة البضائع أو الخدمات محل العقد، وبالتالي فإن الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المتعلقة بتنظيم العقود الدولية قد ضمنت الحماية الكاملة للمتعاقدين حسن النية سواء كانت حماية سابقة على الدخول في تعاقد بنضمين ذلك ضمن نصوصها، أو حماية لاحقة على التعاقد كالتضاء. أضف لذلك فإن المتعاقد الداخلي في عقد إلكتروني لا تختلف عن المتعاقد الداخلي في عقد تقليدي من حيث إمكانية لمس البضائع أو معاينتها أو إضافة خيار الرجوع أو شرط الرؤية وغيرها من الضمانات، إذ أنه لا يوجد في أحكام التجارة الإلكترونية أو التعاقد الإلكتروني ما يمنع ذلك، ولا تختلف التجارة الإلكترونية عن تلك التقليدية إلا من حيث وسائل الاتصالات بين المتعاقدين فقط

(147) سليمان، عبد العزيز عبد الرحيم. مرجع سابق، ص 198.

وذلك لا يلغي أي من حقوق المتعاقد الإلكتروني كان يمكن أن يمنع لها لو أقدم على إبرام عقد تقليدي.

• في التعاقدات الدولية غالباً ما يأخذ تسليم البضائع أو تقديم الخدمة محل العقد مدّة زمنية معينة أو تقديرية لتفيد العقد قد تصل هذه المدة إلى عدة شهور وليس أيام، و ينطبق هذا الحال على التجارة العادية وخاصة الدولية منها، ولكن على كل حال فإن الزمن الذي يستغرقه التواصل بين المتعاقدين وتسليم البضائع أو الخدمات محل العقد في التجارة الإلكترونية أقل منه في حالة التجارة العادية أو التقليدية كما وضعنا ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل.

• يمكن لأي شخص يرغب بالدخول في تجارة إلكترونية إتمامها بنجاح، وإن مسألة عدم دراية البعض بتقنيات هذه التجارة وتطورات الاتصالات ليست معضلة تحول بينه والدخول فيها؛ إذ أن الكثير من الشركات في الوقت الحاضر تمتلك موظفين ذوي خبرة في هذا المجال لتسيير تعاملاتها التجارية الإلكترونية مهما كانت هذه التعاملات معقدة أو طويلة.

ومما سبق خلص إلى أن ما ذكر من سلبيات لا يرقى لأن يشكل معوقات أمام قيام التجارة الإلكترونية، إذا توافرت وسائل قيامها والتي أصبحت بفضل التجارة الدولية في متناول كل شخص يرغب في الدخول بهذا النوع من التجارة، وإنما تكمن الأهمية في توفير الحماية القانونية لمثل هذا النوع من التعاملات مع الأخذ بعين الاعتبار ما تتطلبه الحماية القانونية من معرفة كاملة لأدق التفاصيل والمسائل المتعلقة بالتجارة الإلكترونية ليتمكن المشرع من توفير الحماية القانونية والقضائية للتجارة الإلكترونية، وهو الأمر الذي يتطلب من المشرع أمرين هامين هما:

1. الدراية الكاملة للتعامل مع أجهزة الحواسيب وملحقاتها وتقنية المعلومات سواء بشكل مباشر عن طريق المعرفة والخبرة الذاتية أو بشكل غير مباشر عن طريق

الاستعانة بذوي الخبرات والمهارات في هذا المجال لتسهيل وضع القواعد والتنظيمات الخاصة بتطبيقات التجارة الإلكترونية وموضوعاتها .

2. عدم ترك القوانين واللوائح المنظمة للتجارة والمعاملات الإلكترونية جامدة دون تحديثها بشكل مضطرب وموأكب باستمرار لتطورات تقنيات المعلومات والاتصالات وهو الأمر الذي عُدو بالمشع لأن يظل على إطلاع و مراقبة دائمين لما تحدث على شبكة الإنترنت لينمكن من وضع القواعد القانونية المنظمة، وسد الثغرات القانونية التي قد يكشفها التعامل اليومي على الشبكة، ويعتبر ذلك من أهم مميزات القانون التجاري الدولي الذي يتميز عن غيره من القوانين بالسرعة، سواء كانت السرعة في التعامل أو سرعة تطور النظر التي تحكمه .

وعلى الرغم مما سبق ذكره إلا أن التجارة الإلكترونية ليست بمنأى عن بعض المعوقات التي تقف أمام تطور وتقدم هذا النوع من التجارة ويمكن أن تلخص هذه المعوقات في الآتي:

• إن التجارة الإلكترونية عملت على تغيير مسار التجارة الدولية التقليدية فأصبحت التجارة الإلكترونية من تركزاً هاماً لقيام تلك الدولية، وذلك حتماً سيزيد من حدة المنافسة بين الدول المتقدمة والصناعية الكبرى من الناحيتين التاليتين:

الأولى: سرعة وسهولة الوصول إلى المشتري أو المستهلك خاصة ذلك الذي يوجد في الدول النامية .

الثانية: احتمار التجارة الدولية الإلكترونية على الدول المتقدمة دون غيرها من الدول النامية⁽¹⁴⁸⁾، فعلى عكس ما يقول به البعض⁽¹⁴⁹⁾ من أن توسيع فرص المنافسة في

(148) يأتي ذلك من سيطرة هذه الدول على وسائل الاتصال وصناعات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ولا سيما الأقمار الصناعية والتحكم بالاتصالات عن بعد التي لا يذكر للدول النامية - ومنها العربية - أي تقدم في هذا المجال، وما يعتقد البعض عند سماع تسميات بعض الأقمار الصناعية بأسماء قد تشير إلى أنها أقمار عربية كالأقمار الاصطناعي نايل سات، والقمر عرب سات، وفي واقع الأمر ليس للعرب أي دور في هذين القمرين يذكر إلا دوراً تمويلياً يتمثل في دفع التكاليف والأرباح المطلوبة لصناعاتهما وإطلاقهما وتشغيلهما وصيانتهم، فقد ذكر البعض أن القمر الاصطناعي عرب سات صنع في فرنسا، بواسطة شركات أجنبية فرنسية، وحمل إلى الفضاء بواسطة الولايات

التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت يؤدي إلى تحسين الحياة الاقتصادية والصناعية للدول النامية، ذلك لكثرة المنافسين في شتى المجالات التجارية والصناعية أو الحديثة مما يؤثر إيجاباً على اقتصاديات الدول النامية، على عكس ذلك نجد أن مجرد توسيع فرص التجارة الإلكترونية دون أن يرافقه تطور صناعي يرقى بمنجات هذه الدول إلى مستوى المنافسة الواسعة يؤثر سلباً على اقتصاديات الدول النامية، والسبب في ذلك يعود لاختلاف الفجوة الرقمية في استخدام الإنترنت بين الدول المتقدمة وتلك النامية، فعلى الرغم من أن إمكانية الوصول للإنترنت لم تعد حكرًا على دولة دون أخرى إلا أن تكييف خدمات الإنترنت لصالح المجتمع لم تزل محنكة على الدول الصناعية والكبرى التي تصل نسبة وصول المؤسسات فيها للإنترنت 100% مقارنة مع نسبة وصول المؤسسات إليها في الدول النامية. ومنها دول الوطن العربي والقارة الإفريقية - التي لا تكاد تتجاوز 54% فقط، أيضاً مع زيادة وتوسع حجم المنافسة أصبح بإمكان المشتري أن يطوف أسواقاً عالمية أكثر دون تكلفة تذكر وبالتالي فإنه لن يتعاقد إلا مع البائع أو المورد الذي يقدم له منتجاً أفضل ذات مزايا أكثر، وذلك حتماً يصب في مصلحة الدول المتقدمة والصناعية الكبرى وتخذ من إمكانية منافسة الدول النامية لها في هذا المجال.

- سيطرة بعض الدول العظمى كالولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁵⁰⁾ على التحكم بوسائل الاتصال وشبكة الإنترنت بكافة أغراضها بما فيها التجارية⁽¹⁵¹⁾، وبالتالي لا تسلم هذه

المتحدة الأمريكية، وأطلق من "غيانا" بالولايات المتحدة الأمريكية ولم يكن لأي دولة عربية أي مجهود يذكر سوى دفع التكاليف اللازمة لكافة العمليات السابقة. سلام، محمد عبد الجبار. ثورة المعلومات وأبعادها التقنية والتكنولوجية، مجلة الباحث الجامعي، جامعة إب، إب، العدد الخامس، إبريل، 2003م، ص 321.

(149) سليمان، توفيق حسن توفيق. معاملات التجارة الإلكترونية في القانون السوداني، ط1، مركز أبو سليم، الخرطوم، 2008م، ص 5.

(150) فيذكر أن "الشركة التي تحدد ما يعرف بـ(IP address)، هي شركة أمريكية مقرها في "كاليفورنيا"، و دون هذا العنوان لا يمكن أن يعمل أي موقع إلكتروني في أي مكان في العالم، فالأمر يشبه رقم الهاتف، حيث لا يرن الهاتف ما لم تطلب رقمه، هذا المفتاح هو لغة التخاطب بين الكمبيوتر وشبكة الإنترنت من خلال Server موجود على

الشبكة من تحويل تطورها وتقدمها لخدمة أغراض هذه الدول حتى ولو كان على حساب مصلحة أو اقتصاد دول أخرى⁽¹⁵²⁾. واستناداً لما سبق فإن ضمان استمرار خدمة الإنترنت والشبكات بين الدول غير مضمون إذ أن خطر انقطاعه لأي سبب لا زال قائماً⁽¹⁵³⁾، وما يذكره البعض⁽¹⁵⁴⁾ من عدم ملكية شبكة الإنترنت في الوقت الراهن لأي شخص أو دولة في العالم، والذي يجعل هذه الشبكة بمنأى عن التحكم بها من قبل أي دولة لا يمكننا أخذه على إطلاقه، ذلك لأن الدول الكبرى لا زالت تتحكم بمزودات الخدمة الرئيسية في العالم.

- مسنوى العلاقات بين الدول: فتأثر شبكة الإنترنت ومسنوى أمان المعاملات التجارية التي تجري عليها سلباً وإيجاباً بنوع العلاقات بين الدول حيث تعتمد بعض الدول الكبرى لممارسة دولاً أخرى عن طريق شبكة الإنترنت ويندرج ذلك إما بطريق سلبى كحجب بعض الخدمات التجارية أو المواقع التجارية عن بعض الدول كالتى تمارسه الولايات المتحدة مع جمهورية السودان وسوريا غيرها من دول المنطقة التي لا تخضع لسياستها، أو بطريق إيجابى

مستوى العالم". فيلله، دويتشه. النطاقات الجديدة قفزة بعالم الإنترنت، مقالة نشرت في موقع قناة الجزيرة الفضائية بتاريخ 2012/8/24م. وقد ذكرت ذات المقالة أيضاً أنه " حيال كل ذلك، هل يمكن أن يأتي يوم تعترض فيه الإدارة الأميركية مثلاً على تسمية نطاق معين باسم معين؟ إن تسجيل أي موقع إلكتروني في أي مكان بالعالم يتطلب موافقة الشركة المختصة في أميركا، وبالتالي فإن خدمة الإنترنت عبر العالم تقع تحت سيطرة الولايات المتحدة، وهكذا فمن يرد أن يسمي نطاقه باسم لا يروق لها لن يحصل على رخصة تسجيله، ولن يستطيع الحصول على هذا النطاق".⁽¹⁵¹⁾ إذ تضم ولاية واشنطن الكبرى ما يمكن تقديره بـ 50% من البنية الأساسية لشبكة الإنترنت العالمية وست من أكبر عشر شركات متخصصة في مجال أنظمة الاتصالات بالأقمار الصناعية، وتعتبر هذه المنطقة مقراً لكبرى شركات تزويد خدمات الإنترنت في العالم المعروفة اختصاراً بـ (AOL)(American on line). موسى، مصطفى محمد. الجهاز الإلكتروني لمكافحة الجريمة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006م، ص 178، 179.

ولعل أبرز الأمثلة على ذلك حينما عمدت الولايات المتحدة إلى السماح بالمزيد من الدمج في صناعة التكنولوجيا والاتصالات عبر الإنترنت للقضاء على أي منافسة بين الشركات الكورية الوطنية عن طريق توفير المستهلك الكوري عروضاً وخيارات أفضل مما تقدمها له الشركات الوطنية الكورية.⁽¹⁵²⁾

نقصد بالسبب أي سبب يؤدي لانقطاع خدمة الإنترنت سواء كان هذا السبب تكنولوجي راجع لأخطاء في النظام أو الشبكة نفسها، أو سياسي كحرمان بعض الأنظمة مواطنيها من الوصول إلى بعض المواقع لأي سبب، أو أمني كما حدث في تونس ومصر واليمن وليبيا وسوريا في العام 2011م إبان الأحداث السياسية التي شهدتها تلك الدول، أو طارئاً كانهيار أحد الكبلات أو الأسلاك البحرية الحاملة للإنترنت بين البلدان ... أو غيرها من الأسباب التي تشل عملية التواصل والربط الإلكتروني بين الدول.⁽¹⁵³⁾

منشاوي، محمد عبد الله. الإنترنت (تعريفه، بدايته وأشهر جرائمه)، شرطة العاصمة المقدسة، الدراسات الجنائية، مكة المكرمة، 1432هـ، ص 5.⁽¹⁵⁴⁾

كالهجوم الذي شنه الولايات المتحدة في العام 2001 على المواقع التجارية الصينية وتخريف بياناتها وسرقة أموالها عقب حادثه سقوط طائرة مراقبة أمريكية بعد تصادمها بطائرة حربية صينية فوق بحر الصين الجنوبي في الأول من أبريل عام 2001م.

- تقييد جمع مزودي خدمة الإنترنت داخل الدولة لمخادمو واحد تديره الدولة خاصة في الدول النامية وكافة الدول العربية، وغالباً ما تركز الدول إلى ذلك لأسباب تتعلق بأمنها أو سياستها الدولية، وذلك يسبب الكثير من المعوقات لتطور التجارة الإلكترونية مثل سرعة الاتصالات والرقابة عليها، إجراءات التعامل والنوازل الإلكترونية، وغيرها.
- يقلل اتجاه الدول نحو التجارة الإلكترونية من الاعتماد على الأسواق المحلية وزيادة نشاط الأطراف نحو التعاقد والشراء من الأسواق العالمية. وذلك يؤدي إلى تراجع الدخل القومي من المنتجات المحلية للدولة، وبالتالي التأثير على عملية التقدم الاقتصادي لهذه الدول.
- تواجه التجارة الإلكترونية في بعض الدول بعض المعوقات القانونية المتمثلة في إحدى الصورتين التاليين:

أ. إما عدم وجود تشريع تحكم موضوعات التجارة الإلكترونية وينظم مبادئها وتحمي التعامل من خلالها، وبالتالي تصح الأنشطة المتعلقة بهذه التجارة خارج دائرة القانون كما هو الحال في العديد من الدول العربية والنامية التي لا يوجد لها تشريعات قانونية لتنظيم التجارة الإلكترونية، ولعل قصة السمكة الصغيرة " أويل دي جوزمان " (Onel De Guzman)⁽¹⁵⁵⁾

(155) (Onel De Guzman) طالب جامعي فلبيني اتهم في مايو 2000م بإطلاق فيروس عرف بـ"دودة الحب" (love bug) وهو فيروس الكمبيوتر الأسرع انتشاراً في ذلك العام ويتم انتشاره عبر إرساله برسالة إلكترونية مرفق بها ملف تشغيلي ذي ثمان إصدارات، من أحد وظائفها تسجيل كلمات المرور في الجهاز الذي تم مهاجمته وإعادة إرسال نفسها أيضاً إلى كافة جهات الاتصال في قائمة البريد الإلكتروني للشخص الذي تم مهاجمة بريده الإلكتروني، وخلال ساعات قليلة خرج (love bug) عن السيطرة وتسبب بخسائر وصلت إلى أكثر من عشرة مليارات دولار أمريكي حول العالم، وأصاب أكثر من (45) مليون جهاز كمبيوتر بما في ذلك أجهزة البنكاغون الأمريكية، ووكالة الاستخبارات الأمريكية والبرلمان البريطاني، فسارع مكتب التحقيقات الفيدرالية إلى تعقب الجاني بمساعدة مكتب التحقيقات الوطني الفلبيني، وبعد أن أوقفته الشرطة الفلبينية ادعى محامي الجاني بعد أن وجهت إلى موكله التهمة بعدم وجود نص قانوني يتم محاكمته تحت أحكامه، وبالتالي فإن "دي جوزمان" لم يخترق أي قانون ولم يرتكب أي

تعد خير دليل على مخاطر القصور التشريعي الذي يسبب عائق كبير أمام ملاحقة المجرمين الافتراضيين وقرصنة الإنترنت.

ب. أو عدم تطابق تشريعات بعض الدول⁽¹⁵⁶⁾ خصوصاً تنظيم التجارة الإلكترونية، وذلك يشكل عقبات كثيرة نظراً لما تتمتع به التجارة الإلكترونية من خصائص تجعلها لا تتقيد بالحدود السياسية للدول، مما يثير مسألة تنازع القوانين وصعوبة في تحديد قواعد الإسناد لتنظيم مفرادات التجارة الإلكترونية.

• وأخيراً فإن التجارة الإلكترونية تواجه بعض المعوقات الفنية المتعلقة بأدوات التجارة الإلكترونية نفسها، مثل الكمبيوتر وخدمة الإنترنت وحماية التعامل معهما، إضافة إلى الخطر الأكبر وهو المعوقات الإلكترونية أو التكنولوجية المتمثلة في اختراق مواقع الإنترنت وزرع الفيروسات أو ملفات النجسس و سرقة المعلومات من قبل قرصنة الحواسيب والإنترنت، وتفصيل ذلك كما يلي:

1. المعوقات الفنية : ونعني بالمعوقات الفنية: المشاكل الفنية التي تطرأ على الشبكة فتعيق استمرار الخدمة بين البلدان، وتتمثل بالمخاطر الفنية التي تصيب شبكة الإنترنت، وهي كثيرة، مثل تعطل أجهزة الحواسيب والكوارث الطبيعية التي تسبب في قطع الاتصالات وغيرها، إلا أن أهم هذه المخاطر وأشدّها خطورة على الإطلاق هو انقطاع الكابلات التي تربط الشبكات بين الدول، فيما أن خدمة الإنترنت تقوم على توصيل العالم بأسره من خلال ربط ملايين الأجهزة الإلكترونية ببعضها البعض عن طريق ألياف ضوئية ممتدة بين الدول بواسطة كابلات تحمل هذه الألياف تلجأ الدول عادة إلى مد هذه الكابلات على قاع البحار والمحيطات، وبما أن الدول لا

جريمة، ونتيجة لذلك فقد تم إطلاق سراحه بعد أن صرح رئيس مكتب التحقيقات الوطنية بأنه لا يمكنه توقيفه فهو لم يخترق أي قانون فلبيني، ولم تكن الفلبين تمتلك حتى تاريخه أي قانون يجرم الأفعال غير القانونية على شبكة الإنترنت وأعمال القرصنة.(حرب الإنترنت، مصدر سابق).

(156) الحصري، طارق فاروق. مرجع سابق، ص237.

تسنتج وضع هذه الكابلات تحت الحماية المباشرة نظراً لامدادها ووجودها في أعماق البحار أيضاً، فإن كل ذلك يوسع من تزايد فرص الخطر المهدد لقطع هذه الألياف وغزيتها وبالتالي قطع الخدمة عن كثير من الدول، وعلى الرغم من أن تقنية صناعة هذه الألياف قد جعلتها مدعومة بحماية ليست بسيطة فيتم تغطيتها بطبقتين من الحديد الصلب تغللهما طبقة لحاسية وطبقات أخرى مثل اللدائن المشبعة بالقطران وغيرها، إلا أن ذلك لم يوفر الحماية الكاملة وتخرج هذه الألياف عن دائرة الأخطار المهددة لنزقها وإن كان قد وفر لها الحماية ضد هجمات الأحياء البحرية والأسماك، إلا أن خطر تمزق الألياف و تقطع الكابلات بواسطة الإنسان أو السفن لا زال قائماً⁽¹⁵⁷⁾.

2. المعوقات أو المخاطر الإلكترونية: ونسنتج تسميتها أيضاً بالمعوقات أو المخاطر التكنولوجية، ودعني بالمخاطر الإلكترونية بأنها مخاطر من نفس نوع وجنس الشبكة، مثل مخاطر البرامج الضارة التي ينشرها على شبكة الإنترنت أو الفيروسات المدسة وديدان الإنترنت⁽¹⁵⁸⁾، أو برامج النجسس وإرسال المعلومات⁽¹⁵⁹⁾، أو برامج التحكم عن بعد والهجوم⁽¹⁶⁰⁾، أو أحصنة

(157) مثل انقطاع كابل جنوب شرق آسيا، كابل الشرق الأوسط وكابل غرب أوروبا في " مصر " في آن واحد في 20 يناير عام 2002م، وانقطاع كابل فلاج (Flag) في " إيران " عام 2008م، وتسعة كابلات في " تايوان " عام 2006م، وكابل في "نيكاراجوا " عام 2007م، وانقطاع أهم وأكبر الكابلات البريطانية عام 1999م. السلمون، عبد المنعم. مجلة الفيصل العلمية، المجلد السابع، العدد الثاني، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، الرياض، رجب - رمضان 1430هـ، يوليو - سبتمبر 2009م، ص22. وعلى الرغم من التطور التكنولوجي والصناعي الذي وصلت بعض الدول إليه إلا أن سبب كثير من الإنقطاعات المذكورة لم يعرف، وحتى ما عرف منها لم يكن بمقدور الدول تفاديه أو الحد منه، وبالتالي فإن خطر انقطاع الكابلات البحرية بين الدول لا يزال يهدد سلامة الشبكة واستمرار خدماتها.

(158) الفرق بين الفيروسات والديدان هو أن الفيروس بحاجة برنامج يحتضنه ليتمكن من التكاثر والانتشار عن طريقه، أما الديدان فليست بحاجة إلى برامج لاحتضانها أو انتشارها فهي ذاتية التكاثر وذاتية الانتشار.

(159) تقوم بجمع معلومات يريدتها للصوص وتقوم بإرسال المعلومات إلى مصدر البرنامج حتى لو كان هناك جدران نار تحمي الجهاز وذلك لقدرة هذا النوع على استغلال نقط ضعف جدران النار التي تسمح بخروج وتصدير المعلومات من الجهاز أو الشبكة المحلية بواسطة بروتوكول HTTP أو بروتوكول (FTP) وأشهر أمثلة هذه الأنواع (Caligula, Marker and Groove). بسيوني، عبد الحميد. مرجع سابق، ص18.

(160) تسمح هذه البرامج في حال وصولها إلى جهاز الكمبيوتر بالتحكم الكامل بالجهاز، كالقيام بحذف الملفات أو نسخ الملفات أو نقلها دون علم أو إذن صاحب الجهاز، ومن أشهر هذه البرامج : Back Orifice, NetBus، أما أشهر أمثلة برامج القدرة على التحكم عن بعد التي تستطيع تسخير الأجهزة لتنفيذ الهجوم المنسق وتعطيل عمل المواقع المشهورة فهو برنامج (Trinoo, TribeFloodNetwork(TFN)). بسيوني، عبد الحميد، مرجع سابق، ص18.

طروادة⁽¹⁶¹⁾، فقد تدمر الشبكة نفسها بنفسها وذلك عن طريق أوامر وهمية يتم إصدارها وبثها على الشبكة، ولذلك فإن شبكة الإنترنت تعد سلاح ذا حدين؛ ففي الوقت الذي تستخدم فيه شبكة الإنترنت لخدمة البشرية، وتسهيل أعمالها في شتى المجالات، فإنها تستخدم أيضاً لتدمير نفسها وتدمير البرامج والأجهزة المرتبطة لها، فلم تسلم شبكة الإنترنت في السنوات الماضية من الهجمات الإلكترونية المنعمدة من قبل بعض الأشخاص غير المعروفين بقصد تدمير الشبكة وطرحها أرضاً⁽¹⁶²⁾، وتتنوع طرق هذه الهجمات فبعضها يستهدف الأجهزة المرتبطة بالشبكة ليقوم بتدميرها⁽¹⁶³⁾ أو الإضرار بأمن المعلومات⁽¹⁶⁴⁾ المخزنة عليها أو يقوم بالقصصتها عليها أو زرع أجهزة تجسس على أصحابها، والبعض الآخر يستهدف الخدمات الأساسية المزودة للشبكة بخدمة

(161) تعتبر أحصنة طروادة من أشد المخاطر الإلكترونية إذ تستفيد من مزايا كل أنواع البرامج السابقة عن طريق الدمج بين عدة خصائص، مثل تكاثر الفيروسات وعدم الحاجة لبرنامج محتضن كالفيروسات، كم أن لديها قدرة التعامل مع الملفات الصادرة أو الواردة من نوع (FTP) ونوع (HTTP) مثل برامج التجسس وخداع جدران النار، وتجمع معلومات كلمات السر وأسماء المستخدمين وأرقام بطاقات الائتمان، كما تستطيع أيضاً تدمير وتعديل مهامها. المرجع السابق، ص 18، 19.

(162) يعمد بعض القرصنة والمستخدمين أو خبراء الشبكات إلى زرع ونشر البرامج الضارة والفيروسات الذكية ذاتية التكاثر على الشبكة ومن ثم يترك الأمر للشبكة التي يتم عن طريقها تكاثر هذه البرامج دون أن تستطيع إيقافها، كالهجوم الذي استهدف شبكة الإنترنت منطلقاً من بريطانيا باتجاه باقي دول العالم فاستطاع إصابة 75 ألف جهاز كمبيوتر في بلدان مختلفة حول العالم خلال عشر دقائق مما أدى إلى تعطيل آلاف من آلات صرف النقود في الولايات المتحدة الأمريكية، وإصدار أوامر تلقائية لرحلات الطيران الأمريكية بإلغاء الرحلات وعدم الإقلاع، وظل عشرات الآلاف من الكوريين في كوريا الجنوبية غير قادرين عن دخول الشبكة والاتصال بها، وغير ذلك. وقد أطلق على هذا الفيروس اسم " السحاق" وهو عبارة عن برنامج كمبيوتر ذاتي وسريع التكاثر، بإمكانه اختراق أنظمة الأمان والحماية في الحواسيب وتحطيمها، وكان باستطاعة هذا الفيروس غزو شبكة الإنترنت كاملة في أقل من ربع ساعة. السلمون، عبد المنعم، مرجع سابق، ص 21، 22.

(163) ظهر نوع جديد من البرامج الشديدة الخطورة التي لا يقتصر دورها على تدمير المعلومات الموجودة على القرص الصلب في جهاز الكمبيوتر (Hard disk) فقط، بل إنها تستطيع إعطاب وتدمير القرص الصلب نفسه أو تدمير كامل قاعدة البيانات الموجودة على الكمبيوتر إتلاف البيانات التي يحتويها الجهاز، وعلى الرغم من ذلك فإن الضرر قد يتسبب في بعض المنشآت التجارية والصناعية في تكبد خسائر مادية فادحة قد تصل إلى مبالغ ضخمة، مثل الخسائر التي سببها فيروس (كود رد) والتي وصلت إلى ملياري دولار أمريكي، في حين وصلت الأضرار المادية لفيروس (الجب) الشهير إلى 9 مليون دولار تقريباً. www.Ajeebb.com

(164) أمن المعلومات (Information security) هو المحافظة على المعلومات وسلامتها وسريتها وملكيته والاستفادة منها، ومن تداخل استخدامها أو تخزينها، أو استخدام معلومات مضللة أو تحريفها أو استبدالها أو سوء تفسيرها، أو إلغائها أو سوء استخدامها، أو الفشل في استخدامها أو الوصول إليها، أو إظهارها أو مراقبتها أو نسخها أو سرقتها. الطائي، محمد عبد حسين حسن. أمن المعلومات، مجالات الاختراق وآلية التعزيز، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المجلد 20، العدد 40، رجب 1426 هـ، أغسطس 2005م، ص 264.

الإنترنت⁽¹⁶⁵⁾ يعمل على شل خدمة الإنترنت وتدمير الشبكة نفسها بر منحتها بحيث يشكل الوصول غير القانوني للمواقع الإلكترونية (Illegal access) من أكثر المخاطر التي تهدد التجارة الإلكترونية، فالأطراف المتعاقدة تعمل جاهدة على أن تظل التعاملات فيما بينها سرية حفاظاً على إتمامها ونجاحها، وبالتالي فإن الوصول لتفاصيل تلك التعاملات من قبل الغير يضر بمصالح الأطراف المتعاقدة، وقد جرمت غالب القوانين فعل الوصول الغير قانوني إلى معلومات الغير تحت مسمى الجريمة الإلكترونية، ولأهمية هذا الموضوع فسوف نحدث عنه بالتفصيل كما يلي:

الجرائم الإلكترونية: الجرائم الإلكترونية من الجرائم الوليدة التي ظهرت حديثاً مصاحبة للأنشطة والمعاملات الإلكترونية فأصبحت تهدد معاملات البشر في شتى مجالات الحياة لما تشكله هذه الجرائم من خطورة على المعلومات والبيانات ومعالجتها أو الاستفاد منها بطرق غير قانونية، وعلى الرغم من تعدد صور ارتكاب الجريمة الإلكترونية التي قد ترتكب ضد قواعد البيانات الخاصة بإحدى المؤسسات أو الشركات أو ترتكب ضد الشخص فتؤذي في نفسه وعرضه كجريمة الإرهاب والقذف الإلكترونية وغيرها من الجرائم، على الرغم من ذلك إلا أن هذه الجرائم تعتبر أكبر مهددات التجارة الإلكترونية على الإطلاق، خاصة وأنها تنمو وتتطور بنظير التجارة الإلكترونية نفسها، إضافة إلى أنها تتميز بخصائص تميزها عن الجرائم التقليدية فيزيد ذلك من صعوبة مكافحتها وملاحقتها من تكييفها.

تعريف الجريمة الإلكترونية: أصبحت الجريمة الإلكترونية⁽¹⁶⁶⁾ اليوم من أكثر المهددات لمستقبل التجارة الإلكترونية الدولية، خاصة وأن انتشارها وتنمو هذه الجرائم يزيد بسعة كبيرة تفوق

⁽¹⁶⁵⁾ يعد هذا النوع أشد خطورة من النوع الذي يستهدف أجهزة الحواسيب نفسها؛ ذلك لأن تدمير خادم واحد يعني إخراج ملايين أجهزة الكمبيوتر حول العالم عن الاتصال بالشبكة لقطع الخدمة عنها، فشبكات الإنترنت تتركز على بضع عشر خادم منتشرة في دول العالم، كل خادم يعمل على تزويد ملايين من أجهزة الكمبيوتر بالخدمة. ففي أكتوبر 2002م تم اكتشاف أكثر من 100 مليون جهاز كمبيوتر مصابة بفيروس سريع التكاثر لكي تمطر المخدمات الأساسية بمئات الطلبات الزائفة للمعلومات في كل ثانية، الأمر الذي أدى إلى خروج تسعة مخدمات من أصل ثلاثة عشر خادم من المخدمات الأساسية عن الخدمة وانقطاع الخدمة عن ملايين من الأجهزة والكمبيوترات حول العالم.

⁽¹⁶⁶⁾ يطلق عليها البعض اسم جرائم التقنية العالية أو جرائم تقنية المعلومات (Cyber Crime) كما في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي رقم 2 لسنة 2006م،، ويطلق عليها البعض تسمية جرائم أصحاب الياقات البيضاء

سرعة تطور وسائل مكافحتها، كما أن هذه الجرائم تكبد المجتمعات خسائر فادحة تزيد يوماً بعد يوم بأضعاف كبيرة، وذلك - حتماً - يوثق في مسنوي الإقبال على هذا النوع من الأنشطة التجارية، ويزيد من مخاوف الأطراف أثناء المعاملات والعقاقات الإلكترونية، فقد أظهر تقرير من مركز شكاوى احيال الإنترنت الأمر يكي أن عدد الشكاوى التي تلقاها المركز في العام 2002م قد بلغت (6087) شكوى، منها (5273) شكوى تتعلق باختراق الكمبيوتر عبر الإنترنت، و(814) شكوى تتعلق بوسائل الدخول والاقنحام الأخرى كاللدخول عبر الهاتف أو الدخول المباشر إلى النظام⁽¹⁶⁷⁾، بشكل مادي، وقد بلغت الحسائر المنصلة لهذه الشكاوى ما يقارب (4.6) مليون دولار. منها (22%) جُمت عن شراء منتجات عبر الإنترنت دون أن يتم تسليم البضاعة فعلياً للمشتري، و 5% منها نشأت عن احيال بطاقات الائتمان⁽¹⁶⁸⁾، بينما بلغ عدد الشكاوى التي قدمت للمركز في العام 2010م (314246) شكوى، ارتفعت في العام 2011م بنسبة (3.4%) فبلغت أكثر من (324930) شكوى⁽¹⁶⁹⁾، وهو رقم يزيد عن عدد الشكاوى التي قدمت في العام 2002م بأكثر من (53) ضعفاً، أيضاً تتزايد معدلات الخسارة بسبب هذه الشكاوى بشكل كبير فبلغت عام 2008م مبلغ (279.5) مليون دولار وازدادت الخسارة إلى الضعف في عام 2009م

www.f-White Collar (www.alsharq.net.sa)، كما يسميها آخرون بجرائم الكمبيوتر والانترنت

www.f-law.net، كما أطلق عليها مصطلح جرائم الانترنت (Internet Crimes) في مؤتمر جرائم الإنترنت الذي انعقد في استراليا للفترة من 16 - 17/2/1998م. إلا أن مصطلح الجرائم الإلكترونية يعد أكثر شمولاً من مصطلح جرائم الإنترنت لأن في بعض الحالات قد ترتكب جرائم واقعة على المعلومات الرقمية أو الإلكترونية دون استخدام شبكة الإنترنت، كسرقة و تدمير بعض المعلومات من جهاز الكمبيوتر، أو وقوع جريمة إلكترونية عبر شبكة ربط واتصال داخلية (local area network) كشبكة الـ"الإنترانت" (Intranet) (وهي شبكة مقصورة على مؤسسة ما ولكنها تستخدم نفس أسلوب عمل الانترنت غير أنها ليست متصلة بها) أو باستخدام بعض أجهزة الاتصال المحمولة التي تستطيع الاتصال مع بعضها بدون رابط شبكي يربط بعضها البعض عن طريق إحدى شركات الاتصال وغيرها. (167) والنظام هو: عبارة عن جهاز أو مجموعة من الأجهزة أو الأجزاء المرتبطة أو المتصلة مع بعضها أو ذات علاقة، والتي يقوم واحد منها أو أكثر وفقاً لبرنامج معين بوظيفة المعالجة الآلية للبيانات. الاتفاقية العالمية (الأوروبية) لجرائم الكمبيوتر لعام 2001م، المادة (1).

(168) عرب، يونس. جرائم الكمبيوتر والانترنت، ورقة عمل قدمت إلى مؤتمر الأمن العربي 2002م - تنظيم المركز العربي للدراسات والبحوث الجنائية - أبو ظبي 10-12/2/2002م، ص2.

(169) الاحتيال الإلكتروني كلف الأمريكيين 485 مليون دولار في 2011م، مقال نشره تلفزيون الشرق على موقعه في شبكة الإنترنت (www.alsharqiya.com) بتاريخ 19/5/2012م.

فبلغت (559) مليون دولار⁽¹⁷⁰⁾ أي بمعدل يزيد عنها في العام 2002م بأكثر من (124) ضعفاً، وهي أرقام تعكس مدى خطورة هذه الجرائم في الولايات المتحدة الأمريكية فقط ولا شك أن خسائر هذا النوع من الجرائم حول العالم يبلغ أضعاف ذلك بكثير خاصة وأن أغلب دول العالم لا تمتلك التقدم التكنولوجي الذي تتمتع به الولايات المتحدة الأمريكية فيمكنها من حماية المعاملات الإلكترونية فيها وتأمين المعلومات ليعمل على تقليل الخسائر وذلك كله يزيد من خطورة الجرائم الإلكترونية على أمن المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية على وجه الخصوص.

ومفهوم الجريمة الإلكترونية لا يخرج عن وصف الجريمة التقليدية بشكل عام إذ أن كل فعل يرتكب بالمخالفة للقانون يعتبر جريمة، وبذا فإن الجرائم الإلكترونية هي أفعال ترتكب بالمخالفة للقوانين المتعلقة بنجر بعض الأفعال الإلكترونية. لكن الاختلاف بين الجريمة التقليدية والجريمة الإلكترونية يتمثل في اختلاف أداة تنفيذ هذه الأخيرة، فبينما يستخدم الجاني لتنفيذ الجرائم العادية أو الجرائم التقليدية أدوات صناعية تساعد على ارتكاب الجريمة كالأسلحة وأدوات فتح الأبواب والخزائن وغيرها، فإن الجاني في الجريمة الإلكترونية يستخدم أدوات ليست بالمعاول ولا بالأسلحة أو المفكات، بل أدوات إلكترونية تقترب في صفاتها من صفات المعلومات والبيانات والمواقع الإلكترونية.

كما تختلف الجرائم الإلكترونية عن الجرائم التقليدية في أن الجرائم الإلكترونية تعدد نتائجها مع اتحاد موضوعها بعكس الجرائم التقليدية التي تتنوع نتائجها بشوع موضوعاتها، فبينما نجد أن الجرائم التقليدية تركز نتائجها على مواضيع متعلقة بذلك النتائج مثل السرقة تتعلق بموضوع المال والقتل ويتعلق بموضوع النفس البشرية وما دون النفس، ويتعلق بموضوع السرقة بمحملها وهو المال، وموضوع القتل بمحملها وهي النفس، وغيرها من الجرائم التقليدية، نجد في الجرائم الإلكترونية

(170) 559 مليون دولار تكبدها الأمريكيون في 2009م بسبب جرائم الاحتيال عبر الإنترنت، نقلاً عن سان فرانسيسكو الألمانية مقال منشور على شبكة الإنترنت (www.swalif.net) بتاريخ 6/4/2010م.

تعدد النتائج وصور الجرائم إلى جرائم عديدة منها ما يتعلق بالشرف ومنها ما يتعلق بالمال ومنها ما يتعلق بالإرهاب وغيره بينما موضوع هذه الجرائم كاملة من دة واحد وهو اللاعب بالمعلومات فقط. تشكل الجرائم الإلكترونية خطورة بالغة على البرامج والبيانات الإلكترونية ويسبق تطور صناعتها صناعة المكافحات لها وصناعة برامج الحماية منها خاصة إذا وجدت مجالا واسعا لانشارها كأن تنسج رقعة الاعتماد على البرامج الإلكترونية في إدارة وتسيير المرافق ولعل ما حدث في جمهورية استونيا (Estonia) خير مثال لمعرفة ما يمكن أن تسببه هذه الجرائم من تعطيل لكافة الأنشطة في الدولة إذا تمكنت من غزو الحواسيب المسيرة لهذه الأنشطة، حيث تم رصد أول هجوم كمبيوترى واسع النطاق على دولة بأكملها في ابريل من العام 2007م، حيث كانت كل المعاملات في مختلف مرافق الدولة تمر عن طريق شبكة الإنترنت حتى التصويت على الانتخابات والدعوة للاجتماعات والتصويت عليها، حيث تم في شهر مايو من نفس العام اختراق المواقع الرئيسية الحكومية واستبدالها ببيانات أخرى لينمر عن ضحايا بعد ذلك على المواطنين باسم حكومة "استونيا" بعد ذلك تم إيقاف هذه المواقع بالكلية، ومن ثم انتقل الهجوم إلى المصارف التجارية الكبرى في الدولة، ثم إيقاف كافة الحواسيب في الدولة ليقف حال المواطنين وينقطع الخبز والوقود عن التوزيع، وعمت الفوضى أرجاء البلاد وتعطلت الدولة تماما. ولم تجد الحكومة حيل ذلك إلا قطع شبكة الانترنت بعد أن احدث المهاجم الذي اسماه صاحبه (ديدوس) أضرارا بالغة بدولة بأكملها⁽¹⁷¹⁾.

على الرغم أن أصابع الاتهام وجهت نحو الروس في ذلك الوقت إلا أن ما يهمنا هنا هو توضيح حجم الضرر الذي يمكن أن يصيب المعاملات الإلكترونية والذي قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تعطل مرافق الدولة كاملة دون معرفة هوية الجاني الحقيقي أو مكانه.

وتطور الجرائم الإلكترونية بسرعة مذهلة حتى أنه لم يعد يستعصي أمام قرصنة شبكة الإنترنت شيء بما في ذلك اختراق الأجهزة الأمنية العليا في الدول كما حدث في الولايات المتحدة

(171) تناقلت ذلك العديد من وسائل الإعلام في حينها وتم التركيز عليه في برنامج "التخريب الكمبيوترى" الذي بثته قناة الجزيرة الوثائقية.

الأمريكية عند اختراق أنظمة اتصالات البيت الأبيض إبان فترة حكم الرئيس " نيكسون " لنتشر حادثته من قبل أحد القراصنة قائلًا له: سيدي لدينا أزمة فيسأل مسرعاً ما هي ؟ ليحييه: (نفدت مناديل الحمام). أو ما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية نفسها من قبل نفس القرصان الذي أطلق على نفسه اسم (كابن كرانش) (Capn Crunch) من تبديل لأرقام الهواتف واختراق أنظمة الاتصالات، أو كالذي حدث في إسرائيل من اختراق لأنظمة اتصالات وزارة الدفاع من قبل الأخوة (بديس) والذي يبين لنا مع هذا الحدث تميز الجرائم الإلكترونية عن غيرها من الجرائم بأنها جرائم ذكية تحتاج مرتكبها للدكاء يفوق ما ينمى به الشخص العادي إذ أن الأخوة الثلاثة الذين قاموا باختراق أنظمة جيش الكيان الإسرائيلي (الشباك) عام 1999م هم مكفوف في البص منذ ولادتهم مما يعكس خطورة مثل هذه الجرائم.

أخذت مؤخراً القرصنة قالباً تجارياً فأصبحت صناعة تضطلع لها فرقا عدة تتعاون مع بعضها، وأصبح يتفق على هذه الصناعة ما يزيد على مائة مليار دولار سنوياً⁽¹⁷²⁾، ولا شك إن كانت مثل هذه الصناعة يتفق عليها مثل هذه المبالغ فإلها تدر لأصحابها مبالغاً أكثر وتعد من قبيد الصناعات والأنشطة التجارية الناجحة بالنسبة لأصحابها.

لم يرد في غالب القوانين⁽¹⁷³⁾ العربية تعريفاً محددًا لوصف الجريمة الإلكترونية لكن الفقه بدوره قد وضح ماهية هذا النوع من الجرائم وفي ذلك عرف الفقيه الألماني تيدمان (Tiedemann) الجريمة الإلكترونية أو جريمة المعلوماتية على أنها تشمل كل أشكال السلوك غير المشروع الذي يرتكب باستخدام الحاسب الآلي (الكمبيوتر)⁽¹⁷⁴⁾، كما عرفها الفقيه الفرنسي (

(172) المرجع السابق.

(173) أوردت بعض القوانين تعريفاً لمعنى الجريمة الإلكترونية مثل القانون السعودي الذي أورد في المادة الأولى المرسوم الملكي رقم م/17 لسنة 1428 هـ بشأن نظام مكافحة جرائم المعلوماتية تعريفاً للجريمة الإلكترونية تحت مسمى جريمة المعلوماتية يعرفها على أنها : (أي فعل يرتكب متضمناً استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية بالمخالفة لأحكام ذات القانون)، ونلاحظ أن القانون السابق لم يخرج عن قول الفقهاء في تعريفه لجريمة المعلوماتية أو الجريمة الإلكترونية في اعتبار الحاسب الآلي (الكمبيوتر) أداة رئيسة لارتكاب مثل هذه الجرائم.

(174) قارة، أمال. الجريمة المعلوماتية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، الجزائر، 2002م، ص18.

(Leslie D.Ball على أنها: كل فعل إجرامي يستخدم الكمبيوتر فيه كأداة رئيسية، أما الفقيه (Totty et hardcastle فيعرفها على أنها تلك الجرائم التي يكون قد وقع في مراحل ارتكابها بعض العمليات الفعلية داخل نظام الحاسب، وبعبارة أخرى هي الجرائم تلك الجرائم التي يكون دور الحاسب فيها اختيائياً أكثر منه سلبياً⁽¹⁷⁵⁾ .

أما غالب الفقه العربي فيعرف هذه الجرائم على أنها: تلك الجرائم التي لا تعرف الحدود الجغرافية والتي ينم ارتكابها بأداة هي الحاسب الآلي (computer) عن طريق شبكة الإنترنت وعن طريق شخص على دراية فائقة لها⁽¹⁷⁶⁾ .

غير أننا نلاحظ على التعريف السابق ما يلي:

1. أنه تضمن وصفاً للجريمة الإلكترونية أكثر من تضمنه تحديداً واضحاً لمفهومها، فمن المعروف أن الجريمة لا ترتبط أو تنقيد بحدود ومساحات جغرافية لبلد معين، إذ أنها جرائم لا وجود مادي لها، لكن التعريف لم يبين ماهية الجريمة الإلكترونية، وما هو الفعل الذي يمكن أن يوصف ارتكابه بالجريمة الإلكترونية.

2. اشترط التعريف السابق لقيام جريمة الإنترنت ارتكاب الجريمة بواسطة شخص ينمغ بدراية فائقة بالإنترنت و الكمبيوتر، وذلك يضيق من وصف جريمة الإنترنت إذ أنه من حيث الأصل ينفي الجريمة عن الشخص الذي ارتكبها بالصدفة، أو كان على غير دراية بالشبكة أو ارتكبها بواسطة شخص آخر له دراية بالإنترنت أو الكمبيوتر في حين أن كافة التشريعات تنفق على عدم اشتراط الخبرة لوصف الفعل بالجريمة إذا توافرت كافة أركان قيامها من الركن المادي والركن المعنوي والنص المجرم للفعل، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أنه أصبح بالإمكان الاتصال بشبكة الإنترنت بواسطة أجهزة أخرى غير الكمبيوتر مثل أجهزة التلفزيونات والهواتف

(175) المرجع السابق، ص 18.

(176) الجنبيهي، منير . الجنبيهي، ممدوح . مرجع سابق، ص 13.

السيارة⁽¹⁷⁷⁾، كما أن الجريمة قد ترتكب من غير وجود شبكة الإنترنت كالأعداء على ممتلكات الغير المخزنة في جهاز الكمبيوتر الشخصي الخاص به، وبالتالي فإن وجود مثل هذا الشرط في التعريف يضيق من نطاق وصف الفعل المرتكب عبر شبكة الإنترنت بالجريمة حتى وإن توافرت أركان قيام الجريمة الثلاثة المذكورة سابقاً.

3. كما أن التعريف السابق - يسانده آخرون⁽¹⁷⁸⁾ - يذهب إلى القول بأن الجناة الإلكترونيون - إن جاز التعبير - يعتمدون على الأجهزة الإلكترونية عند ارتكاب جرائمهم، وبناء عليه فإن جهاز الكمبيوتر يعتبر أداة تنفيذ الجرائم الإلكترونية أو جرائم المعلوماتية، ولكن نلاحظ على هذا القول الآتي:

- إن الجرائم الإلكترونية تعتبر من الجرائم "اللامادية" أو الافتراضية وبالتالي لا يتطلب استخدام أدوات مادية لتنفيذ هذه الجرائم.
- لا بد لتنفيذ الجريمة الإلكترونية من الارتباط بشبكة الإنترنت بحسب التعريف السابق، وبالتالي فإن الأداة هنا تصح الشبكة أو الاتصال بالشبكة وليس الكمبيوتر.

4. القول يخص أداة ارتكاب الجرائم الإلكترونية على الكمبيوتر تخل بتعريف الجرائم الإلكترونية نفسها؛ إذ أن الكمبيوتر قد يستخدم لارتكاب جرائم أخرى ليست جرائم إلكترونية، مثل جريمة التزوير التقليدية المنصوص عليها في القوانين الوطنية التي تختلف عن جريمة التزوير المعلوماتية أو الإلكترونية، فعلى الرغم من أن الكمبيوتر يستعمل في تنفيذ كل من هذين

⁽¹⁷⁷⁾ سارعت بعض التشريعات إلى تلافى هذه الثغرة فعرفت جهاز الكمبيوتر تعريفاً واسعاً ليشمل أي جهاز إلكتروني يمكنه أن يؤدي وظائف إلكترونية مثل التشريع السعودي الذي أورد تعريف الحاسب الآلي على أنه : أي جهاز إلكتروني ثابت أو منقول، سلكي أو لا سلكي، يحتوي على نظام معالجة البيانات أو تخزينها، أو إرسالها، أو استقبالها، أو تصفحها يؤدي وظائف محددة بحسب الأوامر والبرامج المعطاة له. المرسوم الملكي السعودي رقم م/17 لسنة 1428 هـ بشأن نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، المادة (6/1).

⁽¹⁷⁸⁾ الرزوي، حسن مظفر. المفاهيم المعلوماتية لجرائم الفضاء الافتراضي بالكمبيوتر، مجلة الشريعة والقانون، جامعه الإمارات العربية المتحدة، العدد 16 شوال 1422، يناير 2002م. ص 242. وذهب البعض في تعريف الجريمة الإلكترونية إلى جعل الكمبيوتر مرتكزاً لقيامها فعرفها على أنها: فعل إجرامي يستخدم الكمبيوتر في ارتكابه كأداة رئيسية. خالد، بو كثير. الجرائم المعلوماتية، مذكرة نهاية تدريب، المنظمة الجهوية للمحاميين، سطيف، 2006م، ص 5، 6.

الجريمنين، إلا أن جريمة تزويد المعلوماتية لا تتم أو تقوم إلا إذا تعلقت بإدخال أو إتلاف أو محو أو تحوير المعطيات أو البرامج الإلكترونية أو برامج الكمبيوتر و أثرت على الجرى الطبيعي لمعالجة البيانات وإلا عدت من قبيل جرائم التزويد التي نصت عليها القوانين الجنائية الوطنية كتزويد البطاقة الشخصية أو جوازات السفر حتى وإن استخدم الكمبيوتر أداة لتنفيذها .

5. يذكر البعض⁽¹⁷⁹⁾ أن القول باعتبار جهاز الكمبيوتر أداة لارتكاب الجريمة الإلكترونية لا يستقيم إلا لوصف الجرائم التي ترتكب باستخدام التقنية المعلوماتية، أما الجرائم الإلكترونية التي ترتكب ضد النظام المعلوماتي نفسه فلا يمكن أن يكون جهاز الكمبيوتر أداة لارتكابها .

6. إشارة مؤخر الأمر المنحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة السجناء إلى أن جهاز الكمبيوتر يستعمل لتخزين بيانات قد تكون في غاية الأهمية السياسية أو الاقتصادية أو الشخصية أو غيرها، وإلى أن الاعتداء على جهاز الكمبيوتر بالنفاذ إلى نظامه وبياناته أو برامجها ومن ثم استعمالها أو مراقبتها أو التدخل فيها بأي شكل بدون إذن يعد سلوكاً إجرامياً، ومن ذلك فإن جهاز الكمبيوتر يعتبر بمثابة الحرز الذي يفصل بين تكييف وتصنيف الأفعال الواقعة على محتوياته وتجريمها من عدمه .

7. ما ذكره الفقيه الفرنسي (Leslie D.Ball) كتعريف للجريمة الإلكترونية بأنها: (فعل إجرامي يستخدم الكمبيوتر في ارتكابه كأداة رئيسية)

8. ما ذكره البعض⁽¹⁸⁰⁾ بشأن مواصفات مرتكبي جرائم تكنولوجيا المعلومات بضرورة توافر ثلاثة شروط أساسية في الشخص المرتكب للجريمة الإلكترونية، وهذه الشروط هي :

(179) رستم، هشام فريد، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، أسبوط، 1992، ص29.
(180) الطائي، جعفر حسن جاسم. جرائم تكنولوجيا المعلومات، رؤية جديدة للجريمة الحديثة، الطبعة الأولى، دار البداية، 2007م، عمان. ص.151، 152.

أ. المعرفة (Knowledge): بأن يكون الشخص على علم ودراسة كاملة

باستخدام الكمبيوتر وتفاصيل برامجه ولاسيما نقاط الضعف في الأنظمة المطبقة والبرامج المثبتة عليه.

ب. القدرة على اختراق وسائل التخزين (Access): لا سيما تلك التي لا تخنوي على نظام حماية كمشفير لبياناتها أو إخفاء أو خوه.

ج. القابلية على استخدام الوسائل (Resources): كوسائل الاتصال وبرامج الشفير⁽¹⁸¹⁾ وفك الشفير وغيرها.

9. ما ذكره البعض⁽¹⁸²⁾ أيضاً بأن جانب من الفقه الفرنسي بقيادة الفقيه (Masse) يعرفون الجريمة الإلكترونية على أنها "الاعتمادات القانونية التي يمكن أن ترتكب بواسطة المعلوماتية بغرض تحقيق الربح" وعلى الرغم من وجود بعض الملاحظات على هذا التعريف تتمثل بنصيته لنطاق ارتكاب الجريمة لتقتصر على غرض الربحية، إلا أنه قد اعتبر المعلوماتية أداة لارتكاب الجرائم الإلكترونية، وبالتالي فإن الأداة هنا هي المعلومات نفسها وليست جهاز الكمبيوتر.

10. أضف لما سبق ما أوصت به القرارات والمؤتمرات الدولية المتعددة دورياً بشأن جرائم الكمبيوتر أو الجريمة الإلكترونية والتي على سبيل المثال منها : المؤتمر الخامس عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات بشأن جرائم الكمبيوتر الذي أوصى بنجرم بعض الأفعال التي تقع على الكمبيوتر مثل الغش والاحتيال المرتبط بالكمبيوتر، أو تزويد المعلومات أو البيانات، تخريب وإتلاف الكمبيوتر، الدخول غير المصرح به، الاعتراض الغير مصرح به لأي من وسائل الاتصال،

(181) برامج التشفير هي برامج تستخدم لتوفير الحفاظ على سرية المعلومات الثابت منها والمتحرك، ويكون لها القدرة على تحويل وترجمة تلك المعلومات إلى رموز بحيث إذا ما تم الوصول إليها من قبل أشخاص غير مخول لهم الوصول لا يستطيعون فهم أي شيء بحيث يظهر لهم خليط من الرموز والأرقام والحروف الغير مفهومة. (فتحي، مصطفى). التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، ورقة عمل قدمت في ندوة التوقيع الإلكتروني، الرباط، يونيو 2006م، ص9).

(182) عرب، يونس. تطوير التشريعات في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية، ورشة عمل، هيئة تنظيم الاتصالات، مسقط - سلطنة عمان 2-4 ابريل 2006م، ص6.

وغيرها من الجرائم التي يعد جهاز الكمبيوتر فيها مسحا لارتكاب الجريمة لا أداة لارتكاب هذه الأفعال.

11. ذكر البعض⁽¹⁸³⁾ أن الكمبيوتر يلعب ثلاثة أدوار أساسية عند ارتكاب الجريمة الإلكترونية وهذه الأدوار هي: الأول: -قد يكون الكمبيوتر هدفاً للجريمة (Target of an offense)، كما في حالة الدخول الغير مصرح به، أو زراعة الفيروسات، أو الاستيلاء على البيانات المخزنة فيه، أو المنقولة بواسطة عبر النظر، والثاني: -قد يستخدم الكمبيوتر كأداة لارتكاب جريمة تقليدية (A tool to commit a traditional offense) مثل جرائم التزوير والتزييف - كما أسلفنا - حتى وإن استخدم كوسيلة للاستيلاء على أرقام بطاقات الائتمان وإعادة استخدامها، أو تمريره للدخول إلى قواعد بيانات للنأثير على عمل برمجيات معينة كبرامج التحكم بالطائرات أو القنوات الفضائية، الثالث: -اعتبار الكمبيوتر بيئة للجريمة (An environment for offenses) مثل استخدام الكمبيوتر لتخزين البرامج المقرصنة أو نشر المواد غير القانونية، أو استخدامه كأداة تخزين أو اتصال لصفقات ترويج المخدرات، وقد يلعب الكمبيوتر أحد الأدوار السابقة فقط، أو يستخدم لإتمامها كلها مجتمعة في آن واحد.

ومما سبق فخلص إلى أن جهاز الكمبيوتر لا يعتبر أداة أساسية لتنفيذ الجرائم الإلكترونية يد أنه يعتبر أداة اتصال بشبكة الإنترنت، وبالتالي فإن أداة ارتكاب الجرائم الإلكترونية الرئيسية تعتبر افتراضية كالجريمة نفسها وتمثل بالمهارات والخبرات ولذلك نجد أن هذه الجرائم لا ترتكب إلا من أصحاب المهارات وذوي الخبرات العالية في التعامل مع الشبكة وأجهزة الحواسيب، إذ وعلى عكس ما هو الحال عليه في ارتكاب الجرائم التقليدية التي تصبح ممكنة إذا توافرت نية الجاني للإجرام وأداة التنفيذ والضحية أو المجني عليه، على عكس ذلك لا تسلم شبكة الإنترنت من المستخدمين و المتصفحين الذين تولدت لديهم نية الإجرام بالدخول إلى المواقع المملوكة للغير

(183) يوسف، أمير فرج. الجريمة الإلكترونية والمعلوماتية والجهود الدولية والمحلية لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011م، ص 91 - 93.

بطرق غير قانونية أو اختراق⁽¹⁸⁴⁾ المواقع المالية وسرقة الأموال، وغيرها من الأفعال الجرمية، وعلى افتراض القول السابق أن الكمبيوتر هو أداة لتنفيذ الجريمة فنجد أنه وعلى الرغم من وجود نية الإجرام وتوافر أداة التنفيذ وهي الكمبيوتر إلا أن الجاني لا يستطيع ارتكاب أي جريمة معلومية افتراضية إذا انعدمت الأدوات الحقيقية لتنفيذ الجريمة وهي الخبرة أو المهارة اللازمة لكس حماية المواقع أو اختراقها، ومن ثم القرصنة عليها⁽¹⁸⁵⁾.

وخلص مما سبق إلى إمكانية تعريف الجريمة الإلكترونية على أنها: ارتكاب فعل بالمخالفة للقانون عن طريق موقع إلكتروني أو نظام معلوماتي.

والموقع الإلكتروني هو: مكان إتاحة المعلومات على الشبكة المعلوماتية⁽¹⁸⁶⁾، والمعلومات الإلكترونية هي: كل ما يمكن تخزينه ومعالجته وتوليدته ونقله بوسائل تقنية المعلومات وبوجه خاص الكتابة والصورة والأصوات والأرقام والحروف والرموز والإشارات وغيرها⁽¹⁸⁷⁾، أما

(184) الاختراق : قيام شخص أو أكثر بمحاولة الوصول إلى جهاز خاص أو شبكة خاصة عن طريق شبكة الإنترنت باستخدام برامج متخصصة لفك الرموز والكلمات السرية وكسر حواجز الحماية الأمنية، واستكشاف مواصفات ضعف الجهاز، أو الشبكة، من خلال بوابات عبور للوصول إلى الملفات أو البرامج، وعند اختراق أجهزة الحواسيب الخاصة يظهر ذلك عليها بعلامات تؤثر على تشغيلها أو أداؤها مثل: عرض صور مفاجئة على الشاشة أو تغيير إعدادات الشاشة نفسها، فتح وغلق باب مشغل القرص المضغوط (CD-Room)، توقف حركة معينة أو تغيير شكل معين أو الحركة العشوائية لمؤشر الفأرة (Mouse)، عرض رسائل أو نوافذ على الشاشة أو إغلاق رسائل أو نوافذ مفتوحة، تغيير إعدادات التحكم بالصوت، حركة القرص الصلب (Hard Disk) لرفع ملفات إلى الشبكة أو لتنزيل ملفات إليه من الشبكة (Upload or download data and files) أو حذف ملفات من القرص نفسه. **بسيوني، عبد الحميد**. مرجع سابق، ص 29—31.

(185) ولهذا السبب يقول خبراء مكافحة الجرائم الإلكترونية أن أفضل وسيلة للتعرف على الأشخاص ذوي الميول الإجرامي هي تحليل وتقييم مهاراتهم ومعرفة خبراتهم الفريدة في مجال علوم الكمبيوتر وتكنولوجيا المعلومات، والتي يتميز معها مقترفو جرائم الكمبيوتر أو الجرائم الإلكترونية عن باقي المجرمين التقليديين. **الطائي، جعفر حسن جاسم**، مرجع سابق، ص 152.

(186) القانون الاتحادي الإماراتي في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 2 لسنة 2006م، المادة (1)، وقانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة 2007م، المادة (3). إلا أن القانون السوداني قد أضاف إلى التعريف السابق عبارة: (من خلال عنوان محدد)، ولعل المشرع السوداني بذلك يشترط سوء النية في الجاني وقصد ارتكاب الفعل المخالف للقانون، وعلى الرغم من ذلك فالقانون السوداني لم يورد توضيحاً يفسر معنى عبارة (من خلال عنوان محدد) فإذا كان القصد من ذلك اشتراط وجود عنوان محدد للمجني عليه في شبكة الإنترنت، فإنه — أي القانون — قد ضيق من تجريم الأفعال التي ترتكب على شبكة الإنترنت ويمكن أن تلحق ضرراً بالآخرين لمجرد أن الجاني لم يدخل عناوين هؤلاء الأشخاص، أو أنه لا يوجد لديهم عنوان محدد على شبكة الإنترنت، أما إن كان القصد غير ذلك بمعنى أن الفعل يعد جريمة إن ارتكب بالمخالفة للقانون على أي عنوان داخل شبكة الإنترنت، حتى ولو لم يكن هذا العنوان يتعلق بالشخص المضرور أو يتبع له، فإن هذه العبارة لا تحقق أي قيمة قانونية والسبب أنه لا يمكن ارتكاب الجريمة الإلكترونية على أحد المواقع الإلكترونية إلا من خلال عنوان إلكتروني معين.

(187) **إبراهيم، حسني عبد السميع**، الجرائم المستحدثة عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م، ص 61.

النظام المعلوماتي (Information system) فهو عبارة عن: مجموعة برامج وأدوات معدة لمعالجة وإدارة البيانات أو المعلومات أو الرسائل الإلكترونية ورسائل البيانات⁽¹⁸⁸⁾ أو غير ذلك⁽¹⁸⁹⁾. والتعريف السابق يشمل تجريم الأفعال التي ترتكب بالمخالفة للقانون على شبكة الإنترنت، كما ينص أيضاً أي فعل مخالف للقانون يضر بنظام معلوماتي معين سواء كان على شبكة الإنترنت أو على جهاز إلكتروني حتى وإن لم يكن مرتبطاً بالشبكة، كالدخول الغير مشروع لأجهزة الكمبيوتر المملوكة للغير أو كس أنظمة حمايتها وتغيير أو تعديل أو سرقة المعلومات المخزنة عليها أو تدميرها، وغير ذلك من الجرائم المرتبطة بالبرامج والمعلومات الرقمية.

خصائص الجريمة الإلكترونية:

تتمتع جرائم الإنترنت أو الجريمة الإلكترونية بعدة خصائص تميزها عن الجرائم العادية تجعلها تحتاج بالضرورة لتظهير خاص يتوافق مع سمات هذه الخصائص، ومن أهم خصائص الجرائم الإلكترونية التالي:

1. من الجرائم الدكّية: فلا يمكن للشخص العادي الذي لا يمتلك الخبرات والمهارات في

استعمال والتعامل مع أجهزة الحواسيب وشبكة الإنترنت أن يقوم بارتكاب هذه

الجرائم، ولكن نلاحظ أن هذه الخاصية لا تنفي الجريمة عن الشخص الذي يفتش إلى

الخبرة في التعامل مع جهاز الكمبيوتر والشبكة، إذا توافرت أركان قيام الجريمة، إنما

(188) عرف القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية في المادة الثانية منه رسائل البيانات على أنها: (مجموعة من الأوامر والأرقام التي تحتاج إلى معالجة وتنظيم، أو إعادة تنظيم لكي تتحول إلى معلومات، وقد تأخذ شكل نص كتابي أو أرقام أو أشكال أو رسومات أو صور أو تسجيل أو أي مزيج من هذه العناصر).

(189) القانون الاتحادي الإماراتي في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 1 لسنة 2006م، المادة (1) قانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة 2007م، المادة (3). ويشمل النظام المعلوماتي كل وسيلة مخصصة لصناعة المعلومات أو لمعالجتها أو لتخزينها أو لعرضها أو لإتلافها، يتطلب تشغيلها الاستعانة بشكل أو آخر بالوسائل الإلكترونية، كما يعنى أيضاً المعدات والآلات المعلوماتية والحاسبات الآلية والبرامج وقواعد وبنوك المعلومات والملقحات ومواقع الويب ومنتديات المناقشة والمجموعات الإخبارية وكل وسيلة معلوماتية أخرى مخصصة لصناعة أو لمعالجة أو لتخزين أو لاسترجاع أو لعرض أو لنقل أو لتبادل المعلومات. **عبد المطلب، ممدوح عبد الحميد.** استخدام بروتوكول TCP/IP في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر، الدليل الإلكتروني للقانون العربي(www.arablawninfo.com)، ص5.

قد تكون نوع من أنواع الحماية الذاتية للمعاملات الإلكترونية بين الأطراف؛ بمعنى أن طبيعة التعامل مع أجهزة الحواسيب و شبكة الإنترنت يشكل بعض الحماية التي يعجز الشخص العادي، الذي يفتقر إلى مهارات التعامل معها عن اختراقها، ومن ثم ارتكاب الجريمة.

2. جرائم حديثة: فوجودها نتيجة لتطور تكنولوجيا المعلومات ومرتبطة بها إذ أن الجريمة الإلكترونية لا تقع على أشياء مادية ولا يكون موضوعها إلحاق الضرر بالموجودات الفيزيائية، إنما تعتبر البرامج الإلكترونية وأنظمة المعلومات والبرامج الكمبيوترية وشبكة الإنترنت هي مسرح هذه الجرائم، كما أنها جرائم متنوعة عديدة لا يمكن حصرها وإن كانت بعض التشريعات قد أدرجت تسميات لبعض الجرائم الإلكترونية، إلا أنه لا يمكن في الواقع حصر هذه الجرائم والسبب في ذلك كما ذكرنا يعود إلى ارتباط هذه الجرائم بتكنولوجيا المعلومات وتطور الاتصالات التي لا يكاد يمر بعض الزمن حتى نسمع بتكنولوجيا حديثة ظهرت للبشرية.

3. جرائم الكمبيوتر والإنترنت من الجرائم الخطيرة: وتقتصد بذلك مدى عواقب هذه الجرائم و نتائجها ليس على المجني عليه أو الشخص المتضرر جراء ارتكاب هذه الجرائم فحسب، بل على المجتمع ككل خاصة مع ازدياد توجه الدول بكافة مؤسساتها للتعامل الإلكتروني واعتمادها الكلي على شبكة الإنترنت لتسيير مرافق الحياة فيها، وبالتالي فإن الجرائم الإلكترونية تشكل تهديداً لكافة مرافق الحياة بالدولة، فقد أظهرت نتائج الإحصائيات التي أجرتها الجمعية الأمريكية للأمن الصناعي الأمريكي الحسائر التي قد تسببها جرائم الحاسب الآلي للصناعات الأمريكية قد وصلت إلى ثلاثة وستون بليون (63,000,000,000) دولار أمريكي في العام 1998م، وأن ما يمكن تقديس نسبته بـ(25%) من الشركات الأمريكية تنضم من

جرائم الحاسب الآلي أو الجرائم الإلكترونية، وأظهرت دراسة أخرى أجرتها منظمة (Business Software Alliance) أن خسائر المملكة العربية السعودية التي تسببت فيها الجرائم الإلكترونية أو جرائم الإنترنت بلغت في العام 1998م ثلاثين مليون (30,000,000) دولاراً⁽¹⁹⁰⁾.

4. جرائم بعيدة عن المراقبة الأمنية: وتقتصد بذلك قصور الأجهزة الأمنية في توفير الحماية اللازمة للمعلومات الإلكترونية، وهذا القصور يرجع لعوامل عديدة كطبيعة شبكة الإنترنت التي تعتبر منطقة بلا قانون من جهة، ومطلبات الخبرة والمهارة اللازمين لدى أجهزة الدولة لحماية المعلومات من جهة أخرى، خاصة وأن الجرائم الإلكترونية من الجرائم التي لا تترك أي أثر مادي وراءها يستدل به على مرتكبها، أضف لذلك أن الجرائم الإلكترونية جرائم لا يمكن الشبؤ لها، وذلك تجعل من مهمة وضع التدابير الاحترازية لحماية المعلومات والبيانات الإلكترونية أمر في غاية الصعوبة، فكثيراً ما نسمع عن خسائر كبيرة تكبدتها الدول العظمى جراء الجرائم الإلكترونية رغم التقدم التكنولوجي الذي تعيشه هذه الدول، كما أن الجرائم الإلكترونية توفّر لمرتكبها الأمان من ناحيتين، الأولى: عدم الحاجة لاستخدام القوة أو العنف والمخاطرة أو الانتقال إلى مسرح الجريمة لإنفاذها، فيمكن ارتكاب جريمة إلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية بواسطة شخص يوجد في روسيا دون الحاجة لانتقال الجاني لأراضي الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا ما يشكل صعوبة حقيقية في ملاحقة الجاني. الثانية: تتمثل في الفارق الزمني المناسب الذي تحصل عليه الجاني بين ارتكاب جريمته وبدء ملاحقته، فالكثير من الجرائم الإلكترونية

(190) الجنيبي، ممدوح. والجنيبي، منير. مرجع سابق، ص، 19. وأيضاً: جرائم الإنترنت من منظور شرعي وقانوني، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الرابط: (www.adawy.ba7r.org/t819-topic)، فبراير، 2011م.

لا يتم اكتشافها إلا عن طريق الصدفة لعدم معرفة الأطراف والجهات ذات العلاقة كالأجهزة الأمنية وغيرها بوقوع الجريمة، أو لعدم معرفة الجاني أو المجني عليه، أو بعد مدة زمنية من ارتكابها، يكون الجاني خلالها قد استغاد منها في ارتكاب جرائم أخرى أو تأمين نفسه من الملاحقة الأمنية⁽¹⁹¹⁾.

5. جرائم مشوعة: فلا تتخذ الجرائم الإلكترونية مسلكاً معيناً لئلا تصنفها على أساس⁽¹⁹²⁾، بل تشوع هذه الجرائم فمنها ما يقع على الشخص كالقتل والسب والشهير والتهديد والاستدراج وغيرها، ومنها ما يقع على الأموال كالسرقة والاختلاس وتزوير المستندات، ومنها ما يقع على المجتمع كالمساس بالنظام العام والقيم أو المعتقدات الدينية أو الإرهاب الإلكتروني أو الترويع للبقاء وغيرها. كما أن الجرائم الإلكترونية تعتبر جرائم مشوعة الدوافع أيضاً فقد ترتكب هذه الجرائم لدوافع شخصية كإحساس مرتكبها بالقوة وبقدرة الذات على اختراق المواقع وتدميرها أو العبث بمحتوياتها مرغبة في تحقيق الذات والقدرات الذهنية، أو الحقد والكراهية أو الانتقام أو غيرها من الدوافع، أو كمحاولة لكسب المال، أو

(191) في كثير من الجرائم الإلكترونية لا يتم التعرف على الجاني، وبالتالي تصبح إمكانية ملاحقته قضائياً أمراً صعباً مثل ما يحدث في القنوات الفضائية التجارية التي نسمع كثيراً عن إعلانها بوجود تشويش متعمد على باقاتها بقصد قطع الإرسال أو تقليل جودته من دون أن يتم التعرف على الجاني ولا تحديد موقعه.

(192) فالجرائم الإلكترونية كما ذكرنا تتنوع لجرائم ضد الأشخاص وجرائم ضد الحكومات وجرائم ضد الأموال و النوع الأخير هو ما يهتما في دراستنا هذه التي تعتبر مع الجرائم الإلكترونية من أهم معوقات ومهددات قيام التجارة الإلكترونية وازدهارها، ذلك لأن الجرائم الإلكترونية المتعلقة بالأموال تهدد رؤوس أموال التجار والمتعاقدين، كما تهدد اقتصاديات البلدان بشكل عام، ومن أمثلة هذه الجرائم: - سرقة معلومات الحاسب، قرصنة البرامج وسرقتها، سرقة أدوات التعريف والهوية عبر انتحال هذه الصفات أو المعلومات داخل الحاسب، تزوير البريد الإلكتروني أو الوثائق والسجلات والهوية، جرائم المقامرة، تملك وإدارة مشروع مقامرة على الإنترنت، الحيازة غير المشروعة للمعلومات، إفشاء كلمة سر الغير، إساءة استخدام المعلومات، نقل معلومات خاطئة، أنشطة اقتحام أو الدخول أو التوصل غير المصرح به مع نظام الحاسب أو الشبكة، خلق البرمجيات الخبيثة والضارة ونقلها عبر النظم والشبكات، استخدام اسم النطاق أو العلامة التجارية أو اسم الغير دون ترخيص، إدخال معطيات خاطئة أو مزورة إلى نظام حاسب، التعديل غير المصرح به في الكمبيوتر أو مهام نظم الحاسب الأدائية، أنشطة إنكار الخدمة أو تعطيل أو اعتراض عمل النظام أو الخدمات، أنشطة الاعتداء على الخصوصية، استخدام الحاسب للحصول على البطاقات المالية أو استخدامها للغير دون ترخيص أو تدميرها، الاختلاس عبر الحاسب أو بواسطته، استخدام الإنترنت لترويج الكحول ومواد الإدمان للقصر. وغيرها من الجرائم التي لا حصر لها وتعتمد بصفة أساسية على الذكاء أو الخبرة في مجال المعلوماتية في ارتكابها ودراية التعامل مع الكمبيوتر أو الإنترنت. العادلي، محمود صالح. الفراغ التشريعي في مجال مكافحة الجريمة الإلكترونية، جامعة الأزهر الشريف، القاهرة، 2009م، ص7.

لدوافع خارجية كالعقبة في الانتقام أو التهديد أو غيرها، كما أن هذه الجرائم تتشعب في صورها أيضاً كالدخول الغير مشروع والسرققة أو الإتلاف أو النجس أو الاحتيال أو تدمير البيانات أو نقلها أو استخدام برامج معدة خصيصاً لتنفيذ الاختلاس أو التحويل المباشر للأرصدة والتلاعب بالبطاقات المالية، أو جرائم الاعتداء على أجهزة الصرف الآلي للنقود، وجرائم الاستيلاء على النقود الإلكترونية وغيرها .

6. الجرائم الإلكترونية من الجرائم الناعمة والجاذبة⁽¹⁹³⁾: فنتميز الجريمة الإلكترونية بأنها ناعمة من حيث تنفيذها، فلا يوجب على مرتكبيها استخدام العنف كما في الجرائم التقليدية الأخرى كالقتل والسرققة التقليدية، بل تعتمد على المجهود الذهني لا البدني، ونتيجة لذلك يستطع ارتكاب هذه الجرائم الشخص المتعد والضرب⁽¹⁹⁴⁾ أيضاً أو النساء بمختلف أعمارهن⁽¹⁹⁵⁾ أو أي شخص إذا توافرت لديه الخبرة والدراسة اللازمين للتعامل مع قواعد البيانات ولأجهزة الإلكترونية⁽¹⁹⁶⁾، كما أن الجرائم الإلكترونية من الجرائم الجاذبة للاستثمار حيث يلجأ الجناة لارتكابها لغرض غسل

(193) الشامي، عبد الكريم خالد. جرائم الكمبيوتر والإنترنت في التشريع الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، غزة، بدون تاريخ، ص 7, 8.

(194) فمن بلدة عربية صغيرة داخل إسرائيل تدعى (كفر قاسم) نجح ثلاثة قراصنة إخوان إسرائيليين أطلقوا على أنفسهم اسم " الإخوة بدير" والمكفوفين منذ الولادة، نجحوا في اقتحام أنظمة حواسيب الجيش الإسرائيلي واستخدموها للتعرف التجاري وذلك بأن انشئوا شركة اتصالات خاصة، وتم تشغيلها لحسابهم بحيث يتم التواصل بين المستخدمين العاديين عن طريق اتصالات أفراد الجيش الإسرائيلي، ولم يتم اكتشافهم إلا بعد ستة أشهر حينما خرجت فواتير الجيش الإسرائيلي عن السيطرة تماماً بمبالغ ضخمة، (تناقلت الخبر مختلف القنوات الفضائية الإسرائيلية ومنها قناة (IC) و أيضاً قناة الجزيرة الوثائقية في برنامج " الجريمة الإلكترونية" في يناير 2012م، وتوضح هذه القضية مدى خطورة جرائم المعلوماتية على المجتمع، فمن النادر في الجرائم التقليدية أن يكون مرتكبها شخصاً ضريباً، ولكن في الجرائم الإلكترونية لا شيء يمكن أن يمنع المرتكب إذا توفرت لديه المهارة اللازمة والنية لارتكابها.

(195) قامت قناة يمنية أطلقت على نفسها اسم " العنود" في سبتمبر 2012م باختراق موقع "حشد نت" الإلكتروني الذي يتبع للنظام اليمني السابق ونشرت فيه صوراً من شأنها إدانته بمجازر ارتكبها وغير ذلك، تناقلت الخبر مختلف الصحف الصادرة في الجمهورية اليمنية ومنها: موقع يمن برس الإخباري الإلكتروني في مقال تحت عنوان (قناة يمنية تخترق صفحة موقع مؤتمر "بلطجي" حرض على قتل شباب الثورة) بتاريخ الثلاثاء 18 سبتمبر 2012م، على الرابط (www.yemen-press.com/news12546.html). وذلك يؤيد أن الجريمة الإلكترونية لا تحتاج لمجهود بدني حتى ترتكب في غالب أحوالها من الرجال كجريمتي القتل أو السرققة، بل إن أدوات هذه الجريمة وكما وضعنا سابقاً تعتمد على الذكاء والخبرة في التعامل مع البرمجيات والمجهود الذهني.

(196) على الرغم من ذلك فإن أكثر فئة عمرية ترتكب هذه الجرائم هي فئة الشباب من سن (15-30) عاماً.

الأموال وتوظيف الكثير منها في تطوير تقنيات وأساليب الدخول إلى الشبكات والسطو على البنوك وغيرها . ولذلك فإن معظم من تكبي هذه الجرائم هم من الفئات العمرية الشبائية والطلائية على وجه الخصوص⁽¹⁹⁷⁾ .

النكيف القانوني للجرائم الإلكترونية:

انقسم الفقه بشأن النكيف القانوني للجرائم الإلكترونية إلى قسمين :

القسم الأول: يرى فقهاء هذا القسم⁽¹⁹⁸⁾ أن المعلومات والبرامج الموجودة على جهاز الكمبيوتر ما هي إلا عبارة عن طاقة كهربائية، وبالتالي فإن تنظيمها يدخل ضمن الأحكام التي تنظم الطاقة الكهربائية، ويندر العامل معها على هذا النكيف بصفها أموال منقولة، فنسري عليها أحكام القوانين الجنائية وقوانين العقوبات الخاصة بالأموال المنقولة، وتشمل الطاقة الكهربائية الإشعاعات والبرامج والمعلومات الموجودة داخل جهاز الكمبيوتر، ومن هذه القوانين: القانون العراقي والقانون الأردني والقانون الليبي الذي نص هذا الأخير على أنه: (يعد في حكم المنقولات في قانون العقوبات الطاقة الكهربائية وجميع أنواع الطاقة ذات القيمة الاقتصادية)⁽¹⁹⁹⁾ .

(197) فأتناء اطلاع الباحث على العديد من القضايا المتعلقة بهذا الشأن وقف على الكثير من الجرائم الإلكترونية التي صرح مرتكبوها بأن الدافع لارتكاب جرائمهم في البداية كان تحدٍ وهواية في بعض الأحيان، وأن منهم طلاب مدارس وطلاب جامعات، أي أن أعمارهم قد تتراوح ما بين 18 إلى 24 أو 25 عاماً، وهو الأمر الذي يخلق مشكلة حقيقة للدول في ملاحقة مثل هؤلاء المجرمين قانونياً إذ أنه يتعلق بمسألة الأهلية وإمكانية المساءلة القانونية في وقت تنص قوانين العديد من الدول على عدم جواز تطبيق أحكام القوانين الجنائية أو العقابية على من لم يصل سناً معينة، فعلى سبيل المثال ينص قانون إساءة استخدام الكمبيوتر البريطاني على أنه :

(This section applies to offences for which a person of twenty-one years of age or over) **COMPUTER MISUSE ACT 1990 (UK) Commencement 29 August 1990, section 2/2/b.**

فمن النص السابق يتضح أن القانون البريطاني يؤكد على أن سن تحمل المسؤولية الجنائية في الجرائم الإلكترونية لا يختلف عنه في غيرها من الجرائم الجنائية الأخرى، وبالتالي فإن فئات عمرية ستخرج عن نطاق تطبيق القانون إذ لا ينطبق القانون على أي شخص ارتكب جريمة إلكترونية لم يصل سنه 21 عاماً أياً كان الضرر الذي ستحدثه جريمته وهو أمر يتعارض وخصائص جرائم الحاسوب السابق ذكرها والتي يمكن أن يرتكبها أشخاص تقل أعمارهم عن السن القانونية المحددة في القانون.

(198) **الهيبي، محمد حماد مدهج.** الصعوبات التي تعترض تطبيق نصوص جريمة السرقة على برامج الحاسب الآلي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 20، ذو القعدة 1424هـ، يناير 2004م، ص89.

(199) قانون العقوبات الليبي لسنة 2008م، المادة (444).

القسم الثاني: يرى أن هذه الجرائم تتميز بالحدثة وبالتالي لا يمكن تصنيفها على أنها أموال منقولة، إذ أنها أقرب ما تكون إلى الحقوق الفكرية والذهنية منها إلى الأموال المنقولة، وقد أيدت كثير من التشريعات هذا الرأي ودرجت على أفراد قوانين خاصة لتظيم هذه الجرائم، مثل القانون المصري والإماراتي والسوداني وغيرها.

ولعل ما ذهب إليه القسم الثاني هو الأرجح، فقد ظهرت الجرائم الإلكترونية بكيانها المستقل عن جرائم الأموال ومميزاته الخاصة التي جعلت المشرعين يضعون ذلك في حسابهم عند وضع القواعد المنظمة لأحكام هذه الجرائم باعتبارها جرائم مستقلة لها محيطها الخاص وقيامها القانوني الخاص.

مسؤولية منح الوصول أو مزود الخدمة:

منح الوصول أو مزود الخدمة هو شخص طبيعي أو معنوي يقوم بدوره في لتوصيل المستخدمين (الجمهور) إلى شبكة الإنترنت بمقتضى عقود اشتراك تضمن توصيل العميل للمواقع التي يريدونها⁽²⁰⁰⁾.

كما تعرف اتفاقية "بودابست" بشأن الجريمة الإلكترونية، مزود الخدمة بأنه⁽²⁰¹⁾: (أي هيئة عامة أو خاصة تعمل على تزويد المستخدمين بخدمة الاتصال عن طريق أنظمة الكمبيوتر أو أي هيئة أو مؤسسة تعمل على معالجة أو تخزين بيانات الكمبيوتر لمصلحة خدمة الاتصالات أو مستخدمي هذه الخدمة⁽²⁰²⁾).

و قد دأب جادل فقهي حول مسؤولية مزود الخدمة عن الجرائم التي ترتكب على شبكة الإنترنت، فذهب رأي من الفقه إلى عدم تحمل مزود الخدمة لآية مسؤولية عما تجري على الشبكة، لقيامه فقط بدور في يتنص على توصيل الزبائن والعملاء بالشبكة، ويذهب رأي آخر

(200) إبراهيم، حسني عبد السميع. مرجع سابق، ص 60.

(201) وهو نفس التعريف الذي أورده الاتفاقية العالمية (الأوروبية) لجرائم الكمبيوتر 2001م في مادتها الأولى بشأن مزود الخدمة.

(202) any public or private entity that provides to users of its service the ability to communicate by means of computers system, and any other entity that processes or stores computer data on behalf of such communication service or users of such service. **Convention on cybercrime Budapest, 23 -11-2001, article 1.**

إلى تحمل مزود الخدمة للمسؤولية القانونية على أساس قواعد المسؤولية المفترضة أو النوجيهية، إذ يوجب عليه محور المعلومات أو البيانات غير المشروعة تداولها وحماية المعلومات على الشبكة خاصة مع اسنطاعنه مراقبة كل ما تخري على الشبكة عن طريقه وسهولة حجب المواقع التي يريد حجبها⁽²⁰³⁾، وتدقيق النظر في هذا الأمر يجعل من منعهد الوصول أو مزود الخدمة بمنأى عن تحمل أي مسؤولية وذلك لعدم ارتكابه أي فعل مجرم قانوناً إذ لا تقوم جريمة دون ركنها المعنوي المتمثل بقصد الإضرار وارتكاب الفعل، ومجرد تسهيل مزود الخدمة لعملية وصول الجاني للإنترنت وربطه بالشبكة دون نية إجرام أو اتفاق جنائي لا يعد جريمة، فصانع الأسلحة لا يتحمل مسؤولية اسنطادها غير القانوني، وشركات الاتصالات غير مسؤولة عن المكالمات التي تخربها عملاؤها، وإن المساءلة القانونية لمزود الخدمة عن مساعدته للجاني في ارتكاب الجريمة الإلكترونية ليس بصفه مزود خدمة أو منعهد وصول إنما بصفه شخص مشترك في الجريمة أو متفق فيها.

الموقف القانوني حيال الجريمة الإلكترونية:

اهتم المجتمع الدولي بموضوع الجريمة الإلكترونية لما لها من آثار قد تعصف بأمن أو باقتصاد دولة بأكملها فعقد المجتمع الدولي العديد من المؤتمرات الدولية ووقعت العديد من الدول الاتفاقيات الدولية الخاصة بنوضيح مفهوم الجريمة الإلكترونية وشدة خطورتها وسبل مكافحتها مثل المؤتمر الخامس عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات بشأن جرائم الكمبيوتر الذي انعقد في الفترة من 4-9 في "ريودي جانيرو" البرازيلية، والذي تبنته الأمم المتحدة، والقرار الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة السجناء الذي انعقد في "هافانا" عام 1995م بشأن الجرائم ذات الصلة بالكمبيوتر، وإعلان الأمم المتحدة الخاص باستخدام التدمير العلمي

(203) إبراهيم، حسني عبد السميع. مرجع سابق، ص 61-63.

والنكولوجي رقم 330 (د-30) نوفمبر 1975م وغيرها من المشروعات والإعلانات الخاصة بحماية المعلومات وتجريم الأفعال التي تقع بصفة غير شرعية عليها .
كما أبرمت بعض من الاتفاقيات الدولية لهذا الخصوص مثل اتفاقية بودابست بشأن الجرائم الإلكترونية 2001م .

وقد سعت الدول إلى إصدار تشريعاتها الداخلية المنظمة للمعلومات وتجريم الأفعال الغير قانونية التي تقع عليها ومن أوائل الدول التي سبقت إلى هذا المجال، الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وغالب دول أوروبا ودولة جنوب أفريقيا وبعض دول آسيا كالصين ولحقت بعد ذلك بعض الدول العربية مثل إمارة أبوظبي و باقي دول الخليج العربي وفلسطين والمغرب والجزائر ومصر ومؤخراً السودان التي أصدرت قانونين في هذا المجال هما قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م وقانون الجريمة المعلوماتية السوداني لسنة 2007م .

الباب الثاني: التنظيم القانوني للعقد التجاري الدولي

ويتضمن هذا الباب على فصلين:

الفصل الأول: تنظيم العقد التجاري الدولي

الفصل الثاني: تكوين العقد التجاري الدولي

الفصل الأول: تنظيم العقد التجاري الدولي .

إن الحديث عن التجارة الدولية يوحى بوجود نشاط تجاري بين طرفين أو أكثر من أطراف التجارة الدولية، هذا النشاط التجاري هو ما يمثل في الأساس قيام علاقة تعاقدية بين أطراف التجارة الدولية أو ما نستطيع تسميتها بالعقد التجاري الدولي، وبعد أن وضحنا مفهوم التجارة الدولية والتنظيم القانوني الدولي لها في الفصل الأول من هذا الباب سنوضح في هذا الفصل كيفية قيام التجارة الدولية عن طريق العقد التجاري الدولي وعليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نحدث في المبحث الأول منهما عن مفهوم العقد التجاري الدولي و أنواع العقد التجاري الدولي، وخصص الآخر للحديث عن محنويات العقد التجاري الدولي و أداء المقابل في عقود التجارة الدولية:

المبحث الأول: مفهوم العقد التجاري الدولي وخصائصه وأنواعه:

المطلب الأول: مفهوم العقد التجاري الدولي وخصائص العقود التجارية الدولية

أولاً: مفهوم العقد التجاري الدولي: على الرغم من أهمية العقد التجاري الدولي لتبادل السلع الدولية باعتبارها أداة التبادل الوحيدة للسلع والخدمات، والضابط الأكبر لعملية التبادل التجاري الدولي، إلا أن أحد القوانين الموحدة أو الاتفاقيات وقرارات الدولية المتعلقة بتنظيم التجارة الدولية لم تتعرض لتعريف العقد التجاري الدولي⁽²⁰⁴⁾، أو توارد مفهوماً معيناً لهذا العقد، بل تركت موضوع تعريف العقد التجاري وتفسير مضمونه للقوانين الوطنية للمتعاقدين، والتي بدورها لا تختلف كثيراً في جوهر تعريفها للعقد عن بعضها، ومن ذلك ينبئ لنا أن الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية قد حرصت على مراقبة تنفيذ العقد المبرم بين أطرافه، وضمان احترام أطرافه لقواعده، باعتبار العقد شريعة المتعاقدين، وأن الاتفاقيات قد تركت للأفراد حرية التعاقد وتضمين عقدها ما شاء من بنود والالتزامات، وما دام الحال كذلك فما هو القانون الذي يطبق على العقد بين الأطراف إذاً؟ على الأقل في مراحل إبرام العقد ومفاوضاته؟ وما هو القانون الذي ينظم شروط العقد وتحديد مكوناته؟

كما ذكرنا أن الاتفاقيات قد عرضت عن تفصيل هذه المسائل تاركته ذلك للقوانين الوطنية للمتعاقدين ولم يتفق عليه المتعاقدان وضمنا عقدهما باعتبار أن حرية اختيار تنظيم التعاقد حق شخصي للأطراف مرده إلى قواعد القانون الدولي الخاص المؤسسة لحرية التعاقد⁽²⁰⁵⁾، وعليه سوف

(204) باستثناء بعض الاتفاقيات الدولية الخاصة مثل "الاتفاقية الخاصة بالشروط العامة لعقد المشاريع الهندسية" (FIDIC) 1999م، التي عرفت العقد تعريفاً عاماً بالتركيز على محتوياته لا صفاته وذلك بنصها على أن العقد يعني: اتفاقية العقد وخطاب القبول، وخطاب المناقصة:

(Contract means the contract agreement. The letter of acceptance, the letter of tender.these conditions).Condition of contract for construction (FIDIC) 1999, (Article 1-1-1).

(205) ياقوت، محمود محمد. الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، 2004م، ص57.

نجيب على هذه التساؤلات من خلال مناقشة ما أوردته القوانين الداخلية بشأن تنظيم العقد و تحديد مكوناته، ولكن قبل ذلك تجدر بنا الإشارة إلى ما يلي:

1. إن عدم تنظيم العقد في الاتفاقيات الدولية يعد سلاحاً ذا حدين بيد الدول الكبرى مسلطاً على الدول الفقيرة والنامية؛ ففي الوقت الذي يعاني العقد هنا من فراغ تشريعي لتنظيمه تجد الدول الكبرى الفرصة الأكبر لإملاء شروطها عند مجلس العقد ومفاوضات إبرام العقد على الدول النامية وبالتالي تحويل غالب بنود العقد لمصلحتها الخاصة على حساب هذه الدول والتي ينحصر مقدار استغلالها من العقد على دهاء وفطنة ممثلها في مجالس مفاوضات العقد وإبرامه فقط.

2. بما أن الاتفاقيات لم تنظم تكوين وشروط العقد، وبما أن أي من الدول لا تستطيع فرض قانونها على باقي الدول الأطراف عند التعاقد، فإن العقد سيخضع بالنسبة لقانون إرادة المتعاقدين⁽²⁰⁶⁾، اللذين يمتلكان الحق في تضمين عقدهما الدولي ما يشاء من بنود وشروط، كما يمتلكان إخضاعه لقانون دولة معينة ليحكم ذلك العقد، وهذا الأمر قد دعا البعض⁽²⁰⁷⁾ إلى الاجتهاد في وضع نظريات تخضع العقد من خلالها لإطار قانوني معين، وتحدد هذه النظريات طريقة اختيار القانون الذي تحكم العقد، ومن هذه النظريات "النظرية الموضوعية"، و"النظرية الشخصية"، حيث يرى أصحاب النظرية الأولى "النظرية الموضوعية" أن حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبق على العقد الدولي بينهما ليست حرية مطلقة، كما أن هذا العقد يرتبط بالضرورة بمحيط اجتماعي معين، وبالتالي فإن معظم آثاره تنحقق في وسط هذا المحيط، وعليه فإن العقد لا بد أن تخضع لقانون هذا الوسط، على العكس من ذلك

(206) يعرف قانون الإرادة على أنه: الحرية المتروكة للمتعاقدين في تعيين القانون الذي يخضع له عقدهما إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقانون أكثر من دولة. عبد الناصر، بلمهوب. حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، ورقة علمية، جامعة جيجل، بدون تاريخ، الجزائر، ص2.

(207) المرجع السابق، ص4.

يرى أنصار النظرية الثانية "النظرية الشخصية" أن سلطان الإرادة للأطراف يمنع حرية كاملة في اختيار القانون الذي تخضعان عقدهما الدولي لأحكامه دون التقيّد بأي وسط اجتماعي كما هو الحال في النظرية الموضوعية. لكن وعلى الرغم مما ذكر بشأن هذين النظريتين فإننا نستطيع ملاحظة ما يلي:

- القول بتطبيق النظرية الموضوعية، تلخّص من تطبيق قانون سلطان إرادة المتعاقدين على العقد الدولي بينهما، وهو الأمر الذي يخالف الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية والتي لم تخضع العقد لقانون معين بهدف إطلاق الحرية لأطرافه لتضمينه ما شاء من شروط وبنود، وتحقيق ما تسعى إليه أهدافها من تشجيع وتحفيز التجارة الدولية بين البلدان، بل إن اتفاقية الأمر المنحدة بشأن البيع الدولي للبضائع الموقعة في "فيينا" عام 1980م قد بينت صراحة على أن الطرفين يستطيعان استبعاد تطبيق أحكامها عند التعاقد وذلك بنصها على أنه:

(The parties may exclude the application of this convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions)⁽²⁰⁸⁾.

كما نصت اتفاقية "لاهاي" بشأن البيع الدولي للبضائع 1955م على جواز استبعاد أحكامها كلياً أو جزئياً من قبل الأطراف المتعاقدة سواء كان هذا الاستبعاد صريحاً أو ضمناً.

(The parties to a contract of sale shall be free to exclude the application thereto of the present Law either entirely or partially. Such exclusion may be express or implied)⁽²⁰⁹⁾.

(208) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا 1980م، المادة (6).

(209) اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للبضائع 1955م، المادة (3).

بل إن بعض الاتفاقيات كاتفاقية "روما" 1980م قد ذهبت إلى ما هو أبعد من ذلك حيث قررت أن للأطراف اختيار القانون الذي يريدانه ليحكم وينظم عقدهما:

(A contract shall be governed by the law chosen by the parties.)⁽²¹⁰⁾

كما يستطع الطرفان وفقاً لأحكام الاتفاقية السابقة تطبيق القانون المختار على كامل العقد أو بعضه فقط، ومن ذلك نستنتج أن للطرفين حرية اختيار أكثر من قانون⁽²¹¹⁾ ليحكم عقدهما من دون تعارض بين القوانين المختارة:

(By the parties choice they can select the law applicable to the whole or a part only of the contract)⁽²¹²⁾.

وبالنسبة فإن للطرفين أن تخضعا -مثلاً- الأمور الموضوعية من العقد المبرم بينهما لقانون معين، بينما يتفقان على أن تخضع المسائل الشكلية فيه لقانون آخر وبذا نجد أن الاتفاقيات الدولية تسعى إلى تحرير التعاقد من القيود التي يمكن أن تقف أمام حرية الأطراف في التعاقد سواء كانت هذه

(210) اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية 1980م، المادة (1/3).
(211) يرى البعض أن للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على التعاقد بينهما، كما أن لهما حرية اختيار المحكمة التي تنظر النزاع بينهما مع مراعاة قواعد القانون الدولي الخاص، لأن ذاتية واستقلال حرية التعاقد بين المتعاقدين هي جزء من تطبيقات فكرة قواعد القانون الدولي الخاص.

Giulia, Sambugaro, What law to choose for international contracts. Verlag GmbH.German.2008. pages 126-128.

(212) اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية 1980م، المادة (2/3).

التيود وطنية، أمر دولية، وسواء كانت منغلقة بإبرام العقد أو في تحديد مضمونها⁽²¹³⁾.

• استبعاد النظرية الموضوعية والأخذ بالنظرية الشخصية يثق مع ما جاءت به الاتفاقيات من حرية التعاقد، وإخضاع العقد الدولي لسلطان إرادة أطرافه، مع الأخذ بعين الاعتبار ما يلي:

أ. أن تضمين الأطراف لأي قانون يطبق على العقد بينهما لا يعني إلزام الأطراف بذلك القانون، وبالتالي فإن أحكام القانون المختار التي تطبق على العقد تسند قولها ليس من القانون المختار نفسه، بل من العقد المبرم بين أطرافه، وذيئة لذلك فإن للأطراف الاتفاق على تطبيق ما يريدانه من أحكام القانون المختار واستبعاد ما يرون استبعاده كذلك.

ب. أن تعديل القانون المختار أو إلغاءه من قبل الدولة النافذ فيها ذلك القانون لا يؤثر على سريان أحكامه بين الأطراف المتعاقدة إلا بقدر انصراف نيتها نحو تطبيق ذلك القانون، فإذا انصرفت نية المتعاقدين نحو تطبيق القواعد الموضوعية لذلك القانون، فلا ينفذ تنظيم عقدها بتغييره أو تعديله من قبل السلطات، أما إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص بشأن ما تخكم عقدها فإن العقد سينفذ بأي تغيير يطرأ على القانون الذي تخكمه، وتؤكد ذلك اتفاقية الأمر المنحدرة بشأن البيع الدولي للبضائع

(213) نصت مبادئ اليونيدرو للعقود التجارية الدولية 2004م على أن يتمتع الأطراف بالحرية في إبرام العقد وفي تحديد مضمونه، كما أنه يجوز للأطراف استبعاد تطبيق هذه المبادئ أو مخالفتها أو حتى تعديل أي حكم من أحكامها، ما لم يرد في المبادئ نص مخالف. مبادئ اليونيدرو للعقود التجارية الدولية 2004م، المادة (1/1 ، 5/1).

"فيينا 1980 مر بنصها على أن البيانات والنصقات الصادرة عن أحد الطرفين تنفس وفقاً لما قصد الطرف نفسه منى كان الطرف الآخر يعلم لهذا القصد أو لا يمكنه أن تجهله⁽²¹⁴⁾.

لا تكاد تختلف القوانين الوطنية بشأن تعريف العقد⁽²¹⁵⁾، فقد اتفقت غالب القوانين مع رأي الفقه في تعريف العقد حيث يرى الفقهاء أن العقد هو: توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين⁽²¹⁶⁾، أي كان نوع هذا الأثر كإثشاء التزام، أو نقل، أو تعديل، أو إلغائه⁽²¹⁷⁾. وهو نفس التعريف الذي سارت عليه القوانين الوطنية، ومنها القانون السوداني الذي عرف العقد على أنه:

⁽²¹⁴⁾ تنص المادة (1/8) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا 1980 م على أنه:

(For the purpose of this convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to this intent where the other party knew or could not have been unaware what the intent was).

⁽²¹⁵⁾ لا يقدح في ما ذكرنا تفريق بعض الفقهاء الفرنسيين بين الاتفاق والعقد بتعريفهم للعقد بأنه: توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله، وللاتفاق بأنه: توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إلغائه، وأن العقد - بنظر الفقه الفرنسي-أخص من الاتفاق، وأن هذا الأخير أعم وأشمل من العقد بحيث أنه يشمل إلى جانب إنشاء أو نقل الإلتزام إلغائه أو تعديله. **عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة، 1981م، ص 117.** لا تؤثر هذه التفرقة في تعريف العقد، وسندنا في ذلك أن الاتفاقيات المتعلقة بالتجارة الدولية قد جاءت خالية من أي تعريف للعقد كما ذكرنا- تبعثها في ذلك بعض القوانين الوطنية، كالقانون المدني المصري، الذي لم يورد في أحكامه أي تعريف للعقد، وبالتالي فإن المقصود من تعريف العقد ينصرف إلى توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني من غير تخصيص، أضف لذلك أن غالب الفقهاء والقوانين الوطنية التي أوردت أحكامها تعريفاً محدداً للعقد لم يرد في تلك الأحكام أي تفرقة أو حصر للأثر الذي يترتب على الاتفاق، وتفسير ذلك أنها لا تعترف بأي تفرقة بين العقد والاتفاق، وبالتالي فإن أي اتفاق لإحداث أثر قانوني يعتبر من وجهة نظر هذه القوانين عقداً. لا يقدح ما ذكر في اتفاق الفقه مع القوانين بشأن تعريف العقد، ذلك لأن التفرقة بينهما على نحو ما ذكر لا تؤثر في تعريف العقد.

⁽²¹⁶⁾ خرجت بعض القوانين على هذا التعريف مثل القانون الفرنسي الذي لم يتطرق لمسألة الإيجاب ولا القبول عند تعريفه للعقد فجاء تعريف العقد في القانون المدني الفرنسي على أنه (اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص لشخص آخر أو عدة أشخاص بنقل شيء أو عمل شيء أو عدم عمل شيء):

(A contract is an agreement by which one or several persons bind themselves, towards one or several others, to transfer, to do or not to do something). **France civil law, Article(1101).**

وفي ذلك نجد أن القانون الفرنسي قد عرف العقد بأنه اتفاق، إلا أنه لم يورد معنى محدد للاتفاق في الوقت الذي يختلف من وجهة نظر الفقه الفرنسي معنى العقد عن الاتفاق.

⁽²¹⁷⁾ **يحيى، يس محمد.** النظرية العامة للإلتزامات، جامعة القاهرة فرع الخرطوم سابقاً (النيلين حالياً)، الخرطوم، 1986م، ص 9. وأنظر أيضاً: **الوكيل، شمس الدين.** دروس في العقد، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1961م، ص 33.

(ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر)⁽²¹⁸⁾.
كما أوردت بعض القوانين الوطنية تعريفاً مخصصاً للعقد كالتقانون التجاري الروسي الذي عرف العقد على أنه: (اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء أو تغيير وتعديل أو إنهاء حقاً أو التزاماً قانونياً مدنياً).

(Contract is an agreement of two or more persons on the establishment, change or termination of civil law rights and obligations).⁽²¹⁹⁾

ومما سبق نستطيع القول أن الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم العقود التجارية الدولية و منها اتفاقية الأمر المنحلة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع "فيينا" 1980م قد أقرت ما جاءت به القوانين الوطنية بشأن تعريف العقد وتحديد مضمونه والتي لم تختلف كثيراً في ما بينها بشأن تعريفها لمعنى العقد، إلا أن اتفاقية "فيينا" قد اشترطت لتكوين العقد التجاري الدولي عدة شروط سنحدث عنها في موضعها من هذه الدراسة.

لكن وعلى الرغم مما سبق ذكره إلا أن بعض المنشورات الدولية التابعة للجان الأمر المنحلة قد تطرقت لتعريف العقد كالمشور رقم (524) التابع للجنة الأمر المنحلة الذي عرف العقد على أنه:

(Contract is: Any written agreement between the Principal and the Beneficiary for the carrying out of works, the performance of services, or the supply or provision of any goods)⁽²²⁰⁾.

⁽²¹⁸⁾ قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م، المادة (33). وهو نفس التعريف الذي أورده القانون اليمني بالقرار رقم (14) لسنة 2002م بشأن القانون المدني في المادة رقم (138)، إلا أن القانون اليمني أضاف عدم اشتراط صيغة معينة لإنعقاد العقد بل اكتفى بما يدل على التراضي لإنعقاد العقد.

⁽²¹⁹⁾ Oda, Hiroshi. Russian commercial law. Second edition, Martinus Nijhoff publishers, LEIDEN . BOSTON, 2007, page 271.

⁽²²⁰⁾ تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، الدورة الثالثة والثلاثون ، نيويورك، 12 يونيو — 7 يوليو 2000م بشأن القواعد الموحدة لضمان سندات العقود ، منشور رقم 524 ، الغرفة التجارية الدولية، القواعد الموحدة لضمان سندات العقود، المادة (2).

و من النص السابق نجد أن المنشور المذكور قد عرف العقد على أنه أي اتفاق مكتوب بين الطرفين الأصلي والمستفيد يشمل هذا الاتفاق إما القيام بعمل أو أداء خدمة أو تزويد أو توفير أي بضائع، كما نجد أن المنشور قد اشترط شكلية الاتفاق المبرم بين أطرافه وذلك بإفراغها كتابةً⁽²²¹⁾، وبالتالي فإن أي اتفاق غير مكتوب بين طرفين لا يعد عقداً وفقاً للنص السابق وذلك بالمخالفة للقوانين الوطنية التي لم تشترط شكلية العقود وكتابتها، فمجرد توافق إرادتين كافٍ ليكون عقداً بين أطرافه، منجاً لأثاره بينهما وفقاً لأحكام القوانين الوطنية - كما ذكرنا - وبما أن الاتفاقيات الدولية لم توضع تعريفاً محدداً لمعنى العقد خاصة تلك التي تعنى بالتجارة الدولية والبيع الدولي مثل اتفاقية لاهاي للبيع الدولي للبضائع 1964م، واتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980م، فإنه يرجع في تعريف العقد وتحديد مضمونه للقواعد القانونية الوطنية في قوانين دول الأطراف المتعاقدة .

وقد أورد المنشور السابق - أيضاً - تعريف معنى الطرف الأصلي في العقد (Principal)

وعرفه على أنه:

(Principal is: Any Person who (i) either (a) submits a tender for the purpose of entering into a Contract with the Beneficiary or (b) enters into a Contract with the Beneficiary and (ii) assumes primary liability for all Contractual Obligations there under)⁽²²²⁾

وبالتالي فإن أي شخص⁽²²³⁾ سواء كان شركة خاصة أو عامة، أو مؤسسة أو فرداً طبيعياً، أو أي كيان قانوني يقدم عرضاً للدخول في تعاقد مع شخص آخر أطلق عليه المنشور اسم المستفيد،

⁽²²¹⁾ وضح المنشور السابق معنى الكتابة التي قصدتها شرطاً لوجود لقيام العقد وفسرها بالتفسير الواسع لتشمل المراسلات عن بعد، أي رسائل أو مبادلات إلكترونية بين الطرفين ونص في المادة الثانية على أنه:

(Writing and Written: Shall include any authenticated tele-transmissions or tested electronic data interchange ("EDI") message equivalent thereto).

⁽²²²⁾ المنشور السابق، المادة (2).

⁽²²³⁾ أورد المنشور السابق تعريف "شخص" على أنه:

(Person is: Any company, corporation, firm, association, body, individual or any legal entity whatsoever).

أو يدخل في التعاقد فعلاً مع هذا الأخير، أو يفترض تحمله للمسؤولية الأساسية لكافة الالتزامات التعاقدية التي تضمنها التعاقد.

وعلى الرغم من أنه لم يرد تعريفاً محدداً يميز العقد التجاري الدولي بصفة عامة عن العقد التجاري الوطني إلا أنه قد جاء في تفسير قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985م أنه ينبغي تفسير مصطلح "التجاري" تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، والعلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل - دون حصص - المعاملات التالية: أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات وتبادلها، اتفاقات التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدى الغير، التأجير الشرائي، تشييد المصانع، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، إصدار التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشروعات المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جواً أو خراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية.⁽²²⁴⁾

ثانياً: خصائص العقود التجارية الدولية:

تنمى العقود التجارية الدولية بذات الخصائص والسمات التي تنمى لها العقود الداخلية، فهي عقود معاوضة تستلزم المبادلة الفعلية بين أطراف العقد، وهي من العقود الملزمة للجانبين إذ يلتزم كل طرف في العقد بما أوجبه العقد عليه نحو الطرف الآخر وتخضع في حال عدم التنفيذ للمساءلة القانونية وفق ما تقرره أحكام المسؤولية العقدية، وما تضمنه العقد من شروط، والعقود التجارية الدولية أيضاً عقود رضائية تقوم على مبدأ الرضا وهي ليست عقود شكلية تتطلب لانعقادها شكلاً معيناً أو شروطاً معينة، وتنتمي أيضاً هذه العقود إلى طائفة العقود المحددة غير الاحتمالية، إلا أنه وعلى الرغم مما سبق فإن العقود التجارية الدولية تنفرد ببعض الخصائص التي

(224) قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985م، تفسير المادة(1)، وثيقة الأمم المتحدة رقم A/40/17.

تميزها عن غيرها من العقود التجارية سواء تلك الوطنية أو حتى بعض العقود التي تحمل صفة الدولية و تخضع في أحكامها لقواعد القانون الدولي الخاص ونفصل هذه الخصائص كالآتي:

1. عقود التجارة الدولية عقود غير مسماءة:

تنتمي عقود التجارة الدولية إلى طائفة العقود الغير مسماءة، ونعني بذلك أنه لا يوجد تقنين معين لتنظيم هذه العقود ولا توجد أحكام مجموعة ضمن قانون موحد تحكم هذه العقود، ويرجع ذلك لطبيعة هذه العقود وصعوبة الشبؤ بكافة مفرداتها، وعلى الرغم من محاولات بعض الدول لوضع قانون موحد ينظم التجارة الدولية وتحكم العقود التجارية الدولية مثل القانون النيشيكي للتجارة الدولية لعام 1960م، والثنتين التجاري الأمريكي الموحد لعام 1952م، إلا أن طبيعة هذه العقود وإجراءات مفاوضاتها وإبرامها تجعل من الصعب ضمها أحكامها ضمن قانون موحد، أما وجود الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم بعض العقود التجارية الدولية مثل اتفاقية "فيينا" 1980م، أو "روما" 1980م وغيرها، فلا يقدح فيما سبق ذكره من أن العقود التجارية الدولية عقود غير مسماءة وذلك للآتي:

- أن هذه الاتفاقيات لم تاتِ جامعة لأحكام كاملة تنظم العقود التجارية الدولية جميعها، بل وضعت كل اتفاقية لخص بتنظيم بعض جوانب عقد معين فقط.
- أن هذه الاتفاقيات تحوي أحكاماً ملزمة للطرفين في تنفيذ واحترام شروط العقد، أما مفاوضات العقد أو إبرامه وشروطه فقد تركتها الاتفاقيات للأطراف، وما نستطيع قوله على هذه الاتفاقيات أنها تهدف إلى فرض الاحترام في التعامل دون الخوض في تنظيم التعامل نفسه.
- أن أحكام هذه الاتفاقيات لا تمنع بالصفة الإلزامية بين الأطراف ما لم يتس لها جميعهم، ولذا فإن أحكام هذه الاتفاقيات لا تمثل قواعداً آمرة ملزمة للطرفين بل قواعداً مكملية يمكن تعديلها أو الاتفاق على مخالفتها.

2. عقود اقتصادية ذات جانس نسبي:

ونعني بذلك أن العقود الدولية، مثل عقوداً اقتصادية ذات صبغة معينة لا تماثل مع تلك الداخلية، فعلى الرغم من تشابه العقود الداخلية مع تلك الدولية بالصفة التجارية، والسمة، إلا أن العقود الدولية تتطلب صبغة معينة من القواعد ذات المزيج النسبي لتنظيم مفر داتها، تتداخل فيه أحكام القوانين الوطنية مع الاتفاقيات الدولية ليكتمل تنظيم هذه العقود، كما أن العقود الدولية تمنع بصناعة قوانينها التي تنظمها بنفسها عن طريق قانون إرادة المتعاقدين كما وضعنا ذلك سابقاً، وبالتالي فإن قواعد تنظيم هذه العقود ليست أمراً إلزامية كذلك التي تحكم العقود الداخلي، بل اختيارية مكتملة.

3. عقود تنسب بالصبغة السياسية:

فعلى الرغم من أن الصفة الظاهرة في العقود الدولية هي الصفة التجارية والنفع الاقتصادي في المقام الأول، وعلى الرغم من أن قيام العقود الدولية يعتبر تنفيذاً لأهداف الأمر المنحددة ومنظمة التجارة العالمية في تحرير التجارة الدولية ومساعدة الدول - وخاصة النامية منها - على بناء اقتصادها وتدعيم مركزها الاقتصادي الخارجي لدى باقي الدول، إلا أن هذه العقود لا تمنع بالحريته الكاملة لقيامها، فكثيراً ما تدخل الدول - وخاصة الكبرى منها - سياسياً لتحديد بعض جوانب هذه العقود حفاظاً على الهيمنة التجارية لديها والمراكز الاقتصادية بين الدول الأخرى، ولذلك نجد غالب الدول النامية - ومنها العربية - لا تشقيد من تجارتها الدولية أو سلعها المعددة للسوق الدولي إلا بالقدر الذي تمنع سياستها الخارجية فيه بالنجاح مع تلك الكبرى.

وبجدد بنا في هذا الموضوع أن نشير إلى أن العقد التجاري الدولي محل الدراسة يتميز ويختلف عن العقد الوطني الذي تخمل صفة الدولية والذي تخضع لأحكام وقواعد القانون الدولي الخاص⁽²²⁵⁾،

(225) أشار إلى أهمية هذه التفرقة : المصري، محمد وليد هاشم. العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد العشرون، ذو القعدة 1424 هـ، يناير 2004م، جامعة آل البيت، عمان، ص 157.

ففي الظاهر قد يشابه العقدان لاحقاً على العنصر الأجنبي وبالتالي ينصفان بالدولين، غير أن البحث في جوهر هذين العقدين يبين اختلافهما من عدة نواحي نذكر أهمها:

1. إن العقد الوطني الذي تتنازع فيه القوانين وتخضع لأحكام القانون الدولي الخاص نخسب ما تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية يشترط فيه أن تخنوي على عنصر أجنبي، إلا أن هذا العنصر غير مشروط فقد ينمثل في أحد أطرافه أو مكان تواجد محله أو حتى مكان إبرامه، أما العقد التجاري الدولي الذي نحن بصدد الحديث عن أحكامه فيشترط لاتصافه بالدولية أن تختلف بلد منشأ السلعة أو الخدمة محل العقد عن بلد استهلاكها أو استخدامها، ومن ذلك فليس عقداً دولياً العقد الذي تختلف فيه جنسية الأطراف مع عدم تعدد دول منشأ السلع واستهلاكها كالعقد الذي يبرم بين شركتين تحملان جنسيتين مختلفتين ثققتان فيه على تصنيع سلعة معينة في دولة معينة وتسويقها في ذات الدولة.

2. بينما يستند العقد الوطني الذي تخضع لقواعد القانون الدولي الخاص لتحديدته وإخراجه من صفوف العقود الوطنية إلى معيار قانوني هو وجود العنصر الأجنبي، الذي يجعل العقد ينصل بأكثر من قانون وطني لأكثر من دولة، نجد أن العقد التجاري الدولي يستند إلى معيار آخر أساسي هو المعيار الاقتصادي، فبالإضافة إلى منع العقد التجاري الدولي بالمعيار القانوني وهو وجود العنصر الأجنبي الممثل باختلاف بلدي المنشأ والاستهلاك، فإنه أيضاً يركن إلى معيار اقتصادي قائم على أساس الطبيعة الاقتصادية الدولية⁽²²⁶⁾، والتي تتضمن مبدأين: انتقال السلع والخدمات عبر الحدود، وتضمنها عمليات تتجاوز النطاق الاقتصادي الوطني، وهو المعيار الذي تتحقق العقد عن طريقه المصالح التجارية الدولية، وفي هذا تشير إلى أن المعيار

(226) المرجع السابق، ص 162.

الاقتصادي يعتبر أكثر أهمية من المعيار القانوني في تحديد ووصف العقد، لأن توفر المعيار الاقتصادي يستلزم بالضرورة أن ينبه وجود المعيار القانوني وليس العكس، إذ أن عبور السلع محل العقد للحدود الدولية كتنفيذ للعقد يتطلب وجود المعيارين كليهما وغياب أي تنازع بين القوانين، أو تطبيق لقواعد القانون الدولي الخاص، بينما يكفي لوجود هذه القواعد اختلاف جنسيتي المتعاقدين كمعيار قانوني، ومع ذلك لا يرقى العقد إلى أن يكون دولياً لعدم توفر المعيار الموضوعي فيه.

المطلب الثاني: معيار دولية العقد التجاري وأنواع عقود التجارة الدولية

أولاً: معيار دولية العقد التجاري: اختلف إلى أي بصدده معيار دولية عقد البيع والمعنى المقصود من "الدولية" فذهب القضاء الفرنسي إلى أن العقد يكون دولياً إذا كان ينصل بمصالح التجارة الدولية⁽²²⁷⁾، إلا أن هذا التعريف لا يسهر بالوضوح، إذ لم تحدد كيف يكون اتصال العقد بالتجارة الدولية، فهو تعريف غامض لا يساعد على تحديد مدلول العقد الدولي، وهو ما دفع البعض إلى تقرير أن العنصر الحاسم في تحديد دولية البيع هو إقامة طرفي العقد في دولتين مختلفتين بينما ذهب بعض آخر إلى الاعتداد باختلاف جنسية المتعاقدين لكن اختلاف جنسية المتعاقدين أو اختلاف محل إقامتهما قد يؤديان إلى إضفاء الصفة الدولية على عقود بيع لا تمت إلى التجارة الدولية بصلة، كالبيع الذي يبرم بين أجنبيين من جنسين مختلفين يقيمون في مصر مثلاً وموضوعه سلع موجودة بمصر وليس في النية نقلها إلى مكان آخر، أو البيع الذي يبرم في مصر بين مصري يقيم بمصر وفرنسي يقيم في فرنسا لكنه في زيارة لمصر وموضوعه سلع موجودة بمصر وليس في النية نقلها وبشمن يدفع في مصر وبالعملة المصرية، فالبيع في الحالتين تغلب فيه الصفة الوطنية رغم اختلاف جنسية المتعاقدين ومحال إقامتهما لذلك ذهب بعض إلى الرأي⁽²²⁸⁾ إلا أن مجرد اختلاف جنسية أو موطن المتعاقدين لا يكفي لإضفاء صفة الدولية على عقدهما إذا لم يكن مكان إبرامه أو أعمال تنفيذه أو مكان وجود محله يهر أكثر من نظام قانوني، أي أكثر من قانون دولة واحدة. ويعرف العقد الدولي بالبناء على ذلك بأنه "العقد الذي يبرم بين مختلفي الجنسية أو منحلبيها إذا كان مكان إبرامه، أو أعمال تنفيذه، أو مكان وجود محله يهر أكثر من نظام قانوني". ويقصد من هذا التعريف الإشارة إلى أن العقد لن يعتبر دولياً إلا إذا كان يتعلق بمعاملة دولية تقتضى تبادل بضائع أو أموال أو خدمات بين دول

(227) عبد الحميد، خالد أحمد. فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980م، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000م، ص14.

(228) صادق، هشام علي. تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974م، ص666.

مختلفة، ولا ينوقف اعتبار العقد دولياً على مجرد اختلاف جنسية أو موطن أطرافه إن لم يتنص مثل هذا البند.

يرى جانب من الفقه⁽²²⁹⁾ أن معيار الدولية في العقد التجاري يأتي من وجود عنصر أجنبي في العقد ولذا يُعرف العقد التجاري الدولي عند هذا الجانب من الفقه على أنه: العقد الذي يشمل على عنصر أجنبي.

ومما سبق نستطيع القول باختلاف اتجاهات الفقه في تحديد معيار دولية العقد إلى المعايير التالية:

1. المعيار القانوني: ووفقاً لهذا المعيار فإن العقد يعد دولياً وفقاً لهذا المعيار إذا ارتبط أحد عناصره الرئيسية برابط مع أكثر من نظام قانوني واحد، بمعنى أن تكون إجراءات إبرام العقد أو تنفيذه أو من مركز أطرافه بالنسبة لجنسية المتعاقدين أو موطنهم أو مكان وجود موضوع العقد منصلة بأكثر من نظام قانوني واحد⁽²³⁰⁾.

ووفقاً للمعيار السابق فإن العقد التجاري يكتسب صفة الدولية إذا تعلق عنصره القانوني المختلف بأكثر من نظام قانوني واحد، فإذا تعاقد يمني مقيم في "صنعاء" مع آخر سوداني مقيم في "الخرطوم" فإن العقد يكتسب صفة الدولية لارتباط موضوعه بأكثر من نظام قانوني واحد.

وقد اختلف الفقهاء في تقدير القوة القانونية لموضوعات العقد لإكسابه الصفة الدولية، فذهب فريق من الفقه إلى المساواة بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، أي أن كل عنصر قانوني من عناصر العقد يمنع بنفس القوة القانونية في تحديد دولية العقد، بينما يرى البعض الآخر عدم تساوي كافة العناصر في تحديد دولية العقد وتفضيل بعض العناصر كاختلاف محل إقامة المتعاقدين على البعض الآخر كجنسية المتعاقدين في تحديد دولية العقد التجاري.

(229) رياض، فؤاد عبد المنعم. الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979م، ص381.
(230) المجاهد، طارق عبد الله عيسى. تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، 2001م، ص15.

وعلى الرغم مما سبق فإننا نلاحظ التالي:

- القول بإعمال المعيار القانوني لإضفاء صفة الدولية على العقد التجاري على اختلاف قوة بعض عناصر موضوع العقد في تحديد معيار الدولية للعقد التجاري قد يعارض مع أحكام بعض الاتفاقيات الدولية المنظمة لبعض العقود التجارية الدولية، مثل اتفاقية الأمر المتحدة لإحالة المسنحات في التجارة الدولية التي ركزت على اختلاف مقر المتعاقدين دونما جنسيتهما لإضفاء صفة الدولية على العقد التجاري فنصت على أنه: (يكون المسنح دولياً إذا كان مقر الميحل والمدين يتعان وقت إبرام العقد الأصلي في دولتين مختلفتين، وتكون الإحالة دولية إذا كان مقر الميحل والمحال إليه يتعان وقت إبرام عقد الإحالة في دولتين مختلفتين)⁽²³¹⁾. وكذلك اتفاقية لاهاي المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع التي لم تعند في تحديد البيع الدولي الذي تخضع لأحكامها باختلاف جنسية المتعاقدين⁽²³²⁾، إذ قد يعد البيع دولياً ولو كان كل من البائع والمشتري تخملان جنسية دولة واحدة. وإنما جعلت العبرة باختلاف مراكز أعمال المتعاقدين أو محل إقامتهم العادية، واشترطت بالإضافة إلى هذا المعيار الشخصي أن ينواف أحد معايير موضوعية ثلاثة: الأول: هو وقوع البيع على سلع تكون عند إبرامه محلاً لنقل من دولة إلى أخرى، أو ستكون بعد إبرام البيع محلاً لمثل هذا النقل. والثاني: هو صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين، ولا يشترط أن تكونا الدولتين اللتين يقع فيهما مركز أعمال المتعاقدين أو محل إقامتهما العادية، إذ المعتبر هو اختلافهما فحسب. والثالث: هو تسليم المبيع في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول، ويكون البيع في هذا الفرض دولياً ولو لم يقنض انتقال المبيع من دولة إلى أخرى، ويعنى ذلك أنه

(231) اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المسنحات في التجارة الدولية 2003م، المادة (3).

(232) اتفاقية لاهاي المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع 1964م، المادة (3).

يُشترط لكي يُعد البيع دولياً وفقاً لاتفاقية لاهاي أن يكون هناك عبور للحدود سواء من ناحية تكوين العقد أو من ناحية تنفيذة، بمعنى أن ينتم تكوين العقد أو تنفيذة في دول مختلفة، كما يعني أن البيع يمكن أن يكون دولياً حتى لو كان المتعاقدان يحملان جنسية دولة واحدة ولكن يوجد مركز أعمال كل منهما في دولة مختلفة، وأن البيع لا يكون دولياً إذا اختلفت جنسية المتعاقدين، ولكن كانت مراكز أعمالهما في نفس الدولة⁽²³³⁾، كما تنص اتفاقية الأمر المنحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا 1980م على أنه: (لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية)⁽²³⁴⁾.

• القول بأعمال المعيار القانوني لإضفاء صفة الدولية على العقد التجاري مع مساواة كافة عناصر موضوع العقد في تحديد معيار الدولية للعقد التجاري قد تجعل من العقد محلاً دائماً لتنازع القوانين الوطنية وقواعد الإسناد في تنظيم العقد وهو ما يعارض مع أهداف التجارة الدولية في تحريرها من القيود التي تعيق تطورها وتقدمها بعيداً عن القوانين الوطنية.

2. المعيار الاقتصادي: ويكون العقد دولياً وفقاً للمعيار الاقتصادي العقد الذي يتضمن تداوياً للسلع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود الدولية⁽²³⁵⁾، ومع ذلك فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى وجود أكثر من مسلك اقتصادي يقوم عليها المعيار الاقتصادي إذ يعتبر العقد التجاري دولياً وفقاً للمعيار الاقتصادي في نظر القضاء الفرنسي إذا اشتمل العقد على حركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الأموال عبر حدود دولتين أو أكثر⁽²³⁶⁾ أو ارتبط بعملية دولية تتجاوز آثارها نطاق

(233) الشرفاوي، جميل. محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص 21-24.

(234) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا 1980م، المادة (3/1).

(235) المجاهد، طارق عبد الله عيسى. مرجع سابق، ص 25.

(236) وفي ذلك عرف القضاء الفرنسي العقد الدولي بأنه: ذلك العقد الذي يؤدي إلى حركة للبضائع ورؤوس الأموال عبر الحدود الدولية، المرجع السابق، ص 25.

الاقتصاد الوطني بحيث تخرج اقتصاديات العقد عن النطاق الوطني إلى النطاق الدولي كأن يتضمن العقد استيراد بضائع من الخارج أو نقل تكنولوجيا معينة إلى بلد نامٍ، أو اشتمل على مصالح التجارة الدولية كأن يتضمن اتفاقاً بين طرفيه مفاداً نقل بضائع إلى خارج حدود الدولة حتى وإن كانا طرفاً منحدري الجنسية⁽²³⁷⁾.

وعلى الرغم من ذلك فقد وجه لهذا المعيار بعض الانتقادات مثل أن تعريف العقد وفقاً لهذا المعيار يعد تعريفاً غير محدد، كما أن تبني هذا المعيار يترك سلطة واسعة للقضاء لتحديد مسألة دولية العقد من عدمها وهو الأمر الذي قد يؤثر على تقدم التجارة الدولية وازدهارها⁽²³⁸⁾، كما يؤخذ على هذا المعيار أنه ينسحب بالعموم وعدم التحديد؛ فهو لا يضيف جديد وإنما هو مجرد تطبيق للمعيار القانوني؛ حيث أن تبادل السلع والخدمات عن طريق العقد بين أكثر من دولة يسبغ عليه صفة الدولية لأنه يتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً في تحديد القانون الواجب التطبيق وتحديد القضاء المختص ويمثل هذا العنصر في آثار العقد أو تنفيذه والذي يمتد خارج حدود الدولة⁽²³⁹⁾.

3. الجمع بين المعيارين (المعيار المخلط): نتيجة للانتقادات التي وجهت لكل من المعيارين السابقين ذهب جزء من الفقه إلى نظرية الجمع بين المعيارين (المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي) أي أن دولية العقد تنوقف على تطبيق المعيارين معاً، وذلك بأن تخنوي العقد على المعيار القانوني فيضمن العقد وجود عنصر أجنبي، كما تجب إلى جانب ذلك أن يتضمن انتقال للأموال خارج الحدود الوطنية للمتعاقدين وأن يتخذ مصالح التجارة الدولية تطبيقاً للمعيار الاقتصادي، ويخذ أن تطبيق هذا المعيار لا يعارض مع ما ذهب إليه الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم بعض العقود التجارية الدولية مثل اتفاقية الأمر المنحدة لإحالة المسنحقات الدولية واتفاقية الأمر المنحدة بشأن البيع الدولي للبضائع سالفتي الذكر في وصفهما للعقد الدولي ومعيار دولية العقد فيهما.

(237) المجاهد، طارق عبد الله عيسى. مرجع سابق، ص 25.

(238) صادق، هشام علي. مرجع سابق، ص 84.

(239) مخلوف، حنان عبد العزيز. العقود الدولية، كلية الحقوق، جامعة بنها، القاهرة، غير منشور، 2010م، ص 43.

4. دولية العقد في الاتفاقيات الدولية: اتخذت الاتفاقيات الدولية معياراً محدداً وجعلته شرطاً جوهرياً لدولية العقد التجاري وهو معيار اختلاف مكاني عمل الأطراف عن بعضيهما وقت إبرام العقد ولأهمية الموضوع فسوف نحدث عنه بشيء من التفصيل فيما يلي:

1. دولية العقد في اتفاقية الأمر المنحلة المتعلقة بفترة التقادم للبيع الدولي 1974م: ميزت اتفاقية الأمر المنحلة المتعلقة بفترة التقادم للبيع الدولي⁽²⁴⁰⁾ عقد البيع الدولي عن عقد البيع الوطني، وعرفت عقد البيع الدولي على أنه: (يعتبر عقد بيع البضائع دولياً إذا كان مكانا عمل المشتري والبايع، وقت إبرام العقد، في دولتين مختلفتين)⁽²⁴¹⁾.

ومن نص الاتفاقية السابق نجد أن الاتفاقية قد أخذت بمعيار مكاني عمل أطراف العقد كمعيار لإضفاء صبغة الدولية على عقد بيع البضائع، واشترطت لتطبيق هذا المعيار الشروط التالية:

1. وجود مكاني عمل الأطراف في دولتين مختلفتين:

فيجب لأن يصبح عقد البيع دولياً أن تختلف مكان عمل كل طرف عن الآخر وألا يكون مكانا عملهما في إقليم دولة واحدة، وبالتالي لا اعتبار لمكان تواجدهما عند التعاقد أو قبله، كما لا اعتبار لتواجدتهما في دولة واحدة عند التعاقد أو دولتين مختلفتين، فالمعيار هنا مكانا مزاولتهما لأعمالهما وليس لدولة إبرام العقد أو تواجد الأطراف عند إبرامه، كما لا اعتبار لجنسية الأطراف إذ أن الاتفاقية قد ذكرت على ذلك صراحة بنصها على أنه: (لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الطرفين ولا الطابع المدني أو التجاري لهما أو للعقد)⁽²⁴²⁾ ومن ذلك نستطيع القول بأن الاتفاقية قد خالفت القوانين الوطنية من ناحيتين هما:

- عدم إفراذ أحكام خاصة تبعا لصفة العقد كان مديناً أو تجارياً، فلا تختلف - وفقاً لنص الاتفاقية - العقد المدني عن التجاري إذا أصبحا دوليين، ولا

(240) تسمى هذه الاتفاقية باتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بفترة التقادم للبيع الدولي أبرمت في "نيويورك" في يونيو 1974م

، وقد دخلت حيز التنفيذ في أغسطس 1988م.

(241) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بفترة التقادم للبيع الدولي 1974م، المادة (أ/2).

(242) الاتفاقية السابقة، المادة (2/هـ).

يوجد أحكام خاصة ينفر دنها هذا الأخير عن العقد المدني إذ أن العقدين

كليهما في نظر الاتفاقية عقدٌ واحدٌ إذا انطبقت شروط دوليتهما .

- إهمال جنسية الأطراف في تحديد دولية العقد من عدمها على خلاف قواعد القانون الدولي الخاص الذي تلعب جنسية أطراف العقد دوراً في تحديد القانون الواجب التطبيق على بعض العقود .

2. اختلاف مكاني عمل الأطراف وقت إبرام العقد:

لا يكفي لتطبيق أحكام هذه الاتفاقية أن تختلف مكانا عمل أطراف العقد ، بل إن الاتفاقية قد قيدت هذا الاختلاف بشروط زمنية وحددت أن اختلاف مكاني عمل الأطراف يجب أن يكون قائماً وقت إبرام العقد ، إذ لا يعند بأي اختلاف لمكاني عمل الأطراف قبل أو بعد التعاقد إن اتخذوا في دولة واحدة وقت إبرام العقد ، ولا يعتبر العقد دولياً في هذه الحالة ، ومن الشرط السابق نستطيع القول بأن :

- اختلاف مقرّي أعمال الطرفين في دولتين مختلفتين قبل إبرام العقد ، وإخاذهما بعد إبرامه وقبل تنفيذه لا يعني صفة الدولية عن ذلك العقد ويظل العقد دولياً خاضعاً لأحكام هذه الاتفاقية حتى يتم تنفيذه كلياً ، فإذا تعاقد شخصان - مثلاً - أحدهما يزاول أعماله في "صنعاء" باليمن الشمالي سابقاً ، والآخر يمتلك مقر عمل ويزاول أعماله في "عدن" باليمن الجنوبي سابقاً ، وتم إبرام العقد بينهما في ظل قيام الدولتين ، وبعد إبرام العقد قامت الوحدة المباركة وصار اليمن واحداً ، ولكن قبل تنفيذ العقد المبرم ، في هذه الحالة يظل العقد بمنأى عن الأحكام الوطنية اليمنية ، وخاضعاً لأحكام هذه الاتفاقية وإن زالت صفة الاختلاف عن مقرّي عمل أطرافه وأصبحت في دولة واحدة طالما أن العقد أبرم في ظل وجودها في دول مختلفتين .

• اختلاف مقري عمل أطراف العقد بعد إبرامه ، وقبل تنفيذها لا يضيفي على العقد أي صفة دولية ، بل يظل العقد وطنياً خاضعاً للأحكام الوطنية التي أبرم في ظلها ، وعلى ذلك يظل العقد المبرم بين شخصين في السودان - مثلاً - خاضعاً للأحكام الوطنية السودانية التي أبرم في ظلها ، حتى وإن أصبح مقر أعمال أحد أطرافه في "جوبا" والآخر في "الخرطوم" وإن لم ينتر تنفيذ العقد حتى تاريخ الانفصال ، فإن اختلاف مقري أعمال أطراف العقد في هذه الحالة لا يضيفي على العقد أي صفة دولية طالما كان مقراً عملهما تهما دولة واحدة وقت إبرام العقد .

3. توضيح اختلاف مقري أعمال المتعاقدين قبل أو عند إبرام العقد:

تجب على المتعاقدين توضيح اختلاف مقري أعمالهما قبل أو عند إبرام العقد وقد وضحت الاتفاقية هذا الشرط ونصت على أن : (لا يعند بوجود مكاني عمل الطرفين في دولتين مختلفتين إذا لم ينضح ذلك سواء من العقد أو من أية معاملات بين الطرفين أو من معلومات كشفت عنها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه) ⁽²⁴³⁾ .

ووفقاً للنص السابق فإن العقد لا يعتبر دولياً إلا بنحقق شرط التوضيح لاختلاف مقري أعمال المتعاقدين عن بعضهما دولياً ، فإذا اختلف مقراً أعمال المتعاقدين - وهو الشرط الأساسي - عن بعضهما وكان كل منهما في دولة مختلفة عن دولة وجود الآخر ، وإذا كان هذا الاختلاف حال إبرام العقد ، ولكن لم يُعلم هذا الاختلاف ، ولم ينتر الإفصاح عنه أو توضيحه فلا يرقى العقد عندئذٍ لمصاف العقود الدولية ويظل العقد وطنياً خاضعاً لأحكام أخرى بعيداً عن أحكام هذه الاتفاقية .

وقد بينت الاتفاقية في النص السابق أن التوضيح الذي عنده واشترطه لتطبيق شرط اختلاف مقري عمل الأطراف يمكن أن ينضح من خلال العقد ، كأن يرد بند صريح في العقد يؤكد ذلك ، أو

(243) الاتفاقية السابقة، المادة (2/ب).

بشكل غير مباشر ، كأن يدور موضوع العقد حول بيع بضائع ونقلها وتسليمها في مخازن دولة أخرى غير دولة منشأ تلك البضائع ، أو ينضح من خلال المعاملات السابقة بين المتعاقدين كعتود التوريد السنوية أو الموسمية بين الأطراف ، كما يكفي ليعلم الاختلاف أن ينم الإدلاء أو الكشف عنه أو عن أي معلومة تدل على أن مكان عمل أحد الأطراف يختلف دولياً عن مكان عمل الطرف الآخر بشرط أن يكون هذا الإدلاء قبل أو عند إبرام العقد .

وعلى الرغم من أن الاتفاقية قد اشترطت هذا الشرط وهو توضيح اختلاف مقر عمل الأطراف لتطبيق أحكامها على العقد لصيرورته عقداً دولياً ، وعلى الرغم من أن الاتفاقية قد بينت في نصها السابق كيفية التوضيح المقصود من النص ، إلا أننا نلاحظ التالي:

أ . أن نص الاتفاقية السابق لا يخص كيفية التوضيح المقصود بالطرق التي أوردتها في نصها السابق ، ولا يلزم الأطراف بعدم الخروج عن هذه الطرق ، إذ أنه تجوز للأطراف توضيح اختلاف مقر أعمالهما بأي طريقة من شأنها التوضيح الكافي لهذا الاختلاف وما ورد في النص السابق يعد للمثال لا للحصر ، وينضح ذلك من خلال عبارات النص : (من العقد... ، أو من أية معاملات... ، أو من معلومات...) .

ب . أن الاتفاقية لم تلزم الأطراف بتوضيح اختلاف مقر أعمالهم على وجه الخصوص ، بل إن النص قد ركز على موضوع التوضيح دون أشخاصه ، وبالتالي فإن الاتفاقية تعند بالعلم الذي يوضح اختلاف مقر أعمال أطراف العقد دون أي أهمية لمصدر هذا العلم؛ سواء كان هذا المصدر ينم بأحد الأطراف المتعاقدين أو بالعقد نفسه ، أو بأي طرف أو جهة أخرى ، ولو كانت من الغير بالنسبة للعقد ، كشركة الشحن أو النقل أو أحد المكاتب التجارية ، أو غيرها إذا جاء هذا العلم قبل التعاقد أو عند إبرام العقد .

ج . أن الاتفاقية بنصها السابق قد قصدت حماية أطراف التعاقد وخلفهم عند المعاملات فيما بينهم ، وعدم مفاجأة أحد الأطراف أو الخلف بدولية العقد المبرم بعد إبرامه ،

وخضوعه لأحكام غير التي أقدم على الدخول فيه، مستثداً إليها، وامتداداً للتواعد القانونية التي تهم بالرضا ككن أساسية للدخول في التعاقدات، وبالتالي فإن الاتفاقية لم تجعل عبء إثبات صفة دولية العقد ملقى على عاتق أحد الأطراف دون الآخر إنما تركت ذلك للقاضي المختص بنظر النزاع، وهو ما يشير إلى أن عبء الإثبات يقع على الطرف المدعي بدولية العقد سواء كان البائع أو المشتري أو المورد، أو أي شخص يقول بدولية العقد وخضوعه لأحكام هذه الاتفاقية.

ولكن ما هو المكان الذي يمكن اعتباره مكان عمل لأحد الأطراف؟

لا يخرج تصنيف مكان عمل أحد الطرفين عن إحدى ثلاث صور هي:

الأولى: أن يكون لأحد الطرفين مكان عمل وحيد فقط، يمارس عن طريقه نشاطه التجاري وكافة معاملاته مع الغير، وفي هذه الحالة يعتبر هذا المكان هو المكان الذي قصدته الاتفاقية ولا تثار هنا أي مشكلة في كيفية تحديد مكان العمل المقصود في أحكام الاتفاقية.

الثانية: أن لا يكون لأحد الطرفين أي مكان عمل يمارس نشاطه التجاري عن طريقه⁽²⁴⁴⁾، كأن يمارس الناجس نشاطاته التجارية عن طريق شبكة الإنترنت، وبالتالي فإن الاتفاقية قد اتخذت إلى مكان إقامة الطرف المتعاقد كمكان عمل له بقطع النظر عن جنسيته، فإذا أبرم سوداني عقداً تجارياً دولياً وليس لديه أي مكان عمل يمارس منه نشاطه التجاري غير أنه مقيم عادة في "الرياض" - مثلاً - فإن مدينة "الرياض" تعتبر مكان عمل في نظر الاتفاقية.

الثالثة: أن يكون للطرف المتعاقد أكثر من مكان عمل في أكثر من دولة ويمارس عن طريقها جميعها أنشطته التجارية، دون الاعتماد على مكان عمل واحد، كالعقود التي تدخل فيها الشركات متعددة الجنسيات أو شركات السياحة ومؤسسات الاستثمار الدولية، وعقود توريد

(244) نصت الاتفاقية في المادة (2/د) على أنه: (إذا لم يكن لأحد الأطراف مكان عمل، يشار إلى مكان إقامته المعتاد).

البضائع إلى أكثر من بلد، ففي هذه الحالة فإن مكان عمل المتعاقد - بحسب الاتفاقية - هو المكان الذي يرتبط بالعقد وينتقل به، والذي يكون أوثق صلةً بالعقد من غير أن الأماكن، ويكون المكان أكثر ارتباطاً بالعقد وأوثق صلةً به إذا بدأ ذلك من خلال التعامل والمراسلات بين الطرفين كأن يتضمن العقد بنداً يقضي بتنفيذ العقد في ذلك المكان أو بتسليم البضائع فيه.

2. دولية العقد في اتفاقية فيينا 1980م المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع: لم تخرج هذه الاتفاقية عن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بفترة التقادم السابق الحديث عنها في معيار دولية العقد فنصت على أنها: (تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة:

أ. عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة؛ أو

ب. عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة⁽²⁴⁵⁾).

كما نصت الاتفاقية على أنها: (لا يُلغى إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد في دول مختلفة إذا لم يبين ذلك من العقد أو من أي معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التي أدلى لها الأطراف قبل انعقاد العقد أو في وقت انعقاده⁽²⁴⁶⁾).

كما نصت اتفاقية فيينا صراحة على إهمال معيار الجنسية في تحديد صفة الدولية لعقد البيع فنصت على أنها: (لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية⁽²⁴⁷⁾).

ثانياً: أنواع عقود التجارة الدولية: تنقسم عقود التجارة الدولية إلى أنواع عديدة تبعاً لتطور التجارة الدولية وازدهارها بين البلدان وأهمية العقود التجارية في التجارة الدولية، ومن أهم تلك العقود

(245) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع فيينا 1980م، المادة (1/1).

(246) الاتفاقية السابقة، المادة (2/1).

(247) الاتفاقية السابقة، المادة (3/1).

عقد البيع الدولي، عقود نقل التكنولوجيا، عقود المشروعات الدولية، وعقود الامتياز التجاري،
وفصل ذلك فيما يلي:

1. عقد البيع الدولي:

لم تعرض اتفاقية الأمر المنحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا 1980م لتعريف عقد البيع الدولي واقتصرت على توضيح معايير دولية عقد البيع تاركة تعريف عقد البيع للقوانين الوطنية التي يعتمد عقد البيع فيها بصفة عامة على ما يربته عقد البيع من التزامات؛ فيختلف تعريف عقد البيع بالنظر إلى ما يقتضيه هذا العقد فيما إذا كان يقتضي مجرد إنشاء التزاماً في ذمة البائع بنسليم المبيع، وبالتالي ينشأ التزام في ذمة البائع بنسليم المبيع إلى المشتري كما في القانون الفرنسي، أم أنه يستلزم قيام البائع بنقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً للالتزام بذلك وبالتالي يترتب على عقد البيع التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وهذا ما سارت عليه غالب القوانين في تعريفها لعقد البيع مثل القانون السوري⁽²⁴⁸⁾ والقانون المصري⁽²⁴⁹⁾ والقانون السوداني⁽²⁵⁰⁾ والقانون الإنجليزي الذي وصف هذا الأخير عقد البيع بالعقد الذي ينقل البائع بمقتضاه أو ينعهد البائع بمقتضاه بنقل ملكية البضاعة إلى المشتري نظير مقابل نقدي يسمى الثمن:

(A contract of sale of goods is a contract by which the contract seller transfers or agrees to transfer the property of goods to the buyer for a money consideration, called the price)⁽²⁵¹⁾.

(248) القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949م المادة (386).

(249) القانون المدني المصري، المادة (418).

(250) قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م، المادة (178).

(251) U K Sale of Goods Act, 1979, Part II, Formation of the contract, article (2/1).

أما عقد البيع الدولي فيعرفه البعض⁽²⁵²⁾ على أنه: (الأداة القانونية الفعلية التي ينحتمق لها النشاط الاقتصادي عن طريق عقد يبرمه طرفان من دولتين مختلفين، على بضاعة سوف تجرى نقلها من البائع إلى المشتري، مقابل ثمن ينمر تسديده بطرق معينة).

وقد توسعت اتفاقية الأمر المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا 1980م في تفسير عقد البيع الدولي فيينت أن عقود التوريد تعتبر عقود بيع دولية ونصت على أنه: تُعتبر يوعاً عقودُ التوريد التي يكون موضوعها صنعُ بضائعٍ أو إنتاجها إلا إذا تعهد الطرف الذي طلب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر المادية اللازمة لصنعها أو إنتاجها⁽²⁵³⁾.

كما أن عقود بيع الخدمات تعد من ضمن عقود البيع الدولية لأنها أصبحت شائعة ومطلوبة على نطاق واسع خارج النطاق الإقليمي لموقع الشركة أو البائع، وتوجد لها صور كثيرة مثل عقود بيع الخدمات المالية الممثلة في تأسيس البنوك ذات العنصر الأجنبي وشركات الإقراض الدولية وعقود بيع خدمات التأمين والخدمات الاستشارية والطبية والسياحية وغيرها⁽²⁵⁴⁾.

وقد اشهرت في الآونة الأخيرة عقود بيع الخدمات عبر الإنترنت التي تعتمد فيها الشركات إلى بيع منجائها عن طريق الوسائل الإلكترونية مثل البرامج الخدمية أو تقدير الاستشارات بمختلف أنواعها الطبية والهندسية والتكنولوجية وغيرها عبر شبكة الإنترنت تحت مظلة العقد الإلكتروني خيث تخدم تكوين العقد الدولي بكافة مراحلها الأولية والنهائية وتنفيذ العقد أيضاً عبر شبكة الإنترنت وسوف نفضل الحديث عنه في الباب الثالث من هذه الدراسة.

(252) عبد الحميد، خالد أحمد. فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980م، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2001م، ص4.

(253) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، فيينا 1980م، المادة (1/3).

(254) العوفي، صالح بن عبد الله بن عطف، مرجع سابق، ص28.

2. عقود نقل التكنولوجيا:

مفهوم نقل التكنولوجيا: لا يوجد مفهوم قانوني محدد لعقود نقل التكنولوجيا وذلك يرجع لعدم اتفاق فقهاء القانون على مفهوم موحد لمصطلح "التكنولوجيا" فبينما ينكر بعض الفقهاء⁽²⁵⁵⁾ على عقود نقل التكنولوجيا أي تعريف قانوني، يركز البعض الآخر⁽²⁵⁶⁾ على بيان عناصر التكنولوجيا ومكوناتها عند تعريف عقود نقل التكنولوجيا فعرف التكنولوجيا على أنها: (مال منقول معنوي له قيمة اقتصادية وغير مشمول بحماية قانونية خاصة)، ويعرفها البعض⁽²⁵⁷⁾ أيضاً بأنها: (التقنيات والأساليب والوسائل كالمعرفة الفنية ومحيطها المادي من تجهيزات وآلات ومعدات وأيضاً محيطها غير المادي من تدريب وخبرات ومساعدات فنية).

كما تختلف تسميات عقود نقل التكنولوجيا فيطلق البعض عليها أنها ترخيص أو تنازل أو نقل التكنولوجيا أو نقل الطريقة التكنولوجية أو بيع التكنولوجيا، وغيرها من التسميات⁽²⁵⁸⁾ ولذا نجد عدة صيغ متباينة لعقود نقل التكنولوجيا تختلف فيما بينها من حيث طبيعتها ونظامها القانوني الخاص⁽²⁵⁹⁾ ولكنها جميعها تتفق في موضوعها وهو نقل التكنولوجيا.

وعلى الرغم مما سبق فيذكر البعض⁽²⁶⁰⁾ أنه يقصد بنقل التكنولوجيا: استعارة الأساليب الفنية والاجتماعية المطبقة في البلاد الصناعية المتقدمة لتوظيفها بما يتقدم النمو والتقدم في البلاد النامية أو التي دخلت حديثاً في ميدان الصناعة والتقدم ولا تقتصر عملية نقل التكنولوجيا على العملية المادية فقط بل تشمل نقل المعرفة والخطط والإجراءات المتعلقة بها.

(255) قادم، إبراهيم. الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى

الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2002م، ص16. وأيضاً، شيخة، ليلي. مرجع سابق، ص49.
(256) أبو الخير، السيد مصطفى أحمد. عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007م، ص13.

(257) المرجع السابق، ص13.

(258) المرجع السابق، ص206.

(259) فعلى سبيل المثال في حالة نقل المعارف والمعلومات يتمثل موضوع العقد في التزام مورد التكنولوجيا للمستورد بالتمكين من الاطلاع، أما في حالة نقل الخبرات والتدريب فإن المضمون يتسع ليشمل إلى جانب المعلومات والمعارف مجموعة من الخبرات والمهارات اللازمة لتحقيق أهداف العقد.

(260) الحوات، علي. نقل التكنولوجيا والمجتمع، دراسة في البلاد النامية، جامعة الفاتح، طرابلس، 1981م، ص53.

ونلاحظ على التعريف السابق أنه قد قص نقل التكنولوجيا على استعارة المعارف والأساليب من الدول المتقدمة أو الصناعية لصالح الدول النامية وهذا التعريف يضيق من مفهوم نقل التكنولوجيا ويركز على أهمية طرفي العقد أكثر من تركيزه على موضوع نقل التكنولوجيا؛ إذ أنه ووفقاً للتعريف السابق لا تعد من قبيل عقود نقل التكنولوجيا المعارف والأساليب الفنية أو الخبرات التي تنتقل من الدول النامية للدول الصناعية أو المتقدمة أو من دول نامية إلى أخرى نامية، أو نقل التكنولوجيا من دول متقدمة إلى أخرى كذلك.

يذكر البعض⁽²⁶¹⁾ أن مفهوم نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية يعبر عنه بانقزال الأموال أو الحقوق بين أشخاص قانونية طبيعية أو معنوية، ويشمل النقل الكلي أو الجزئي النهائي أو المؤقت للانقاع الفعلي بالأموال أو الحقوق أو لهما معاً، غير أنه يوجد تعريف اقرب لنقل التكنولوجيا وهو كما عرفه البعض: إيصال التكنولوجيا من موقع معين لغرض محدود وتطبيقها في موقع آخر، وقد تحدث نقل للتكنولوجيا بشكل رأسي على المستوى الوطني ويقصد به تحريك الأفكار من معامل الأبحاث وعلماء الثمينة إلى مواقع الأسواق والمستخدمين النهائيين، أو تحدث بشكل أفقي وهو نقل الأفكار والأبحاث من دولة لآخر في النقل الرأسي إلى دولة فشلت في ذلك وهي الصورة التي تحدث بين الدول المتقدمة والدول النامية⁽²⁶²⁾.

كما أورد البعض تعريفاً أشمل لنقل التكنولوجيا فعرف عملية نقل التكنولوجيا على أنها: نقل المعرفة المنهجية لصنع منتج ما، أو تطبيق طريقة ما، أو تقديم حزمة ما، ولا يشمل ذلك الصفقات التي لا تتناول إلا مجرد البيع للبضائع أو تأجيرها⁽²⁶³⁾.

تعريف عقد نقل التكنولوجيا في القانون: عرف المشرع المصري عقد نقل التكنولوجيا في القانون التجاري المصري على أنه: اتفاق ينعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية

(261) أبو الخير، السيد مصطفى أحمد. مرجع السابق، ص24.

(262) شيخة، ليلى. مرجع السابق، ص52.

(263) العبيكان، محمد بن عبد المحسن بن ناصر. عقد نقل التكنولوجيا، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1437 هـ، ص4.

إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في عقد نقل التكنولوجيا المقدمة بطريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلاً لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا، أو كان مرتبطاً به⁽²⁶⁴⁾.

3. عقد المشروعات التجارية: يعرف عقد المشروعات على أنه شركة أو مؤسسة تجارية شكلت بين شخصين أو شركتين أو منظمين، بحيث يكون واحد منهما على الأقل شريكاً مشغلاً، تهدف هذه الشركة إلى توسيع نشاطها بغرض الحصول على أعمال جديدة من نحة ومستقرة دائماً،

وعقود المشروعات المشتركة شكل من أشكال التحالفات الإستراتيجية التي تعقد على شكل اتفاقات بين شريكين أو أكثر لإجراز مشروع مشترك قد يكون في بلد ينتمي إليه أحد الشركاء أو في بلد آخر غير بلدانهم ويكون هذا المشروع مختلفاً ومنفصلاً قانونياً عن الشركات المنشئة له (الشركات الأصلية)، ويبرر هذا العقد لترقية الانتماءات المشتركة، واستغلال الفرص المتاحة المشتركة بحيث ينم فيه الاتفاق على حصة كل شريك وأغلب الاستثمارات المشتركة هي مساوية النكالف والأرباح وتسمى (Equity joint-Ventures)، وقد تغيب الحصص عندما يساهم أحد الأطراف بالخبرة الفنية بدلاً عن رأس المال أو عندما يقدم المعلومات اللازمة عن السوق إذا كان المشروع المشترك قد أقيم على أرضه⁽²⁶⁵⁾.

(264) القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999م، المادة (73).
(265) شيخة، ليلي. اتفاقية حقوق الملكية الفكرية ذات العلاقة بالتجارة الدولية وإشكالية نقل التكنولوجيا في الدول النامية، دراسة حالة الصين، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007م، ص56.

4. عقد الامتياز التجاري:

يعرف عقد الامتياز التجاري على أنه: العقد الذي يتعهد بمقتضاه تاجر يطلق عليه الملتزم أو المنعقد، بأن يقص نشاطه على توزيع بضائع معينة، ينجها تاجر آخر يطلق عليه مانح الامتياز، في دائرة جغرافية معينة، ومدّة معينة، على أن يكون للملتزم (المنعقد) وحده حق احنكار إعادة بيع هذه السلع في النطاق الجغرافي المثلثق عليه⁽²⁶⁶⁾.

كما يعرف الإتحاد البريطاني للفرنشايز عقد الامتياز بأنه: عقد ينهين شخص يُسمى المانح وشخص آخر يُسمى الممنوح له وفقاً للبنود التالية:

1. يسمح أو يطلب من الممنوح له أن يمارس خلال فترة معينة، عملاً معيناً تحت اسم معين تخص المانح أو مملوك له.

2. يمارس المانح سيطرة ورقابة مستمرة خلال مدة الامتياز على الأعمال التي يقوم بها الممنوح له التي تشكل موضوع الامتياز.

3. يلتزم المانح بكل ما يلزم لتأدية أعمال الامتياز بتزويد الممنوح له "موضوع الامتياز"، ومساعدته في ذلك و على وجه الخصوص تنظيم عمل الممنوح له، وتدريب موظفيه، والبضائع المستخدمة والإدارة وكل ما يستلزم تنفيذ العقد.

4. يلتزم الممنوح له خلال فترة العقد بدفع الأتعاب لمانح الامتياز، والعمولات المستحقة نتيجة المبيعات التي يقوم بها الممنوح له.

5. تجدر الإشارة إلى أن هذا الاتفاق لا يمكن أن ينهين شركة قابضة وشركة تابعة، أو بين الفرد وشركة يسيطر عليها.

(266) البشتاوي، دعاء طارق بكر. عقد الفرنشايز وآثاره، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008م، ص43.

أما الاتحاد الدولي للفرنشايز فيُعرف عقد الامتياز، على النحو الآتي:
عملية الامتياز هي علاقة تعاقدية بين طرفين هما المانح والممنوح له يلتزم بمقتضاها المانح بنقل المعرفة الفنية والتدريب للممنوح له، الذي يقوم بالعمل تحت اسم معروف، أو شكل أو إجراءات مملوكة أو مسيطر عليها من قبل المانح وفي هذا العقد يقوم الممنوح له باستثمار أمواله الخاصة في العمل - محل الامتياز - بحيث تكون مخاطر نجاح هذه العملية عليه و ينحملها وحده دون غيره⁽²⁶⁷⁾.

ويُتعلق عقد الامتياز التجاري بقيام الممنوح له ببيع السلعة أو الخدمة محل العقد واستعمال علامة المانح التجارية واسمه التجاري، وينمي هذا العقد خاصية تتمثل في منح الحق للمانح بمراقبة الممنوح له عند استغلال الترخيص وإجباره على الخضوع لقوانينه ومراقبته، وتتعلق هذه الرقابة بالدخول في إستراتيجية الإدارة وفي كيفية التعامل مع الزبائن وفي أساليب الترويج والعديد من القضايا ينبر الاتفاق عليها، ويعد "ماكدونالدز" من أشهر عقود الامتياز التجاري⁽²⁶⁸⁾.
وتجدر الإشارة هنا إلى أنه تجب التمييز بين العقد الامتياز التجاري السابق تفصيله، وعقد الامتياز الحصري الذي يعتبر اتفاق بمقتضاه يقوم مانح الامتياز (المنتج) ببيع منتوجاته لصاحب الامتياز بهدف أن يتمكن هذا الأخير من توزيع هذه المنتجات باسمه و لحسابه الخاص، و ذلك حسب الكيفيات المنصوص عليها بين الطرفين، و يكون عقد الامتياز الحصري محدد المدة، و يمنح صاحب الامتياز الحق في إعادة البيع في إقليم جغرافي معين، كما لا يوفى الرقابة أو حق المحاسبة من قبل المانح كما في عقد الامتياز التجاري، و نجد أمثلة لذلك كثيرة على هذا النوع من العقود مثل عقود الامتياز التي تمنحها الدولة لبعض الشركات للشقيب عن النفط أو عقود التوريد⁽²⁶⁹⁾.

(267) البشتاوي، دعاء طارق بكر. مرجع سابق، ص44.

(268) شيخة، ليلي. مرجع سابق، ص55.

(269) الجنيهي، منير محمد. & الجنيهي، ممدوح محمد، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، 2000م، ص155.

المبحث الثاني: محتويات العقد التجاري الدولي وأداء المقابل

المطلب الأول: محتويات العقد التجاري الدولي

وسنحدث في هذا المطلب عن محتويات العقد التجاري الدولي من خلال تحديد أطراف العقد التجاري الدولي وحيثيات التعاقد، وتوضيح أهم الشروط التي تتضمنها العقود التجارية الدولية كما يأتي:

أولاً: تحديد أطراف العقد وحيثيات التعاقد:

ينضمن تحديد أطراف العقد التجاري الدولي وحيثيات التعاقد توضيح محتويات العقد التجاري الدولي بنزائها الشكلي والموضوعي كما يلي:

أ. الجزء الشكلي: تحوي العقد التجاري الدولي عادة الشكل المتعارف عليه فيبدأ بالمقدمة التي تشمل في الغالب طبيعة العقد ونطاقه كما تم الاتفاق عليه بين أطرافه، كما تحوي المقدمة تأريخ دخول العقد حيز التنفيذ وتأريخ النوقع عليه وتحديد أطراف التعاقد ويشمل ذلك أسماء المتعاقدين وصفاتهم وبياناتهم تفصيلاً، وقد يكون أطراف التعاقد أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، عن أنفسهم أو وكلاء للغير، وتجب في حالة النوقع عن الغير توضيح ذلك في العقد وبيان صفة الموقع أنه وكيل عن الغير وذكر ذلك الغير⁽²⁷⁰⁾.

وقد يتطلب العقد أحياناً التصديق عليه من أشخاص أو جهات معينة، وعندئذ لا يعند بالنوقع فقط دون التصديق أو الموافقة المسبقة على النوقع.

ثم تأتي بعد ذلك الحيثيات التي قد لا تأخذ شكل مادة معينة في العقد ولكنها تأتي بعد المقدمة مباشرة وتحوي الحقائق الموضحة لموضوع العقد والهدف من الدخول في التعاقد نهيداً للجانب الموضوعي، وقد لا تكون الحيثيات كما يقول البعض⁽²⁷¹⁾ ضرورية في كافة العقود التجارية الدولية، ولكن عند الحاجة إلى ذكر الحيثيات في العقد لا بد من توضيح وجهة نظر الأطراف صراحة فيها

(270) العوفي، صالح بن عبد الله بن عطف. مرجع سابق، ص 185.

(271) المرجع السابق، ص 188.

ومدى إلزامية محتواها لهم، وتجب في هذه الحالة النص ما إن كانوا يغبون في اعتبارها جزءاً أصلياً لا ينجزأ من العقد أمراً، فإذا مرغب الأطراف - مثلاً - في عدم اعتبار الحيثيات جزءاً لا ينجزأ من العقد ينبغي ذكر ذلك صراحة في العقد والنص عليه مثل النص على أنه: (ليس لدى الأطراف نية أن تكون حيثيات التعاقد ملزمة قانوناً لأي منهم، ولا مثل ملخصاً منكاملاً للأهداف التعاقدية والنجارية بينهما).

ب. الجزء الموضوعي: يأتي بعد الجزء الشكلي الجانب الموضوعي من العقد الذي تخوي عادة المواد التي تعالج الجزء الموضوعي منه، مثل تحديد الالتزامات والحقوق وفقاً للترتيب المنطقي بحسب اختيار الأطراف ومن يقوم بالصياغة، وقد تخوي الجزء الموضوعي من العقد تعريفات لمصطلحات وعبارات تخويها العقد ويبين معانيها والمقصود بها، ثم يلي ذلك الشروط المسبقة للتعاقد، ثم وصف الحقوق والالتزامات ومن ثم الأحكام النهائية أو الختامية.

ثانياً: أهم الشروط التي تتضمنها العقود النجارية الدولية:

أ. الشروط العامة: تختلف الشروط التي يتضمنها العقد النجاري الدولي باختلاف نوع العقد النجاري الدولي، ولكن في الغالب توجد بعض الشروط العامة التي تتضمنها العقود النجارية الدولية بصفة عامة والتي تضع لبنات بناء جوهر العقد، وهذه الشروط العامة هي:

1. الشروط المالية: وتتضمن فتح الاعتماد وكيفية الدفع والمسائل لهما.
2. الشروط التنظيمية: وهي الشروط المتعلقة بالحصول على التصاريح اللازمة من الجهات المختصة لتنفيذ العقد، والتي تتضمن أيضاً الإجراءات التنظيمية في بلدي المتعاقدين والواجب على العقد احترامها وعدم مخالفتها⁽²⁷²⁾.

(272) العوفي، صالح بن عبد الله بن عطف. مرجع سابق، ص 191.

3. شروط أخرى مثل الشروط الثنيتية أو الشروط التجارية المتعلقة بالسلع وكيفية أو

جودتها وغيرها⁽²⁷³⁾.

ب. الشروط الخاصة: ويمكن تلخيصها كالآتي:

1. الشروط الخاصة بالنطاق الزمني: وتعني بالنطاق الزمني في العقود التجارية الدولية

تحديد مدة تنفيذ العقد، ويعتبر تحديد المدة في العقود التجارية الدولية شيء أساسي

لتنفيذ العقد؛ ذلك لنحاشي الغموض واللبس⁽²⁷⁴⁾.

2. الشروط الخاصة بتحديد النطاق الإقليمي لتنفيذ العقد: فهناك من العقود التجارية

الدولية ما يتطلب بالضرورة تحديد النطاق الإقليمي لتنفيذها مثل عقود التمثيل

وعقود التوزيع وغيرها من العقود التي يلعب النطاق الإقليمي دوراً عاماً في

تنفيذها.

3. الشروط الخاصة بالتنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن: وفيها يتحدد الطرفان

مقدار التنازل عن الحقوق في التعاقد بينهما وجواز تحويل الالتزامات إلى شخص آخر

لتنفيذها من عدمه، ومقدار سلطة أحد الأطراف في القيام بذلك⁽²⁷⁵⁾.

4. الشروط الخاصة بالإشارة إلى ملاحق العقد والوثائق المتعلقة به: وذلك عندما

يكون العقد مكوناً من عدة أقسام ملحقاً به جداول وملاحق تفصيلية، أو

ينضمن بعض الوثائق التي تستلزم الإشارة إليها فيه لموضع تفاصيل محددة لا تتعلق

بالعقد أو بتنفيذه، مثل عقود القروض البنكية التي عادة ما يلحق لها جداول

(273) لا نعني بذلك مطابقة السلع أو جودتها لمعايير الدولة المستوردة، فذلك يدخل ضمن الشروط التنظيمية بعدم مخالفة السلع لهيئة المواصفات والمقاييس أو الجهة المماثلة، إنما نعني بالشروط التجارية والتقنية مطابقة السلع وجودتها لما يشترط المشتري أو المورد ويتفق عليه الطرفان.

(274) وقد أرسى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع 1974م قواعد موحدة تنظم الفترة الزمنية التي يجب على الطرف المتعاقد بمقتضى عقد بيع دولي للبضائع أن يبدأ خلالها إجراءات قانونية تجاه الطرف الآخر من أجل تأكيد مطالبة منبثقة من العقد أو متصلة به أو صحته أو إنهائه.

(275) العوفي، صالح بن عبد الله بن عطف. مرجع سابق، ص 196.

ووثائق بنكية كثيرة تتضمن البنوك المشاركة في التنفيذ ممثل البنوك المشاركة في التعاقد⁽²⁷⁶⁾.

5. الشروط الخاصة بتعديل العقد أو تجديده: وتوجد هذه الشروط بصفه خاصة بالعقد التجاري الدولي الذي تخوي على كثير من التفاصيل المتعلقة بموضوع العقد أو مواصفات العمل المراد تنفيذه، وبالتالي عند تنفيذ العقد قد تحتاج الطرفين أو أحدهما لتعديل أو تجديد بعض من هذه التفاصيل أو احتمال التغيير فيها أثناء تنفيذ العقد⁽²⁷⁷⁾.

6. الشروط المتعلقة بسرية المعلومات: وهي الشروط التي توضح مدى سرية المعلومات التي تخونها العقد وإلزام الطرفين بالحفاظ عليها⁽²⁷⁸⁾.

7. شروط كامل العقد وتحييد الاتفاقات الأخرى بين الأطراف: وهي الشروط التي تحدد مدى قوة الاتفاقات المصاحبة للعقد وإلزام الأطراف لها، مثل اتفاقات المفاوضات السابقة على التعاقد أو المراسلات السابقة على التعاقد أو الوثائق الملحقه بالعقد وتوضح ما إذا كانت هذه الوثائق أو غيرها من الاتفاقات تشكل كامل العقد أم أنها لا تعدو على أن تكون مذكرات تفسيرية لا تدخل في تركيب العقد ولا يوجد أي إلزام على الأطراف لها⁽²⁷⁹⁾.

8. الشروط الخاصة بنقل التقنية وحقوق الملكية الصناعية والفكرية: وينجلي هذا الشرط بصفة خاصة عندما يكون أحد الأطراف دولة نامية حيث وأنه في الغالب تلجأ هذه الدول إلى التعاقد مع شركات عالمية كبرى تمتلك خبرة طويلة في مجال

(276) المرجع السابق ، ص199.

(277) جاسم، أسيل باقر. النظام القانوني لشروط إعادة التفاوض، ص3، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الرابط:

www.uobabylon.edu.iq

(278) العوفي، صالح بن عبد الله بن عفاف. مرجع سابق ، ص201.

(279) المرجع السابق ، ص201.

الثنية والطور التكنولوجي، إذ على سبيل المثال نجد في الجمهورية اليمنية أن الحكومة تتعاقد مع شركات صينية أو ألمانية وغيرها لتنفيذ مشروعات في اليمن تستطيع شركات وطنية أو عربية تنفيذها لكن ليس باستخدام نفس التكنولوجيا والثنية التي ستمثلها الشركات الأجنبية تلك المشروعات.

9. شروط خاصة بخل النزاعات: مثل الشروط التي تحدد القانون الواجب التطبيق وقواعد الاختصاص القضائي وطرق حل النزاعات حال نشوئها وتفاصيل الإجراءات الخاصة بخل تلك النزاعات التي تختلف في طرق حلها باختلاف التشريعات الوطنية عن بعضها وتباينها في تنظيمها للمعاملات التجارية الدولية، والذي من شأنه إشاعة القلق وعدم الاستقرار في التعامل على المستوى الدولي مما يعوق تدفق التجارة الدولية، ويمنع ازدهارها⁽²⁸⁰⁾، لذا يلجأ الأطراف غالباً في عقود التجارة الدولية إلى حصر ذلك بضمينهم العقد للشروط الخاصة بخل النزاع بينهما حال نشوئها.

10. الشروط الخاصة بلغة العقد: وهي الشروط المتعلقة باللغة المستخدمة في التعاقد، سواء عند الصياغة أو التفسير، وفي الغالب يتفق أطراف التعاقد على أن العقد حرر بلغة واحدة أو لغتين فأكثر بحسب ظرف التعاقد ويتم تسمية تلك اللغات مع إعطاء إحدى اللغات المستخدمة أو غيرها أفضلية للتفسير عند الاقتضاء.

11. الشروط الخاصة بالتعهدات والضمانات: مثل الشروط المتعلقة بالضمانات المطلوبة لضمان احترام قوانين بلد التنفيذ والتعهد لها وعدم مخالفتها، وضمان أن الشخص الموقع على العقد لديه التفويض اللازم للتعاقد في حالة كان وكيلًا أو موقعاً عن شخص اعتباري، وضمان التزام المتعاقد بتنفيذ العقد وفق المعايير المحددة في العقد،

(280) الصغير، حسام الدين عبد الغني. تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص3.

والضمان المنعلق بالمواد المستخدمة وجودتها والرسومات وطاقم التنفيذ وغيرها من الضمانات التي تؤكد حسن نية المتعاقدين عند التنفيذ⁽²⁸¹⁾.

12. الشروط الخاصة بالإشعارات: وهي الشروط الخاصة بتحديد الطريقة المستخدمة في تبادل الإشعارات الخاصة بتنفيذ العقد أو التغييرات اللاحقة على العقد والتي تقرأ على التنفيذ⁽²⁸²⁾، ولتعدد وسائل الاتصال وتطورها في الآونة الأخيرة يلجأ الأطراف إلى تحديد طريقة معينة للتواصل وتبادل الإشعارات والرسائل فيما بينهم.

13. الشروط الخاصة بالثمن: ويتعلق هذا الشرط بالثمن المقابل لتنفيذ العقد والذي يسبب على أحد الأطراف دفعه للطرف الآخر عوضاً عما سيقدمه له في العقد، وعادة ما تحدد العقود التجارية الدولية طريقة دفع الثمن وتفاصيل تعديل أو تغيير الثمن وميعاد الوفاء به وغيرها من المسائل المتعلقة بالثمن⁽²⁸³⁾.

(281) العوفي، صالح بن عبد الله بن عطايف. مرجع سابق، ص 217، 218.

(282) القرني، عبد اللطيف. العقود التجارية الدولية والمتغيرات، بحث منشور على شبكة الانترنت على الرابط:

www.aleqt.com

(283) العوفي، صالح بن عبد الله بن عطايف. مرجع سابق، ص 220، 221.

المطلب الثاني: أداء المقابل في عقود التجارة الدولية

يعتبر أداء المقابل في التجارة الدولية من أهم موضوعاتها إذ يمكن الطرف المستفيد في عقود التجارة الدولية من الحصول على العوض أو ثمن العقد من الطرف الآخر، ويندر أداء المقابل في عقود التجارة الدولية بإحدى طريقتين هما: خطاب الضمان أو الاعتماد المستندي، وتفصيل ذلك كالآتي:

أولاً: خطاب الضمان Letter of Guarantee :

مفهوم خطاب الضمان: يعرف خطاب الضمان على أنه: تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة احد عملائه (طالب الإصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بخصوص التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبه خلال مدة سريان خطاب الضمان دون الثقات لما قد يديه العميل من معارضة⁽²⁸⁴⁾.

القضاء من جانبه يؤيد التعريف السابق فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه: "لما كان الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية ولا على تحقق شرط ولا على حلول أجل ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذها بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب، وكان المفروض في قضاء هذه المحكمة أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميله إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل تخكمها خطاب الضمان وحده وعبارته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها، حتى إذا ما طوّل بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في خطاب الضمان وجب عليه الدفع فوراً، بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعند بغير هذه المستندات، ولا يكون دفع البنك إلى المستفيد صحيحاً كما لا يكون أن يرجع بما دفعه على عميله، إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر

(284) القرم، سليمان أحمد محمد. خطاب الضمان في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس، 2003م، ص24.

صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل، وإلا تحمل البنك مسؤولية الوفاء، فإذا لم تتحقق الشروط أو لم تقدم المستندات المحددة في الخطاب انتهى ضمان البنك وكان لعميله أن يسترد منه غطاء خطاب الضمان في اليوم التالي لانتهاء الضمان"⁽²⁸⁵⁾.

الأحكام الخاصة بخطاب الضمان:

تتميز خطابات الضمان ببعض الأحكام الخاصة التي تجب مراعاتها عند إصدار هذه الخطابات وأهم هذه الأحكام هي::

1. يجب أن يكون الغرض من خطاب الضمان صحيحاً من الناحية القانونية، إذ لا يجب أن يصدر الضمان عن التزام باطل أساساً لأي سبب من الأسباب الباطلة أو يكون مخالفاً للنظام العام.
2. من الناحية العملية لا يشترط أن يقدم المستفيد للبنك ما يفيد قبوله لخطاب الضمان ولكن إذا اعترض المستفيد على خطاب الضمان وإعادة إلى البنك سقط حقه فيه.
3. لا تجوز إصدار خطاب ضمان لصالح مستفيد فرد ما لم يكن مغطى بالكامل نقداً وذلك لإبعاد خطابات الضمان عن الصورية أو الرجوع إلى إدارة الفروع في حالة الضرورة.
4. تجوز للمستفيد أن يوكل أحد البنوك في تحصيل قيمة خطاب الضمان بشرط وجود نص صريح في لئوكيل بأحقية الوكيل في طلب الوفاء بقيمة خطاب الضمان، لا تجوز مطالبة البنك بالوفاء بمبلغ يزيد عن مبلغ الضمان سواء كان ذلك دفعة واحدة أو على دفعات ولكن تجوز المطالبة بمبلغ أقل (مصادرة جزئية).
5. ليس من حق الجهة المستفيدة المطالبة بعائد على قيمة خطاب الضمان وينص على ذلك في صلب الخطاب.

(285) محمود، عصام حنفي. قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق جامعة بنها، غير منشور، ص173، 174.

6. الأصل في خطاب الضمان ألا يكون معلقاً على شرط حتى تكون قيمته قابلة للأداء عند أول مطالبة.

7. لا تجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بخطاب الضمان إلا بموافقة البنك وبشرط أن يكون البنك مأذوناً له من قبل الأمر بإعطاء هذه الموافقة أو إذا كان هذا الغير قد حل محل المستفيد الأصلي بإجراء قانوني كحالة إدماج الشركات أو تغيير مسمياتها وتجب على البنك في هذه الحالة الاعتداد بالمستفيد الجديد ويتفرع من ذلك أنه في حالة ما إذا كان المستفيد هو إحدى المصالح الحكومية فإنه تجوز للوزارة التي تتبعها تلك المصلحة أن تطلب البنك المصدر بقيمة خطاب الضمان وفي إطار هذا المفهوم لا تجوز أن يدفع البنك قيمة الخطاب إلا للمستفيد نفسه أو المتنازل إليه بالشروط الواردة في هذا البند.

8. لا تجوز استبدال اسم المضمون الوارد بخطاب الضمان بسواه إلا بناءً على طلب كتابي من العميل (وكان النص يح ينضمّن السماح له بإصدار خطابات ضمان باسم الغير من الحد المصح له به) وبعد موافقة الجهة المستفيدة على ذلك التغيير.

9. لا تجوز للبنك أن يرفض الوفاء بقيمة خطاب الضمان خلال مدة سريانه إذا ما طلب المستفيد ذلك وعلى المنضمر أن يرجع على المستفيد ليسترد منه ما قد يكون قد حصل عليه من البنك بدون وجه حق⁽²⁸⁶⁾.

أنواع خطاب الضمان:

أ. خطاب الضمان الابتدائي:

ويكون مقابل الدخول في مناقصات أو مشاريع ويكون مبالغ الضمان مساوياً لـ 1% من كل قيمة المناقصة أو أكثر⁽²⁸⁷⁾، وساري المفعول لمدة معينة وعادة تكون لثلاثة أشهر وهذا العهد

(286) خطابات الضمان، ص 3، 4، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع التالي: www.4shared.com
(287) تنص بعض القوانين على أن يتراوح الضمان الابتدائي من 1% إلى 2% من قيمة العرض كالقانون السعودي الذي ينص المرسوم الملكي رقم (م/14) لسنة 1397هـ والخاص بتأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها في المادة

البنكي (خطاب الضمان) يقدمه العميل للمستفيد من مصلحة حكومية أو غيرها . لينسني له الدخول في المناقصة، فهو بمثابة تأمين ابتدائي يعطى المستفيد الاطمئنان على قدرة العميل على الدخول في المناقصة. ولا تجوز إلغاء هذا الخطاب إلا بإعادته بصفة رسمية من الجهة المقدم إليها (المستفيد).

ويظهر نوع خطاب الضمان الابتدائي بوضوح في المناقصات والمزايدات الحكومية، إذ عادة ما تتضمن مراحل التقديم للعطاءات وتقديم العروض شرطاً ينص على أنه: كل من يرغب في التقدم للعطاء لمناقصة أو مزيدة أن يرفق عرض خطاب ضمان ابتدائي (Tender Guarantee) بقيمة معينة لمدة محددة الغرض منها ضمان الدخول في التعاقد.

ب. خطاب الضمان النهائي :

ويكون مقابل حسن التنفيذ وسلامة الأداء في العملية من مناقصة أو مشروع وخو ذلك ويكون مبالغه بنسبة 5% من قيمة المشروع أو المناقصة وهو محدود بمدة معينة قابلة للزيادة . وهذا العهد البنكي (خطاب الضمان النهائي) يقدمه العميل للمستفيد من مصلحة حكومية أو غيرها ليسنحق المستفيد الاستيفاء منه عند تخلف العميل عن الوفاء بما ألزم به فهو بمثابة تأمين نهائي عند الحاجة إليه ولا يكون إلغائه إلا بخطاب رسمي من الطرف المستفيد . ويطلق على الضمان النهائي أحياناً ضمان حسن التنفيذ وهو الضمان الذي تخل محل الضمان الابتدائي في حالة رُسو المناقصة أو المزيدة على مقدم الضمان الابتدائي ويكون عادة باستكمال المبلغ أو تقديم مبلغ جديد .

ويكون ضمان حسن التنفيذ عادة غير مشروط حيث يعهد فيه المصدر بدفع مبلغ إلى شخص آخر هو المستفيد عند الطلب أو بعد إبراز الوثائق المحددة، ويكون في الغالب على شكل نموذج معين معد مسبقاً ومرفق بالعقد بالنسبة لخطاب الضمان المطلوب، ويشار إليه في العقد وفقاً

الثانية على أنه: (يتضمن كل عرض ضماناً ابتدائياً يتراوح من 1% إلى 2% من قيمة العرض، وذلك وفقاً لما تحدده الشروط والمواصفات، وأن كل عرض لا يتضمن هذا الضمان سوف لن ينظر فيه من قبل لجنة تحليل العروض).

لنصوصه، وقد يكون للبنك المصدر لخطاب الضمان تعامل مسبق مع طالب خطاب الضمان وبالتالي تعد تلك خدمة من البنك للعميل فلا يطلب منه مبلغ الضمان أو حجز بعض أمواله في مقابل إصدار خطاب الضمان له⁽²⁸⁸⁾.

ج. خطاب الضمان مقابل غطاء كامل لتفقات التعاقد:

وهو أي مقابل يقدمها العميل سلفاً إلى البنك على حساب التعاقد مثلاً لصالح الطرف المستفيد و الغاية منه ضمان حسن التنفيذ كما في الخطاب النهائي.

د. خطاب الضمان: (ضمان المستندات):

وهناك نوع آخر من خطابات الضمان يقدمه البنك لصالح شركات الشحن أو وكالات البواخر، في حالة وصول البضاعة المسنودة إلى الميناء المحدد في المملكة وتأخر وصول مستندات الشحن الخاصة بالبضاعة إلى ذلك البنك الذي جرى الاستيراد عن طريقه فخشية من أن يلحق بالبضاعة تلف من جراء تأخر بقائها في جرك الميناء يكون الضمان المذكور تعهداً من البنك بتسليم مستندات الشحن الخاصة بالبضاعة إلى وكلاء البواخر فور وصولها. واستناداً إلى هذا الضمان يتم فسخ البضاعة للمسنود.

وإصدار مثل هذا الضمان يقدم العميل المسنود طلباً بذلك إلى البنك ويسدد قيمة اعتماد الاستيراد بالكامل (وهي قيمة البضاعة المسنودة) ومن ثم يصدر البنك خطاب الضمان ويسلمه إلى العميل فيقوم العميل بتسليمه إلى وكلاء الناقل المعنيين⁽²⁸⁹⁾.

خامساً: خطاب الضمان الاحتيالي:

على الرغم من أن هذا النوع من الضمانات قد نشأ في الولايات المتحدة الأمريكية بغرض التنسيق على قدرات البنوك الأمريكية بموجب إصدار خطاب الضمان لتفادي الدخول في مواجهة مع المحاكم الأمريكية إلا أن هذا النوع قد انشأ وصار عرفاً من افتقار للتجارة الدولية.

(288) العوفي، صالح بن عبد الله بن عطف. مرجع سابق، ص 330، 331.

(289) بكر، أبو زيد. خطاب الضمان، المكتبة الشاملة، غير منشور، ص 3.

وخطاب الضمان الاحنياطي هو الضمان الذي يطلبه أحد الأطراف - عادة ما يكون الطرف البائع أو المورد - لضمان تنفيذ التزامات الطرف الآخر بعد الفراغ من تنفيذ الطرف الأول للالتزامات، وينجلى هذا النوع من الضمانات في عقود المقاولات الدولية التي تطلب فيها الشركة المنفذة للمشروع ضماناً من الحكومة أو المستفيد لضمان تنفيذ التزامات، وعدم الإخلال بتلك الالتزامات بعد إكمال تنفيذ العقد وضمان تسليم مستحقات المقاول أو منفذ المشروع بالكامل⁽²⁹⁰⁾.

ثانياً: الاعتمادات المستندية Documentary credit:

مفهوم الاعتماد المستندي: يعتبر الاعتماد المستندي لدى البعض⁽²⁹¹⁾ أهم وسائل تمويل التجارة الدولية، لأن الاعتمادات المستندية توفر ميزتين للطرف المستفيد في عقد التجارة الدولي؛ فبالإضافة إلى كونها أداءً مقابل تعتبر الاعتمادات المستندية أداة ائتمان أيضاً لأنها تمكن المستفيد أو الطرف المصدر للبضاعة من الحصول على مستحقاته داخل بلده.

يعرف الاعتماد المستندي في الفقه على أنه: الاعتماد الذي يفتحه البنك بناءً على طلب شخص آخر يسمى الأمر أيًا كانت طريقة تنفيذه سواء كان بقبول الكمبيالة أو خصمها أو بدفع مبلغ لصالح عميل لهذا الأمر، ومضمون خياره المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال، ويعرف أيضاً على أنه: تعهد صادر من البنك بناءً على طلب العميل (الأمر) أو (معطي الأمر) لصالح الغير المصدر ويسمى (المستفيد) يلزم البنك بمقتضاه بدفع أو بقبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينة وارده في هذا التعهد، ومرهون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرية⁽²⁹²⁾.

وعرف البنك السوداني الفرنسي الاعتماد المستندي على أنه: ترتيب أو كتاب تعهد قانوني ملزم للبنك المصدر (فاتح الاعتماد) الذي ينصرف إما بناءً على طلب وتعليمات العميل (طالب فتح

(290) العوفي، صالح بن عبد الله بن عطاق. مرجع سابق، ص 333 - 335.

(291) عبد المجيد، عبد المطلب. البنوك الشاملة عملياتها وإدارتها، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 2000 ص 248.

(292) السعيد، سماح يوسف إسماعيل. العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2007 ص 15.

الاعتماد) أو بالأصلية عن نفسه بالدفع لطرف ثالث (المستفيد) أو يفوض بنكاً آخر بالدفع مقابل مستندات منصوص عليها شريطة أن تكون هذه المستندات مطابقة تماماً لشروط ونصوص الاعتماد⁽²⁹³⁾.

ومن فقهاء القانون ما يعرف الاعتماد المستندي تعريفاً قصيراً على أنه: وسيلة من وسائل الدفع المستندية في التجارة الخارجية⁽²⁹⁴⁾.

أما القضاء السوداني فيعرف الاعتماد المستندي على أنه: تكليف المسنود لمصرفه في قطرة بعمل ترتيبات لاعتماد مبلغ معين للمصدر المستفيد تحت تصرفه مقابل تقديمه مستندات شحن بضاعة متكاملة ومثق عليها خلال فترة زمنية محددة⁽²⁹⁵⁾.

أما الاعتماد المستندي في القانون فيعرف كما أورده قانون التجارة المصري على أنه: عقد ينهجه البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (ويسمى الأمر) لصالح شخص آخر (ويسمى المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل⁽²⁹⁶⁾.

خصائص الاعتماد المستندي:

من العريفات السابقة نجد أن الاعتماد المستندي يتميز ببعض الخصائص أهمها ما يلي:

1. الاعتماد المستندي عقد، رضائي ملزم لأطرافه الثلاثة (البنك والعميل والمستفيد).
2. الاعتماد المستندي عقد مستقل عن عقد البيع أو عقد الأساس؛ فالبنك الذي يعتبر طرفاً في عقد الاعتماد المستندي يعتبر أجنبياً في عقد الأساس الذي بني عقد الاعتماد المستندي عليه.

⁽²⁹³⁾ ورد ذلك في صفحة البنك السوداني الفرنسي الرسمية على شبكة الانترنت تحت عنوان (الاعتمادات المستندية) على الرابط التالي:

www.sfbank.net/arbic/serves_arb_006.html .

⁽²⁹⁴⁾ عبد المجيد، عبد المطلب. مرجع سابق، ص 240.

⁽²⁹⁵⁾ ورد ذلك في سابقة بنك فيصل الإسلامي السوداني ضد أعمال أمجد للغد لصاحبها عبد المطلب محمد أحمد. نمرة القضية: ع/ط م/2001/165م مراجعة/2001/236م.

⁽²⁹⁶⁾ القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999م، المادة (1/341).

3. عقد الاعتماد المستندي من العقود التي تقوم على الاعتراف الشخصي ، ومع ذلك فإن بعض أنواع الاعتمادات المستندية تنحلل من هذه الخاصية فتقبل التحويل والنزعة كما سنوضح ذلك عند الحديث عن أنواع الاعتماد المستندي في موضعه.
4. الاعتماد المستندي من العقود التجارية بالنسبة للبنك دائماً ، أما بالنسبة للعميل فلا يعتبر تجارياً إلا إذا توافرت في العميل شروط الناخر بحسب القوانين المنظمة لذلك.
5. وأخيراً فإن الاعتمادات المستندية توفر عدة فوائد منها ما يتعلق بالمستفيد مثل: عدم الحاجة للدراسة ملاءة المشتري وإمكانية وسمعة التجارية، ضمان الحصول على القيمة، ضمان الالتزام بالعقد، معرفة مسبقة للواجبات، ضمان التمويل المالي و ضمان استكمال الإجراءات الخاصة بالتنفيذ، كما توفر مزايا لطالب فتح الاعتماد أهمها أنها تعتبر وسيلة تمويل تقدي وتضمن حسن التنفيذ و الحصول على تسهيلات بالأسعار والشروط وغيرها⁽²⁹⁷⁾.

أنواع الاعتمادات المستندية:

تنوع الاعتمادات المستندية فتقسم إلى عدة أقسام إما بحسب درجة الأمان و قوة الالتزام أو بحسب طريقة الدفع أو الشكل أو بحسب طريقة الشحن وتفصيل ذلك فيما يلي:
أولاً: من حيث درجة الأمان وقوة الالتزام تنقسم الاعتمادات المستندية إلى:

1. الاعتماد القابل للنقض **Revocable credit** : وهو الاعتماد الذي يجوز

للبنك المصدر له الرجوع فيه، أو تعديله دون إبلاغ المستفيد طالما كان ذلك قبل تقدير المستندات، وهذا النوع من الاعتمادات يعطي صلاحية للبنك بتعديل الاعتماد أو إلغائه دون الرجوع للمستفيد ولذا فقد أصبح مثل هذا النوع من الاعتمادات

(297) العمري، عبد الله سعيد. الاعتمادات المستندية، البنك الأهلي التجاري، إدارة مراكز خدمات التجارة، المملكة العربية السعودية، بدون تاريخ، ص 15 – 17.

نادر الوجود وصارت البنوك ترغب عن إصدار مثل هذا النوع من الاعتمادات⁽²⁹⁸⁾.

2. الاعتماد غير قابل للنتض **Irrevocable credit** : ويسمى أيضاً بالاعتماد القطعي أو البات، وهو الاعتماد الذي لا يتجزأ بأي حال نقضه أو تعديله بدون موافقة ذوي الشأن وهم أطراف الاعتماد جميعهم، (البنك المصدر والبايع المستفيد والمشتري الأمر)⁽²⁹⁹⁾.

3. الاعتماد الغير قابل للنتض المعزز **Irrevocable & Confirmed**: وينطلب الأمر في هذه الحالة دخول بنك آخر إلى جانب البنك المصدر للاعتماد يسمى البنك المؤيد أو المعزز ويحدث هذا في حال مرغّب المستفيد بذلك لأسباب اقتصادية أو أمنية أو منعلقة بظروف البلد الموجود فيها البنك المصدر للاعتماد أو لظروف الحال، وفي هذه الحالة يصبح البنك الذي وافق على التعزيز ملتزماً بكل ما التزم به البنك المصدر للاعتماد سواء بالدفع لدى الاطلاع أو تاريخ لاحق⁽³⁰⁰⁾.

ثانياً: من حيث الشكل تنقسم الاعتمادات المستندي إلى:

1. الاعتماد المستندي القابل للتحويل **Transferable letter of credit**: وهو الاعتماد القابل للتحويل لصالح مستفيد آخر، فيجوز للمستفيد تحويل اسئلام الاعتماد لصالح مستفيد آخر شرطية تضمن ذلك في عقد الاعتماد⁽³⁰¹⁾.

2. الاعتماد المقابل لاعتماد آخر **Back to back credit**: وهو الاعتماد الذي يفنحه المستفيد بضمان اعتماد آخر مفنوح مسبقاً لصالحه، ويطلق على هذا النوع

(298) العشماوي، سليم بطرس. الاعتماد المستندي بين المنظور العلمي والمنظور القانوني، المركز العربي للصحافة، القاهرة، 1984م، ص21.

(299) العفيف، زيد حسين. أنواع الاعتمادات المستندية، ورقة علمية لاستكمال متطلبات درجة الدكتوراه منشورة على الموقع الإلكتروني: www.mohamoon.com، ص1.

(300) العمري، عبد الله سعيد. مرجع سابق، ص29.

(301) www.qanoun.com.

من الاعتمادات اسم الاعتماد المساعد أو الاعتماد الإضافي وينشأ عن استخدام المستفيد الاعتماد الذي يقدمه البنك مصدر الاعتماد دعم اعتماد إضافي آخر يقدمه البنك البائع للمورد الذي يقوم بتوريد السلعة للبائع .

3. **الاعتماد الدوار Revolving credit:** وهي الاعتمادات القابلة للجزئية تلقائياً سواء من حيث المدة أو من حيث مبلغ الاعتماد⁽³⁰²⁾ .

ثالثاً: من حيث طريقة الدفع تنقسم الاعتمادات المستندية إلى:

1. **اعتماد الإطلاع:** أو الاعتماد المنجز وينتدفع قيمة هذا الاعتماد بمجرد الإطلاع بعد تسليم المستندات إلى البنك المصدر أو المعزز إن وجد وفحصها والتأكد منها .

رابعاً: من حيث طريقة الشحن تنقسم الاعتمادات المستندية إلى:

1. **الاعتمادات القابلة للجزئية Divisible credit:** وهي الاعتمادات التي تلحق فيها للبائع أن يشحن البضاعة على شحنات عدة متتالية خلال مدة الاعتماد⁽³⁰³⁾ .

2. **اعتماد مستندي لا يسمح بالشحن الجزئي Un divisible credit :** وهي الاعتمادات التي لا يسمح فيها بجزئية البضاعة وتجب في هذا النوع من الاعتمادات شحن البضاعة دفعة واحدة .

3. **اعتماد مستندي يسمح بإعادة الشحن:** في هذا النوع من الاعتماد يسمح بشحن البضاعة إلى بلد معين ثم يعاد شحنها إلى بلد المصدر وتحدث ذلك غالباً بالنسبة

(302) محمود، عصام حنفي. مرجع سابق، ص130.

(303) اليمني، محمد بن عبد العزيز بن سعد، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1426هـ، ص311.

للبلاد التي ليس لها منافذ خريته، ويقتضي الأمر مرور البضائع عبر أراضي دولة أخرى مجاورة تكون لها منافذ خريته⁽³⁰⁴⁾.

4. اعتماد مستندي لا يسمح بإعادة الشحن: وفيه لا يسمح بتغيير الشاحنة أو إعادة شحن البضاعة⁽³⁰⁵⁾.

مخاطر الاعتمادات المستندية:

على الرغم من أن الاعتمادات المستندية تعتبر ضماناً لأداء المقابل في التجارة الدولية وتوفى الثقة لكل من البائع بوجود جهة موثوق بها لدفع الثمن وهي البنك فاتح الاعتماد والمشتري بان البنك فاتح الاعتماد لن يدفع الثمن للبائع إلا في حالة سلامة المستندات المقدمة ومطابقتها من قبل المستفيد (البائع)، على الرغم من ذلك إلا أن أداء المقابل عن طريق الاعتماد المستندي يتضمن بعض العيوب أو المخاطر التي يمكن أن تؤثر على التجارة الدولية ومن هذه المخاطر ما يلي:

1. استقلال الاعتمادات المستندية عن العقود المترتبة عليها:

إضافة إلى أن التعامل عن طريق الاعتماد المستندي كما يقول البعض⁽³⁰⁶⁾ لا يعطي حماية مطلقة ضد مخاطر الغش والخداع والتزوير عند التعامل مع مجموعة غير معروفة، فإن التعامل عن طريق الاعتمادات المستندية تعتبر معاملات منفصلة عن عقود البيع أو غيرها من العقود التي قد تكون الأساس الذي بنيت عليه الاعتمادات المستندية، والبنوك بطبيعتها الحال غير ملزمة بتلك العقود ولا علاقة لها بتنفيذها ولا ينم الرجوع إليها في حال الاختلاف بين أطراف العقد⁽³⁰⁷⁾.

(304) المرجع السابق، ص 311.

(305) السعيد، سماح يوسف إسماعيل. مرجع سابق، ص 28، 29.

(306) زيدان، محمد أحمد. الوقاية من مخاطر الاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، ورقة علمية، مركز الدول العربية للبحوث والدراسات، المركز العربي للبحوث والدراسات الجنائية، المملكة المتحدة، بدون تاريخ، ص 2.

(307) العمري، عبد الله سعيد. مرجع سابق، ص 13.

2. مخاطر تتعلق بمواجهة المشتري (الأمس) مثل: تجاوز البنك لحدود صلاحيته المبنية في عقد فتح الاعتماد المستندي، وصول البضاعة مخالفة لشروط عقد الأساس بين الطرفين وإهمال أو تقصير البنك في تنفيذ الاعتماد المستندي⁽³⁰⁸⁾.
3. مخاطر تتعلق بمواجهة البائع (المستفيد) مثل: شحن البضاعة قبل الحصول على الثمن، ضياع المستندات، تدخل البنك الوسيط في حالة وجود بنك وسيط بين البائع والبنك مصدر الاعتماد⁽³⁰⁹⁾.
4. مخاطر تتعلق بالبنك المصدر للاعتماد نفسه كعدم دقة البيانات والمعلومات المجموعة من قبل البنك، أو عدم تطابق المستندات ومقدار الضمان الذي يمنحه الاعتماد المستندي، ومعايير فحص المستندات وتطبيق ذلك المعيار وغيره من المخاطر المتعلقة بالمستندات في مواجهة البنك المصدر للاعتماد المستندي⁽³¹⁰⁾.
5. مخاطر ناجمة عن الظروف العامة: كالمخاطر السياسية والشريعية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها⁽³¹¹⁾.

(308) عبيدات، مؤيد أحمد & الخشروم، عبد الله حسين. المخاطر المترتبة على الاعتماد المستندي، ورقة علمية، مجلة المنارة، المجلد 15، العدد 2، 2009م، جامعة آل البيت، عمان، ص 157.

(309) المرجع السابق، ص 164.

(310) المرجع السابق، ص 166.

(311) حسين، بختيار صابر بايز. مسؤولية المصرف في الاعتماد المستندي والمخاطر التي تواجهه، دار الكتب القانونية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 159.

الفصل الثاني : تكوين العقد التجاري الدولي :

يتم تكوين العقد التجاري الدولي من أجل تبدأ بمفاوضات العقد وتنتهي بإبرامه وسوف ينظر الحديث عن ذلك تفصيلاً من خلال تفسير هذا الفصل إلى مبحثين، نحدث في المبحث الأول عن المراحل الأولية لتكوين العقد التجاري الدولي (مفاوضات العقد وخطاب النية)، وخصص المبحث الثاني للحديث عن المراحل النهائية لتكوين العقد التجاري الدولي (الإيجاب والقبول).

المبحث الأول: المراحل الأولية لتكوين العقد التجاري الدولي

المطلب الأول: مفاوضات عقود التجارة الدولية

مفهوم المفاوضات: يمر العقد التجاري الدولي قبل إبرامه بحلته هامة وضورية لإبرامه هي مرحلة المفاوضات، وعملية المفاوضات هي: اتصالات ومشاورات ومناقشات فيما بين الأطراف تعقد بينهم بغرض الوصول إلى حل لمشكلاتهم وأعمالهم⁽³¹²⁾، كما يعرفها البعض على أنها تبادل اقتراحات ومساومات ومكاتبات وتقارير ودراسات فنية وتجارية يبادلها الأطراف للتعرف على الصفة المزجع إبرامها، وعلى ما سيسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين، وذلك من خلال أفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصالحهما.

تعتبر عملية المفاوضات عامل أساسي ومهم للتعاقد المستقبلي بين الأطراف، لا سيما في العقود طويلة المدة أو الكبيرة التي تخوي على الكثير من التفاصيل والموضوعات التي يسعى الأطراف إلى الاتفاق عليها ومناقشتها قبل إبرام العقد النهائي بينهم.

وقد اكتسبت مرحلة المفاوضات مؤخراً أهمية بالغة في العقود التجارية الدولية، إذ يقول البعض⁽³¹³⁾ أن لعملية المفاوضات قيمة قانونية تكون في بعض الأحيان أقوى من القيمة القانونية لبنود العقد نفسه⁽³¹⁴⁾، وترجع هذه الأهمية إلى عاملين، الأول: موضوعي يتعلق بتعقيدات العقود الدولية المعاصرة وتركيبها الغير بسيطة في عناصرها وبنيتها ومدلولها، والثاني يتعلق بأطراف العقد حيث أصبحت في الغالب مؤسسات وشركات كبرى لها امتدادها الاقتصادي والتجاري والمالي مما

(312) الودادي، أبو أروى. مفاوضات العقود التجارية الدولية، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الموقع التالي: www.startimes.com، ص9.

(313) المرجع السابق، ص2.

(314) يصنف البعض الطبيعة القانونية للتفاوض إلى طبيعة عقدية أو طبيعة مادية بحسب نوع الاتفاق على التفاوض؛ فإن تمت عملية المفاوضات بموجب اتفاق مكتوب سابق وصریح من الطرفين ينظم العلاقة بين طرفي الاتفاق كانت المفاوضات ذا طبيعة عقدية، أما إن لم يكن هنالك أي اتفاق صرح بذلك ووجد اتفاق ضمني فلا تعدو المفاوضات على أن تكون عملية مادية بحتة لا تحمل أي قيمة قانونية. بارود، حمدي محمود. نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد (الطبيعة العقدية وآثارها)، دراسة تحليلية تأصيلية، ورقة علمية منشورة في مجلة جامعة الأزهر بغزة، المجلد12، العدد1، غزة، 2010م ص725 وما بعدها.

تجعل الارتباطات السياسية والاقتصادية والنجارية تغلب على الهامش القانوني عند التفكير بالاستثمار أو التعاقد، فالمفاوضات ليست مجرد مناقشات ومناورات للإقناع أو الإقناع، بل هي أكثر من ذلك، فهي وسيلة تمكن كل متفاوض من الإلمام بأكثر قدر ممكن من المعلومات المتعلقة بالمعاهد الآخر وبظروفه المالية والاقتصادية، وبقدرته على الوفاء بالالتزامات، وعن قدراته في تقديم الضمانات والتعويضات في حالة العجز⁽³¹⁵⁾، ولذلك فإن عملية المفاوضات لا تأخذ بعداً قانونياً فقط، بل تتعلق بالجوانب الأخرى الاقتصادية والسياسية والنجارية والمالية وهو الأمر الذي يجعل عملية المفاوضات تزداد تعقيداً وصعوبةً وتحتاج إلى ترجمة دقيقة لكافة التفاصيل النمهيديّة للعقد المستقبلي.

مراحل المفاوضات: ومن مفاوضات ما قبل التعاقد كما يقسمها البعض⁽³¹⁶⁾ بأربع مراحل هي:

المرحلة الأولى: مرحلة الاستكشاف: وفي هذه المرحلة يسعى الأطراف إلى تكوين نوع من الفهم لمنطلقات كل منهما من الآخر والفهم المشترك بنوع الاتفاق الذي يمكنهم التوصل إليه، كما تبدأ ملامح العقد المستقبلي في الظهور في هذه المرحلة، ينمو إدراك عام لدى الأطراف بالقضايا والموضوعات التي ينبغي الاستقرار عليها أثناء مراحل المفاوضات اللاحقة.

المرحلة الثانية: مرحلة تقديم العروض والمقترحات: في هذه المرحلة يقوم أحد الأطراف أو كليهما معاً بتقديم عرض ومقترحاته وتصورات، بالنسبة لكل قضية من القضايا التي ينبغي أن ينضمها العقد المستقبلي بينهما⁽³¹⁷⁾.

(315) المرجع السابق، ص 2.

(316) العامري، محمد بن علي شيبان. مراحل عملية التفاوض، بحث منشور على شبكة الانترنت على الرابط التالي:

www.sst5.com، ص1، 2.

(317) بارود، حمدي محمود. القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقديّة في مجال عقود التجارة الدولية، ورقة علمية منشورة في مجلة الجامعة الإسلامية بغزة، المجلد13، العدد2، غزة، 2005م، ص3.

المرحلة الثالثة: مرحلة المساومة: يسعى كل طرف في هذه المرحلة إلى مفاوضة الطرف الآخر من أجل تحقيق ميزة نسبية أو مصلحة سينضمها العقد المرتقب لصالحه، وكلما وصلت مرحلة المساومة إلى درجة النضج تأتي لحظة يدرك فيها كل طرف أن الاتفاق بينهما قد أصبح في مشاغل اليد.

المرحلة الرابعة: مرحلة إقرار الاتفاق: وفي هذه المرحلة تبدو ملامح العقد بالظهور ويندر تحديد التفاصيل القانونية، كما يندر الاتفاق على كثير من التفاصيل الأخرى تمهيداً لإبرام العقد النهائي بين الأطراف.

الاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات: تتخلل مرحلة المفاوضات بعض الاتفاقات التي تساعد على إبرام العقد النهائي ونجاح عملية المفاوضات، وأهم هذه الاتفاقات ما يلي:

1. الاتفاق على مبدأ التفاوض: ويشمل الاتفاق على تنظيم عملية التفاوض ومناقشة الموضوعات المتعلقة بها مثل تأريخ بدء التفاوض، التمثيل في المفاوضات والمصروفات أو النفقات والاتفاق على اللغة المستخدمة⁽³¹⁸⁾.

2. الاتفاق المؤقت: يلجأ الأطراف إلى توقيع اتفاق مؤقت بغرض حماية عملية المفاوضات، وحل النزاعات والعقبات التي قد تطرأ على عملية التفاوض بينهما⁽³¹⁹⁾.

3. الاتفاق المحلي: وهو اتفاق يبرمه الأطراف خلال عملية التفاوض يمثل اتفاق الأطراف حول بعض التفاصيل التي يتفق عليها الأطراف ويرغبون في عدم العودة على مناقشتها مستقبلاً⁽³²⁰⁾.

4. الوعد بالتعاقد: يغلب في مفاوضات عقود التجارة الدولية بعد الجولة الأولى منها أن يعد أحد الأطراف الآخر بإبرام الصفقة معه، إذا رغب فيها هذا الأخير خلال مدة معينة، وهذا هو الوعد بالعقد أو بالتعاقد، والذي يندر عادة بعد أن يقطع أطراف المفاوضات شوطاً أولياً

(318) فونتان، مارسيل. الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، ندوة بعنوان (المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية)، معهد قانون الأعمال الدولي، جامعة القاهرة، القاهرة، 2010م، ص118.

(319) المرجع السابق، ص119.

(320) بارود، حمدي محمود. نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد (الطبيعة العقدية وآثارها)، مرجع سابق، ص743.

من المناقشات والمساومات بينهم، وبعد أن يكون كل منهما على دراية كاملة بطلبات وإمكانات الآخر⁽³²¹⁾.

5. **الوعد بالفضيل:** وهو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد أطراف التفاوض أو كل منهما إذا ما قرر التفاوض بشأن عقد معين في المستقبل، أن يفضل الطرف الآخر على غيره في التفاوض⁽³²²⁾.

6. **الاتفاق على تأجيل التوقيع:** تجري العمل في بعض حالات التفاوض، أن تحتفظ أحد الأطراف أو كلاهما بالحق في تأجيل التوقيع على العقد النهائي. وقد يفهم من هذا الاتفاق أنه لا ينبر إلا بعد أن يكون المتفاوضين قد اتفقوا على جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد، ولكننا نرى بإمكانية حدوث مثل هذا الاتفاق في أي مرحلة من مراحل التفاوض، ولو حتى في الجولة الأولى منها، ما دام أن الغاية منه تتمثل غالباً في النهرب من المسؤولية المترتبة عن قطع المفاوضات⁽³²³⁾.

7. **الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى:** ويتصد بالتوقيع بالأحرف الأولى إعطاء أطراف التفاوضة الذين وقعوا لهذه الأحرف الحق في الرجوع والشاور مع الجهات العليا التي يعمل فريق التفاوض من خلالها أو لصالحها⁽³²⁴⁾، ويجد هذا الاتفاق بصفة خاصة في العقود التي يكون أحد أطرافها دولة يوقع ممثلها عنها، فيوقع ممثل الدولة على الاتفاق أو العقد بالأحرف الأولى ومن ثم تعطى الفرصة للقائمين على الأمر في الدولة لمراجعة البنود وما تم التوصل إليه من خلال المفاوضات والتوقيع على ذلك بالأحرف الكاملة أو العدول عن التوقيع النهائي ليصبح التوقيع بالأحرف الأولى غير ملزم قانوناً لأطرافه.

(321) المرجع السابق، ص 743.

(322) جبر، سعيد. **الوعد بالفضيل**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م، ص 17.

(323) بارود، حمدي محمود. **نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد (الطبيعة العقدية وأثارها)** مرجع سابق، ص 745.

(324) المرجع السابق، ص 745.

التزامات الأطراف في مرحلة المفاوضات:

لكي تتم عملية المفاوضات بنجاح وتؤدي الغرض المنشود من وجودها وهو النهيد والسهييل لنوقيع العقد النهائي لا بد وان تحظى باحترام جميع أطراف التفاوض، وينجلي هذا الاحترام بالتزامات تنشأ بسبب عملية التفاوض يعين على الأطراف احترامها والالتزام بها ومن هذه الالتزامات ما يلي:

1. الالتزام بالبدء بعملية التفاوض والاستمرار فيها: وهو أول التزام ينجمه الأطراف في

مرحلة التفاوض، ويعين على الأطراف احترام هذا الالتزام حتى ينسنى لعملية التفاوض أن تسير في مراحلها المختلفة حتى تصل إلى مرحلة نهاية التفاوض وإقرار الاتفاقات نهيداً للنوقيع على العقد، والالتزام بالبدء في التفاوض هو المبادرة باخذ الإجراءات أو الاستجابة لاخذها من قبل الطرف الآخر، كما يعين على الأطراف الالتزام بالاستمرار في التفاوض، ويمكن للأطراف اخذ التدابير اللازمة لضمان الاستمرار في عملية التفاوض وهذه التدابير تعتبر بمثابة ضمانات للاستمرار في التفاوض، مثل أخذ تعهد كتابي مسبق، أو دفع مبلغ من المال، أو أي ضمان يراه الأطراف أنه ضمان لاستمرارهم جميعاً في عملية التفاوض⁽³²⁵⁾.

ولكن يجب الإشارة هنا إلى أن الالتزام بالبدء في التفاوض والاستمرار فيه هو استمرار ببذل عناية وليس التزم بتحقيق نتيجة، بمعنى آخر أن الالتزام السابق لا يلزم أطراف المفاوضات بالخرج منها إلى توقيع العقد، فقد تتم عملية المفاوضات وتسنكمل كافة مراحلها وإجراءاتها وتتم بطرق سليمة وقانونية ويحترم أطرافها كافة الالتزامات التي حنمها عليهم عملية التفاوض بينهم، ومع ذلك لا ينبر النوقيع على العقد كأن تختلف

(325) التزامات أطراف علاقات التجارة الدولية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الموقع التالي: www.ibrahimomran.com، ص2.

الأطراف على موضوع العقد أو لا يثبتان على موضوعات أساسية وجوهسية في العقد، وبالتالي تنتهي المفاوضات بينهما إلى عدم النوقع على العقد، وبالتالي فإن الالتزام بالبدء في التفاوض والاستمرار فيه على الصورة السابقة هو التزام ببذل عناية وليس التزم بتحقيق نتيجة.

2. الالتزام بمبدأ حسن النية: يعد الالتزام بمبدأ حسن النية في عملية المفاوضات من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين كليهما، وعلى الرغم من أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنظيم العقود التجارية لم تنص صراحة على ضرورة احترام هذا المبدأ في عملية المفاوضات، إلا أن بعض هذه الاتفاقيات لم تخل أحكامها من الإشارة إليه مثل اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980م التي أكدت على ضرورة احترام حسن النية في التجارة الدولية فنصت على أنه:

(In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade)⁽³²⁶⁾.

كما أن مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية 1994م قد نصت صراحة على ضرورة احترام مبدأ حسن النية في التجارة الدولية كما أكدت على عدم جواز استبعاد أو الحد من هذا المبدأ وضرورة التزم كافة الأطراف به كقاعدة عامة للعقود فنصت على أنه:

1. Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.
2. The parties may not exclude or limit this duty)⁽³²⁷⁾.

(326) اتفاقية البيع الدولي للبضائع فيينا 1980م، المادة (1/7)

(327) مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية 1994م، المادة (1. 1/7، 2)

وينشأ عن مبدأ حسن النية التزامات فرعية لها أهمية كبيرة في نجاح عملية المفاوضات ومن هذه الالتزامات:

1. الالتزام بالمبادأة لإزالة المراكز القلقة: فالثقة المتبادلة بين أطراف المفاوضات في العقد محل التفاوض والطمأنينة إلى قدرة كل طرف منهما مستقبلاً على تنفيذ التزاماته، تعد من العمدة الأساسية التي تقوم عليها التجارة الدولية⁽³²⁸⁾.

2. الالتزام بالإعلام: يمثل هذا الالتزام مظهراً هاماً من مظاهر حسن النية في التفاوض، حيث يقرر التزاماً على عاتق كل طرف بالإدلاء للطرف الآخر، بكافة المعلومات والبيانات المتوفرة لديه بالنسبة لهذا العقد الذي تجري المفاوضات بشأنه، ومرجع ذلك أن هذا العقد قد يقبل أحد أطرافه على إبرامه، وهو ليس على قدم المساواة مع الطرف الآخر، إما بسبب عدم دراينته أو خبرته بالشيء محل هذا العقد، وإما بسبب طبيعته، أو صفة المتعاقد الآخر التي تجعله متفوقاً عليه بسبب كونه محترفاً أو مهنياً لتكنولوجيا معينة، تفرض إذعان الطرف الآخر لإبرام العقد دون استعلام أو مناقشة⁽³²⁹⁾.

3. الالتزام بتقديم المعلومات والحفاظ على سريتها⁽³³⁰⁾: ويعد هذا الالتزام من البديهيات في التفاوض، وتنحصر السرية في المعلومات التي تخونها كل جزء من المعرفة الحديثة.

(328) بارود، حمدي محمود. نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد (الطبيعة العقدية وأثارها) مرجع سابق، ص 737.

(329) المرجع السابق، ص 737. في تاريخ 2013/8/14م عقد اجتماع في مدينة "عدن" بشأن البحث عن إحدى الشركات العالمية للتعاقد معها لتوسعة ميناء عدن للحاويات، وفي الاجتماع صرح أحد المشاركين عن وجود شركة عملاقة وافقت على إجراء التفاوض بشأن هذا المشروع، إلا أنه ولنظراً لقلّة خبرة الجانب اليمني في هذا المجال فقد وضعت الشركة شرطاً قبل التفاوض مقتضاه كما جاء في محضر الاجتماع: (سيتم تحديد خبير واحد ذي خبرة عملية عالية (30 عاماً) وكفاءة مهنية في كافة جوانب هندسة الموانئ من قبل الشركة لزيارة الموقع قبل أي تفاوض ويتكفل الجانب اليمني بالأتعاب المخصصة للخبير الذي سترسله الشركة والمقدرة بـ (1400 يورو) لليوم الواحد بحيث يكون إجمالي المبلغ للفترة المحددة بـ 10 أيام هو (14000 يورو) هذا بخلاف تكاليف المصاريف الخاصة بالسفر من تذاكر وإقامة، وفي حال زادت الفترة عن عشرة أيام سيتم احتساب الأتعاب بالطريقة ذاتها، ولم يكن أمامنا في الاجتماع من خيار سوى الموافقة على هذا الشرط نظراً لعدم دراية الجانب اليمني وخبرته بالشيء محل ذلك العقد.

(330) التزامات أطراف علاقات التجارة الدولية في مرحلة المفاوضات، مرجع سابق، ص 2.

فكل جزء من أجزائها تخنوي على سر، وعليه فلا يقصد بالسرية هنا أن تتر المفاوضات في غير علانية، أي سرية جريان المفاوضات، وهذه غالباً ما تخنط إليها أطراف التفاوض من تلقاء نفسيهما لأن لهما مصلحة مشتركة في ذلك، فالمراد من السرية إذاً هو ما يكمن في المعرفة الحديثة ذاتها⁽³³¹⁾، والالتزام بتقدير المعلومات والحفاظ على سريتها هو التزام تخمّل فائدة لكافة أطراف التفاوض، فالمعلومات التي ينمّر تقديمها من قبل أحد الأطراف قد تشكل فائدة لكافة الأطراف في حالة نجاح المفاوضات وإبرام العقد بينهم، وبالتالي فإن عدم الحفاظ على سرية تلك المعلومات قد ينسب بالضرر لموضوع العقد نفسه وبالتالي للأطراف جميعاً، كما أن عدم الحفاظ على سرية تلك المعلومات في حال فشل التفاوض قد يسبب لصاحبها خسارة مستقبلية أو ضرراً مادياً، وبالتالي يضع الطرف الآخر تحت طائلة المسؤولية التصيرية.

4. الالتزام بخض المفاوضات الموازية: ويطلق عليه البعض⁽³³²⁾ (شرط القصر) ويعني بذلك قص المفاوضات على الطرف الذي تجري معه المفاوضات فقط دون الإقدام على عمل أي مفاوضات موازية بشأن نفس التعاقد مع طرف آخر حتى تنتهي عملية المفاوضات مع الطرف الذي تجري معه المفاوضات الحالية، غير أنه تجدر هنا الإشارة إلى أن:

- هذا الالتزام يعتبر بمثابة الشرط الذي تجوز لأي طرف النحل منه في حالة عدم اشتراط الطرف الآخر لحض أي مفاوضة أخرى مع طرف ثالث تتعلق بذات الموضوع، وذلك يتوافق مع مقتضيات التجارة ومصلحة الأطراف؛ إذ تقتضي مصلحة كل طرف في السعي دائماً إلى التعاقد مع أفضل عرض قدم إليه.

(331) بارود، حمدي محمود. نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد (الطبيعة العقدية وآثارها)، مرجع سابق، ص739.

(332) المرجع السابق. ص3.

- تجب في حالة عدم اشتراط مثل هذا الشرط مراعاة مقتضيات حسن النية بالحفاظ على سرية المعلومات عند السعي إلى فتح مفاوضات موازية مع طرف ثالث وعدم الإضرار بالطرف الذي تجري معه المفاوضات الحالية.

المطلب الثاني: النظام القانوني لخطاب نية التعاقد

نشأة خطاب النية: نشأ خطاب نية التعاقد في القانون الأجلوسكسوني تحت تأثير مقضيات التجارة الدولية، ثم تبعته في ذلك القوانين اللاتينية فظهر خطاب نية التعاقد في فرنسا لنفس الأسباب علاوة على توسع التجارة الدولية، وزيادة افئاح الدول على بعضها واستعمال الكثير من الوثائق بين التجار المتعاقدين قبل انعقاد العقد وبصفة خاصة في العقود الدولية الكبيرة مثل عقود إنشاء البنية التحتية وعقود نقل التكنولوجيا⁽³³³⁾.

مفهوم خطاب النية: خطاب النية عبارة عن مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعرب فيه عن رغبته تلك، ويطرح فيه الخطوط العريضة للعقد المستقبل المرزوع إبرامه ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها⁽³³⁴⁾، ويعرف خطاب النية أيضاً على أنه: وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف العقد التجاري الدولي بغية الدخول في عقد مستقبلي⁽³³⁵⁾، ويلعب خطاب النوايا دوراً بارزاً في ميدان مفاوضات عقود التجارة الدولية، فهو يمثل المرحلة قبل النهائية للمفاوضات أو بعبارة أخرى يمثل خطوة نحو العقد النهائي، فهو تعبير عن رغبة أطراف المفاوضة في التوصل لاتفاق نحو جميع المسائل المتعلقة بالصفقة التي تجري المفاوضة بشأنها، ومن ثم تثبت الجدلية في السعي نحو إعداد وإبرام العقد النهائي⁽³³⁶⁾.

(333) عبد الجواد، مصطفى أحمد. خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإنتمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000م، ص3.

(334) سلامة، احمد عبد الكريم. النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الموقع: www.f-law.net، ص3.

(335) الحجية القانونية لخطاب النوايا في عقود التجارة الدولية، مقال منشور على شبكة الإنترنت على الموقع: www.startime.com

(336) بارود، حمدي محمود. نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد (الطبيعة العقدية وأثارها)، مرجع سابق، ص744.

شروط خطاب النية:

وعلى الرغم من اختلاف التسميات التي تطلق على خطاب النية⁽³³⁷⁾ إلا أن الشروط الواجب توافرها على اختلاف هذه التسميات هي شروط منحدّة، وهذه الشروط هي:

1. أن يكون خطاب النية مكتوباً.
2. أن يصدر خطاب النية من طرف يزعم التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر مسبقاً فيه مرغبته تلك.
3. أن تخويف خطاب النية على الاتفاقات المبدئية بغرض الدخول في تعاقد مستقبلي.
4. أن يصدر الخطاب ويصل إلى علم الطرف الآخر قبل إبرام العقد وإلا خرج خطاب النية عن المراحل الأولية لتكوين العقد التجاري الدولي.

ومع التطور الذي تشهده وسائل الإعلام اليوم نجد أن خطاب النية يتم إرساله عبر وسائل الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني وغيره، وبذا تنطبق عليه ذات الأحكام الخاصة بالمراسلات الإلكترونية والخطابات والمعاملات الإلكترونية والتي سوف نتحدث عنها بالتفصيل في موضعها من هذه الدراسة.

فوائد خطاب النية: ولخطاب النية في العقد التجاري الدولي فوائد عديدة منها: إظهار النية الجادة للتعاقد المستقبلي، وضع الشروط العامة للتعاقد والخطوط العريضة للعقد، ترجمة نية المتعاقدين إلى شيء ملموس يسهل على كل منهما فهم الآخر، وضع الإطار المستقبلي المتعلق بتنظيم وترتيب المفاوضات والمراحل النهائية لإبرام العقد وأخيراً تخفيف الطرف الآخر للإقدام على التعاقد.

مميز خطاب النية: تجب تمييز خطاب النية عن غيره من الخطابات مثل خطاب المعلومات وغيره من الخطابات التي لا تعكس مرغبة أحد الأطراف بالدخول في تعاقد مع الطرف الآخر، ففي الوقت

⁽³³⁷⁾ يطلق البعض عليه خطاب الطمأنينة، كما أن بعض القوانين تطلق عليه خطاب الثقة أو خطاب الدعم مثل القانون الألماني والقانون الإيطالي وخطاب المسؤولية في القانون الأمريكي. المرجع السابق، ص2.

الذي يعكس خطاب النية، رغبة الطرف الجادة بالدخول في تعاقد مع الطرف المرسل إليه، ويصور الخطوط العريضة للتعاقد، لا يعدو خطاب المعلومات - مثلاً - على أن يفيد ببعض المعلومات المطلوبة، إما مردداً على خطاب أو استفساراً لخطاب تخوي طلب معلومات فقط دون أن تحمل أي تصريح للنية بالدخول في تعاقد مع الطرف المرسل إليه.

أنواع خطاب النية: بما أن الغرض من خطاب النية - كما أسلفنا - هو استخراج نية الأطراف إلى شيء ملموس بهدف الدخول في تعاقد فإن هذا الخطاب غالباً ما يستخدم في العقود الكبيرة المختلفة، أو طويلة المدة التي تحتوي على الكثير من التفاصيل والموضوعات الفرعية المتعلقة بالعقد الأساسي، ولهذا السبب نجد أن خطاب النية يتفرع إلى عدة أنواع ترسم الإطار العام للمفاوضات اللاحقة بين الأطراف وتحدد نطاق الجهد المطلوب والجوانب الفرعية للعقد الذي ينوي الأطراف الدخول فيه، ومن هذه الأنواع ما يلي:

1. **خطاب الدعوة لعمل اتفاق:** يتضمن هذا النوع دعوة أحد الأطراف للطرف الآخر لعمل

اتفاق يتعلق بالكيفية التي سوف تدارها عملية المفاوضات بين أطراف العقد المستقبلي، ويتضمن هذا النوع من خطاب النية شرح تفاصيل تتعلق بمدى المفاوضات والدراسات التي تجب أن تتم لها عملية المفاوضات بواسطة أحد الطرفين أو كليهما، كما يتضمن تفاصيل تكاليف هذه الدراسات وقد تخوي هذا النوع على شرط يتعلق بمدى سرية المعلومات التي تكشف عنها وتخويها عملية المفاوضات⁽³³⁸⁾.

2. **خطاب الدعوة للبدء في المفاوضات:** ويتضمن هذا النوع من خطابات النية الخطاب الذي

يقوم أحد الأطراف فيه بدعوة الطرف الآخر للبدء في عملية المفاوضات والمحاادثات المتعلقة بعقد مستقبلي⁽³³⁹⁾، ويجد هذا النوع من خطابات النية بصفة خاصة في علاقات التعاون الثنائي

⁽³³⁸⁾ **G. Goeteyn.** The boundary between binding and non-binding legal nature of letter of intent in sale transaction, A paper presented at the biennial conference of the international bar association, CANNES, September 1992, page 13.

⁽³³⁹⁾ العوفي، صالح بن عبد الله بن عطف. مرجع سابق، ص71.

بين البلدان ويطلق عليها في الغالب "مذكرة تفاهم" يسعى من خلالها أحد الأطراف إلى إقناع الطرف الآخر للبدء في مفاوضات حول مشروع عقد محدد أو برنامج استثماري معين مُهيئاً لإبرام العقد النهائي.

3. **الخطاب غير الملزم:** وهو خطاب النية الذي يشترط الطرف المصدر له عدم إلزامه للأطراف، ولا يمتنع هذا النوع من خطاب النية بأي قيمة قانونية ترتب التزامات على أطراف المفاوضات لكنما الغرض منه إفصاح الطرف المصدر له عن نيته بالدخول في تعاقد مستقبلي مع الطرف المرسل إليه ورسمة تصوره حول التعاقد المستقبلي بينهما أو يطلب فيه الرد على تساؤلات تتعلق بالمفاوضات حول العقد المستقبلي بينهما⁽³⁴⁰⁾.

4. **خطاب التنفيذ المشروط:** ويطلق عليه البعض اسم "خطاب الاتفاق المرحلي"⁽³⁴¹⁾، وينطوي هذا النوع على تصور الطرف المصدر له لمشروع العقد النهائي بين الأطراف، كما قد يتضمن اشتراط استيفاء بعض التفاصيل المتعلقة بالعقد النهائي أو ضرورة حدوث أو عدم حدوث أمر معين⁽³⁴²⁾.

(340) **سعاد، مجاجي.** خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2012م، ص41.

(341) **الاتفاق المرحلي هو:** اتفاق يبرمه الطرفان في إحدى مراحل التفاوض يحددان فيه بعض شروط العقد النهائي التي اتفقا عليها في تلك المرحلة. المرجع السابق، ص51.

(342) **المرجع السابق، ص50.**

القوة الملزمة لخطاب النية:

الأصل أن خطاب النوايا كما يقول البعض⁽³⁴³⁾ غير ملزم لمن أصدره: الملاحظ أن لفظ "نية" يفيد أمراً مستقبلياً لم يطرح بعد أن يكشف عنه، وهو لفظ لا يفيد الإلزام، وغالباً ما يقصد محرر خطابات النوايا عدم الإلزام بأي شيء، لجرد صدورها عنهم، لا سيما وأن مقصدهم هو رسم الخطوط العامة ووضع الإطار المبدئي للمفاوضات المستقبلية، نهيداً لإبرام العقد النهائي.

لكن وعلى الرغم مما سبق فإن خطاب النية يستند قوته الإلزامية من إرادة أطرافه وفقاً للقاعدة القانونية (العقد شريعة المتعاقدين)، فيستطيع الأطراف لا سيما إرادة مصدر الخطاب مع إقرار الطرف الموجه إليه الخطاب النص صراحة عند صياغة الخطاب على أنه مجرد دعوة للتعاقد أو دعوة للتفاوض وليس إيجاباً تختاج إلى ارتباطه بقبول أو تصريح بقبول إيجاب سابق، ويجب في هذه الحالة أن تخلو الخطاب من أي غموض أو افتقار إلى الدقة، كما يجب ألا تحمل ألفاظاً فضفاضة ليس لها مفهوم قانوني محدد يمكن أن يدع مجالاً للنأيويلات والتفسيرات المتضاربة. وفي جميع الأحوال ينبغي الفحص الموضوعي لمضمون خطاب النوايا، وكذلك البحث عن الإرادة الحقيقية لمصدر الخطاب، وللطرف الآخر الذي تلقاه وفقاً للأصول العامة في التفسير لتلك الإرادة، وإعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، يستطيع أحد الأطراف إنشاء التزام تعاقدي والدخول في دائرة المسؤولية العقدية المنظمة قانوناً، كما يستطيع وفقاً لهذا المبدأ أيضاً أن تظل إرادته حرة طليقة لا تفرض التزاماً على صاحبها، ومع ذلك يمكن ترتيب المسؤولية والتعويض عن الخطأ التقصيري إن توفرت شروطها، لا سيما الإخلال بالواجب الأساسي بمراجعة حسن النية في مرحلة المفاوضات، والاختلاف عن السلوك السوي المعتاد للشخص اليقظ إذا وجد في ذات الظروف⁽³⁴⁴⁾.

(343) سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 6.

(344) الحجية القانونية لخطاب النوايا في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 8.

أما في بعض القوانين فنتمتع بخطابات النية فيها بقيمة قانونية، كالقانون الأمريكي الذي يضع قيمة قانونية ملزمة لخطاب النية، ذلك لأن هذا القانون يعند بالنية المشتركة للأطراف في المرحلة التفاوضية، فإذا ثبت أن الأطراف قد قصدوا من تحرير خطاب النوايا إثبات ما تم التوصل إليه من اتفاقات فإن هذا يشكل في نظر القانون الأمريكي عقداً دون الحاجة إلى انتظار توقيع العقد النهائي⁽³⁴⁵⁾، وعلى العكس من ذلك فإن القانون الإنجليزي يقرر أنه إذا لم تجد المحكمة أن خطاب النية يرقى إلى أن يصبح عقداً كاملاً للعناصر، فالمحكمة لا تعتبر بمسؤولية ما قبل التعاقد، ومن ثم لا تفرض مسؤولية على مصدر الخطاب حتى ولو كانت هناك إشارة في وثائق ما قبل التعاقد تلزم الأطراف بالتفاوض بحسن نية⁽³⁴⁶⁾، وأما ما تخص بعض الالتزامات مثل الالتزام بالمساهمة أو المشاركة في اقتسام تكاليف المفاوضات، الالتزام بالسرية، الالتزام بالنعويض عن ما تم إجزاؤه من أعمال وفقاً للتعليمات الصادرة من الطرف الآخر والالتزام بتبهم قيام الطرف الآخر بالتفاوض مع طرف ثالث فإن مثل هذه الالتزامات لا تعود إلى العقد وإنما تستمد قوتها الإلزامية من الاتفاقات التي تخللت مراحل التفاوض.

وعلى الرغم مما سبق فقد برهن القضاء الإنجليزي على أن لخطاب النوايا وخطابات المراسلة اللاحقة بين الأطراف قوة إلزامية ترقى إلى مصاف العقد النهائي حتى وإن لم ينه إياها العقد النهائي بين الأطراف عن دل التعامل بينهم على تبهم للتعاقد، فقد جاء في قضية (Brogden v Metropolitan Railway co.) أن إحدى شركات الخطوط الحديدية قد طلبت تزويدها بكميات من الفحم من شخص يدعى "بردوغن"، وفي إحدى المراسلات بين الطرفين أرسل ممثل الشركة وثيقة إلى "بردوغن" تحتوي على بعض التعديلات على شروط العقد المقترح، وكان هناك مكاناً فارغاً في الوثيقة بحيث كان على "بردوغن" كتابة اسم المحكم الذي تختاره للفصل في أي نزاع قد ينشأ مستقبلاً بشأن العقد الذي سينه التوقيع عليه، إلا أن "بردوغن" أضاف بعض الشروط

(345) سعاد، مجاجي. مرجع سابق، ص 57.

(346) العوفي، صالح بن عبد الله بن عطف. مرجع سابق، ص 73.

إلى الوثيقة ثم قام بختم تلك الوثيقة بكلمة مصدق (APPROVED) وأعادها إلى ممثل الشركة حيث أرسلها بدوره إلى مقر الشركة حيث تم الاحتفاظ لها دون مراجعتها الشروط الواردة فيها، قام "بردوغن" بإرسال كميات من الفحم بصورة منوالية، وقامت الشركة من طرفها بدفع الثمن لتلك الكميات بحسب الأسعار الملتق عليها، واستمر ذلك لفترة طويلة من الزمن، نشأ نزاع بين الطرفين وعندها ادعى "بردوغن" بعدم وجود عقد ملزم بينه وبين الشركة، لكن المحكمة أعلنت أن تصرف الطرفين اللاحق على تبادل المراسلات بينهما هو الدليل على وجود عقد ملزم بينهما، وذكر اللورد "بلاك بيرن" أن ثمة تناقض موجود بين تلك المراسلات إلا أن تصرف الطرفين اللاحق كقيد بإقناع المحكمة بوجود العقد بين الطرفين اعتماداً على تلك المراسلات⁽³⁴⁷⁾، ومن ذلك نجد أن المحكمة لم تقم بتحليل القضية والنظر في وقائعها على أساس العقد المبرم الذي لم يكن له وجود من الأساس بل اعتمدت على تصرف الطرفين اللاحق للمراسلات بين الطرفين وأكسبت تلك المراسلات قوة قانونية ملزمة للطرفين كقوة العقد المبرم تماماً.

(347) نصير، يزيد أنيس. الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن، المبدأ وتطوره، مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس عشر، يناير 2002م، جامعة آل البيت، عمان، ص120.

المبحث الثاني: المراحل النهائية لتكوين العقد التجاري الدولي

بعد الفراغ من مراحل مفاوضات إبرام العقد التجاري ينتقل الأطراف إلى مرحلة جديدة التي تعتبر المرحلة الأهم في تكوين العقد بينهما تنويحاً لما بدأه من مفاوضات ويعبر عن ذلك بالمرحلة النهائية لتكوين العقد التجاري الدولي، والتي سوف نحدث عنها في هذا المبحث من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين نحدث في المطلب الأول عن الإيجاب والقبول، ونخصص المطلب الثاني للحديث عن إثبات العقد التجاري الدولي وطرق حل المنازعات في التجارة الدولية.

المطلب الأول: الإيجاب والقبول

ذكرنا في الفصل الأول من هذا الباب أن الاتفاقيات الدولية لم تعرض لتعريف العقد أو بيان مكوناته، وبالتالي فقد تركز تحديد ذلك للقوانين الوطنية وما اتفق عليه الأطراف المتعاقدة، كما بينا كذلك - أن أغلب القوانين لم تختلف فيما بينها بشأن تعريف العقد، تحديد مكوناته فذهبت غالب القوانين الوطنية إلى أن العقد هو: توافق إرادتين فأكش على انشاء التزام، أو نقله، أو تعديله أو إهائته⁽³⁴⁸⁾، إلا أن بعض القوانين⁽³⁴⁹⁾ قد اشترطت لانعقاد العقد توافق الإرادتين فضلاً عن الثابتهما، وبالتالي نجد أن كل عقد وفقاً للشروط السابق لم تتوافق فيه الإرادتين يصبح عقداً باطلاً. ونلاحظ على هذه القوانين تعارضها بين تعريفها للعقد واشتراط أركانها وبين مكوناته، إذ أن العقد إن كان يشترط لقيامه توافق إرادتين، فإن تسمية إرادتي الطرفين غير المتطابقتين بالعقد الباطل لا

(348) زياد شفيق حسن. عقد المقولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، رسالة ماجستير قدمت لجامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2004م، ص 18. ويعرف العقد في الفقه الإسلامي على أنه: التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً... أيضاً هو ارتباط إيجاب بقبول، وفي الفقه الحديث يعتبر العقد أنه: توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه. البدران، كاسب بن عبد الكريم. عقد الاستصناع أو عقد المقولة في الفقه الإسلامي، جامعة الملك فيصل، الإحساء، 1984م، ص 86.

(349) كالقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م، المادة (87)، وقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م الذي أفرد هذا الأخير فصلاً كاملاً للحديث عن هذه الحالة تحت عنوان "العقد الباطل" وهو الفصل الثاني عشر من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م. وفي ذات الوقت اشترط القانون السوداني لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب في المادة (1/42) وبقراءة هذا النص مع أحكام الفصل الثاني عشر نجد أنه لا يستقيم تسمية إرادتي الطرفين غير المتطابقتين عقداً.

تستقيم بإطلاق لفظ العقد على هذه الحالة من حيث الأصل، وبالتالي فإنه يمكن أن نعتبر توافق إراداتي الطرفين الراغبين في التعاقد مشروطة لصحة العقد وليس لقيامه وانعقاداً .

وقد اشترطت القوانين⁽³⁵⁰⁾ لقيام العقد أن يصدر إيجاب من طرف - يسمى بالموجب - يرغب بالدخول في تعاقد، كما اشترطت أيضاً أن يقترن لهذا الإيجاب قبولٌ صادرٌ من طرفٍ آخر يرغب بالدخول في التعاقد أيضاً، ونحدث بشيء من التفصيل عن ذلك كما يلي:

أولاً: الإيجاب:

الإيجاب هو أي لفظٍ مستعملٍ عرفاً، أو لفظٍ صدر من المتعاقد بنية إنشاء العقد⁽³⁵¹⁾، وقد جرت العادة على أن صيغة الإيجاب يعبر عنها بالفعل الماضي عادة أو المضارع استثناءً، ولكن بعض القوانين⁽³⁵²⁾ أجازت أن يكون الإيجاب بصيغة الأمر، كما أجازت أيضاً أن يصدر القبول بصيغة الأمر وهو الدلالة على المستقبل كقول أحد الراغبين في التعاقد للآخر "بع لي" أو غيرها من الألفاظ المعبرة عن نية الدخول في التعاقد، وعلى الرغم من أن اتفاقية "فيينا" لم تتعرض لصيغة العرض المعبر عن الإيجاب قولاً، إذا اعتبرت أي عرض لإبرام عقد إيجاباً، وبالتالي فإن أي صيغة للعرض قولاً تعتبر إيجاباً سواء كانت ماضياً أو مضارعاً أو أمراً، إلا أنه يمكن ملاحظة ما يأتي:

- إن صدر الإيجاب قولاً بصيغة الفعل الأمر كقول أحد الأطراف "بع لي كذا وكذا" أو "أرسل لي" واقترن به قبولاً مستقبلاً على صيغة الأمر كقول الطرف الآخر "أدفع لي كذا وكذا" أو "أمهني" فإن العقد في هذه الحالة لا يتعقد⁽³⁵³⁾، لأن ما

(350) القانون المدني اليمني، المادة (195)، وقانون المعاملات المدنية السوداني، المادة (33).

(351) القانون المدني السابق، المادة (1/91). كما أن القبول قد ورد في هذا القانون بنفس تعريف الإيجاب ولا فرق في نظر القانون بين الإيجاب والقبول إلا فارق زمني فقط، فأيهما صدر أولاً اعتبر إيجاباً وما صدر لاحقاً عدّ قبولاً.

(352) ينص القانون الأردني في المادة (2/91) على أن: (يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو الأمر إذا أريد بهما الحال).

(353) وهنا نلاحظ أن الإيجاب والقبول يختلفان في صيغتهما إن صدر الإيجاب بصيغة المستقبل، فبينما يمكن أن يأتي الإيجاب بصيغة مختلفة كالمضارع والأمر، إلا أن القبول لا بد من أن يلتزم صيغة الفعل الماضي، وهو الأمر الذي اختلط على بعض القوانين التي لم تفرق بين الإيجاب والقبول إلا زمنياً كقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م، المادة (131)، والقانون المدني اليمني، المادة (151)، وغيرها من القوانين.

صدر عن الطرف الآخر لا يعد قبولاً بل يعتبر إيجاباً مقابلاً لتحتاج لقبول من الطرف الآخر.

- أن مثل هذه الصياغة تستخدم عند إبرام العقود التجارية الدولية أكثر منها عند إبرام العقود التجارية المحلية، ذلك لأن العقود التجارية الدولية تختلف عن تلك الوطنية بكثرة مفاوضاتها والتي قد تستمر لأشهر عدة، وبالتالي فإن غالب صياغة عقودها تطرح بصيغة الأمر الدال على المستقبل.

شروط الإيجاب (Conditions of Offer)

عبرت القوانين عن الإيجاب أنه تعبير عن إرادة أحد الأطراف للربح في التعاقد من غير إكراه، أما اتفاقية فيينا فقد اعتبرت أي عرض لإبرام عقد بمقام الإيجاب⁽³⁵⁴⁾، ولكن الاتفاقية قد اشترطت شروطاً لا بد من توافرها للعرض الذي يمكن أن يعتبر إيجاباً، وهذه الشروط هي:

1. أن يكون العرض موجهاً إلى شخص أو أشخاص معينين:

يشترط في العرض الصادر أن يكون موجهاً إلى شخص معين أو أشخاص معينين، وقد قصدت الاتفاقية لهذا الشرط حماية المعاملات التجارية و ضمان الوضوح في التعامل بين الأشخاص وحماية المتعاقدين أنفسهم من تعارض أكثر من قبول على إيجاب واحد، إضافة إلى عدم نزاع الثقة بين المتعاقدين، وبالتالي لا يعتبر إيجاباً كل عرض صدر غير موجه لشخص معين، أو أشخاص معينين كإعلانات و تفاصيل أو شروط العقد التي تضعها بعض الشركات على مواقعها الإلكترونية، أو تنشرها في مختلف أجهزة الإعلام، حتى وإن كانت شاملة للثمن وكافة التفاصيل التي تخونها العقد، أما إن صدر العرض

(354) نصت الاتفاقية على أنه:

(A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance). **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods . Article (14/1).**

إلى شخص أو أشخاص غير معينين، على نحو ما ذكر فقد اعتبرته الاتفاقية دعوة للإيجاب ليس إلا⁽³⁵⁵⁾، فلا يلزم من أصدره بشيء، ولا ينتج عنه أي أثر قانوني، إلا في حالة أن من أصدره قد إبان قصده بوضوح إلى اعتبار ذلك إيجاباً منه ملزماً له، وقد تركت الاتفاقية إثبات ذلك للأطراف، مسنعين بصيغته العرض وتفصيله والظروف المحيطة به. وعلى الرغم من تأكيد الاتفاقية على الشرط السابق إلا أن البعض قد ذهب إلى رأي مختلف فذكر أنه:

(An offer may be made to a particular person, a group of persons, or to the entire world)⁽³⁵⁶⁾.

ويؤيد هذا الاتجاه بعض ما ذهب إليه القضاء، كالمحاكم البريطانية التي أيدت أن الإيجاب قد يكون مقدماً للعالم كله ولا يشترط تحديد شخص معين فيه وينضح ذلك في سابقة (Carlill v Carbolic Smoke Ball Co)⁽³⁵⁷⁾ التي تنلخص وقائعها في أن المدعى عليها كانت قد وضعت إعلان في بعض الصحف بقصد الترويج لمنجها الدوائي الذي صنعته مؤخراً، وذكرت في الإعلان أن منجها يقضي على كافة الأمراض التي يكون مصدرها البرد ويزيلها تماماً وبالذات مرض (الأنفلونزا) الذي أعلنت بأنها سندفع مبلغ (£100) لأي شخص يستخدم منجها ثم يسئم فيه هذا المرض، رفعت المدعية (Carlill) دعواها مطالبة الشركة المدعى عليها بدفع المبلغ المذكور في الإعلان لأنها استخدمت المنج ولم تشف من (الأنفلونزا). دفعت الشركة بأنه لا مصوغ قانوني

(355) نصت الاتفاقية على أنه:

(A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal). **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods . Article (14/2).**

(356) Monahan, Geoff. Essential contract law, second edition, Cavendish Publishing Limited, The Glass House, Wharton Street, London, 2001. Page 6.

(357) Stone, Richard. Contract law, fifth edition, Cavendish Publishing Limited, London , Sydney , Portland, Oregon, 2003, page 20.

لدفن هذا المبلغ لعدم وجود أي تعاقد، فالإعلان لم يمثل إيجاباً ملزماً ولا ينص على وجود إيجاب موجه للعالم كله، بل يجب أن يكون الإيجاب لشخص محدد أو مجموعة معينة، كما أنه لم يرد في الإعلان مدة محددة لاستخدام العقار وبقاء الشخص مرصفاً بعداً، لم تأخذ المحكمة بهذا الدفع وذهبت إلى وجود عقد قائم على إيجاب صحيح عن طريق الإعلان وقبول من المدعية (Carlill) به، بل وقد ذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك بأنه يمكن أن يكون الإيجاب مقدماً للعالم بأسره حيث ذكر اللورد (Bowen LJ) في هذه القضية أنه:

(why should not an offer be made to all the world which is to ripen into a contract with anybody who comes forward and performs the condition?)⁽³⁵⁸⁾.

ويمكننا القول بأن ما تم ذكره لا يؤثر على شرط الاتفاقية موضوع الحديث؛ ذلك لأنه علاوة على أن تاريخ نص الاتفاقية قد جاء لاحقاً على تاريخ هذه السابقة⁽³⁵⁹⁾، علاوة على ذلك فإنه في هذه القضية لم يكن المقصود تقديم إيجاب للعالم كله، ولكن المقصود هو شخص أو عدة أشخاص ولعل المعنى هنا هو عدم وضع أي اعتبار لشخص المتعامل معه إن توافرت شروط قيام التعاقد وهو ما حدث فعلاً في القضية السابقة. وبالتالي فيمكن القول أن الإيجاب قد بدأ وكأنه موجه للعالم بأسره - بحسب ما ذكر اللورد - لكن المقصود شخصاً معيناً بصفته أو أشخاصاً محددين، وهم شريحة المرضى بأمراض سببها البرد و (الأنفلونزا) على وجه الخصوص، وليس للعالم بأسره إذ أن ذلك قد يدخل العقد في نطاق البطلان؛ إذ كيف يقدم إيجاب للتعاقد على معدوم؟ فطعناً إن الشركة لم تكن تمتلك الكمية الكافية للتعاقد مع العالم بأكمله، أضف لذلك

⁽³⁵⁸⁾ Oughton, David.& Davis, Martin. Source Book On Contract Law, second edition, Cavendish Publishing Limited, London & Sydney, 2000, page36. And also see ; www.faculty.law.ubc.ca
⁽³⁵⁹⁾ حيث وقعت هذه القضية في عام 1893م، بينما تم التوقيع على الاتفاقية في العام 1980م..

ما ذهبت إليه بعض أحكام ثم إن النجار أو الشركات النجارية عادة ما تدرج بعض المزايا الغير موجودة في منجاتها عند الإعلان عن منجاتها والترويج لها بغرض استقطاب المتعاقد إليها لينر بعد ذلك إقناعه بالدخول معها في تعاقد وهذا يؤكد من البداية القضاء ما ذكره اللورد (Willes, J.'s) في سابقة (Spencer v Harding) حيث جاء في قوله:

(There never was any doubt that the advertisement amounted to a promise to pay the money to the person who first gave information. The difficulty suggested was that it was a contract with the entire world. But that, of course, was soon overruled. It was an offer to become liable to any person who before the offer should be retracted should happen to be the person to fulfill the contract, of which the advertisement was an offer or tender)⁽³⁶⁰⁾.

2. أن يكون العرض محدداً بشكلٍ كافٍ مينا لا لزام من أصدره⁽³⁶¹⁾:

كما اشترطت الاتفاقية أن يكون العرض الموجه محدداً بشكلٍ كافٍ لبيان تفاصيله محناه وشروط التعاقد التي يرغب لها الطرف المصدر له، ولم تذكر الاتفاقية تفصيلاً لهذا الشرط أو طريقة معينة يمكن لها تحديد العرض، إلا أنها قد اعتبرت العرض الذي تخونى على مجرد تعيين البضائع وتحديد ثمنها وكميتها ونوعها إجاباً، سواء كان تحديد ذلك الثمن وتلك الكمية صراحةً أو ضمناً، بل إن مجرد إدلاء الطرف الذي أصدر العرض ببيانات يمكن بموجبها تحديد الثمن ونوع وكمية البضائع يعتبر إجاباً وفقاً لأحكام الاتفاقية، وبالتالي نجد أن الاتفاقية قد توسعت في تفسير تحديد العرض ليشمل أية بيانات

⁽³⁶⁰⁾ www.en.wikipedia.org.

⁽³⁶¹⁾ نصت الاتفاقية على أنه:

(If it is sufficiently definite and indicates the intention of the offer or to be bound in case of acceptance).United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods1980 . Article (14/2).

يمكن بواسطتها الاستدلال على أو النوصل إلى تحديد الكمية والتمن ونوع البضائع بشرط أن تكون هذه البيانات قد وردت في العرض⁽³⁶²⁾.

الضوابط القانونية للإيجاب:

على الرغم من أن اتفاقية فيينا السابقة لم تشترط لقيام وصحة الإيجاب سوى الشرطين السابق تفصيلهما إلا أن هناك بعض الأحكام الخاصة بالإيجاب والتي تعتبر بمثابة ضوابط قانونية تلج على الإيجاب ألاخذ عنها ليكسب قوته القانونية وينج آثاره الملزمة ومن هذه الضوابط ما يلي:

أولاً: وجوب وصول الإيجاب لعلم الطرف الآخر (Offer must be communicated):

فلا توجد أي قيمة قانونية للإيجاب إذا لم يصل إلى علم المخاطب المعني به حتى وإن توافرت الشروط السابق ذكرها، وبالتالي يصبح الإيجاب كأن لم يكن، وقد تجلى ذلك في سابقة (R v Clarke)⁽³⁶³⁾ والتي تلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة الأسترالية كانت قد أعلنت عن تقديم مكافأة مالية (Reward) لمن يدلي بأي معلومات تقودها للتعرف على من قام بقتل اثنين من رجال الشرطة، كما أعلنت في ذات الوقت على تقديم العفو (Free pardon) لمن يدلي بمثل تلك المعلومات، ومعاقبة كل من تخفي أي معلومات بشأن هذا الخصوص، وهو ما جعل المدعى عليه (clarke) والذي كان شريكاً في ارتكاب الجريمة يدعى ويطلع أيضاً في العفو الموعد، فقدم ما لديه من معلومات منغلقة بهذه القضية، ولم يطالب بأي مكافأة أخرى غير العفو لعدم علمها، وبعد ذلك علم أن هناك مكافأة كانت قد رصدت لهذا الغرض، فرفع دعواه مطالباً استحقاقه لهذه المكافأة لكن المحكمة رفضت الدعوى معللة القول بأنه لا يمكن للمدعى عليه المطالبة

⁽³⁶²⁾ ذهبت بعض القوانين إلى اعتبار العرض الموجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إيجاباً بشرط عرض البضائع مع بيان أثمانها، كما يكون العرض الموجه لأشخاص غير معينين أو للجمهور إيجاباً إذا دلت ظروف الحال على نية الذي أصدر العرض جعله إيجاباً ملزماً له كأن يدل العرض على قبول البائع للتمن الذي سيدفعه المشتري. أو كانت شخصية من يراد التعاقد معه غير ذات اعتبار أساسي في التعاقد. القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004م، المادة (3/2/1/69).

⁽³⁶³⁾ Elliott, Catherine & Quinn, Frances. Contract Law , seven edition, Pearson Longman Education Limited, England, 2009, page34.

بالمكافأة لأنه حين أدلى بتلك المعلومات لم يكن يعلم ويدرك أن هناك مكافأة قد رصدت لهذا الغرض، وبالتالي لم يصل إلى علمه إيجاب المدعي وبالتالي لا مجال لدفع أي مكافأة، وقد ذكرت محكمة (Australian High Court) في هذه القضية أنه:

(Clarke could not claim a reward for information he had given because, at the time he gave the information, he was unaware that a reward had been offered)⁽³⁶⁴⁾.

وبناء على ذلك فإن العقد لم ينعقد بسبب أن الإيجاب لم يصل إلى علم المدعى عليه وأن المدعى عليه لا يستحق المكافأة التي أعلنت عنها الحكومة، نظير تقديم المعلومات المطلوبة.

ثانياً: وجوب اقتران الإيجاب بقبول الطرف الآخر (Offer must be Accepted):

يفقد الإيجاب قيمته القانونية أيضاً إذا لم يظل قائماً إلى حين اقتران قبول الطرف الآخر به، وفي ذلك لا قيمة قانونية لإيجاب صدر مكتمل الشروط السابق ذكرها حتى وإن وصل إلى علم الطرف الآخر إذا تراجع الموجب عن إيجابه أو سحب عرضه أو ترك المفاوضات بنيتة عدم التعاقد قبل أن يلتقى إيجابه قبولاً من الطرف الآخر لمفاوضات التعاقد ويرتبها، وبالتالي يسقط الإيجاب ولا يقوم أي تعاقد بين الأطراف، وقد وضحت ذلك سابقاً (Payne v Cave) التي تتلخص وقائعها في أن المدعى عليه قد أدلى بإيجاب تضمن أعلى عرض سعر لشراء بضائع المدعى في المزاد المنعقد لهذا الغرض (Sale by auction)، ولكنه كان قد انسحب من ذلك المزاد وتراجع عن إيجابه قبل أن تقرر مطرقة الدلال لنعلن موافقة الطرف الآخر على هذا الإيجاب أو يصرح المدعى بقبول العرض بأي طريقة، فقد اعتمد المدعى في دعواه على أن الإيجاب يكسب قيمته القانونية من لحظة وصوله لعلم الطرف الآخر، لكن المحكمة رفضت الدعوى فذهبت إلى أن العقد لم ينعقد لعدم استنساخ قيام الإيجاب حين إعلان الطرف الآخر قبوله وذكرت أنه:

(The bidder's offer is accepted only by the fall of the hammer or any other such customary manner accompanied with an

(364) Monahan, Geoff. Ibid., page6.

announcement and till such time, the bidder is allowed to retract his offer.)⁽³⁶⁵⁾ .

ثالثاً: وجوب تمييز الإيجاب عن مفاوضات التعاقد أو الدعوة للتعاقد(366):

(Offer must be distinguished from Negotiation or invitation to treat);

فمجرد اتصال أحد أطراف التفاوض بالطرف الآخر للاستفسار عن بعض التفاصيل التي سيحنونها العقد أو لسؤاله عما إن كانت لديه النية للتعاقد أو لطلب المزيد من المعلومات المتعلقة بإبرام أو تنفيذ العقد لا يعد إيجاباً ، وهو ما عبر عنه الفقه الألماني بضم مرة أن يكون الإيجاب دقيقاً ومكتملاً (precise and complete)⁽³⁶⁷⁾ ومنمیزاً عن غيره من مفاوضات التعاقد بين الأطراف، وقد أكد على ذلك القضاء البريطاني في سابقة (Harvey v Facie)⁽³⁶⁸⁾ التي تلخص وقائعها في أن المدعي (Harvey) كان يرغب بشراء قطعة أرض من المدعى عليه (Facie) ولم يكونا منواجهين في مكان واحد الأمر الذي اضطر المدعي (Harvey) إلى مراسلة المدعى عليه (Facie) فأرسل برقية (telegram) إلى المدعى عليه يستفسر فيها عما إن كان سيبيعه قطعة الأرض (Bumper Hall Pen) وفي حالة إذا كان موافقاً على البيع، فما هو أقل سعر يريد مثناً

⁽³⁶⁵⁾ **Dangi, Tanmay.** Law of Contracts, Offer , Acceptance And promise, National Law School of India University, Banalore, 2011, page8.

⁽³⁶⁶⁾ تباينت آراء الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية لمفاوضات ما قبل التعاقد، فذهب البعض على رأسهم الفقيه (أهرنج) إلى خضوع الأطراف في المفاوضات السابقة على التعاقد للمسؤولية العقدية سواء ادت هذه المفاوضات إلى إتمام العقد أم إلى عدم قيامه، وبالتالي يجوز للطرف المتضرر خلال مرحلة المفاوضات المطالبة بالتعويض استناداً إلى دعوى العقد ذاتها فمن تحقيق العدالة أن يتم تعويض الطرف المتضرر، ويعمل هذا الجانب من الفقه ذلك بوجود عقد ضمني مقترن بكل تعاقد بمقتضى هذا العقد يتعهد كل طرف بالتعاقد مع الطرف الآخر وبعدم إعاقة إبرام العقد، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن مرحلة ما قبل التعاقد يجب أن تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية القائمة على فكرة التعسف، ويرى جانب ثالث أن تخضع هذه المرحلة لأحكام مسؤولية خاصة تسمى (المسؤولية الخاصة عن الخطأ قبل التعاقد). (محمد، عمر سالم. الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، مكتبة الأكاديمية العربية في الدنمارك، بدون تاريخ، ص 2-12). وعلى الرغم من أن جميع الآراء السابقة قد تعرضت للنقد والتضعيف من قوتها القانونية ليس مجال سردها هنا في هذه الدراسة إلا أن ما يهم ذكره هو أن تلك الآراء على الرغم من إختلافها فيما بينها إلا أنها تتفق جميعها على فصل مرحلة مفاوضات التعاقد عن قيام العقد وجعلها مرحلة مستقلة تحكمها قواعد قانونية خاصة غير قواعد التعاقد وهو ما نريد التأكيد عليه في هذا الموضوع.

⁽³⁶⁷⁾ **Bingham, Lord. & Hirsch, Günter.** The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Second Edition, Oxford and Portland, Oregon 2006, page59.

⁽³⁶⁸⁾ **Gulshan S.S., Kapoor G. K.** Business Law Including Company Law , 2008, page16.

للمبيع؟ فرد المدعى عليه ببرقية مجيياً على استفسار المدعي بأنه موافق على بيعها وحدد أيضاً أقل سعر للبيع، فخطبه المدعي بأنه مرحب لشراء الأرض وبالسعر المطلوب، إلا أن المدعى عليه أرسل بريقة تخبره لها أنه قد تراجع عن البيع قبل وصول موافقة المدعي إليه. رفع المدعي دعواه مؤسسته على أن البرقية الأولى التي أرسلها للاستفسار عن نية البيع والسعر المطلوب تعد إيجاباً والرد عليها يعد قبولاً، لكن المحكمة رفضت ذلك وذكرت بأن إرسال المدعي للبرقية الأولى لا يعدو أن يكون استفساراً وطلباً للمعلومات ولا يرقى إلى أن يكون إيجاباً يؤسس عليه قيام التعاقد بينهما.

أيضاً دأب القضاء العربي على نفس النسق عندما قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (167) سنة 33 ق، جلسة 1976/2/9م بأن "المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل مفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأي مسؤولية أو يطالب ببيان تحقق معه المسؤولية التصيرية إذا نزع عنه ضرر بالطرف الآخر للمفاوض، وعبء إثبات الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف، ومن ثم فلا تجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضات في ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت لهذا العدول وينوافرها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التصيرية"⁽³⁶⁹⁾، إلا أن الأطراف عادة ما يبرمان في العقود التجارية الدولية عقداً تمهيدياً للتعاقد يسمى عقد التفاوض⁽³⁷⁰⁾.

كما يجب أن يتميز الإيجاب أيضاً عن الدعوة للتعاقد (invitation to treat) عن طريق الإعلان أو ما شابه ذلك إذ أن مجرد إعلان أحد أطراف التفاوض عن مرغبه ببيع سلعة أو خدمة

(369) صبره، محمود محمد علي. صياغة العقود بالعربية والإنجليزية وأثرها في كسب الدعاوى، (غير منشور)، 2005م، ص 40، 41.

(370) وعقد التفاوض كما عرفه البعض هو: اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبداية أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد بهدف إبرامه من غير أن يؤدي إبرام هذا العقد إلى الالتزام بإبرام العقد المطلوب موضوع التعاقد، ويعكس حسن النية. موسى، طالب حسن. قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، عمان، 2008م، ص 113م.

بإحدى وسائل الإعلام، أو كملك المنشرة على المواقع الإلكترونية وصفحات الإنترنت كل ذلك لا يمثل إيجاباً يتركز عليه التعاقد وإنما يعد دعوة للتعاقد فقط⁽³⁷¹⁾.

حسن النية في مفاوضات التعاقد (Good Faith in Negotiations):

على كل حال لا بد أن تسمر مفاوضات التعاقد مبدأً حسن النية من قبل الطرفين، وهو المعيار الأساسي للقدرمة على الحكم في المنازعات الخاصة بمفاوضات ما قبل التعاقد، وقد أكد بعض الفقهاء⁽³⁷²⁾ على ضرورة إدراج ذلك ضمن القوانين الخاصة بالعقود إذ أنه وعلى الرغم من أن الطرفين ينمغان بنام الحرية في الدخول في مفاوضات ما قبل التعاقد دون إلزام معين على أي منهما لإجراح هذه المفاوضات والخروج منها بإبرام تعاقد، إلا أن الطرف الذي يدخل المفاوضات وهو ليس حسن النية يتحمل أي خسارة ينكبدها الطرف الآخر جراء هذه المفاوضات، وعلى وجه الخصوص إذا دخل أحد الأطراف مفاوضات تعاقد أو اسنم بالمفاوضات دون نية حقيقية للوصول إلى إبرام عقد مثل أن يكون الغرض من الدخول بالمفاوضات التسوية لأجل طرف ثالث أو تفويت التعاقد على طرف آخر.

مدة الإيجاب (Duration of offer):

تباين مدة قيام الإيجاب تبعاً لما تضمنه الإيجاب نفسه، أو للطريقة التي صدر الإيجاب لها، ولم تختلف القوانين الأجنبية عن القوانين العربية لهذا الخصوص، فقد اتفقت بعض القوانين المدنية الأجنبية مثل القانون المدني الأجلو أمريكي والقانون المدني الألماني⁽³⁷³⁾ مع نظيراتها العربية مثل قانون المعاملات المدنية السوداني إلا أن هذا الأخير قد فصل مدة الإيجاب على نحو ما ذكر سابقاً ونص

⁽³⁷¹⁾ Weitzenböck, M Emily. English Law of Contract: Introduction to course; Element of agreement; Offer, Norwegian Research Center for Computers & Law, Oslo, 2012, page8.

⁽³⁷²⁾ Schulze, Reiner. Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law. European law publishers (sellier), Munich, 2008, page103.

⁽³⁷³⁾ Bingham, Lord. & Hirsch, Günter. Ibid., page63.

على أنه: (إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينتضي هذا الميعاد)⁽³⁷⁴⁾، و وفقاً لهذا النص فإن الأصل في مدة القبول هو ما عينه الموجب أو وافق على ما قرّ عينه من قبل الطرف الآخر كمدة لميعاد بقاء الإيجاب، وتفسر عبارة (إلى أن ينتضي هذا الميعاد) تحسب صيغته الميعاد نفسه فإن ذكر الموجب في إيجابه تاريخاً معيناً كيوم معين أو ساعة معينة، فإنه يصبح في حلٍ من إيجابه بعد ذلك التاريخ إن لم يقترن بإيجابه قبول الطرف الآخر خلال ذلك التاريخ، أما إن حدد مهلة معينة كأن يذكر الموجب في إيجابه بأن مهلة القبول هي يومين - مثلاً - بعد تاريخ وصول الإيجاب إلى الطرف الآخر أو العلم به، وتوضح هذه التفرقة عند حصول عارض معين أو خطأ أدى إلى تأخير وصول الإيجاب إلى علم الطرف الآخر فلا يؤثر هذا التأخير على المدة التي حددها الموجب بتاريخ معين كيوم أو ساعة محددة، ويستطيع الموجب في هذه الحالة سحب إيجابه أو الرجوع عنه بعد هذا التاريخ متى ما شاء ذلك، بعكس الأمر لو كانت المدة على شكل مهلة كأن يذكر في الإيجاب أن المدة يومين من تاريخ علم الطرف الآخر به وحصل تأخير أدى إلى تأخر الإيجاب لثلاثة أيام فإن القانون هنا يفرق بين حالتين، الأولى: إن كان سبب التأخير الموجب نفسه أو وكلاءه أو من يتوب عنه كأن تخطئ في بيانات الإرسال وغيرها، فإن مدة الإيجاب تحسب من تاريخ العلم المحدد في صيغة الإيجاب رغم حدوث تأخير في وصوله إلى علم الطرف الآخر، أما إن حدث التأخير بسبب لا يعود إلى الموجب فلا ينحمل أي مسؤولية عن ذلك التأخير، وعلى كل فإن مدة الإيجاب تعد من القواعد المكتملة التي تخضع لاتفاق الأطراف لا إلزام قانوني معين فيها إلا لما تم الاتفاق عليه بينهما، أما إن صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد القبول، فإن الموجب ينحل من إيجابه إذا لم يصدر القبول في مجلس العقد ما لم يعدل الموجب إيجابه⁽³⁷⁵⁾، أما الإيجاب الذي يكون عن طريق الهاتف أو ما شابه ذلك من وسائل إلكترونية فيستط إن لم يقترن به قبول الطرف الآخر فوراً⁽³⁷⁶⁾،

(374) قانون المعاملات المدنية السودانية 1984م، المادة (38/ 1).

(375) قانون المعاملات المدنية السودانية 1984م، المادة (39/ 1).

(376) قانون المعاملات المدنية السودانية 1984م، المادة (39/ 2).

أي قبل إنهاء المكالمات، ولذا نجد أنه في عقود التجارة الدولية غالباً ما ينسب التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد واحد، فينبر العقد في هذه الحالة بين شخصين عن طريق إما رسول أو باستخدام تكنولوجيا الاتصالات الحديثة بحيث تمر فترة زمنية بين صدور كل من التعبيرين ووصله للطرف الآخر⁽³⁷⁷⁾.

وعلى الرغم من أن القانون السوداني قد اتفق مع نظيره الألماني والأمريكي بشأن الإيجاب الذي يصدر عن طريق الهاتف يجعل مدة الإيجاب هي مدة المكالمات الهاتفية فقط إلا أنه لا وجه قانوني لمثل هذا التحديد وذلك للآتي:

- أن القانون ذاته قد نص في المادة 38 على أنه: (تجوز أن يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة)⁽³⁷⁸⁾، ومن هذا النص نجد أن القانون السوداني قد اتجه إلى تسهيل التعاملات بين الأطراف بجعل تحديد المدة سلطة تقديرية للقاضي يستخلصها من ظروف الحال أو من واقع التعاملات بين الطرفين عند عدم تحديدها من قبلهما، وقراءة هذا النص مع نص المادة (2/39) موضوع التعليق يوحى بوجود تعارض بين النصين؛ ففي الوقت الذي اتجه فيه القانون السوداني إلى توسيع مفهوم الإيجاب في المادة (38) لجده يذهب إلى تضيق مفهوم الإيجاب في المادة (39).
- أن الإيجاب عن طريق الهاتف يعد من قبيل التعاملات الإلكترونية وقد أصبح القانون يعترف بخجية الإثبات الصادر عن المحرمات الإلكترونية ويعطيها القوة القانونية اللازمة لإثبات التعاملات بين الأطراف خاصة مع تقدم تكنولوجيا المعلومات والتي بات معها بكل سهولة تسجيل المحادثات بين الأطراف وتوثيقها.

(377) سعد، سعد محمد، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، المصادر، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، 2001م، ص63.

(378) قانون المعاملات المدنية السودانية 1984م، المادة (38 / 2).

• التسليم لهذا التحديد يوسع الفجوة بين مفهوم الإيجاب في العقود التقليدية ومفهومه في العقود الإلكترونية، خاصة مع تقدم وسائل الاتصال واعتماد المعاملات بين الأطراف في التجارة الإلكترونية على مثل هذا النوع من الاتصال كما سنفصله في موضعه من هذه الدراسة.

ثانياً: القبول (Acceptance):

القبول كما عبرت اتفاقية الأمر لمنحة للبيع الدولي للبضائع عنه هو: أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب:

(A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance)⁽³⁷⁹⁾

ومن التعريف السابق نلاحظ أن الاتفاقية قد فرقت بين معنى الإيجاب والقبول، وأفردت لكل منهما تعريفاً خاصاً على خلاف بعض القوانين كالقانون اليمني⁽³⁸⁰⁾ والقانون الإماراتي⁽³⁸¹⁾ اللذين لم يفرقا بين الإيجاب والقبول إلتزاماً زمنياً فأيهما صدر أو لا اعتبر قبولاً وما جاء ثانياً عد قبولاً. كما نلاحظ أن الاتفاقية لم تشترط توافق الإيجاب والقبول لقيام العقد من حيث الأصل كما ذهب إليها بعض القوانين كالقانون الأردني والسوداني⁽³⁸²⁾، اللذين لم يفرقا بين الإيجاب والقبول بل اشترطا توافقهما وتطابقهما فقط لقيام العقد.

وعلى الرغم من أن الاتفاقية السابقة قد أفردت تعريفاً خاصاً للقبول باعتبار أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب قبولاً، وعلى الرغم من أن الاتفاقية قد اجهت إلى تفسير النص التفسير الواسع بحيث أُلها لم تشترط طريقة معينة أو صيغة معينة للقبول إلا أنها قد نصت صراحة على أن السكوت أو عدم القيام بأي تصرف لا يعتبر قبولاً، وبذلك خالفت

(379) اتفاقية فيينا 1980م، المادة (18).

(380) القانون المدني اليمني، المادة (151).

(381) القانون المدني الإماراتي، المادة (131).

(382) بقراءة المادة (34) مع المادة (39)، قانون المعاملات المدنية السودانية.

الاتفاقية، بعض القوانين⁽³⁸³⁾ التي تعند بأن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يمكن أن يعد قبولاً، أو أن السكوت عند وجود تعامل سابق بين الطرفين يعد قبولاً، أو تخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه أو منفعه الخالص، وبالتالي فإن السكوت وفقاً لنص الاتفاقية لا يمكن بأي حال أن يفسر قبولاً.

ومما سبق نستطيع أن نخلص إلى ثمة تفرقة بين الإيجاب والقبول اللذين يتعددهما العقد التجاري الدولي عما يتعددهما ذلك الداخلي نوجزها في النواحي التالية:

1. على الرغم من أن كلاً من القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية لا تشترط صيغة معينة للتعبير عن الإرادة للدخول في التعاقد، إذ أن الإيجاب والقبول قد ينمئنان في صوراً عدة كالكتابة والمراسلة، أو الإشارة والإيماء، أو غيرها من النصرات الدالة على الرغبة بالدخول في التعاقد، إلا أنه تجب ملاحظة أن هذه الصور ليست طراً لا انعقاد العقد إنما هي طرق للتعبير عن الإرادة لا غير، وبالتالي فإن اشتراط مطابقتة القبول للإيجاب ليتعد العقد لا يثأثر إن كان الإيجاب قد صدر بإحدى هذه الصور وصدر القبول بصورة أخرى، إذ أن العبرة بنطاق الإرادتين لا بالتعبير عنهما.

2. تختلف طرق التعبير عن الإرادة في العقد الداخلي عن ذلك الدولي لما يتميز به هذا الأخير من سمات تجعل من الصعوبة بمكان أن يعبر عن الرغبة في التعاقد بالإيماء مثلاً أو الإشارة، أضف لذلك أن طبيعة إبرام العقود التجارية الدولية تنسب باتساع وقت المفاوضات فيها وبالتالي يأخذ إبرامها الكثير من الوقت وما قد يرافق ذلك من صعوبات في كيفية التعبير عن الإرادة واختلاف مجالس العقد، وزمن وصول كلاً من الإيجاب والقبول.

(383) كالقانون المدني البحريني رقم(19) لسنة 2001م، المادة(42/أ)، القانون المدني اليمني، المادة (161) وقانون المعاملات المدنية السوداني، المادة (3/2/1/40).

المطلب الثاني: إثبات العقد التجاري الدولي وطرق حل منازعات التجارة الدولية

أولاً: إثبات العقد التجاري الدولي:

على خلاف ما هو مطبق في القوانين الوطنية، بشأن الشروط الواجب توافرها لقيام وإثبات بعض العقود، مثل الشروط الشكلية أو شرط الكتابة، على خلاف ذلك تسعى التجارة الدولية إلى النحر من هذه الشروط التي تعتبر بمثابة القيود لقيام العقود التجارية الدولية، وازدهارها، ونتيجة لذلك فقد اتجهت بعض الاتفاقيات الدولية إلى التوسع في حرية الإثبات وتقليل القيود المفروضة على إثبات عقد التجارة الدولي مثل اتفاقية الأمر المنحددة بشأن البيع الدولي للبضائع (فيينا) 1980م التي نصت صراحة على أن:

(A contract of sale need **not** be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses)⁽³⁸⁴⁾.

وفي النص السابق نجد أن عقد البيع الدولي للبضائع لا يشترط لانعقاده أو إثباته أي شكل معين، وبالتالي فإن عقد البيع الدولي للبضائع ينضوي تحت العقود الرضائية التي لا تتطلب الكتابة كشرط شكلي لقيامها أو إثباتها، كما أنه يجوز وفقاً للنص السابق إثبات عقد البيع الدولي بأي وسيلة إثبات بما في ذلك الشهادة أو البينة⁽³⁸⁵⁾.

(384) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Vienna. 1980, article 11.

(385) تختلف النسخ المترجمة للاتفاقية إلى اللغة العربية فيما بينها بشأن معنى لفظ (witnesses) فيذهب البعض إلى ترجمتها على أنها (شهادة الشهود). الشرفاوي، محمود سمير، العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م، ص86. بينما يذهب البعض الآخر كلجنة الترجمة لنص الاتفاقية التابعة للجنة الأونستيرال الدولية إلى أن المقصود باللفظ هو (البينة)، والبينة عند البعض تعني أي دليل يمكن أن يقوم لإثبات العقد، فقول الفاروق رضي الله عنه (البينة على من ادعى) تعني أي دليل يقوم لإثبات صحة قول المدعي مع مراعاة بعض الحالات الخاصة في الإثبات كالحدود، وبالتالي فقد ينصرف معنى البينة إلى الشهادة، أو الحجة والدليل، أو إلى علم القاضي أو الإقرار. عبد الله، شهاب سليمان، شرح قانون الإثبات السوداني لسنة 1994م، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزي والسوابق القضائية، الطبعة الثانية، جامعة شندي، نهر النيل، 2007م، ص15، 16. وعلى كلٍ فأيما كان المقصود من اللفظ السابق (witnesses) فهو لا يؤثر على النص لأن نص الاتفاقية لم يشترط شكلاً معيناً لإثبات العقد وقد ورد ذلك في الاتفاقية على سبيل التأكيد لا التخصيص، وبالتالي فإن الأصل بحسب النص قبول أي وسيلة إثبات لقيام العقد التجاري الدولي بما في ذلك الشهادة.

وجدير بالبيان أن تسهيل عملية الإثبات نخسب نص الاتفاقية السابق لا يعني عدم أهمية الدليل في حد ذاته، ولا ينصرف المعنى من ذلك إلى قبول الدليل حتى وإن كان غير مكتمل، فالنص هنا يشير إلى عدم أهمية نوع الدليل وليس إلى عدم أهمية الدليل ذاته، وبالتالي لا تجوز الاحتجاج بالنص السابق لقبول دليل لم تكتمل شروط قيامه أو دليل تفرط منه كشهادة جرحت أو بينة مردت.

وتأكيداً لما سبق ذكره فقد نصت الاتفاقية على أنه:

(For the purposes of this convention "writing" includes telegram

⁽³⁸⁶⁾ and telex⁽³⁸⁷⁾)⁽³⁸⁸⁾.

فمصطلح الكتابة وفقاً للنص السابق يشمل: البرقية والنلكس، والاتفاقية بنصها هذا تؤكد ما ذكرته سابقاً من أنه لا يوجد أي شرط مقيد أو طريقة معينة لإثبات العقد وذلك باعتبار أن الكتابة غير لازمة فيدخل في حكمها أي مستند مكنوب سواء كان مستنداً ورقياً كالبرقية، أو مستنداً إلكترونياً كالنلكس وغيره.

ومع ذلك فإن الاتفاقية قد وضعت قيوداً لتطبيق النصوص السابقة لنحصر عقد البيع الدولي من شرط الكتابة الشكلية، وهذا القيد ينمط بضرورة موافقة الدولة المتعاقدة التي يوجد مكان عمل الطرف المتعاقد فيها على ذلك الشرط وألا تكون تلك الدولة قد تحفظت على نص الاتفاقية الذي يقضي بعدم أهمية الكتابة لإثبات انعقاد عقد البيع أو تعديله أو فسخه رضائياً بين أطرافه، أو لوقوع الإيجاب أو القبول أو الإعلان عن قصد أحد الطرفين فيما يخص العقد، فإن أعلنت الدولة تحفظها فإن نص المادة السابق ذكره بشأن تحرير عقد البيع من الشروط الشكلية يصبح معطلاً كأن لم

(386) Telegram is a written message delivered from the sender to the receiver via, third party,(a post office).

(387) Telex is a dial-up public controlled tele-printer set-up for the communication and delivery of printed mail among members.

(388) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Vienna. 1980, article 13.

يكن، وبالتالي تخضع العقد للشروط التي تحددها تلك الدولة في قوانينها الوطنية، وقد ذكرت الاتفاقية ذلك بنصها على أنه:

(any provision of article 11 of this convention that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance or other indication of intention to be made in any form other than in writing does not apply where any party has his place of business in a contracting state which has made a declaration under article (96) of this convention)⁽³⁸⁹⁾.

وبالتالي فإن لكل دولة منقادة يشترط تشريعها انعقاد عقود البيع أو إثباتها كتابةً أن تصدر في أي وقت إعلاناً وفقاً للمادة السابقة مفاده أن أي حكم من أحكام المواد التي تجيز انعقاد عقد البيع أو تعديله أو إنهائه رضائياً، دون أي اشتراط للكتابة، أو إصدار الإيجاب أو القبول أو أي تعبير آخر عن النية، بأي صورة غير الكتابة، لا ينطبق على الحالات التي يكون فيها مكان عمل أحد الطرفين في تلك الدولة⁽³⁹⁰⁾.

ومن النص السابق نستطيع ملاحظة الآتي:

⁽³⁸⁹⁾ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Vienna. 1980, article 12.

⁽³⁹⁰⁾ وبهذا الشأن نصت المادة (96) على أنه:

(A Contracting State whose legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing may at any time make a declaration in accordance with article 12 that any provision of article 11, article 29 or Part II of this Convention that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention to be made in any form other than in writing, does not apply where any party has his place of business in that state).

وبالتالي فإن لكل دولة طرف في الاتفاقية يشترط تشريعها انعقاد عقود البيع أو إثباتها كتابةً أن تصدر في أي وقت سواء عند التوقيع أو التصديق على الاتفاقية أو حتى في وقت لاحق إعلاناً وفقاً للمادة 12 التي تقضي بتعطيل أحكام المادة 11 والتي تجيز انعقاد عقد البيع أو تعديله أو إنهائه رضائياً أو إصدار الإيجاب أو القبول أو أي تعبير آخر عن النية، بأي صورة غير الكتابة، لا ينطبق على الحالات التي يكون فيها مكان عمل أحد الطرفين في تلك الدولة.

- تجوز لأي دولة طرف في الاتفاقية أن تعلن تحفظها على الإعفاء من شرط شكلية العقد الذي حددته الاتفاقية وإخضاع العقد بدلا من ذلك للشرط الشكلية وفقا للقواعد المنظمة للعقد في قوانينها الوطنية.
- أن الاتفاقية لهذا الشأن تعد أكثر مرونة إذ جعلت القوانين الوطنية للدول المتعاقدة هي صاحبة الاختصاص الأول في تنظيم شكلية العقد الدولي، وبالتالي فإن لم تقرر الدولة عند النوقع على الاتفاقية أو في أي وقت لاحق على النوقع بإعلان تحفظها على أي من النصوص الخاصة بتنظيم شكلية العقد، فإن ذلك يعد موافقة ضمنية لأحكام الاتفاقية وإجازة لنصوص الاتفاقية المتعلقة بهذا الخصوص فيصبح تطبيق الاتفاقية لنص الإعفاء من شرط الشكلية تطبيقا لرغبة وقوانين الدول المتعاقدة، أما إن أعلنت الدولة المتعاقدة تحفظها وفقا للنص السابق، فإن قوانينها الوطنية هي التي تصبح مختصة وأولى بتنظيم شكلية العقد الدولي. بل وأن الاتفاقية قد جعلت الخروج عن هذا التحفظ من قبل أطراف العقد الدولي أمرا غير جائز فينت أنه إذا ما تم تحفظ من قبل إحدى الدول على النص السابق فإنه لا تجوز لأي من أطراف العقد مخالفة ذلك التحفظ أو الخروج عليه و تعديل آثاره. ومن ثم يصبح التحفظ من قبيل القواعد الآمرة التي لا تجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها أو تعديل آثارها. وفي هذا الشأن نصت الاتفاقية على أنه:

(The parties may not derogate from or vary the effect of this article)⁽³⁹¹⁾.

- أن الاتفاقية قد وضعت حدا للقضاء على مشكلة تنازع القوانين التي قد تتور في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع بشأن شكلية عقد البيع الدولي للبضائع، وذلك بنصها على أن القانون المختص بتنظيم العقد هو قانون الدولة المتعاقدة التي يوجد

⁽³⁹¹⁾ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Vienna. 1980, article 12.

لها مكان عمل أحد الطرفين (any party has his place of business in a contracting state)، لكن ومع ذلك إلا أننا نجد أن مسألة تنازع القوانين قد تثار من جديد نظراً لتمثيلها بإحدى الصور التالية:

الأولى: أن تعلن إحدى الدولتين المتعاقبتين اللتين يوجد فيهما مكانا عمل الأطراف تحفظها وفقاً للنص السابق بينما لا تعلن الأخرى أي تحفظ، وعندها نكون بصدد تطبيق قوانين الدولة المنخفضة لأنها تعتبر المعنية من استثناء حرية شكلية العقد بين الأطراف الذي قصدته الاتفاقية بنصها السابق، وفي هذه الحالة لا تثار أية مشكلة تتعلق بتنازع القوانين.

الثانية: أن تعلن الدولتان تحفظهما وفقاً للنص السابق، ولا يوجد أي تنازع أو اختلاف بين قوانين تلك الدولتين، وهنا فإن تطبيق قانون إحدى الدولتين يعتبر تطبيقاً لكليهما معاً ولا يقوم أي تنازع بين القوانين في هذه الحالة أيضاً.

الثالثة: أن تعلن الدولتان تحفظهما وفقاً للنص السابق، ولكن قوانين هاتين الدولتين تختلفان فيما بينهما بشأن الأحكام المنظمة للعقد الدولي، وهنا تثار مشكلة تنازع القوانين بين الدول التي يوجد فيهما مكانا عمل أطراف التعاقد الدولي، وفي هذه الحالة ينبر الرجوع إلى قواعد الإسناد وفقاً لأحكام وقواعد القانون الدولي الخاص.

ثانياً: طرق حل منازعات التجارة الدولية:

1. القضاء

يرجع الفضل كما يقول البعض⁽³⁹²⁾ في بناء قواعد القانون التجاري الدولي للقضاء التجاري الدولي وعلى وجه الخصوص القضاء الإنجليزي الذي وضع اللبنات الأولى للقضاء التجاري الدولي خلال

(392) السنباطي، إيهاب. موسوعة الإطار القانوني للتجارية الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م، ص 49-51.

النصف الثاني من القرن التاسع عشر حينما ازدهرت التجارة الدولية فنصدي القضاة الإنجليز لوضع قواعد التجارة الدولية مثل اللورد "مانسفيلد" الذي يعد أول من وضع أسس القانون التجاري الدولي في إنجلترا وغيره من اللوردات مثل "بلاك بيرن"، "وسكرتون" الذين حملوا شعلة المسيرة الحديثة للقانون التجاري الدولي، ويرجع السبب في ذلك إلى ما درج عليه القضاة الإنجليز من حرص على الوصول إلى العدالة ولو بغير الأطر والثوابت التقليدية، وهو ما خلق بيئة صحية وآمنة لممارسة التجارة الدولية فصارت إنجلترا وخاصة مدينة لندن من كراً عالمياً للتجارة الدولية⁽³⁹³⁾.

وللقضاء التجاري الدولي تطبيقات عدة في حل منازعات التجارة الدولية منها على سبيل المثال القضية رقم 589⁽³⁹⁴⁾ التي أوردتها لجنة القانون التجاري الدولي بالأمر المنحدة وغيرها من القضايا تعكس تأثير القضاء التجاري الدولي على مجريات التجارة الدولية عن طريق الاستئناس بأحكام القضاء التجاري الدولي والسوابق القضائية في هذا المجال.

وعلى الرغم مما سبق إلا أن القضاء التجاري الدولي قد تراجع مؤخراً أمام طرق حل منازعات التجارة الدولية الأخرى كالنكسر، ولعل القضية الشهيرة التي وقعت بين شركتي "آبل" و "سامسونج" تؤيد ذلك، فقد تابعت وسائل الإعلام تطورات هذه القضية في العام 2012م والتي تحكي وقائعها أن شركة "آبل" الأمريكية قد رفعت دعوى ضد شركة "سامسونج" الكورية في

(393) المرجع السابق ، ص 51.

(394) وقعت هذه القضية في ديسمبر 2002م وتتلخص وقائع هذه القضية بأن شركة تجارية ألمانية (المدعي) اشترت مثلثات تحذير من الخطر على الطريق من شركة هولندية (المدعى عليه) وأدرجت في العقد بين الطرفين شروط المدعي القياسية التي حددت مدينة "ليندن" الألمانية باعتبارها مكان تنفيذ العقد ونصت على أن محاكم مدينة "غيسن" الألمانية ذات اختصاص للنظر في المنازعات التي قد تنشأ من العلاقة. وبعد أن أعلن المدعي فسخ العقد بحجة أن السلع غير مطابقة لشروط عقد البيع، رفع دعوى لاسترداد ثمن البيع والحصول على تعويض عن نفقات التخزين. ورأت محكمة غيسن الإقليمية أنها ذات اختصاص للنظر في النزاع بموجب المادة (1/5) من لائحة بروكسل الأولى. ووفقاً لهذا الحكم، يجوز أن ترفع على أي شخص يقيم في دولة عضو دعوى أمام محاكم مكان تنفيذ الالتزام التعاقدى المشار إليه. وبما أن اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980 لا تتضمن حكماً صريحاً يبين مكان تنفيذ الالتزام برد ثمن البيع، رأت المحكمة أن المادة (1/57) من اتفاقية البيع تنطبق مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال والمادة (31/ج) من اتفاقية البيع فيما يخص الالتزام بإرجاع البضائع، أي ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، وأن مكان عمل المشتري في هذه الحالة مدينة (ليندن) هو مكان تنفيذ الالتزامات برد الثمن وإرجاع السلع، ورأت المحكمة أن الشيء ذاته ينطبق على المطالبة بالتعويض. وأوردتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) القضية رقم 589 على موقع اللجنة في الإنترنت على الرابط:

www.uncitral.org/uncitral/ar/case_law/abstracts.html

أبريل 2011م⁽³⁹⁵⁾ تدعي فيها انتهاك هذه الأخيرة لسبعة من براءات اختراعها و تطالبها بتعويض بمبلغ وقدره 2.5 مليار دولار، وكانت شركة "آبل" قد رفعت دعوى أمام محكمة "سان خوسيه" في ولاية "كاليفورنيا" بالولايات المتحدة الأمريكية وتكررت الدعوى على طلب آبل الحصول على تعويضات قيمتها 2.5 مليار دولار من "سامسونج" بدعوى تقليد تصميماتها للهواتف الذكية والكمبيوتر اللوحي المملوكة للشركة الأمريكية بحسب إدعائها. وردت سامسونج بالقول إن "آبل" انتهكت الكثير من براءات الاختراع المملوكة للأولى، لكن شركة "آبل" كسبت الدعوى، ورفعت من جانبها شركة "سامسونج" الكورية دعوى قضائية مضادة في كوريا الجنوبية ضد شركة "آبل" في ذات الشأن فكسبتها أيضاً وتم الحكم لصالحها، ولكن الولايات المتحدة رفضت ذلك وتم اعتماد القضاء التجاري الأمريكي فحكم بالتعويض لصالح شركة "آبل" الأمريكية.

على الرغم من أن القضية قد انتهت بالحكم لصالح شركة "آبل" ودفعت شركة "سامسونج" الكورية الجنوبية مبلغ التعويض الذي حكمت به المحكمة الأمريكية وقدره 1 مليار دولار⁽³⁹⁶⁾، إلا أن مسألة أن كلا من الشركتين تكسب الدعوى ضد الأخرى في حال رفعها في الدولة التي تحمل جنسيتها يؤثر سلباً بشأن الاعتماد على القضاء التجاري الدولي في حل منازعات التجارة الدولية.

وعلى كل فيعتبر القضاء التجاري الدولي هو المرجع الأول لحل نزاعات التجارة الدولية إذ ينمر الرجوع إليه عند فشل التحكيم التجاري الدولي أو وجود خطأ في التحكيم أو في منازعات التحكيم نفسها سواء بين أطراف التحكيم أو أحد الطرفين وهيئة التحكيم، أو عند تعيين المحكمة التجارية الدولية لمحكم ثان، أو إبطال قرار التحكيم عند تجاوز المحكمين

⁽³⁹⁵⁾ جاء ذلك في مقال نشرته شبكة الجزيرة أونلاين تحت عنوان: (آبل تخسر 2.75 مليار دولار بسبب سامسونج) بتاريخ 13 أغسطس 2012م.

⁽³⁹⁶⁾ جاء ذلك في مقال نشرته شبكة الجزيرة أونلاين تحت عنوان: (سامسونج ترسل تعويض البراءة لـ آبل على متن 30 شاحنة) بتاريخ 30 أغسطس 2012م.

لاختصاصاتهم القضائية أو غيرها من المسائل المتعلقة التي يفصل فيها القضاء التجاري الدولي عند فشل التحكيم التجاري الدولي في الفصل فيها .

وعلى الرغم مما سبق فإنه في الغالب لا تتخذ أطراف التجارة الدولية اللجوء إلى القضاء في حل منازعاتهم ويرجع ذلك للآتي:

1. القضاء يعتبر من الطرق المكلفة جداً مالياً بسبب القيود التي تفرضها النظر القانونية،

سواء من حيث تعدد درجات التقاضي، بطيء إجراءات المرافعات، عدم تجاوب القواعد الوطنية التي يطبقها القاضي الوطني مع متطلبات المرونة والمفاهيم الموسعة التي تقتضيها طبيعة التعاملات التجارية الدولية⁽³⁹⁷⁾.

2. قلة الخبرة لدى بعض الدول بشأن موضوع القضاء التجاري عامةً والقضاء التجاري الدولي على وجه الخصوص إذ على سبيل المثال يذكر البعض⁽³⁹⁸⁾ أنه حتى العام 1976 لم يكن يوجد في الجمهورية العربية اليمنية (سابقاً) أي محاكم مخصصة في القضاء التجاري حتى صدر قانون بتنظيمها متزامناً مع إبرام اتفاق مع حكومة جمهورية السودان ممثل بانديب عدد من قضاة جمهورية السودان التجاريين للعمل في المحاكم التجارية بالجمهورية اليمنية وكذا مدرسين لتدريب المقترين في المحاكم التجارية اليمنية.

3. عدم توافق إجراءات القضاء مع أهداف الأطراف في العقود التجارية الدولية؛ فالنجار تخرصون على عدم وجود خلافات، كما يميلون إلى حلها ودياً إن نشبت عن طريق التحكيم أو التوفيق أو الوساطة مبغدين عن القضاء وإجراءاته وتكاليف الوقت والمال التي ترافق سير الدعاوى وإجراءات التقاضي.

(397) العوفي، صالح بن عبد الله بن عطف، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، 1998م، ص 356.

(398) جاء ذلك في حلقة نقاشية حول صعوبات وعوائق سير عمل القضاء التجاري، وزارة العدل، الجمهورية اليمنية، 2004م، ص 23.

4. الخوف من محاباة القضاء الوطني مواطنيه على حساب الغير ولعل ما ذكرناه سابقاً

فيما يتعلق بقضية شركتي "آبل" و"سامسونج" لهو خير دليل على ذلك.

5. لا يسعى القضاء كغيره من طرق حل المنازعات في عقود التجارة الدولية إلى تقريب

وجهات النظر بين الأطراف والنوفيق بين مرغبات المتقاضين، إنما يعتمد في الفصل بين

الخصوم على الأدلة والمستندات دون محاولة إرضاء الطرفين وتقريب وجهات

النظر بينهما.

2. الوساطة:

الوساطة كطريقة لسوية المنازعات تقتضي أن تكون الأطراف مسنعة بشكل جيد

وملتزمة باحترام القائم لها، ويتم عند استخدام الوساطة لسوية المنازعات التركيز على

المصالح الحقيقية للأطراف، وليس على حقوقهم أو التزامهم التعاقدية أو القانونية، وتعتبر

الوساطة طريقة سهلة لحل المنازعات في مجتمع الأعمال التجارية، حيث أنها أسرع من

التقاضي والنكسر، كما تقل تكلفة الوساطة بنسبة 5% عن تكلفة النكسر في حل نزاع

مماثل، وتأخذ أقل من 75% من الوقت المستهلك في النكسر ونسبة نجاحها عالية، إلا أن

استخدام الوساطة رغم المزايا السابق ذكرها لا يزال قليل في المنازعات الدولية ويرجع ذلك

لعدة أسباب منها: عدم الإلمام بالإجراءات المنبثقة في الوساطة، الاختلافات في اللغة والثقافة و

الأعراف بين أطراف التعاقد، المسافات الكبيرة التي تفصل بين الأطراف، كما أن نجاح حل

النزاع عن طريق الوساطة يتطلب حلاً يرضي كافة الأطراف ويشتمل على تقديم بعض التنازلات

من كلا الطرفين وهو الأمر الذي يرغب عنه كثير من أطراف النزاعات التعاقدية⁽³⁹⁹⁾، أضف إلى

ذلك أن الوساطة عملية غير ملزمة قانوناً لأطراف النزاع إلا بعد التوقيع على اتفاق السوية الذي

تضمنته نتائجها مما يجعل الوساطة تبدو وكأنها عامل مساعد في حل النزاع وليس بديلاً لطرق

(399) البقمي، عائض سلطان. تسوية المنازعات الدولية في عقود النفط والغاز، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين (الطاقة بين الاقتصاد والقانون)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013م ص 1447-1449.

حل النزاع الأخرى كالتحكيم والتضاء ولذلك لن يتم التوسع بالحديث عنها في دراستنا هذه وسنكتفي بما تم ذكره.

3. التحكيم:

يعد التحكيم أشهر طرق حل المنازعات التجارية الدولية فغالباً ما يتم إدراج اللجوء إليه كشرط عند التعاقد وتضمن العقد بين الأطراف ذلك الشرط، ولأهمية هذا الموضوع وارتباطه بموضوع التحكيم الإلكتروني فسنحدث عنه تفصيلاً في موضع آخر من هذه الدراسة.

الباب الثالث: تطبيقات المعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية

وتحتوي هذا الباب على فصلين:

الفصل الأول: صور استخدام المعاملات الإلكترونية

الفصل الثاني: الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية

الفصل الأول: صور استخدام المعاملات الإلكترونية

تنوع صور استخدام المعاملات الإلكترونية بشع المعاملات المرتبطة بالعاقد بين الأطراف، غير أن أهم هذه الصور هي تلك التي ترتبط بتكوين العقد الإلكتروني وإثباته أو تتعلق بأنظمة وطرق الدفع الإلكتروني وتسوية المنازعات بين الأطراف إلكترونياً، وعليه فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نحدث في المبحث الأول عن تكوين العقد الإلكتروني والإثبات الإلكتروني، وفي المبحث الثاني نحدث عن أنظمة وطرق الدفع الإلكترونية وتسوية المنازعات إلكترونياً كما يلي:

المبحث الأول: تكوين العقد الإلكتروني والإثبات الإلكتروني

المطلب الأول: تكوين العقد الإلكتروني

يعتبر العقد الإلكتروني من أهم المعاملات الإلكترونية على الإطلاق؛ إذ أن الاعتراف القانوني بالعقد الإلكتروني يعني الاعتراف القانوني التلقائي لسائر باقي المعاملات الإلكترونية والعكس صحيحاً، أي أن عدم الاعتراف القانوني بصحة العقد التي تستخدم في تكوينها رسائل البيانات يؤثر سلباً على كافة صور المعاملات الإلكترونية الأخرى كالنقوع الإلكتروني والإثبات الإلكتروني وغيرها من المعاملات المتعلقة بالأنشطة التجارية، ولذلك فقد أهتم المجتمع الدولي بتنظيم العقد الإلكتروني عن طريق وضع الاتفاقيات الدولية والقوانين الدولية المتعلقة بتنظيم هذا العقد، وفيما يلي سنوضح دور رسائل البيانات في تكوين العقد الإلكتروني وفقاً للقوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الخصوص.

تعريف العقد الإلكتروني:

يعرف الفقه العقد الإلكتروني على أنه: (مبادلة مال مثله أو منفعة عن طريق أجهزة الحوسبة)⁽⁴⁰⁰⁾، لم تورد الاتفاقيات والقوانين الدولية المتعلقة بتنظيم موضوع العقد الإلكتروني والموضوعات المتعلقة به أي تعريف لهذا العقد، لكننا الفقه قد تصدى لذلك فعرف العقد الإلكتروني على أنه: العقد الذي يبرم عن بعد بين غائبين⁽⁴⁰¹⁾، أما في القوانين الوطنية فيعرف العقد في القانون على أنه: (الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً)⁽⁴⁰²⁾، وقد توسعت بعض القوانين في تعريف العقد الإلكتروني فاعتبرت أي تصرف يسبق العقد أو يلازمه خصوص إبرامه من حيث المرحلة السابقة على التعاقد وهي التفاوض أو إبرامه، كل هذه الطرق

(400) الطويلي، عبد العزيز بن علي. عقود التجارة الإلكترونية، طبيعتها - أركانها - ضوابطها، ورقة عمل قدمت في ندوة

المعاملات القانونية الإلكترونية وعقود التجارة الدولية، دبي، فبراير، 2007م، ص5.

(401) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي. إبرام العقد الإلكتروني في أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، كلية الحقوق،

جامعة الكويت، الكويت، بدون تاريخ، ص2.

(402) قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001م، المادة(1).

إذا تم القيام بها كلياً أو جزئياً من خلال وسيط إلكتروني، فإن العقد الذي ينعقد تبعاً لها يعتبر عقداً إلكترونياً⁽⁴⁰³⁾.

ومن خلال ما سبق نجد أن التعريفات السابقة قد ركزت على كيفية انعقاد العقد لوصفه بالعقد الإلكتروني، فالعقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي وفقاً للتعريفات السابقة إلا من الناحية الشكلية فقط، ففي الوقت الذي ينم إفراغ العقد التقليدي على دعامة مادية كالمستندات الورقية ينم إفراغ العقد الإلكتروني على دعامة إلكترونية، ولكن النعمن في مفهوم العقد الإلكتروني يكشف اختلافه عن ذلك التقليدي في بعض الصفات مثل مميزات تخص لها العقد الإلكتروني ونوجزها في الآتي :

- عدم وجود مجلس عقد حقيقي في العقد الإلكتروني : وتعتبر هذه الخاصية أهم خاصية يميز بها العقد الإلكتروني، وهي نتيجة حتمية لاعتماد المتعاقدين على رسائل البيانات وإتمام التعاقد بينهم عن طريق المخاطبات الإلكترونية الحكيمة وبالتالي ينولد مجلس عقد حقيقي أو افتراضي وليس مجلس عقد حقيقي.
- وعلى الرغم من أن الخاصية السابقة توفر للعقد الإلكتروني بعض الفوائد مثل السرعة في إتمام العقود، توفير تكاليف المقابلات والسفر خاصة السفر الدولي، توفير مصاريف التفاوض بين المتعاقدين سواء تلك المباشرة مثل قيمة المستندات ولقاءات التفاوض، أو غير المباشرة مثل التهربات الجانبية التي ترافق إجراءات المفاوضات خطوات ما قبل التعاقد التي ينكدها المتعاقدان، العامل المباشرة بين المتعاقدين وإلغاء دور الوسيط في التعاقد وزيادة سرية وأمان التعاقدات بسبب قلّة الأشخاص المطلعين على إجراءات التعاقد من غير الأطراف، على الرغم من ذلك فإن الخاصية السابقة تثير بعض الصعوبات التي ترافق التعاقد الإلكتروني مثل صعوبة إمكانية التحقق الكامل من شخصية الأطراف المتعاقدة، أيضاً

(403) نقلاً عن : عبيدات، لورنس محمد. إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م، ص 25.

وقوع الأطراف أحياناً في مغبة عدم ذكر كافة التفاصيل أو عدم فهمها إضافة إلى بعض المشكلات التقنية المتعلقة بتكنولوجيا الاتصالات والمراسلات بين الأفراد .

- إذابة الحواجز المكانية عند التعاقد وإعطاء حرية أكبر للأطراف في إبرام العقود: فلا وجود لأي اعتبار مكاني عند التعاقد الإلكتروني الدولي بين الأطراف وبذلك يسهل على الطرفين إبرام العقود في ظل مراقبة أخف منها داخل دولتيهما في حالة العقود التقليدية.

تكوين العقد الإلكتروني: (Formation of E- contract):

يعتقد العقد الإلكتروني بمجرد النقاء إرادة المتعاقدين، وقد أجازت القوانين الوطنية التعبير عن الإرادة بوسائل إلكترونية فنص بعض هذه القوانين على ذلك مثل القانون البحريني الذي نص على أنه: (في سياق إبرام العقود تجوز التعبير كلياً أو جزئياً عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول، عن طريق السجلات الإلكترونية ما لم يثبت الطرفان على غير ذلك)⁽⁴⁰⁴⁾ أفرد قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مادة في فصله الثالث تحت عنوان تكوين العقود وصحتها فنص على أنه:

(In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages)⁽⁴⁰⁵⁾.

وعلى الرغم من عنوان المادة السابقة الذي أفرد القانون السابق، إلا أن النص لم يوضح أي كيفية أو شروط معينة لتكوين العقد الإلكتروني، فقد اكتفى بالتأكيد على حجيت الاعتراف برسائل البيانات في مبادلات الإيجاب والقبول، بل إن القانون السابق قد أفرد في مذكرته

(404) قانون التجارة الإلكترونية البحريني، المادة(10).

(405) UNICERAL Model Law on Electronic commerce 1996, Article 11/1.

الإيضاحية الصادرة عن لجنة الأمر المنحدة للقانون التجاري الدولي (UNICETRAL) أنها ليس المقصود بالمادة (11) السابق ذكرها أن تُفسر بالقانون المعني بتكوين العقود، بل المقصود منها أن تشجع التجارة الدولية بتوفير المزيد من اليقين القانوني بشأن إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية. وفي التعاقد الإلكتروني يلعب زمن ومكان إرسال واستقبال المخاطبات الإلكترونية دوراً هاماً في تحديد وقت ومكان انعقاد العقد، وتحديد مسألة وصول الرسالة الإلكترونية من عدمها ومكنته تحمل مخاطر عدم وصولها وتبعاتها⁽⁴⁰⁶⁾، وقد بينت اتفاقية الأمر المنحدة المتعلقة باستخدام الخطاب الإلكتروني في العقود الدولية وقت ومكان إرسال الخطاب الإلكتروني على النحو التالي:

أولاً: وقت إرسال الخطاب الإلكتروني (Time of dispatch electronic communication):

فجعلت الوقت الذي يغادر فيه الخطاب الإلكتروني نظام المعلومات⁽⁴⁰⁷⁾ الذي يقع تحت سيطرة المنشئ⁽⁴⁰⁸⁾ سواء أرسله بنفسه أو بواسطة شخص آخر ينوب عنه فنصت على أن:

⁽⁴⁰⁶⁾ تطلق هذه التسمية على العقود التي يكون فيها سلطة أوسع لأحد المتعاقدين لوضع شروط العقد وبنوده، ويطلق عليه الفرنسيون "عقد الانضمام"، أما مصطلح عقد الإذعان فهي تسمية عربية ليست مترجمة من أي قانون آخر، وعقد الإذعان يعرف في القانون على أنه:

⁽⁴⁰⁷⁾ نظام المعلومات : أي نظام لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو تلقيها أو معالجتها أو تخزينها على أي نحو آخر. (اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطاب الإلكترونية في العقود الدولية، المادة 4/f)،

⁽⁴⁰⁸⁾ ويقصد بالمنشئ الطرف الذي أرسل الخطاب الإلكتروني أو أنشأه قبل تخزينه إن حدث تخزين، أو من قام بذلك نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الطرف الذي يتصرف فيما يخص ذلك الخطاب الإلكتروني. (اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطاب الإلكترونية في العقود الدولية، المادة 4/d)، ووفقاً للتفسير السابق يعتبر كل شخص أنشأ الخطاب الإلكتروني بواسطة برنامج حتمي أو أي وسيط إلكتروني منشئاً، كما يعتبر أي شخص أرسل الخطاب الإلكتروني منشئاً بشرط أن يكون هو من أنشأه أو أنشأه شخص آخر وقام هو بإرساله كوكيل عن المنشئ لا وسيطاً بينه وبين الطرف المرسل إليه، وقد قصدت الاتفاقية السابقة بذلك استبعاد وسطاء المراسلات بين الأطراف عن وصفها بالمنشئ والذين لا يتصرفون بالنيابة عن المرسل أو المنشئ للخطاب كمالك محلات الإنترنت أو خبراء التعامل مع الشبكات وأنظمة الحاسوب، ولكن نلاحظ على الاتفاقية السابقة أنها قد استخدمت لفظ (party) لوصف الشخص الوسيط بين المنشئ والمرسل إليه فنصت على أنه:

(But it does not include a (party) acting as an intermediary) Article 4/d.

في حين أنه لا علاقة للشخص الذي يلعب دور الوسيط في إرسال الخطابات في التعامل بين الأطراف (المرسل والمرسل إليه) ولا ينتج التعامل بينهما أي اثر بالنسبة له.

(The time of dispatch of an electronic communication is the time when it leaves an information system under the control of the originator or of the party who sent it on behalf of the originator)⁽⁴⁰⁹⁾

أما في حالة أن الخطاب لم يغادر نظام المعلومات الذي يقع تحت سيطرة المنشئ أو الطرف الذي ينوب عنه في إرسال الخطاب، فإن وقت إرسال الخطاب هو وقت استلامه وتلقيه من قبل المرسل إليه (Addressee)⁽⁴¹⁰⁾.

ثانياً: وقت تلقي الخطاب الإلكتروني (Time of dispatch electronic communication):

يعتبر وقت تلقي الخطاب الإلكتروني بحسب الاتفاقية هو الوقت الذي يصبح فيه ذلك الخطاب قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه على عنوان إلكتروني معين، وذلك بنصها على أنه:

(The time of receipt of an electronic communication is the time when it becomes capable of being retrieved by the addressee at an electronic address designated by the addressee)⁽⁴¹¹⁾.

و من النص السابق نجد أن الاتفاقية قد أخذت بنظرية وصول الخطاب وليس العلم به⁽⁴¹²⁾ لاعتبار المرسل إليه قد تلقى الخطاب الإلكتروني من الطرف المنشئ، و الاتفاقية بذلك قد

⁽⁴⁰⁹⁾ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2005, article 10/1.

⁽⁴¹⁰⁾ المرسل إليه فيما يتعلق بالخطاب الإلكتروني هو: الطرف الذي يريده المنشئ أن يتلقى الخطاب الإلكتروني باستثناء الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بذلك الخطاب. الاتفاقية السابقة، المادة (4/e).

⁽⁴¹¹⁾ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2005, article 10/1.

⁽⁴¹²⁾ يتعلق القبول في العقد الإلكتروني كما هو الحال في العقد التقليدي بمكان ووقت إرسال واستقبال الخطاب الإلكتروني، وينظم القانون المدني أربع نظريات تحدد وقت القبول في العقد وهذه النظريات هي: 1. نظرية اعتماد الخطاب من تاريخ التعبير عنه، (Time of expression)، 2. نظرية إرسال الخطاب (Time of dispatch)، 3. نظرية وصول القبول (Time of receipt)، 4. نظرية العلم بالخطاب (Time of actual awareness of communication) التي تعتبر أكثر شيوعاً من سابقتها.

(Masadeh, Aymen. & Bashayreh Mohammad. op.cit., page 36.)

وعلى الرغم من أن السبب في اختلاف النظريات السابقة عن بعضها يعود إلى اعتبار زمني، إلا أن ذلك يؤثر في نتائج تطبيق تلك النظريات، ففي الوقت الذي يعفى منشئ الخطاب الإلكتروني في النظريتين الأوليين (نظرية التعبير و نظرية الإرسال) من تكاليف نقل الخطاب إلى علم المتعاقد الآخر وعاقبة فشل وصوله إليه بمعنى أنه ليس على المصدر للخطاب الإلكتروني سوى إصداره فقط دون إلزام إرساله في النظرية الأولى أو إعلام طرف الآخر به طبقاً للنظرية الثانية، في الوقت نفسه نجد أن الأمر يختلف وفقاً

خفت من القاعدة العامة التي تقول بنظرية العلم بالوصول كوقت لوصول المخاطبات بين الأطراف، ولكنها اشترطت لتحقيق ذلك الشروط التالية:

1. أن يتم وصول الخطاب على عنوان إلكتروني تحدد المرسل إليه للمرسل سلفاً، وذلك لاستقرار المعاملات فقد يمثل المرسل إليه كمنشئ من عنوان إلكتروني، وإعمال مبدأ سيادة حسن النية عند التعامل بين الأطراف فيجب على المنشئ المرسل عدم مخالفة ما يطلبه منه المرسل إليه بشأن تحديد العنوان الإلكتروني لإرسال الخطاب الإلكتروني إليه، ويكون التحديد أما صريحاً كأن يطلب المرسل إليه ذلك صراحة من المنشئ أو ضمناً كأن يتم الرد على نفس البريد أو العنوان الإلكتروني الذي بعث منهما المرسل إليه خطاباً إلكترونياً المتعلق بإتمام المعاملة بينهما .

2. أن يصبح الخطاب الإلكتروني قابلاً للاستخراج في العنوان المحدد، فلا يكفي أن يتم إرسال الخطاب الإلكتروني إلى العنوان المحدد من قبل المرسل إليه، بل يجب أن يصبح متاحاً للمرسل إليه في ذلك العنوان قابلاً للاستخراج منه من قبل المرسل إليه أو من ينوب عنه أو الوسيط في ذلك، ويصبح الخطاب الإلكتروني قابلاً للاستخراج حينما يستطيع المرسل أو الشخص الذي ينوب عنه الإطلاع على محتوياته وفهم تفاصيله التي قصد المنشئ توضيحها للمرسل إليه، وقد قصدت الاتفاقية بذلك قطع الطريق على المنشئ للخطاب الإلكتروني أن يدعي وصول الخطاب إلى عنوان المرسل إليه الإلكتروني من غير مسؤوليته عن عدم قابلية ذلك الخطاب للاستخراج كأن يكون الملف مدمس، أو مشفر، أو غير ذلك من العوائق التي تحول بين المرسل إليه واستخراجه والإطلاع عليه من غير أن يكون لهذا الأخير سبب في عدم القدرة على

للنظريتين الأخيرتين (نظرية الوصول ونظرية العلم بالوصول) إذ يتحمل المصدر للخطاب كافة التكاليف والتبعات حتى يصل إلى الطرف المتعاقد الآخر، وعلى الرغم من ذلك إلى أن نظرية العلم تعتبر الأسلم لحفظ حقوق المتعاملين وإثبات مبدأ حسن النية عند التعاقد بين الأطراف واستقرار التعامل بينهم، ومع ذلك فإن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية قد أخذت بنظرية الوصول برغم الحالة الخاصة التي تتميز بها التعاقدات الإلكترونية والتي يكاد ينوب الفوارق الزمنية بين كافة النظريات وتصبح نظرية واحدة لأن زمن الإرسال هو نفس زمن الوصول كمل خبر سوا

استخراجها، كأن يكون الخطاب الإلكتروني على شكل ملف كتابي من النوع (Word) الذي يفترض توافق البرنامج (Microsoft word) القاهر على فتح مثل هذا النوع من الملفات في كافة أجهزة الكمبيوتر، وغير ذلك من الأسباب التي لا علاقة للشخص المنشئ للخطاب الإلكتروني بوجودها.

أما في حالة عدم تحديد المرسل إليه لعنوان إلكتروني معين لينشر إرسال الخطاب إلى ذلك العنوان وترإرساله على عنوان آخر للمرسل إليه، لكن المرسل إليه لم تحدد بنفسه أو بمن ينوب عنه للمنشئ فإن الاتفاقية نصت على قيدين لا اعتبار وقت تلقي الخطاب الإلكتروني ونصت على أنه:

(The time when it becomes capable of being retrieved by the addressee at that address and the addressee becomes aware that the electronic communication has been sent to that address)⁽⁴¹³⁾.

ومن النص السابق نجد أن الاتفاقية قد قيدت وقت تلقي الخطاب بقيدين هما:

1. أن يصبح ذلك الخطاب متاحاً وقابلًا للاستخراج بواسطة المرسل إليه أو من ينوب عنه.
2. أن يصبح المرسل إليه على علم بذلك الخطاب، وفي هذه الحالة نجد أن الاتفاقية لم تأخذ بنظرية الوصول كما في الحالة السابقة، بل أخذت بنظرية العلم بالوصول كمساواة بين مصلحة الطرفين، لكنها عادت وافترضت أن المرسل إليه يصبح على علم بالوصول وأن الخطاب الإلكتروني يصبح قابلًا للاستخراج من تاريخ وصول الخطاب إلى عنوانه الإلكتروني فنصت على أنه:

(An electronic communication is presumed to be capable of being retrieved by the addressee when it reaches the addressee's electronic address)⁽⁴¹⁴⁾.

⁽⁴¹³⁾ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2005, article 10/2.ي

وبالتالي فإن على المرسل إليه في هذه الحالة عبء إثبات أن الخطاب الإلكتروني لم يكن قابلاً للاستخراج حال وصوله ولم ينسب له الإطلاع عليه ومعرفة محتوياته من غير أن يكون هو السبب في ذلك كتصور في خبرته للتعامل مع أجهزة الكمبيوتر أو شبكات الاتصال، وبقرأة هذا النص مع النص السابق (1/10) يبين لنا أن الاتفاقية قد سكت على مسألة عبء الإثبات في الحالة الأولى التي ينظمها نص الاتفاقية المادة (1/10) وهو ما يشير ضمناً إلى أن عبء إثبات أن الخطاب الإلكتروني قابل للاستخراج يقع على عاتق الشخص المنشئ للخطاب، وهذا الأمر الذي تكتفه العديد من المصاعب عند التطبيق العملي إذ لا يستطيع الشخص المنشئ إثبات ذلك إلا إن تم الاستشهاد بالخطاب الصادر منه وسيكون في هذه الحالة بمثابة الدليل الذي يصنعه الحصر لنفسه.

الغلط في تكوين الرسالة الإلكترونية⁽⁴¹⁵⁾.

قد يقع الشخص المنشئ⁽⁴¹⁶⁾ (originator) لرسالة البيانات الإلكترونية أو الخطاب الإلكتروني - سواء كان الموجب أو القابل - في غلط إلكتروني عند تكوين الرسالة، أو عند إرسالها، كأن ينمر الضغط المزروع على أحد مفاتيح الأرقام دون قصد وعلم فينمر إدخال الرقم (100) بدلاً من الرقم (10)، أو أن ترسل الرسالة بالموافقة على الطلب بعد انعقاد العقد مع شخص يكشف المرسل أنه ليس الشخص المعين أو المخنار من بين قائمة الأشخاص الآخرين، وأحياناً قد

⁽⁴¹⁴⁾ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2005, article 10/2.

⁽⁴¹⁵⁾ An Electronic can be defended as;

("Electronic" means; relating to technology having electrical, digital, magnetic, wireless, optical, electromagnetic, or similar capabilities.) Virginia uniform computer information transactions act. 2004, section 59.1-501.2.26.

⁽⁴¹⁶⁾ يفسر لفظ المنشئ تفسيراً واسعاً فيقصد به الشخص الذي يقوم بإنشاء رسالة بيانات، أو إرسالها، كما يتضمن أيضاً أي شخص يقوم بذلك العمل بالنيابة عن ذلك الشخص. قانون أنظمة الدفع والمعاملات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني السابق، المادة (2). غير أن هذا اللفظ لا يتضمن الوسيط الإلكتروني كبرامج الحاسب الآلي أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة البيانات. القانون السابق، المادة (2)، ونلاحظ هنا أن القانون اليمني السابق قد جاء متفقاً مع قواعد اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية 2005م بشأن تعريف الشخص المنشئ لرسالة البيانات بقصر ذلك على الأشخاص الطبيعيين فقط دون الوسائط الإلكترونية كبرامج الكمبيوتر وغيرها.

يندر الضغط على أمر معين معد مسبقاً في جهاز الكمبيوتر لينفذ ذلك الأمر عقب الضغط على هذا المفتاح مباشرة، كأن يظهر للشخص مربع صغير لا تخنوي إلا سؤالاً مفاداً: هل توافق (Do you agree)؟ هل ترغب (accept)، (submit)؟، أو هل ترغب بمزيد من التفاصيل (More details)؟، وبالتالي يقنع دوسر الشخص على اختيار الأمر موافق (submit, ok, yes or no, cancel, disagree or don't) continue أو الرفض والتعيس بعدم الموافقة (purplish) ليندر بعد اختيار ذلك الأمر تنفيذ أوامر تلقائية من الجهاز قد لا يعلم المرسل الكثير عن تفاصيلها أو مضمونها، وقد تمس هذه الأوامر تفاصيلاً جوهرية بالعقد، كما يرغب انعقاد العقد، أو زمن تنفيذها وقيمتها أو شرطها الجزائي⁽⁴¹⁷⁾.

وقد نظمت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الموقعة في نيويورك عام 2005م⁽⁴¹⁸⁾ موضوع الخطأ في استخدام الخطابات الإلكترونية بنصها على أن:

(Where a natural person makes an input error in an electronic communication exchanged with the automated message system of another party and the automated message system does not provide the person with an opportunity to correct the error, that person, or

⁽⁴¹⁷⁾ سنحاول في دراستنا هذه الاعتماد على النصوص الإنجليزية للاتفاقيات الدولية ما أمكننا ذلك، وذلك لل صعوبات التي تقف أمام الرجوع إلى النصوص العربية إما لعدم وجود أي نص عربي للاتفاقية، أو لعدم تحري الدقة اللازمة عند صياغتها أو ترجمتها، الأمر الذي قد يغير مضمون النص الوارد في الاتفاقية، فنجد مثلاً اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الموقعة في نيويورك عام 2005م، ورد في المادة (14) الفقرة (1/ب) التالي: (ولم يكن الشخص الذي يتصرف أو الطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه قد استخدم ما قد يكون تسلمه من سلع أو خدمات من الطرف الآخر أو حصل منها على أي منفعة أو قيمة مادية). في حين أن نص الاتفاقية الإنجليزي يقول:

(The person, or the party on whose behalf that person was acting, has not used **or received** any material benefit or value from the goods or services, if any, received from the other party.)
وبالتالي فإنه وفقاً للنص العربي للاتفاقية يجوز للشخص الذي وقع منه الخطأ أو الطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه أن يرسل الإشعار لإبلاغ الطرف الآخر حتى بعد أن يكون قد استلم البضاعة أو الخدمة لكنه لم يستخدمها بعد أو حصل منها على منفعة أو قيمة مادية. في حين أن النص الإنجليزي يقضي بأن مجرد تسلم الطرف للبضاعة يعد مانعاً للاستفادة من نص الاتفاقية في إرسال الإشعار أو سحب الخطاب الذي وقع فيه الخطأ.
⁽⁴¹⁸⁾ تعتبر هذه الاتفاقية من أحدث الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنظيم التجارة الإلكترونية الدولية وعلى الرغم من أن التوقيع عليها كان في عام 2005م، إلا أنها لم تدخل حيز النفاذ إلا في بانضمام الجمهورية الدومينيكية إليها وإيداعها وثائق التصديق على الاتفاقية لدى الأمانة العامة في "فيينا" بالنمسا بتاريخ 2012/8/2م.

the party on whose behalf that person was acting, has the right to withdraw the portion of the electronic communication in which the input error was made)⁽⁴¹⁹⁾.

ووفقاً للنص السابق فإنه يجوز للشخص الطبيعي الذي يرتكب خطأً في مخاطب إلكتروني مع نظام رسائل آلي أن يسحب الجزء (portion) الذي وقع فيه الخطأ من الخطاب الإلكتروني، ومن ثم يعتبر في حكم المتراجع عن الخطاب الإلكتروني الذي قد يعبر به الشخص المتعاقد أو من ينوب عنه عن إيجاب أو قبول لإيجاب موجه إليه، وبالتالي يعتبر تراجع عن التعاقد، ولكن الاتفاقية لم تجعل هذا الحق مطلقاً بل مقيداً بعدة شروط نذكرها كالاتي:

1. لا ينطبق هذا النص إلا على الشخص الطبيعي فقط (Natural person)، ومن ثم إن كانت المخاطبات الإلكترونية قد تمت آلياً (Automatically) بين أجهزة الكمبيوتر دون تدخل الشخص الطبيعي بصفته الموضحة بالنص أعلاه فلا مجال لتطبيق هذا النص على أي خطأ قد يرد في أي من هذه المخاطبات. وذلك لأن القصد من وضع هذا النص تحقيق مبدأ الرضا في التعاقدات التجارية بين الأشخاص الطبيعيين عند إنشاء المستندات الخاصة بهذه التعاقدات أيًا كانت صورها الممنثلة عليها، سواء كانت مستندات عادية (documentary) أو إلكترونية (Electronic)، وحماية هذا المبدأ مما قد يشوبه من غلطيوثر على صحة التراضي بين المتعاقدين، أضف لذلك أن الاتفاقية قد نصت صراحة في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه لا مجال لتطبيق هذا النص على أي خطأ ورد أثناء التعاقد التجاري لا يتمثل بالصورة التي عرفها الاتفاقية بموجب النص السابق:

(419) United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. 2005, Article (14/1). This Convention Enters into Force with the Accession by the Dominican Republic on 2 August 2012.

(Nothing in this article affects the application of any rule of law that may govern the consequences of any error other than as provided for in paragraph 1.)⁽⁴²⁰⁾

كما أنه لا يفهم من الشرط السابق عدم تطبيق النص على المعاملات التي تقوم بين أشخاص اعتبارية، كالشركات والمؤسسات التجارية استناداً إلى لفظ النص، والسبب في ذلك أن الأشخاص الاعتبارية لا تسنطع بطبيعتها إجراء المعاملات والمخاطبات إلا عن طريق أشخاص طبيعيين قائمين على هذه المؤسسات لإدارة المعاملات، أيضاً فإن المقصود من النص بلفظ (طبيعي) هو استبعاد المعاملات الأوتوماتيكية بين الأجهزة الإلكترونية عن دائرة التطبيق لا الأشخاص الاعتبارية من مؤسسات وشركات تجارية التي وضعت هذه الاتفاقية من حيث الأصل لتنظيم الأنشطة التجارية الدولية التي تقوم بها تلك المؤسسات.

2. إرسال إشعار من الشخص المتعاقد الذي ارتكب الخطأ أو الشخص الذي تصرف نيابة عنه إلى الطرف الآخر في أقرب وقت ممكن بعد علمه به، يبلغه فيه أنه ارتكب خطأ في الخطاب الإلكتروني ويبين له ذلك الخطأ:

(The person, or the party on whose behalf that person was acting, notifies the other party of the error as soon as possible after having learned of the error and indicates that he or she made an error in the electronic communication)⁽⁴²¹⁾.

وبالنسبة إن أهمل الشخص الذي ارتكب الخطأ في الخطاب الإلكتروني أو من يتوب عنه إشعار الطرف الآخر بالخطأ الذي وقع في المخاطبة الإلكترونية خلال الفترة الزمنية التي أشارت إليها الاتفاقية بنصها على أنها أقرب وقت ممكن بعد علم الشخص الذي صدر منه الخطأ أو من يتوب عنه وجعلت تحديد ذلك سلطة تقديرية

⁽⁴²⁰⁾ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. 2005, Article (14/2).

⁽⁴²¹⁾ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. 2005, Article (14/1/a).

لقاضي الموضوع بالنظر لظروف كل حالة منفردة، وبالتالي إن أهمل الشخص ذلك فلا تجوز له التمسك بخرقه في سحب الجزء من الخطاب الإلكتروني الذي وقع الخطأ فيه. كما يستطحق الشخص بسحب الخطاب إذا تقاعس عن إبلاغ الطرف الآخر أثناء الفترة التي وضعتها الاتفاقية، إذا صدر الخطأ من شخص آخر يتوب عنه في إجراء المخاطبات الإلكترونية، إن علم أحدهما -الشخص أو من يتوب عنه- بالخطأ ولم ينصرف بإبلاغ الطرف الآخر في الوقت المعين، وفي هذه الحالة نكون بصدد إحدى صورتين:

الأولى: خطأ ممن يتوب عن الشخص المتعاقد وعلم به الشخص المتعاقد دون من يتوب عنه، ولم يبلغ الطرف الآخر بشأن الخطأ وبينه سحب الجزء الواقع الخطأ فيه أثناء الزمن المحدد، ففي هذه الحالة تأخذ المخاطبة الإلكترونية قولها القانونية والملمزمة له باعتبار سكوتها إجازة لما تصرف به الشخص الذي يتوب عنه.

الثانية: وقع الخطأ ممن يتوب عن الشخص المتعاقد ولم يعلم به هذا الأخير بل علم به من أصدره ولم ينم الختاذ أي إجراء لإبلاغ الطرف الآخر بالخطأ وسحب الجزء الذي وقع الخطأ فيه من المخاطبة الإلكترونية حتى انتهاء المدة المقررة لجواز سحبه، ففي هذه الحالة - أيضاً - تأخذ المخاطبة الإلكترونية قولها الإلزامية رغم ما تحويه من أخطاء باعتبار أن الطرف المتعاقد الآخر من الغير بالنسبة للتعامل الذي ينم بين الشخص ومن يتوب عنه.

3. ألا يكون الطرف الذي وقع منه الخطأ أو الطرف الذي يتوب عنه قد استخدم البضاعة أو الخدمة محل العقد الذي يتعلق به الخطاب الإلكتروني الذي وقع فيه الخطأ أو يكون قد اسلم أو انفع أو حصل على أي قيمة من الطرف الآخر منغلقة بمحل ذلك التعاقد:

(The person, or the party on whose behalf that person was acting, has not used or received any material benefit or value from the goods or services, if any, received from the other party)⁽⁴²²⁾ .

4. اشترطت الاتفاقية أيضا لتطبيق النص السابق وسحب الجزء الذي تخنوي على خطأ من المخاطبة الإلكترونية عدم وجود أو توفر نظام آلي يدعم تصحيح الخطأ في المخاطبات الإلكترونية.

(and the automated message system does not provide the person with an opportunity to correct the error)⁽⁴²³⁾ .

وقد تخنوي أجهزة الحواسيب على مثل هذه الأنظمة التي تساعد المستخدم في إدخال البيانات بشكل صحيح، كأن ينم رفض البيانات المدخلة لاحتوائها على أرقام أكبر من الأرقام المسموح لها في النظام، أو وقف إرسال الخطاب لعدم إدخال كافة البيانات الأساسية المطلوبة في الخانات المعدة مسبقاً من قبل مبرمجي هذه الأنظمة لذلك، وتتنوع هذه البرامج بشوع الخدمة المنوط منها تأديتها بحسب النظام والحاجة إليها بين المخاطبين، ووجود مثل هذه الأنظمة تخمّر الشخص الطبيعي الذي وقع منه الخطأ في المخاطبة الإلكترونية وفقاً لنص الاتفاقية السابق من إمكانية تصحيح ذلك الخطأ أو الاستفادة منه والتصل من المسؤولية قبل الشخص المتعاقد الآخر عن طريق سحب الجزء الذي وقع فيه الخطأ من المخاطبة الإلكترونية.

ومن الشروط السابقة نستطيع ملاحظة ما يأتي:

أ. على الرغم من أن الاتفاقية قد أجازت للطرف الذي وقع منه الخطأ سواء كان الموجب أو القابل أن يسحب الجزء الذي وقع فيه الخطأ إذا توافرت الشروط السابقة، إلا أن الاتفاقية لم توضح أن الخطأ موضوع الاستثناء هو الخطأ غير المقصود لا الخطأ المنعمد، وبالتالي نجد أن

⁽⁴²²⁾ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. 2005, Article (14/1/b).

⁽⁴²³⁾ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. 2005, Article (14/1).

الاتفاقية قد خلت من الضوابط التي تحافظ على مبدأ حسن النية⁽⁴²⁴⁾ في حماية الطرف الآخر، والذي يجب أن يسود التعامل بين الطرفين⁽⁴²⁵⁾، إذ قد يستغل أحد الطرفين هذا الاستثناء ليتصل عن عقدٍ أدرك لاحقاً عدم جدواه بالنسبة له، خاصة وأن نص الاتفاقية يشير إلى أن الطرف الذي يجوز له سحب المخاطبة التي وقع فيها الخطأ، هو نفس الشخص الذي تحدد الفترة الزمنية لإمكانية سحبه، وحنماً سيؤدي ذلك إلى الإضرار بمصلحة الطرف الآخر، خاصة و أن التعاقدات الدولية تتأثر ببعض المؤثرات الخارجية التي ليست جزءاً من التعاقد نفسه كأسعار صرف العملات و أسعار النفط والذهب العالميين.

⁽⁴²⁴⁾ يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ العامة للقانون التجاري الدولي المعترف بها بين الدول المتقدمة، ومصدراً أساسياً من مصادر القانون الدولي بعد الاتفاقيات الدولية والعرف التجاري الدولي، ويوجب مبدأ حسن النية على المدين تنفيذ التزامه طبقاً لمقتضيات حسن النية (Good faith) لدى الطرفين عند إبرام العقد، وطبقاً للثقة والأمانة (Trust and honesty) التي يوجبها عرف التعامل. حامد، تاج السر محمد. القواعد القانونية للتجارة الدولية، الطبعة الأولى (غير منشور)، الخرطوم (بدون تاريخ)، ص 4، 7.

⁽⁴²⁵⁾ يحرص المجتمع الدولي على احترام هذا المبدأ خلال التعامل بين أطراف التعاقد التجاري وفي ذلك نصت مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد القانون التجاري الدولي (اليونيدروا) على أنه:

(A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement).

The International Institute for the Unification of Private Law, Known as (UNIDROIT). Principles Of International Commercial Contracts, 1994, article (2.15-1).

فكل طرف لديه الخيرة أن يجري مفاوضات تعاقداً مع أي طرف آخر، ولا مسؤولية تقوم على أحدهما بسبب فشله بالوصول إلى التعاقد أو أتمام مرحلة إبرام العقد، وذلك لأن العقد في الأصل شريعة المتعاقدين فلا يلزم العقد إلا أطرافه وعند عدم الوصول إلى مرحلة إبرام العقد والتوقيع عليه من قبل أطرافه، لا قيام لأي مسؤولية إذ أن المسؤولية ترتبط بالتعاقد لا بمرحلة المفاوضات وإجراءات التعاقد. لكن ومع ذلك فإن الطرف الداخل في مفاوضات وإجراءات التعاقد قد يصبح عرضة لتحمل المسؤولية إذ تنص ذات المادة السابقة على أنه :

(However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.).

The International Institute for the Unification of Private Law, Known as (UNIDROIT) Principles Of International Commercial Contracts 1994, article (2.15-2).

وبالتالي فإن الطرف الذي يدخل في مفاوضات التعاقد أو يخرج منها أو يتراجع عن إتمامها بعد البدء فيها وقبل إبرام العقد والتوصل لاتفاق بين الطرفين ليتسبب بسوء نية بضرر يصيب الطرف الآخر يعتبر مسؤولاً عن تلك المفاوضات وعن الضرر الذي سببه للطرف الآخر .

ولم تحدد المبادئ السابقة صوراً معينة لسوء النية الذي يسبب ضرراً لأحد أطراف المفاوضات تسبب به الطرف الآخر إلا أنها قد اعتبرت أن مجرد الدخول في المفاوضات مع نية عدم إكمالها، أو مواصلتها مع وجود نية عدم إكمالها أيضاً يعد مخرلاً بمبدأ حسن نية ويندرج بالتالي تحت سوء نية يتحمل الطرف معه المسؤولية عن الضرر التي تصيب الطرف الآخر، وقد أكدت المادة السابقة على ذلك بنصها على أنه :

(It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party).

The International Institute for the Unification of Private Law, Known as (UNIDROIT) Principles Of International Commercial Contracts, 1994, article (2.15-3).

ب. إن اشتراط الاتفاقية عدم استخدام الطرف الذي وقع منه الخطأ أو من ينوب عنه لأي من البضائع أو الخدمات محل التعاقد والمعلق لها الخطأ أو عدم منفعته من أي قيمة كما ورد في نص المادة، إن اشتراط الاتفاقية لهذا الشرط لسحب الجزء الذي وقع فيه الخطأ من الخطاب الإلكتروني ينعارض مع مبدأ الرضا في التعاقد، إذ وعلى الرغم من أن الاتفاقية قد قصدت من هذا الشرط الحفاظ على استقرار المعاملات بين الأطراف خاصة وأن تنفيذ العقد الدولي تحتاج لانقال السلعة أو الخدمة من بلد لآخر عبر الحدود الجغرافية للبلدان، إلا أنه عند تطبيقه قد يضر بمصلحة المتعاقدين كليهما؛ ففي الوقت الذي حددته الاتفاقية لإرسال الإشعار وإبلاغ الطرف الآخر بالخطأ يكون هو قد شحن البضائع أو بدأ في الدخول بتعاقدات أخرى لتنفيذ نقل البضائع أو الخدمات للبلد المقصود، وبالنظر إلى نص الاتفاقية فإنه ينطبق على الطرف الذي وقع منه الخطأ في حال أن البضائع أو الخدمات لم تصله بعد، ولم ينسلمها أو يستخدمها، لكنها أصبحت في عرض البحر منجبهة إليه خاصة وأن نقل البضائع إلى بعض الدول قد يتطلب عدة أشهر لوصولها إلى دولة تنفيذ العقد.

ج. أن اشتراط الاتفاقية عدم وجود نظام آلي يدعم تصحيح الخطأ لدى الطرف المرسل لتطبيق النص يعد من الناحية الفعلية غير ذي جدوى، والسبب في ذلك أن الشخص الراغب في سحب جزء من مخاطبته الإلكترونية لوقوع خطأ في ذلك الجزء يتمنع بالسيطرة على أداة الإثبات الوحيدة بوجود مثل هذه الأنظمة وهو جهاز الكمبيوتر الذي تم إرسال المخاطبة عن طريقه، وما دام عبء إثبات وجود مثل هذه الأنظمة يقع على كاهل الطرف المتعاقد الآخر، فإنه سيكون من الصعوبة عليه إثبات ذلك، خاصة مع تطور أساليب التعامل مع جهاز الكمبيوتر والبيانات الإلكترونية، فيستطيع الطرف الذي وقع منه الخطأ إخفاء الدليل الذي يمكن أن يبرهن وجود مثل هذه الأنظمة على جهاز كمبيوتره الشخصي أو الكمبيوتر الذي تم إرسال المخاطبة الإلكترونية عن طريقه، وبالتالي نجد أن هذا النص تخدم الطرف

الراغب في سحب المخاطبة الإلكترونية أكثر من حماية الطرف الآخر المنضمر جراء ذلك الخطأ.

د. أن الاتفاقية بنصها السابق لم تُعن بوضع قواعد استثنائية منظمة للخطأ في المعاملات الإلكترونية عامة (General role of the issue of mistake)، بل إنها قد اقتصرت على معالجة موضوع الخطأ في إدخال النصوص في المخاطبات الإلكترونية (input errors)⁽⁴²⁶⁾، ومن ثم فإن كافة الأحكام التي ذكرتها الاتفاقية لا تطبق إلا في حالة حدوث خطأ في الإدخال من قبل أحد الطرفين وفقاً للشروط السابقة.

ومما سبق نخلص إلى أن نص الاتفاقية السابق قد تحمي أطراف التعاقد من الوقوع في الخطأ في إدخال النصوص في المخاطبات الإلكترونية كما وضحت الاتفاقية، إلا أن تطبيقه في الواقع العملي يثير العديد من الثغرات القانونية التي لم تنظر لها الاتفاقية والتي تعمل على عدم تشجيع الأطراف على التعاقد إلكترونياً، ويمكن تلافي ذلك بأن ينضب الوسائل والمخاطبات الإلكترونية وفق صيغ معينة بحيث لا تختمل الخطأ غير المقصود، كعدم السماح للأطراف باستخدام أي أرقام في خطاها بما في ذلك النوايريج الواردة في المخاطبات وتوايريج المخاطبات نفسها، ويندر كتابة الأرقام باستخدام الحروف كتابةً، أضف لذلك إمكانية تصميم البرامج الخدمية التي تساعد الشخص المنشئ للخطاب على تلافي أخطائه أو كشفها له أثناء الإنشاء ومن ثم تلافيها قبل إرسال الخطاب. وإتمام معاملات المخاطبات والنوايريج عن طريقها، أيضاً تجنب استخدام الأوامر السريعة التي تخوي عليها بعض أنظمة التشغيل أو البرامج الخدمية والتي يقتصر دور المنشئ للخطاب الإلكتروني فيها على إعطاء أمر واحد على لوحة المفاتيح وهو الضغط على مفتاح موافق (publish, ok, accept or continue) أو أمر لا يرغب أو غير موافق (Back, Reject, cancel or exit).

(426) Masadeh, Aymen. & Bashayreh Mohammad. Contemporary legal issues of contract formation by online orders. Journal of Sharia and Law, United Arab Emirates University, No. Thirty-one, July 2007, page 26.

المطلب الثاني: الإثبات الإلكتروني

الدليل الإلكتروني عبارة عن محرر على شكل إلكتروني، والمحرر الإلكتروني وفقاً لبعض القوانين هو: رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزين، أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بآية وسيلة أخرى مشابهة⁽⁴²⁷⁾.

وقد عرف البعض⁽⁴²⁸⁾ الدليل الإلكتروني تعريفاً مطولاً بأنه: (الدليل المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر وهو يكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية ممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج تطبيقات وتكنولوجيا وهي مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة مثل النصوص المكتوبة أو الصور أو الأصوات أو الأشكال والرسوم وذلك من أجل اعتماده أمام أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون). وفي حين أن الدليل الإلكتروني لا يختلف عن الدليل التقليدي إلا في الشكلية نجد أنه في الحالة التي ينخذ فيها المحرر أو الدليل التقليدي مستندات مادية كالأوراق كغالب شكلي لحفظه واسترجاعه عن طريقها عند الحاجة إليه فإن الدليل الإلكتروني ينشكّل ويحفظ في وسائل إلكترونية كأجهزة الكمبيوتر وأدوات قراءة المحررات الإلكترونية أو شبكة الإنترنت، ولا ينقص من قوة الدليل الإلكتروني مقابل الدليل التقليدي صعوبة إمكانية إثبات صحة محتوى الدليل الإلكتروني، أو الصفات التي تختص بها مثل سهولة تزويره أو النلاعب به وتشويهه أو تدميره.

حجية الدليل الإلكتروني:

إلى وقت قريب كانت القوانين لا تعترف بالأدلة الإلكترونية لإنشاء الأثر القانوني، ولكن بعد أن تطورت التجارة الدولية واتخذت في كثير من حالاتها مساراً إلكترونياً استوجب على كل من القانون التجاري الدولي والنشريات الوطنية الاعتراف بحجية هذه الأدلة حتى أن بعض

(427) قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004م، المادة (1/ب).

(428) الجملي، طارق محمد. الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي، جامعة قاريونس، ليبيا، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الرابط www.startimes.com/f.aspx?t=30245909.

الاتفاقيات الدولية أكدت على عدم جواز رفض الاعتراف بالأدلة الإلكترونية لمجرد أنها على شكل إلكتروني كاتفاقية الأمر المنحدة المنغلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية التي نصت على أنه:

(A communication or a contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that it is in the form of an electronic communication) ⁽⁴²⁹⁾ .

فوفقاً للنص السابق نجد أن الاتفاقية قد حرمت على الأعضاء إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إنكار إمكانية تنفيذ العقد لمجرد أنه قد جاء على شكل إلكتروني وقد قصدت الاتفاقية من ذلك إهمال شرط الشكلية في الدليل الإلكتروني وتعزيز الاعتراف بالمحرمات الإلكترونية كأدلة إثبات كما أكدت على عدم اشتراط أي شكلية معينة لإنشاء الخطاب الإلكتروني أو لتكوين العقد الإلكتروني أو إثبات وجود أي منهما فنصت على أنه:

(Nothing in this Convention requires a communication or a contract to be made or evidenced in any particular form) ⁽⁴³⁰⁾ .

وقد اتجه القانون التجاري الدولي إلى الاعتراف الكامل بالحجية القانونية للمحرمات الإلكترونية، وإعطائها القوة القانونية التي تمنع لها المحرمات المستندية أو التقليدية فمنع قانون الأوينسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية تطبيق أي حكم من أحكام الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول المحرمات الإلكترونية ومراسل البيانات كدليل إثبات لمجرد أنها قد جاءت على شكل إلكتروني "مراسل بيانات" أو تحت دعوى أنها ليست في شكلها الأصلي فنص على أنه:

⁽⁴²⁹⁾ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2005, article 10/2.

⁽⁴³⁰⁾ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2005, article 10/2.

(In any legal proceedings, nothing in the application of the rules of evidence shall apply so as to deny the admissibility of a data message in evidence or it is not in its original form)⁽⁴³¹⁾ .

كما أهمل القانون السابق شرط الشكلية في المحرمات الإلكترونية، فأكد على أن المعلومات ورسائل البيانات لا تفقد قوتها القانونية الإثباتية ومفعولها أو صحتها وقابليتها للتنفيذ لمجرد أنها قد جاءت على شكل إلكتروني برسالة بيانات وذلك بنصه على أنه:

(Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message)⁽⁴³²⁾ .

وبالنسبة فلا أهمية قانونية لشكلية المحرمات وفقاً للنص السابق فسواء جاءت المعلومات على دعامة ورقية أم على دعامة إلكترونية فإن لها ذات القوة القانونية التي لا تقدر فيها قبولها على أي دعامة كانت، لكن ومع ذلك فإنه يجب عند إعمال النص السابق استصحاب الآتي:

أ. لا تخمي النص السابق المحرمات الإلكترونية ضد ما قد يقدر في قانونية المعلومات عامة فيضعف قوتها القانونية أو يطلها، سواء كانت هذه المعلومات تقليدية على دعامة ورقية أو إلكترونية على دعامة وسيط إلكتروني؛ كالطعن بالنزوي وغيره من عوارض الاعتراف بالمحرمات الثبوتية عامة، إذ أن عبارة (solely on the grounds that it is in the form of a data message) التي تضمنها نص القانون السابق تعني إهمال شرط الشكلية في المعلومات فقط، وليس إعطاء المحرمات الإلكترونية ورسائل البيانات قوة قانونية إضافية.

ب. لا يفهم من النص السابق أنه يلغي شرط الشكلية عامة في حال تطلب القانون شكلية معينة، كالكتابة، ولكن يمكن أن تقوم بعض الحالات الخاصة في المحرمات

⁽⁴³¹⁾ UNICERAL Model Law on Electronic commerce 1996. Article(9/1).

⁽⁴³²⁾ UNICERAL Model Law on Electronic commerce 1996. Article(5).

الإلكترونية، مقام الكتابة في المحرمات التقليدية، وقد بين قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية 1996م ذلك بنصه على أنه:

(Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference)⁽⁴³³⁾ .

وبالنسبة فإن وجود المعلومات الإلكترونية على أي وسيط إلكتروني يعتبر مقام الكتابة، والواضح من نص المادة أن القانون السابق قد ترك تحديد الوسيط الإلكتروني للمحكمة المختصة على أنه ينم النوسج فيه، بحيث يعتبر كل ما من شأنه حفظ رسالة البيانات أو المعلومات الإلكترونية بمثابة دعامة مكنوب عليها هذه المعلومات، بحيث يمكن استرجاع المعلومات عند الحاجة إليها مثل الكمبيوتر، الأقراص المدججة، الذاكرة الخارجية (External hard disk, flash, district memory and floppy disk)، أو البريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية والعناوين الإلكترونية على شبكة الإنترنت، أجهزة التلوفونات السيارة (Mobile) آلات التصوير سواء الكاميرات أو آلات تصوير المستندات التي تسمح بحفظ النسخ الإلكترونية على ذاكرة مدججة ينم الرجوع إليها وقت طلبها، أو أي وسيط إلكتروني آخر من شأنه أن تحفظ بالمعلومة الإلكترونية ليسهل الرجوع إليها عند الحاجة إليها .

ج. تخرج عن أحكام هذا النص الأجهزة الإلكترونية التي تتيح عرض المعلومات الإلكترونية فقط دون أن تستخدم لحفظها لحين الحاجة إليها مثل: جهاز التلفزيون، (Projectors)، أجهزة التلوفونات الثابتة، وغيرها من الأجهزة الإلكترونية غير المزودة بذاكرات حفظ المعلومات لحين طلبها .

(433) UNICERAL Model Law on Electronic commerce 1996. Article(6/1).

كما بين ذات القانون أن أحكام هذه الفقرة تسري سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها بصورة مباشرة على شكل التزام مسبق على التعاقد أو أكتفي في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة. قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية 1996م، المادة(2/6).

أما على المستوى الوطني فقد سارعت بعض قوانين الدول إلى الاعتراف بخجية الدليل الإلكتروني مثل قانون التجارة الإلكترونية البحريني الذي توسع في الاعتراف بالسجلات والمحرمات الإلكترونية، سواء كتبت المعلومات على تلك السجلات بشكل كلي أو جزئي ولم يفرق بين المحرمات والسجلات في القوة القانونية، بقطع النظر عن شكلها كانت إلكترونية أم عرفية، تقليدية فنص على أنه: (للسجلات الإلكترونية ذات الحجية المقررة في الإثبات للمحرمات العرفية، ولا يُنكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجلات الإلكترونية، من حيث صحتها وإمكان العمل بمقتضاها، لمجرد ورودها كلياً أو جزئياً في شكل سجل إلكتروني أو الإشارة إليها في هذا السجل)⁽⁴³⁴⁾، وسار على ذلك النهج أيضاً القانون الليبي الذي أكد صراحة على اكتساب الدليل الإلكتروني نفس قوة حجية الدليل التقليدي فنص على أنه: (يعتد بالمستندات والنويعات الإلكترونية التي تتم في إطار المعاملات المصرفية وما ينصل لها من معاملات أخرى، وتكون لها الحجية في إثبات ما تتضمنه من بيانات)⁽⁴³⁵⁾. كما نص القانون السابق في نفس المادة على أن لمخرجات الحاسوب نفس القوة القانونية للدفاتر القانونية⁽⁴³⁶⁾، ولكن لا يفهم من ذلك أن هذه المخرجات تتمتع بقوة قانونية تمنع أي مرد لها إذا ما ثبت تغييرها أو تشويشها، إذ ترد على الأخذ بخجية الدليل الإلكتروني بعض القيود التي تضمن صحتها، فبالإضافة إلى الشرط العام في ضرورة توافر شروط الدليل التقليدي المعبر كدليل إثبات في الدليل الإلكتروني للأخذ به، مثل عدم مخالفته قواعد القانون المنظمة للدليل التقليدي، وتدوينه على وسيط يمنح ثباته وديمومته⁽⁴³⁷⁾، وضمن عدم التعديل فيه وإمكانية قراءته في أي وقت⁽⁴³⁸⁾ فبالإضافة إلى ذلك يشترط في الدليل الإلكتروني

(434) قانون التجارة الإلكترونية البحريني، المادة (5).

(435) القانون الليبي رقم (1) لسنة 2005م بشأن المصارف، المادة رقم (2/97).

(436) القانون الليبي رقم (1) لسنة 2005م بشأن المصارف، المادة رقم (3/97).

(437) العيش، محمد الصالحين. الجوانب القانونية لاستخدام المعلوماتية في المعاملات التجارية، دراسة وتقييم لتجربة

المشرع الليبي، ورقة علمية قدمت للمؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، طرابلس 2009م، ص 13.

(438) النوافلة، يوسف أحمد. حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني، دار وائل للنشر، عمان،

2007م، ص 55.

بعض الشروط الخاصة تتمثل بضرورة وجود ضمانات كافية على صفحته من تاريخ إنشائه إلى تاريخ الإدلاء به أو استخدامه واسترجاعه عند الحاجة إليه.

شروط حجية الدليل الإلكتروني:

إضافة إلى الشروط العامة للدليل التي وضعناها سابقاً فإنه يشترط للأخذ بالدليل الإلكتروني بعض الشروط نلخصها في الآتي:

أولاً: وجود دليل معقول على أن التسجيل الإلكتروني خالته جيدة⁽⁴³⁹⁾.

فيجب أن يتضمن الدليل الإلكتروني دليلاً ذاتياً يبرهن أنه على حالة جيدة، وتخضع تقديرات مدى ذلك لقاضي المحكمة المختصة بنظر النزاع، ويكون الدليل الإلكتروني خالته جيدة إذا كان بالإمكان استخراج محتواها بسهولة دون تشويش أو تقطيع أو تغيير في أي جزء منها نتيجة لسوء حالة الوسيط المحفوظ عليه ذلك الدليل مثل الأقراص المضغوطة (CDS) أو الأقراص المرنة (FDDs) التي عادة ما تتأثر المادة المحفوظة عليها لمجرد الخدش عليها أو الاستعمال المتعدد.

ثانياً: وجود إثبات بشأن كيف أنشئ الدليل ومن قام بإنشائه. فينطلب أيضاً للاعتراف بالدليل القانوني التحقق من كيفية إنشاء الدليل الإلكتروني أو التسجيل الإلكتروني، والتحقق من الشخص المنشئ له ولذلك فوائده القانونية تتمثل في اكتساب الدليل قوة قانونية عند عملية الإثبات، إذ لا يقبل الدليل الذي صنعه الخصم لنفسه، كما تعطي بعض القوانين سلطة تقديراته للقاضي بعدم الأخذ بالدليل الذي تم الحصول عليه بطريقة غير صحيحة⁽⁴⁴⁰⁾.

ثالثاً: الكتابة: فيجب أن يكون المحرر الإلكتروني مكتوباً.

(439) Kerr, Don & Gammack, John G. and Bryant, Kay. Digital Business Security Development Management Technologies, Pennsylvania, 2011, page 39.

(440) مثل قانون الإثبات السوداني لسنة 1993م الذي نص في المادة (2 / 10) على أنه: (يجوز للمحكمة متى ما رأت ذلك مناسباً لتحقيق العدالة ألا ترتب إدانة بموجب البيئة التي تم الحصول عليها بإجراء غير صحيح).

ولا يعني هذا الشرط وجوب إفراغ الدليل الإلكتروني على دعامة مستندية، بل إن معنى الكتابة ينصرف إلى وجوده على دعامة إلكترونية توفر حفظه عليها ويمكن من الرجوع إليه عند الحاجة.

رابعاً: ويجب أيضاً التأكد من موثوقية الدليل منذ نشأته وحتى تاريخ عرضه والتأكد من عدم وجود شك في صحته، أو أصله، وبيان دقته، كما يجب التأكد من عدم التلاعب بسريته أو تغيير محتوياته بعضها أو جميعها والتلاعب بها⁽⁴⁴¹⁾، وتخضع تقديرات جميع ذلك لقاضي الموضوع المختص. على أن أي تقطع في تسلسل الدليل يضعف من قوته القانونية ومن درجة مقبوليته، ويجوز عندئذ للمحكمة عدم الأخذ به أو مرد كاملاً أو مرد جزء منه، كما أنه عند تقديرات حجية الدليل الإلكتروني يوضع في الاعتبار ما يلي:

- مدى إمكانية التحويل على الطريقة التي تم لها تنفيذ واحدة أو أكثر من عمليات الإدخال أو الإنشاء أو التجهيز أو التخزين أو التقدير أو الإرسال.
- مدى إمكانية التحويل على الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات.
- مدى إمكانية التحويل على مصدر المعلومات إذا كان معروفاً.
- مدى إمكانية التحويل على الطريقة التي تم لها التأكد من هوية المنشئ، إذا كان ذلك ذا صلة⁽⁴⁴²⁾.
- أي عامل آخر ينصل بالموضوع.

ولكن الدليل الإلكتروني بصورته السابقة لا قيمة قانونية له إن لم تختم توقيعاً يدل على صاحبه الموقع ويستدل به على واقعة معينة، وبنيجة للتطور التكنولوجي في موضوعات التجارة والعقود الإلكترونية فقد ظهر ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني الذي يعطي المحرر أو الدليل

⁽⁴⁴¹⁾ Kerr, Don & Gammack, John G. and Bryant, Kay. Digital Business Security Development Management Technologies, Pennsylvania, 2011, page 39, 40.

⁽⁴⁴²⁾ قانون إمارة دبي رقم (2) لسنة 2002م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، المادة (2/12/أب/ج/د/هـ)، وقانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، المادة (2/9)

الإلكتروني قوته القانونية، ونظراً لأهمية عنصر التوقيع الإلكتروني في المحرمات الإلكترونية فسوف نحدث عن التوقيع الإلكتروني بشيء من التفصيل كما سيأتي:

أولاً: تعريف التوقيع الإلكتروني:

اختلفت التعريفات الفقهية والقانونية للتوقيع الإلكتروني، فنفى جانب من الفقه اختلاف التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي وعرف التوقيع الإلكتروني على أنه: (ظاهرة اجتماعية تخمبها القانون)⁽⁴⁴³⁾، كما عرف بعض الفقهاء التوقيع الإلكتروني على أنه: (جزء صغير مشرف من بيانات يضاف إلى رسالة إلكترونية كالبريد الإلكتروني أو العقد الإلكتروني)⁽⁴⁴⁴⁾.

أما الإتحاد الأوروبي فيعرف نوعين من التوقيع الإلكتروني هما:

1. التوقيع الإلكتروني العادي، وهو عبارة عن معلومات على شكل إلكتروني منعقدة بمعلومات إلكترونية أخرى ومرتبطة لها ارتباطاً وثيقاً، وتستخدم كأداة للنوثيق.

2. التوقيع الإلكتروني المعزز، وهو عبارة عن توقيع إلكتروني يشترط فيه أن يكون:

- أ- مرتباً ارتباطاً فريداً من نوعه مع صاحب التوقيع.
- ب- قادراً على تحديد صاحب التوقيع والعرف عليه باستخدامه.
- ج- تستخدم فيه وسائل يضمن فيها صاحبه السرية التامة.
- د- مرتباً مع المعلومات التي تخونها الرسالة حيث إنه يكشف أي تغيير في المعلومات⁽⁴⁴⁵⁾.

(443) زهرة، محمد المرسي. الحاسوب والقانون، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، سلسلة الكتب المتخصصة، الكويت، 1995م، ص 97-104.

(444) البنان، محمد. مرجع سابق، ص 37.

(445) أبو عرابي، غازي، و القاضي، فياض. حجية التوقيع الإلكتروني، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الأول، 2004م، ص 169.

أما في القانون فيعرف التوقيع الإلكتروني على أنه: (ما يوضع على محرر إلكتروني وينخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع مثقوب يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره)⁽⁴⁴⁶⁾، لكن وعلى الرغم من التصيل السابق لمفهوم التوقيع الإلكتروني الذي جاء به القانون المصري السابق إلا أننا نلاحظ على نص القانون أنه قد استخدم عبارة (ما يوضع على محرر إلكتروني)، وإذا كان المشع المصري قد استقى - في اعتقادنا - هذا اللفظ من تعريف التوقيع التقليدي باعتبار أن التوقيع التقليدي علامة خاصة مميزة للموقع توضع على المحرر بعد كتابته بواسطة غيره، فإن استخدام اللفظ السابق لا يستقيم لتعريف التوقيع الإلكتروني؛ ذلك لاختلاف طبيعة هذا التوقيع عن التوقيع التقليدي من حيث أنه ليس شيئاً مادياً يمكن وضعه على المحرر كما أنه في بعض الأحيان عند التطبيق العملي لا يظهر التوقيع الإلكتروني على المحرر على شكل رموز أو إشارات أو غيرها، بل العكس هو ما يحدث، فيظهر المحرر كجزء من التوقيع الإلكتروني كما هو الحال في البريد الإلكتروني أو المخاطبات عبر المواقع الإلكترونية التي يملكها أو يتعامل عن طريقها الشخص الموقع.

والتوقيع الإلكتروني وفقاً للتعريف السابق ينبر باستخدام أدوات معينة من شأنها إتمام عملية التوقيع الإلكتروني وهذه الأدوات كما عرفها بعض القوانين هي: كل جهاز أو معلومات إلكترونية معدة بشكل مستقل أو بالاشتراك مع أجهزة ومعلومات إلكترونية أخرى لوضع توقيع إلكتروني 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⁽⁴⁴⁷⁾.

أما القانون السوداني فقد عرف التوقيع الإلكتروني على أنه: (التوقيع الذي ينبر إنشاءً أو إرساله أو استقباله أو تخزينه بوسيلة إلكترونية وينخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو

(446) قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004م ، المادة(1/ج).

(447) القانون الاتحادي الإماراتي رقم 1 لسنة 2006م في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، المادة(1).

إشارات يكون لها طابع مشرد ويسمح بتحديد هوية وتمييز شخصية الموقع عن غيره⁽⁴⁴⁸⁾. ووفقاً للتعريف السابق فإن معنى التوقيع الإلكتروني ينصرف في القانون السوداني إلى كل توقيع تنوف فيه عدة شروط مجتمعة يمكن إتجازها في الآتي:

1. أن ينم إنشاء التوقيع بواسطة وسيلة إلكترونية، كجهاز الكمبيوتر أو أجهزة الاتصال الهاتفية المحمولة الحديثة وغيرها من الأجهزة الإلكترونية. كما يشمل ذلك عملية الإرسال أو الاستقبال أو التخزين للتوقيع في أي وسيلة إلكترونية.

2. أن يتخذ التوقيع شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات يكون لها طابع مشرد عن غيرها من الرموز والحروف أو الأرقام.

3. أن ينم ذلك التوقيع عن هوية تميز شخصية الموقع عن غيره، وقد عرف ذات القانون الشخص الموقع بأنه أي شخص حائز على أداة توقيع رقمي خاص به من الشخص الموثق ويقوم بالتوقيع بشخصه أو عن طريق وكيل له على رسالته وذلك باستخدام هذه الأداة⁽⁴⁴⁹⁾.

وعلى الرغم من ذلك إلا أننا نستطيع ملاحظة أن التعريف السابق قد شاب بعض الغموض وعدم الدقة وذلك من النواحي التالية:

أ. أن القانون السابق قد بين صور التوقيع الإلكتروني ضمن أحكام المادة السابقة، إلا أنه لم يضع معنى محمداً للتعريف التوقيع الرقمي فعرفه على أنه "التوقيع الذي ينم إنشاءه...". ولا يستطاع الوقوف من ذلك التعريف على ماهية وحقيقة التوقيع الإلكتروني.

ب. أن التعريف السابق قد جاء منضمناً لكلمة "أو" في عبارة "أو إرساله أو استقباله...". وبالتالي إلى التطبيق العملي لهذه العبارات نجد أنه ووفقاً لنص القانون السابق أن المستند الورقي الذي ينم إرساله بواسطة وسيلة إلكترونية مثل الفاكس أو البرق يعتبر توقيعاً

(448) قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م، المادة (2).

(449) قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م، المادة (2).

إلكترونياً بحسب نص القانون، وهذا يتعارض مع مفهوم التوقيع بين إرسال التوقيع الخطي على ظهر المستندات العادية أو التقليدية بواسطة وسائل إلكترونية - التي اعتبرها القانون السوداني السابق توقيعاً إلكترونياً لجرّد أن إرسالها أو استقبالها قد تم بواسطة وسيلة إلكترونية - وبين مفهوم المخاطبات الإلكترونية التي ليست قائمة على دعامة ورقية أو مستندية من حيث الأساس، ولعل المشع السوداني قد قصد من ذلك التوسع في مفهوم التوقيع الإلكتروني ليشمل كل ما يمكن تعلق الوسائل الإلكترونية به وتدخلها لإتمام أي إجراء معين بشأنه، إلا أنه من وجهة نظر الباحث توسع غير محمود.

ج. اختلاط مفهوم التوقيع الإلكتروني بحسب تعريف القانون السوداني السابق له وبين التطبيق العملي للتوقيع الإلكتروني؛ ففي الوقت الذي يأخذ التوقيع الإلكتروني شكل أرقام وحروف ورموز وشفرات معينة تختلف في تكوينها عن بعضها وليس في صورتها إلا أنه ووفقاً للتعريف السابق يدخل ضمن التوقيع الإلكتروني التوقيع الذي يقوم به الشخص عن طريق اليد بنحريكها على شاشات الأجهزة الإلكترونية الحساسة (touch screen) وينبع بعد ذلك تخزينه بواسطة إلكترونية كأدوات التخزين المدمجة بأجهزة الكمبيوتر (Hard disks) أو المنفصلة كالفلاش (Removable Disks) أو القرص المرز (CD) (compact disk)، كل ذلك يدخل ضمن التوقيع الإلكتروني وفق القانون السوداني في حين أن معنى التوقيع الإلكتروني تختلف عن هذا التفصيل كما وضعناه سابقاً.

ثانياً: عناصر التوقيع الإلكتروني:

يتفق التوقيع الإلكتروني مع التوقيع التقليدي ببعض الخصائص⁽⁴⁵⁰⁾ مثل أن كل منهما يعد ظاهرة اجتماعية تخميها القانون، وأن كل منهما يعتبر عنصراً لازماً لإثبات الدليل الكتابي، وأن كلاهما

(450) على الرغم من ذلك فإن التوقيع الإلكتروني يتميز ببعض الخصائص عن التوقيع التقليدي مثل السرعة في إرسال واستقبال البيانات والمخاطبات، السرعة أيضاً في إنجاز المعاملات باستخدام الحاسوب، إذ وعلى سبيل المثال يقوم بنك (Credit Lyonnais) الفرنسي بتسوية أكثر من ثلاثة ملايين شيك يومياً ولا شك أن فحص التوقيع على ظهر كل شيك على حدة سيكلف البنك الكثير من الوقت والتكاليف، وهو ما جعل البنك يلجؤ إلى تطبيق برنامج الشيك

تجب أن يكون واضحاً ومتموّناً ومعبراً عن هوية شخصية معينة⁽⁴⁵¹⁾، وأن كل منهما تحمل معنيين: الأول يكمن في عملية التوقيع ذاتها وهي وضع التوقيع على مستند تخنوي معلومات معينة في التوقيع التقليدي ووضع الرموز والإشارات المميزة لشخص الموقع على المحرر بالنسبة للتوقيع الإلكتروني، والثاني ينضمّن علامة أو إشارة معينة تسمح بتمييز شخص الموقع وصحة محتويات المستند كأن تخنوي على علامة خطية مميزة، ولذلك كله فإن التوقيع الإلكتروني يشترك مع التوقيع التقليدي في عدة عناصر تسمى عناصر التوقيع وهذه العناصر هي:

1. العلامة الشخصية.
2. الأثر الذي يتركه التوقيع.
3. أن يكون أصلياً أي مباشراً غير معمول بنسخ الكربون أو ماكينات التصوير والنسخ وغيرها، وعلى الرغم من الاختلاف الذي ظهر بين فقهاء القانون بشأن أعمال العنصر الثالث على إطلاقه بالنسبة لصحة التوقيع التقليدي، إلا أننا لن نخوض في مناقشة ذلك لأنه لا نخدم موضوعنا، فالنوع الإلكتروني يختلف بصورة كلية عن النوع العادي المهور على المستندات الورقية فيما يخص هذا العنصر.

ثالثاً: وظيفة التوقيع الإلكتروني:

تتلخص وظيفة التوقيع الإلكتروني في المهام التالية:

1. تحديد شخصية المتعاقد⁽⁴⁵²⁾: فمن خلال التوقيع الإلكتروني يمكن التعرف على شخصية المتعاقد وذلك الرموز والإشارات التي يتم وضعها على المحررات الإلكترونية أو عن

الإلكتروني بدلاً عن الشيك العادي أو الورقي، والشيك الإلكتروني هو عبارة عن بيانات معدة مسبقاً لصالح كل عميل بحيث يتوقف الوصول إلى تلك البيانات على إدخال الرقم السري الذي يعطى من البنك للتعامل ليحل الرقم السري بذلك محل التوقيع العادي في الشيكات الورقية، ويتم إدخال الرقم السري في ذات الوقت الذي يطبع خلاله الشيك ليسمح الرقم بمعرفة الشخص الذي أعطى أمر الإصدار، وليس على الموظف سوى التأكد من صحة الرقم عن طريق جهاز معد مسبقاً لفك الشفرات وقراءة رموز الأرقام السرية وكل هذا لا يتطلب من وقت الموظف سوى ثوان قليلة.

(451) الحقيّل، إبراهيم بن شايح و الشدي، سليمان بن محمد. التوقيع الإلكتروني وأثره في إثبات الحقوق والالتزامات بين الشريعة الإسلامية والنظم والقواعد القانونية، ورقة عمل مقدمة في ندوة التوقيع الإلكتروني، الرباط، يونيو 2006م، ص31، 32.

(452) موسى، محمد إبراهيم. انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص43.

طريق عنوان بريد الشخص الإلكتروني أو عنوان الشركة أو محل العمل الإلكتروني أو موقعه على شبكة الإنترنت، و في الغالب تأتي المخاطبات الإلكترونية معنونة من بريد إلكتروني معين تدل على أنها قد صدرت منه دون غيره، وبذلك تحدد المخاطبات الإلكترونية التي تحتوي على التوقيع الإلكتروني الافتراضي شخصية المرسل المتعاقد، ولكن ظهر مؤخراً ضمن الجرائم الإلكترونية مهاجمة العناوين الإلكترونية، وقد تحدث أثناء الهجوم أن يستخدم البريد الإلكتروني أو الموقع الإلكتروني في إجراء مراسلات بأسر صاحبها مع طرف آخر بغية الحصول على المال، أو عقد صفقة تجارية لحساب الشخص المخترق، أو غرض آخر بدافع الانتقام مثلاً أو غيره، ولذا فإنه من الممكن القول بأن التوقيع الإلكتروني تحدد الجهة التي وصل منها الخطاب الإلكتروني فقط دون أن يستطيع التحقق من الشخص المعين للمتعاقد.

2. إثبات رضا المتعاقد بما ورد في الخطاب الإلكتروني من معلومات⁽⁴⁵³⁾، فإن الخطاب الإلكتروني الذي يصل أحد المتعاقدين من عنوان إلكتروني أو بريد إلكتروني للطرف الآخر يدل على رضا المرسل بما ورد فيه من معلومات ونزوله عند القبول لها، كما يدل على إقراره بالالتزام بها.

ولكن لكي ينسب للتوقيع الإلكتروني لقيام بوظيفته السابق تفصيلها لا بد من توافر الشروط التالية:

- أن يصبح بديلاً للتوقيع التقليدي (الكتابي)، بحيث يسغني أطراف التعامل بالتوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي وتكسب معاملتهم الإلكترونية ذات الثقة التي تكسبها المعاملات التقليدية الموقعة بواسطة توقيع تقليدي.

(453) المرجع السابق، ص 43.

- أن يؤدي الوظيفة المطلوبة، وهي إضفاء القوة القانونية للمعاملات التي تجري عن طريقه.
- أن يمنع بالحماية الرقمية بحيث يصعب على أي شخص آخر غير صاحبه استخدامه أو الوصول إليه، كما يجب أن يمنع بالحماية القانونية التي تكفل حجينة القانونية والزام الأطراف بحنوى المحرر الممهور بنوقع إلكتروني.

رابعاً: صور النوقع الإلكتروني:

تخلط البعض بين مفهوم النوقع الإلكتروني بالمعنى السابق وبين بعض المعاملات التقليدية التي يستخدم لحفظها أو كشفها عمليات تكنولوجية فيجعل هذه الأخيرة ضمن صور النوقع الإلكتروني، ومن هذه الصور:

أ. النوقع باستخدام الخواص الذاتية: ويعتمد هذا النوقع على تمييز الخواص الذاتية والكيميائية للإنسان، ويشتمل على عدة أنواع مثل البصمة الشخصية (Imprint digital finger printing)، مسح العين البشرية (Iris patterns)، نبذة الصوت (Voice recognition)، خواص اليد البشرية (Hand geometry)، أو عن طريق التعرف على الوجه البشري (Facial recognition) أو النوقع الشخصي (Hand writing signature) (454)، أو النوقع عن طريق بصمة الشفاه (Lips movement) (455)، أو الحامض النووي الريبوزي (DNA) (456).

ب. النوقع باستخدام القلم الإلكتروني: وهو عبارة عن نقل النوقع الإلكتروني المكتوب بخط اليد على المحرر إلى الملف المراد نقل هذا المحرر إليه باستخدام جهاز الماسح

(454) المرجع السابق، ص 52، 53.

(455) اكتشاف العلم مؤخراً أن بصمات الشفاه كبصمة الإصبع تختلف من شخص لآخر، ويتم أخذ بصمة الشفاه بأن يوضع على الشفاه سائل معين ثم تؤخذ البصمة كبصمة الإصبع.

(456) Bromme, Arslan. A classification of Biometric Signature, scientific paper, university of Magdeburg, Germany, 2003, page 1.

الضوئي (Scanner)، وعليه ينتقل المحرر موقعاً عليه من صاحبه إلى شخص آخر باستخدام شبكة الانترنت⁽⁴⁵⁷⁾.

ولكن يؤخذ على القول السابق عدم دقته وذلك لاعتماده أن التوقيع الذي يؤخذ بواسطة التصوير الرقمي أو الماسح الضوئي (Scanner) للتوقيع التقليدي يعد توقيعاً إلكترونياً، بينما لا يعتبر التوقيع المأخوذ على هذه الصورة إلكترونياً وإن كان قد تم تصويره بطريقة إلكترونية وذلك للآتي:

• التوقيع على صورته السابقة لا يتوافق مع تعريف التوقيع الإلكتروني الذي تم توضيحه بأنه عبارة عن جزء مشفر من البيانات يضاف إلى الرسالة وليس جزء من توقيع تقليدي تم تصويره بطريقة إلكترونية.

• لا يوفى التوقيع بصورته السابقة وظائف التوقيع الإلكتروني من إثبات لشخصية المتعاقد أو إثبات لرضائنه عما حمله ذلك التوقيع من معلومات بسبب أن أي شخص يمكنه الحصول عليه أو عمل نسخة منه، وبالتالي ليس بالإمكان نسبة لشخص محدد بمن في ذلك الشخص الذي قام بتوقيعه قبل تصويره.

ج. التوقيع الرقمي (Digital signature): وهو عبارة عن منظومة بيانات في صورة شفرة خيثة يكون في إمكان المرسل إليه التأكد من مصدرها ومضمونها، ولكن أشهر هذه التوقيعات هو ما يقوم على منظومة المفاتيح العامة، خيثة يسمح معها لأي شخص أن يقرأ محتوى الرسالة دون إدخال أي تعديلات، والمفتاح الخاص الذي يمكن عن طريقه تذييل تلك المعلومات بتوقيع أو رسالة من القارئ للعود إلى صاحب الموقع مذيلة برأي أو توقيع القارئ⁽⁴⁵⁸⁾.

(457) الجنيهي، ممدوح محمد. الجنيهي، منير محمد. التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص52.

(458) المرجع السابق، ص53.

د. التوقيع المفناحي (Key-Based Signature) (KBS): وتقوم فكرة التوقيع المفناحي على إمكانية الشخص المرسل للمخاطبة الإلكترونية توقيع المخاطبة باستخدام توقيع مشفر مميز (Encrypted)، تخدم هذا التوقيع الشخص الذي قام بتوقيع المخاطبة أو الوثيقة الإلكترونية، ولضمان حماية المعاملات الإلكترونية يتم تسجيل التوقيعات المشفرة بصفة رسمية لدى جهة تسمى سلطة إصدار شهادة صحة التوقيعات الإلكترونية، (Certification Authority) وهي طرف محايد عن المرسل والمرسل إليه مهمته التأكد من صحة ملكية التوقيع الرقمي لصاحبه، ويتم التسجيل لدى سلطات التوقيعات المفناحية بعد أن يتم جمع معلومات كاملة عن حامل التوقيع الإلكتروني، ومن ثم تصدر له شهادة تمكنه من التوقيع الإلكتروني على أي وثيقة إلكترونية عن طريق مفناح الشيفر وكلمة المرور الخاصة به⁽⁴⁵⁹⁾.

هـ. التوقيع البيومتري (Biometric Signature)

خامساً: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

تعترف القوانين خجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات غير أنها تشترط بعض الشروط للأخذ بخجية التوقيع الإلكتروني ومن هذه الشروط ما أوردها البعض:

- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره: ويتحقق هذا الشرط إذا استند التوقيع الإلكتروني إلى منظومة بيانات إنشاء موقع إلكتروني مؤمنة، بحيث يتوافق فيها السرية والطابع المشرد للتوقيع الإلكتروني، واستحالة الاستنتاج أو الاستنباط لبيانات

(459) يستخدم هذا النوع من التوقيعات بكثرة في الولايات المتحدة ومن أمثلة الشركات التي تمنح تراخيص التوقيعات الإلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية شركة (Verisign). المنان، محمد، مرجع سابق، ص 38.

النوقع الإلكتروني فيها، ووفرت حماية النوقع الإلكتروني من التزوير والسرقة والنقل أو الإتلاف⁽⁴⁶⁰⁾.

- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني، بحيث لا يسمح لغيره من المواقع الدخول إلى بيانات النوقع الإلكتروني والاطلاع عليها.
- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو النوقع الإلكتروني⁽⁴⁶¹⁾.

(460) شرف الدين، أحمد. حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، ورقة عمل قدمت في ندوة المعاملات القانونية الإلكترونية وعقود التجارة الدولية، دبي، فبراير، 2007، ص 20، 19.

(461) المرجع السابق، ص 20.

المبحث الثاني: أنظمة الدفع الإلكتروني وتسوية المنازعات إلكترونياً

المطلب الأول: أنظمة الدفع الإلكتروني (E-payment)

تتصد بالدفع الإلكتروني عملية تحويل النقود إلى الطرف المستفيد ولكن بطريقة إلكترونية، وقد ظهرت عملية الدفع الإلكتروني كصورة من صور المعاملات البنكية الإلكترونية نتيجة لبعض العوامل منها:

- تطور تكنولوجيا الشبكات (Networking Technology)، الذي أثر في موضوعات التجارة الإلكترونية ومنها الدفع أو تسديد الثمن.
- اتساع رقعة النشاط التجاري عبر الدول، فنظور حركة النشاط التجاري الدولي ساهمت في زيادة الإقبال على الدفع الإلكتروني باستخدام شبكة الإنترنت.
- صعوبة التعاملات عن طريق النقود البلاستيكية، فنحويل النقود البلاستيكية عن طريق البنوك أو الشركات البنكية المختصة من بلد لآخر يس بإجراءات معقدة إذ تأخذ في العادة زمناً طويلاً لينم تحويلها إلى المستفيد، إضافة إلى تكاليف النواويل والتراخيص اللازمة لذلك، كل ذلك أدى إلى عزوف النشاط التجاري وخاصة الدولي عن التعامل بالنقود البلاستيكية ومحاولة إيجاد البديل وهو الدفع الإلكتروني.
- وعملية الدفع الإلكتروني لا ينم فيها تحويل مادي للنقود عبر أنظمة الدفع الإلكتروني إنما كل ما ينم عبارة عن تغيير لأرقام الحسابات بالإضافة أو الخصم (Crediting and deducting) كنهيل لعمليات الدفع عبر الشبكات وتعدد صور الدفع الإلكتروني إلى عدة أشكال منها:

أ. البطاقة الذكية (Smart Card)⁽⁴⁶²⁾: والبطاقة الذكية عبارة عن بطاقة تخوي على معالج

دقيق يسمح بنخزين الأموال من خلال البرمجة الأمنية على شكل نقود رقمية⁽⁴⁶³⁾،

(462) لا تشمل أنظمة الدفع الإلكتروني كل حركة إلكترونية متعلقة بالنقود لا تتوفر من خلالها عملية تحويل النقود مثل ما توفره بعض البنوك لعملائها من ميزة تمكنهم من سحب نقودهم منها إلكترونياً عن طريق إصدار بطاقات السحب

وعادة لا يتطلب تأكيد صلاحية البطاقة من أجل نقل الأموال إلكترونياً بواسطتها من أحد أطراف التعاقد إلى الطرف الآخر، إذ ينتمى من هذه البطاقة على قارئ بطاقات "شريط مغناطيسي" خاص يسمح بقراءة محتوياتها وتحويل المبالغ منها إلى حسابات أخرى.

ولا تتطلب عملية تحويل الأموال عبر البطاقة الذكية أي إثبات لشخصية المتعاقد أو صاحب الأموال التي يتم تحويلها منها فيكفي لتحويل أي أموال عبر هذه البطاقة عرضها على الشريط المغنط ليصبح إمكان التحويل متاحاً، فالبطاقة تخوي على النوع الإلكتروني الخاص بصاحب الأموال التي تحملها بداخلها ولا تحتاج حاملها للتعريف بشخصيته أو إدخال معلومات للتحقق منها، وعلى الرغم من بعض المزايا التي توفرها المعاملات الإلكترونية لتحويل الأموال باستخدام البطاقة الذكية، من حيث كونه البطاقة الذكية بديلاً لحافظة النقود فيزيد من حمايتها ويقلل من معدل جرائم سرقة الأموال التقليدية، وكونها تقوم مقام الشيك وتعين المسافر على أداء مهامه⁽⁴⁶⁴⁾، وتوفر سهولة العملية وعدم تعقيد أنظمة التحقق من الشخص صاحب الأموال، إلا أنه من الجانب الآخر نرى أن التعامل عن طريق هذا النوع من الأنظمة يفتقر للحماية من السرقات إذ أن أي ضرر يلحق بهذه البطاقة قد يلحق ضرراً بالأموال التي تخونها؛ فسرقتها يعرض الأموال للسرقة وفقدانها أو تلفها يقتضي البدء في إجراءات استخراج أخرى وتكرار عملية القيام بالتحقق من توافر الشروط في حق العميل وإعادة إجراء التحقق من الضمانات العينية والشخصية بحسب شروط البنك المصدر لذلك البطاقة وتعطيل كافة المعاملات حتى يتم استخراج البديل، كما أن هذه البطاقات تصدر تحت سقف مالي معين لا تجوز

الآلي أو بطاقات "الصراف الآلي" (Cash Card ATM) تخول هذه البطاقات لصاحبها سحب مبالغ مالية من حسابه بحد أقصى متفق عليه من خلال أجهزة خاصة توفرها البنوك في الأماكن العامة، والسبب في ذلك لأن هذا النوع من التعامل الإلكتروني يوفر إمكانية سحب المال لصاحبه فقط دون أن يوفر عملية تحويله لحساب شخص آخر وبالتالي يخرج عن نطاق أنظمة الدفع الإلكتروني رغم تنفيذ التعامل النقدي عن طريق تعامل إلكتروني.

(463) **البنان، محمد.** العقود الإلكترونية، ورقة علمية قدمت في ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2007م، ص6، 7.

(464) **حجازي، عبد الفتاح بيومي.** مرجع سابق، ص 418 — 421.

للعامل تجاوزاً حتى وإن كان مرصيده يسمح بتجاوز المبلغ⁽⁴⁶⁵⁾، وذلك كله لا يتواءم مع متطلبات التجارة الإلكترونية من زيادة الأمان والسرعة في المعاملات.

ب. بطاقة الوفاء أو بطاقة السحب (Debit card):

بطاقات تحوّل لحاملها شراء سداداً من السلع والخدمات بموجب اتفاق مع الجهة المصدرة لها والتي غالباً ما تكون بنك، وتجرى عملية تحويل الأموال من حساب أحد الأطراف إلى حساب الطرف الآخر بواسطة الجهة المصدرة بإحدى طريقتين: مباشرة وغير مباشرة، أما الطريقة المباشرة فنشر عن طريق تسليم الطرف العميل بطاقة، للطرف الآخر الذي بدوره يقوم بنميرها على جهاز كشف مرصيد الطرف الأول، وبعد ذلك ينرخصر الحساب لصالح المستفيد، وتختلف هذه البطاقات عن البطاقات الدّكية في أنه يتوجب على الطرف حامل البطاقة في بطاقة الائتمان إدخال الرقم السري لدى الجهاز الذي مرت عبره البطاقة لينر إكمال العملية، أما الطريقة الغير مباشرة فينر فيها ثمرين البطاقة عبر الجهاز الخاص لها ولكن لا ينر خصم المبالغ بل إصدار فاتورة وإرسالها للبنك الذي بدوره يقوم بسداد المبلغ للمستفيد خصماً على حساب الطرف الأول بعد أن يقوم هذا الأخير بالتوقيع عليها⁽⁴⁶⁶⁾.

ج. القيمة المخزونة (Prepaid card):

د. النقد الرقمي (E-Cash):

هـ. البنوك الإلكترونية (E-Banking):

⁽⁴⁶⁵⁾ عملت بعض البنوك مؤخراً على تلافي هذا القيد وذلك عن طريق إصدار بطاقات ائتمان ذهبية تتضمن سقفاً مالياً عالياً، كما أصدرت بطاقات تتضمن ميزة نقل الأموال دولياً، وعلى الرغم من ذلك فإن تحويل الأموال من وإلى أي دولة في العالم لا زال مرهوناً بسياسة الدول تجاه بعضها البعض. حجازي، عبد الفتاح بيومي. مرجع سابق، ص 409.

⁽⁴⁶⁶⁾ حجازي، عبد الفتاح بيومي. مرجع سابق، ص 413، 414.

المطلب الثاني: تسوية المنازعات إلكترونياً (Online dispute solutions)

إن تطور التجارة الإلكترونية وسرعتها اقضت تطوراً وسرعةً في كافة المعاملات التجارية الإلكترونية المتعلقة لها بدءاً من مفاوضات التعاقد ومروراً بالتعاقد - كما وضعنا سابقاً في هذه الدراسة - ووصولاً إلى تسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الأطراف أثناء التعاقد أو بعد البدء في تنفيذ العقد المبرم، ولذا فقد خصصنا هذا المطلب للحديث عن آلية تسوية المنازعات بين الأطراف إلكترونياً، والتي تتنوع إلى تسوية إجبارية عن طريق المحاكم الإلكترونية أو القاضي الافتراضي (virtual magistrate)، أو تسوية اختيارية عن طريق الوساطة الإلكترونية أو التوفيق الإلكتروني أو التحكيم الإلكتروني، ولكن في عقود التجارة الدولية فإن الأطراف - غالباً - تلجأ إلى تسوية منازعاتها عن طريق التحكيم الذي يعتبر أسرع وسيلة لتسوية المنازعات وأقلها تكلفةً وتعقيداً، نظراً للخصائص التي يميزها التحكيم الإلكتروني عن سائر وسائل تسوية المنازعات التجارية الدولية إلكترونياً خصوصاً منفردة سوف نفضلها في هذا المطلب، ولذا فسوف نذكر وسائل تسوية المنازعات إلكترونياً ونحدث عن التحكيم الإلكتروني بشيء من التفصيل.

ومما زاد من أهمية التحكيم هو تطور التجارة الدولية التي كانت سبباً في ظهور التحكيم التجاري الدولي كوسيلة بديلة عن القاضي الدولي لحل المنازعات بين أطراف العقود التجارية الدولية نسبة للخصائص التي يمتاز بها حل النزاع بواسطة التحكيم عنه بواسطة القاضي، ولذلك أصبح التحكيم التجاري الدولي تخطى مكانته في حل المنازعات التجارية الدولية أكبر من المحاكم الوطنية التي تراجع دورها ليصبح ثانوياً كاستثناء في حالة عدم رغبة الأطراف في إدراج شرط التحكيم أو إلحاق مشاركة تحكيم لتنظيم النزاع الذي قد يثور بينهما بشأن التعاقد.

التحكيم الإلكتروني:

يعتبر التحكيم الإلكتروني أحد صور المعاملات الإلكترونية التي ظهرت حديثاً إلى جانب التعاقد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية بوجه عام، وغالباً يلجأ طرفا العقد في العقود

التجارية الدولية، إلى تسوية المنازعات التي تنشأ أثناء تنفيذ هذه العقود عن طريق التحكيم نظراً لما ينم عن حل النزاع عن طريق التحكيم من خصائص مميزة مقارنة مع حل النزاعات عن طريق القضاء.

ونتيجة لكل ما سبق وإضافة إلى التطور التكنولوجي في مجال المعلوماتية فقد ظهر ما يسمى بالتحكيم الإلكتروني، والذي أثناء البحث في موضوعه وجدنا عدم اختلاف في مضمونه عن التحكيم وهو ما جعلنا بالضرورة نخرج على التحكيم بصفة عامة لتوضيح معنى التحكيم الإلكتروني.

تعريف التحكيم:

يعرف التحكيم في الفقه على أنه: التولية بالحكم، أي تولية الخصمين حاكماً تخكراً بينهما⁽⁴⁶⁷⁾، أما في القانون فيعرف التحكيم بأنه اتفاق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهما من النزاع لخصم تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع نشأ بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين، ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء⁽⁴⁶⁸⁾.

كما يعرف التحكيم في القانون على أنه: (اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقات قانونية معينة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، وتجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم واردة في عقد اتفاق منفصل)⁽⁴⁶⁹⁾.

ومن التعريف السابق نستطيع ملاحظة عناصر التحكيم التي تتمثل في وجود اتفاق بين طرفين⁽⁴⁷⁰⁾، وجود محكمين قضيه الطرفان وموضوع التحكيم أو محل التحكيم.

(467) الدوري، قحطان عبد الرحمن. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، 2002م، ص 21.

(468) المرجع السابق، ص 21.

(469) قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م. المادة (1/5) لكن القانون نفسه قد اشترط في ذات المادة ضرورة كتابة اتفاق التحكيم بنصه على أنه: (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً. و يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما تبادلاه من رسائل أو بريقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة) القانون السابق، المادة (2/5، 3) والنص السابق يضيق من مفهوم التحكيم باشتراطه الكتابة كشرط أساسي لوجود وثبات اتفاق التحكيم، حتى وإن تم التواصل بين الأطراف بأي وسيلة اتصال، وهذا النص لا يتواءم مع التطورات الجديدة التي دخلت على اتفاق التحكيم وأنتجت ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني.

وقد يكون التحكيم بصورته السابقة، إما إجباري (إلزامي) ⁽⁴⁷¹⁾ إن كان النزاع من النوع الملق على إحالته إلى التحكيم، أو اختياري - وهو ما يهمننا في دراستنا هذه - كالتحكيم التجاري الدولي الذي يركز على الرضاينة والشعور بالزامية الحكم والاستعداد المسبق لتنفيذه. ولكن نلاحظ على ما سبق وكما هو الحال عند البعض من الكتاب ⁽⁴⁷²⁾ - أيضاً - دمج مفهومي التحكيم، و اتفاق التحكيم في مفهوم واحد ⁽⁴⁷³⁾، بينما تختلف المفهومين عن بعضهما البعض، إذ أن التحكيم كما وضعه كل من الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المتعلقة لهذا الخصوص يعرف على أنه: (تسوية المنازعات بواسطة محكمين سواء كانوا محكمين لحالة نزاع واحدة أو محكمين دائمين) ⁽⁴⁷⁴⁾. أما اتفاق التحكيم فيفصل على أنه: (شرط التحكيم المضمن في العقد المبرم بين

⁽⁴⁷⁰⁾ اتفاق التحكيم يشير إلى وجود عقد، وهو عقد التحكيم الذي ينتج آثاره الملزمة للطرفين بتنفيذ أحكام المحكم أو المحكمين.

⁽⁴⁷¹⁾ وصورة التحكيم الإجباري مثل ما قضت به اتفاقية "برن" سنة 1961م المتعلقة بنقل البضائع بالسكك الحديدية، حيث أسندت الاتفاقية إلى محكمة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بالنقل في السكك الحديدية بين رعايا الدول المتعاقدة وغير المتعاقدة. (القاضي، خالد محمد. موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، 2002م، ص116).

⁽⁴⁷²⁾ يذهب البعض إلى أبعد من ذلك فلا يفرق بين مفهوم التحكيم واتفاق التحكيم والتحكيم الإلكتروني، فيضمها جميعها في تعريف واحد ليعرف التحكيم الإلكتروني على أنه: وسيلة يلجأ إليها الأطراف لحسم المنازعات القائمة بينهم، أو التي سوف تنشأ بينهم مستقبلاً بعيداً عن ساحات القضاء. (سليمان، محمد مأمون. التحكيم الإلكتروني، التجارة الإلكترونية-اتفاق التحكيم- عملية التحكيم- حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001م، ص62).

⁽⁴⁷³⁾ سار على هذا النهج الفقه والقانون السودانيين فيعرف التحكيم في بعض الفقه السوداني على أنه: (اتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم) (دريج، إبراهيم محمد أحمد. شرح قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م مع رؤية خاصة عن الإشكالات العملية من واقع التطبيق العملي، الطبعة الثانية، الدار السودانية للكتب وشركة مطابع السودان للعملة المحدودة، 2008م، ص10. ولم يخرج الفقه السوداني عند تعريفه للتحكيم عن نص قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م الذي عرف اتفاق التحكيم تحت مصطلح التحكيم ثم أفرد تعريفاً آخر لاتفاق التحكيم كالتالي: (التحكيم: يقصد به اتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم أما اتفاق التحكيم فعرفه على أنه: كل اتفاق يتعهد فيه الأطراف بعرض منازعاتهم للفصل فيها عن طريق التحكيم أو كل اتفاق لاحق لإحالة النزاع القائم للتحكيم) قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، المادة(4).

⁽⁴⁷⁴⁾ "Arbitration" shall mean not only settlement by arbitrators appointed in each case (ad hoc arbitration) but also by permanent arbitral institutions. **European Convention on International Commercial Arbitration Done at Geneva, on 21 April 1961, (Article I /b).**

الأطراف كما يشمل أيضاً أي اتفاق بين الطرفين منفصل عن العقد يقتضي بإحالة النزاع المنعلق بذلك العقد للنحكيم سواء وقع بين الطرفين أو تضمنته المراسلات المتبادلة بينهما أو البرقيات أو عن طريق الطابعية المنصلة بخط الهاتف أو أي طريقة أخرى وبالشكل الذي تنظمه قوانين الدول التي لا تشترط أن يكون اتفاق النحكيم مكتوباً⁽⁴⁷⁵⁾.

تفرق بعض القوانين كالقانون اليمني بين النحكيم والنحكيم التجاري والنحكيم الدولي؛ فيعرف النحكيم وفقاً للقانون اليمني على أنه: (اختيار الطرفين برضاها شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما، دون المحكمة المختصة، فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات)⁽⁴⁷⁶⁾ ويعرف النحكيم التجاري على أنه: (أي تحكيم، تكون أطرافه أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين يمارسون أعمالاً تجارية أو اقتصادية أو استثمارية أياً كان نوعها، سواء كانوا يمينين أم عرباً أو أجنبياً)⁽⁴⁷⁷⁾، أما النحكيم الدولي فهو: (يعني أن أطراف النحكيم أشخاص من جنسيات مختلفة أو يكون موطنها أو مقرها الرئيسي في بلدان مختلفة أو إذا تم النحكيم في مركز دولي للنحكيم)⁽⁴⁷⁸⁾، والنحكيم بصورته السابقة يعد من ادف للقضاء إلا أن حكم النحكيم يميز عن حكم القضاء بعدة خصائص من أهمها:

مساهمة الأطراف بوضع الإجراءات التي يسير عليها المحكم في نظر النزاع.

وهو نفس التعريف الذي جاء في بعض القوانين الوطنية المختصة بتنظيم عقد التحكيم كقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م. المادة (1).

(475) "Arbitration agreement" shall mean either an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, the contract or arbitration agreement being signed by the parties, or contained in an exchange of letters, telegrams, or in a communication by tele-printer and, in relations between States whose laws do not require that an arbitration agreement be made in writing, any arbitration agreement concluded in the form authorized by these laws. **European Convention on International Commercial Arbitration Done at Geneva, on 21 April 1961, (Article I /a).**

(476) القرار رقم (22) بشأن قانون التحكيم اليمني لسنة 1992م، المادة (2).

(477) القانون السابق، المادة (2).

(478) القانون السابق، المادة (2).

-سريّة التحكيم والمحافظة على أسرار الأطراف بالبعد عن أعين الصحافة وأجهزة الإعلام الأخرى⁽⁴⁷⁹⁾.

-اكتساب أحكام المحكمين حجية الحكم البات، فلا يمكن الطعن فيها إلا إن كانت باطلة⁽⁴⁸⁰⁾.

-مساعدة السلطات القضائية على تحقيق أهداف القضاء وتخفيف عبء العمل عن المحاكم.

-اطمئنان الأطراف للمحكمين بعكس القضاء الذي يولد خوف لدى المتخاصمين من الوقوف أمامه والنظرة الإيجابية للتحكيم إذ تكون بدافع استمرار التعامل بين الأطراف بعكس التقاضي الذي غالباً ما تغلب على أطرافه دوافع الحقد والانتقام⁽⁴⁸¹⁾.

-لا وجود لقاعدة مرد القاضي في أحكام المحكمين فقد تربط أحد المحكمين بالأطراف أو بعضهم علاقة نسبية أو صلة قرابة دون أن يكون ذلك سبباً لرد حكم المحكم أو الطعن فيه.

-تحمل الضمير إلى جانب القانون لدى المحكمين عند إصدار الحكم بعكس القضاء الذي يسوجب على القاضي تطبيق نصوص قانونية وعدم الركون إلى ضميره أو علمه الشخصي⁽⁴⁸²⁾.

-توفير مصاريف التقاضي على المحكمين والسرعة في إنجاز الأحكام، وتخفيف الإجراءات وتجنب الأطراف عبء الثقل بين البلدان لرفع الدعاوى وتحمل مخاطر الجهل بقوانين البلدان المختلفة⁽⁴⁸³⁾.

(479) التميمي، عصام رجب بيوض. التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص16، 17.

(480) المرجع السابق، ص16.

(481) المرجع السابق، ص17.

(482) وفي ذلك ذكر فيلسوف اليونان في (الريطوريقا)(Rhotorique) عن أطراف النزاع يفضلون التحكيم عن القضاء لأن المحكم يرى "العدالة" بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع. (الرفاعي، أشرف عبد العظيم، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2003م، ص3).

صور التحكيم:

نتيجة لتطور تكنولوجيا المعلومات والاتصال فقد أصبح للتحكيم عدة صور نوضحها كالآتي:
الصورة الأولى: تحكيم تقليدي لمنازعة تعاقد تقليدي: وهو أقدم أنواع التحكيم والمعترف
عليه كان يبرم المتعاقدان اتفاقاً مكتوباً يقضي بتحكيم شخص لحل النزاع المستقبلي بينهما .
الصورة الثانية: تحكيم تقليدي لمنازعة عقد إلكتروني: وصورتها أن يتم تبادل مستندات
كنايته لعقد التحكيم بين الأطراف بشأن عقد إلكتروني .

الصورة الثالثة: تحكيم إلكتروني لمنازعة تعاقد تقليدي: وصورتها بأن يشق طرفان
تجمعهما عقد تقليدي بتحكيم شخص لا يوجد في دولتهما أو محل إقامتهما ويتم التواصل معه
إلكترونياً وتنفيذ إجراءات وحكم التحكيم عن بعد .

الصورة الرابعة: تحكيم إلكتروني لمنازعة عقد إلكتروني: وصورتها أن ينبع إجراءات
اختيار المحكم وإجراءات التحكيم وحكم التحكيم إلكترونياً تبعاً لمراحل التعاقد
الإلكتروني بين الأطراف .

على أن ما يتعلق بدراسنا هو الصورتين الأخيرتين وعلى وجه الخصوص الصورة الرابعة
للتحكيم وهي التحكيم الإلكتروني بشأن منازعة متعلقة بتعاقد إلكتروني، وسوف نبين
ذلك من خلال تعريف التحكيم الإلكتروني وخصائصه في المطلب الثاني كالآتي:

التحكيم الإلكتروني (Electronic Arbitration) ⁽⁴⁸⁴⁾

ذكرنا سابقاً أن التحكيم الإلكتروني ⁽⁴⁸⁵⁾ لا يختلف عن التحكيم التقليدي من حيث
المضمون إنما ينفرد التحكيم الإلكتروني عن ذلك التقليدي بقولبه على دعامة إلكترونية

(483) التميمي، عصام رجب بيوض ، مرجع سابق، ص16، 17.

(484) تتعدد تسميات التحكيم الإلكتروني في اللغة الإنجليزية لكن مع وحدة المسمى فيطلق عليه:

Electronic Arbitration , Arbitration Cyber , Arbitration using Online Techniques , Virtual Arbitration , Cyberation or Cyberspace Arbitration. (مرجع سابق، ص4).

شكلية فقط، ولذا فقد عرف البعض التحكيم الإلكتروني على أنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت غالباً بوسائل إلكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومسنودة من اتفاق أطراف النزاع وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي⁽⁴⁸⁶⁾.

ومن خلال التعريف السابق نجد أن التحكيم الإلكتروني عبارة عن تحكيم تقليدي استخدمت فيه وسائل اتصال حديثة، وعلى الرغم من أن التعريف السابق لم يفصل ما إن كان شرطاً في التحكيم الإلكتروني أن ينم بكافة مراحلها إلكترونياً كما يوصف بالإلكتروني أمر أنه يكفي أن ينم جزء منه إلكترونياً وينم تنفيذ الباقي بالطرق التقليدية، على الرغم من ذلك يمكننا القول بأنه يكفي أن ينم جزء من إجراءات التحكيم إلكترونياً ليكنسب التحكيم صفة الإلكترونية قياساً على العقد الإلكتروني الذي تم تفصيله في موضع سابق من هذه الدراسة.

لم تعرض لجنة الأمر المنحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) لتعريف التحكيم الإلكتروني في قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المتعاقب (1985، 2006، 2010)، ولكنها قد أكدت على الاعتراف بالتحكيم الإلكتروني بحيث أجاز قانون

(485) التحكيم الإلكتروني ليس الألية الإلكترونية الوحيدة لفض المنازعات بين الأطراف، فتوجد عدة آليات أخرى لفض المنازعات بين الأطراف إلكترونياً يتم اختيار شبكة الإنترنت فيها لتكون المكان الافتراضي لحل النزاع جزئياً أو كلياً، مثل المفاوضات الإلكترونية المبسطة بين الأطراف أنفسهم دون وسيط، والمفاوضات ذات الطابع الآلي التي يحدد الأطراف فيها مجال التسوية و يقدمون الدفع على شكل بيانات مدخلة إلى جهاز الكمبيوتر من خلال مواقع إلكترونية معينة، والوساطة الإلكترونية، والمحاكم الإلكترونية أو التوفيق الإلكتروني وغيرها، (لمزيد من التوضيح: (سامية، يتوجي. التحكيم الإلكتروني، بحث ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009م، ص 6، 7)، وقد تم التركيز في هذه الدراسة على التحكيم الإلكتروني باعتباره أشهر تلك الوسائل، كما أن شكلية إتمام جميع الوسائل السابقة بما فيها التحكيم الإلكتروني يتم عن طريق شبكة الإنترنت والتواصل الإلكتروني بين الأطراف وبالتالي فلا يختلف أي منها عن الآخر من منظور هذه الدراسة ويساند ذلك قول البعض: أن أفضل وسيلة لتسوية تلك المنازعات الإلكترونية هي التحكيم والوساطة الإلكترونية على أساس أن هذه الوسيلة متاحة بين مستخدمي الإنترنت من جانب، علاوة على سرعتها وملاءمتها للتطورات التي تواكب التجارة الإلكترونية من جانب آخر (المنزلاوي، صالح جاد، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، ورقة علمية، مجلة المحامين العرب، العدد الثالث، الرياض، يونيو 2009م، ص1).

(486) أورد هذا التعريف: خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، نقلاً عن: سامية، يتوجي. مرجع سابق ص5.

الأونسترال النموذجي للنحكيم الإلكتروني إرسال الإشعارات والبلاغات والخطابات أو الاقتراحات الخاصة بالنحكيم التجاري الدولي باستخدام أي وسيلة اتصال واشتراط أن توفر هذه الوسيلة سجلاً بالإرسال أو تتيح إمكانية توفير ذلك السجل لغرض الإثبات أو الرجوع إليه عند الحاجة فنص على:

(A notice, including a notification, communication or proposal, may be transmitted by any means of communication that provides or allows for a record of its transmission)⁽⁴⁸⁷⁾.

أيضاً اشترط القانون السابق عند تسليم الإشعار في النحكيم الإلكتروني أن يسلم إلى عنوان معين أو مأذون به، كأن يعين المسلم عنوان ينهر استلام المخاطبات والإشعارات عليه أو تأذن هيئة النحكيم بإرسال المخاطبات إلى ذلك العنوان بنصه على أنه:

(Delivery by electronic means such as facsimile or e-mail may only be made to an address so designated or authorized)⁽⁴⁸⁸⁾.

كما أخذ القانون السابق بنظرية وصول الخطاب الإلكتروني بشأن زمن في حالة المخاطبة بإشعار النحكيم وما عداه من إشعارات مثل إشعارات المعاينة والشهود وغيرها فيعتبر المرسل إليه قد تسلمها من تاريخ الإرسال وليس الوصول وذلك عند عدم وجود عنوان معين لإرسال المخاطبات بدلاً عن نظرية العلم بالمخاطبات فنص على أنه:

(A notice transmitted by electronic means is deemed to have been received on the day it is sent, except that a notice of arbitration so transmitted is only deemed to have been received on the day when it reaches the addressee's electronic address)⁽⁴⁸⁹⁾.

(487) UNCITRAL Arbitration Rule (as revised in 2010), article (2/1)

(488) UNCITRAL Arbitration Rule (as revised in 2010), article(2/2)

(489) UNCITRAL Arbitration Rule (as revised in 2010), article(2/5)

أما في حالة تعذر تسليم الإشعار وفقاً لما سبق فإن القانون السابق اعتبر أن الإشعار قد تسلّم إلى المرسل إليه إذا سلّم إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معنّاد أو عنوان بريدي معروف للمرسل إليه وفقاً للشروط والضوابط التالية:

أ. أن ينمر ذلك بعد بذل جهود معقولة يجمع تقديرها للمحكم.
ب. أن ينمر إرساله برسالة مسجلة أو أي وسيلة أخرى توفّر سجلاً بالنسليم أو محاولة التسليم⁽⁴⁹⁰⁾.

ج. ومن خلال التعريفات المختلفة للنكحيم التي استعرضناها في المطلب الأول والتي تبين من خلالها أنها لم تفصل النكحيم الإلكتروني عن النكحيم التقليدي مع وجود ما يميز النكحيم الإلكتروني عن ذلك التقليدي من اختلاف بين مفهومي النكحيم التقليدي والنكحيم الإلكتروني ينمثل بنواح عدة أهمها:

1. تسهيل عملية الاتصال بين الأطراف والمحكمين من جهة، وفيما بين المحكمين أنفسهم من جهة أخرى، وقلة التكاليف مقارنة بالنكحيم التقليدي وإذابة الحدود الزمانية والمكانية فقد أصبح من خلال النكحيم الإلكتروني بمقدور الأطراف تحكيم محكم أو عدة محكمين يقطن كل منهم بلد تختلف عن بلد الآخر دون أن ينسب ذلك في خلق عوائق أو حواجز أمام تنفيذ إجراءات النكحيم.
2. توافق النكحيم الإلكتروني مع طبيعة المنازعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية.
3. يقول البعض بأن النكحيم الإلكتروني يتميز بالشفافية بحيث يمكن لأي طرف الاطلاع على جميع المعلومات والمستندات التي يقدمها الطرف الآخر، سهولة الحصول على حكم

⁽⁴⁹⁰⁾ If, after reasonable efforts, delivery cannot be effected in Accordance with paragraphs 2 or 3, a notice is deemed to have been received if it is sent to the addressee's last-known place of business, habitual residence or mailing address by registered letter or any other means that provides a record of delivery or of attempted delivery. **UNCITRAL Arbitration Rule (as revised in 2010), article(2/4)**

النحيم، السرية وفائدة عدم إلحاق الضرر بسمعة الأطراف المحكمين، الرضاية ومرغبة الأطراف في عرض النزاع على ذوي الخبرة والكفاءة و عدم التزام الأطراف بالانتقال إلى أي مكان لأن المستندات والأدلة تتم عبر وسائط الاتصالات الإلكترونية⁽⁴⁹¹⁾.

4. ما جاء في تقرير لجنة الأمر المنحلة للقانون التجاري الدولي أن أي نظام عالمي لسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر ينبغي أن يصب على قرارات نهائية وملزمة عن طريق النحيم، وأن نظاماً من هذا القيل سنكون له منفعة عظيمة للبلدان النامية و البلدان التي تشهد أوضاعاً لاحقة للنزاعات للأسباب التالية:

- من شأن هذا النظام أن يحسن سبل الوصول إلى العدالة، إذ يوفر طريقة فعالة وزهيدة التكلفة وموثوقة لسوية المنازعات في الحالات الكثيرة التي لا توجد فيها آليات قضائية تحظى بالثقة وتعمل بصورة سليمة لكي تعالج المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية الإلكترونية عبر الحدود؛
- هذا بدوره سوف يسهم في النمو الاقتصادي وفي توسيع نطاق التجارة عبر الحدود، ويغرس في نفوس الأطراف في تلك المعاملات ثقة في أن منازعتهم يمكن أن تُعالج على نحو منصف وفي توقيت مناسب؛
- من شأن هذا النظام أن ينيح للمنشآت الصغيرة والمتوسطة في البلدان النامية فرصاً أوسع للوصول إلى الأسواق الأجنبية، وأن يجعلها، في حال نشوء منازعة، في

(491) فضل المولى، معاذ علي. التحكيم الإلكتروني، بحث مقدم لمجلة العدل، وزارة العدل، الخرطوم، 2012م، ص8. إلا أننا نلاحظ على القول السابق تمييزه التحكيم الإلكتروني بصفة الشفافية والسرية على إطلاقها في الوقت الذي تتوقف صفة الشفافية على موافقة المحكمين الذين قد لا يسمعون للأطراف بالاطلاع على أي من إجراءات التحكيم، كما أن السرية ليست مطلقة كما ذكرنا سابقاً فإن المخاطبات وإجراءات التحكيم معرضة لخطر القرصنة ومن ثم للنشر على شبكة الإنترنت إن لم يتم توفير الحماية الكافية لسرية هذه التعاملات.

موقف أقل ضعفاً لدى التعامل مع أطراف أكثر تطوراً من الناحية التجارية في

بلدان أخرى ينسب فيها الوصول إلى موارد قانونية وقضائية أكبر⁽⁴⁹²⁾.

على الرغم مما سبق إلا أن ثمة عوائق تعمل على تضييق تطور التحكيم الإلكتروني، ومن

هذه العوائق ما يأتي:

- صعوبة استجواب الشهود وصعوبة المعاينات نظراً لبعدها للمحكمن عن موطن الخلاف أو المنازعة.
- فقدان القوة لإلزام المحكمن بشروط وإجراءات التحكيم نظراً لبعدهم المكاني وتحكم المحكمن بوسائل الاتصال وهم ومقابلتهم الافتراضية.
- برغم تطور وسائل التكنولوجيا والاتصال إلا أنها لازالت عاجزة عن نقل الصورة الكاملة كما هي في الواقع، وبالتالي خوف عدم الفهم أو اللبس لدى المحكمن.
- عدم ضمان السرية الكاملة لكل ما يجري عبر شبكة الانترنت ووسائل الاتصال الإلكترونية الأخرى.

⁽⁴⁹²⁾ تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الخامسة والأربعون، 25 يونيو — 6 يوليو 2012م، ص24، 25.

الفصل الثاني: الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية

اهتم المجتمع الدولي بتنظيم الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية فوضعت الاتفاقيات والقوانين الدولية للاعتراف بالمعاملات الإلكترونية وحمايتها القانونية على المستوى الدولي، وسوف نفضل ذلك من خلال المبحث الأول في هذا الفصل، كما اهتم المشع الوطني السوداني بذات الأمر فنظم المشع السوداني كغيره من بعض المشعين العرب موضوع المعاملات الإلكترونية وأصدر لهذا الشأن قانونين يتكون كل منهما من (30) مادة، اخص أحدهما بنجريم بعض الأفعال الإلكترونية وتضمن الآخر تنظيماً للمعاملات الإلكترونية، والتي سوف نفضل الحديث عنهما في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الأول: الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية في القانون الدولي

المطلب الأول: مفهوم الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية

لكي تجد المعاملات الإلكترونية قوتها القانونية الملزمة لأطراف التعاقد لا بد من توافر حماية قانونية تكفل الاعتراف بها في كافة مراحل التعاقد التي يمر بها العقد بين الأطراف ابتداءً من مرحلة التفاوض من ورأى من حلته إبرام العقد ووصولاً إلى مرحلة التنفيذ، وقد أصبح في الغالب أن تتخلل إحدى هذه المراحل أو جميعها تعاملات إلكترونية أو مراسلات بين الأطراف باستخدام محرمات إلكترونية أو وسائل اتصال إلكترونية نظراً لما تتطلبه موضوعات التعاقد، كأن يكون موضوع العقد برنامج حاسوبي أو برنامج تعليمي إلكتروني معين، أو لما يتطلبه سرعة الجاز التعامل توفيراً لزم من المتعاقدين أو حتى للبيئة المحيطة للمتعاقدين التي أصبحت أشبه بالبيئة الإلكترونية.

كما يكتسب موضوع الحماية القانونية أهمية كبيرة تأتي من حاجة المجتمع الدولي لإنجاز المعاملات باستخدام النعامات الإلكترونية، ومواكبة للتطورات التي حدثت في مجال الاتصالات وتقنية المعلومات التي أظهرت أنشطة تجارية جديدة منمثلة بالتجارة الإلكترونية وغيرها من المعاملات الإلكترونية التي تم تفصيلها في الباب الثاني من هذه الدراسة.

يهدف موضوع الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية إلى غاية أخرى تتمثل في حث كافة الدول على الاعتراف بالمحرمات والمعاملات الإلكترونية وتبني ذلك ضمن قوانينها الوطنية عن طريق التوقيع ومن ثم التصديق على الاتفاقيات المتعلقة بهذا الخصوص، فنصبح كل دولة تصادق على أي من هذه الاتفاقيات ملزمة بتعديل قوانينها الوطنية، وخاصة قانون الإثبات لينواكب مع ما صادقت عليه أو تبني أحكام هذه الاتفاقيات وتفضيلها عند التعارض مع أي من قوانينها الوطنية الحالية، وقد تحققت هذه الغاية في كثير من الدول - حتى النامية منها - التي سارعت إلى وضع قوانين وتشريعات لتنظيم النعامات الإلكترونية وتوفير الحماية القانونية اللازمة للمحرمات الإلكترونية والنعامات الإلكترونية وحجية التعامل باستخدامها وقوتها في الإثبات.

وعلى الرغم من ذلك إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن مفهوم الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية لا تعني منع رسائل البيانات والخطابات والمعاملات الإلكترونية بحماية مطلقة تمنع أي طعن في صحتها أو قبح في قانونيتها، فيجوز الطعن في صحة الخطابات والرسائل الإلكترونية عن طريق الوسائل القانونية لذلك بحسب ما تنظمه قوانين الإجراءات المدنية الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الخصوص.

المطلب الثاني: الحماية القانونية الدولية للمعاملات الإلكترونية

بات المجتمع الدولي يعترف بالقيمة القانونية للمعاملات التي تتمثل على شكل إلكتروني، وفي ذلك عكفت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة على وضع قواعد قانونية دولية تنظم المعاملات الإلكترونية وتضمن حمايتها، وتم وضع بعض القوانين المتعلقة بهذا الشأن مثل قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996م الذي نص صراحة في الفصل الثاني منه على أنه: (لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات) (493).

وبالتالي فإن أي معلومة إلكترونية تتمتع بنفس الحماية القانونية التي تتمتع بها المعلومة المستندية التقليدية من حيث المفعول القانوني في مجال الإثبات أو الصحة أو قابليتها للتنفيذ، واستناداً إلى ذلك لا تجوز إنكارها لمجرد وجودها على شكل رسالة بيانات لكنما لا يفهم من ذلك منع تلك المعلومات حماية مطلقة من طرق إنكارها القانونية إذ تجوز الطعن بصحتها أو الإدعاء بتزويرها أو تحويرها أو دحضها بمعلومات أخرى إلكترونية أو مستندية ينولى الفصل فيها قاضي الموضوع المختص، كما أن القانون الدولي يشترط بعض الشروط الخاصة في المعاملات الإلكترونية لإضفاء الحماية القانونية عليها مثل ما نص عليها قانون الأونسترال النموذجي السابق من شروط خاصة لا اعتبار النوقع الإلكتروني توقيعاً قانونياً على نحو ما تم تفصيله في الفصل الأول من هذا الباب.

أيضاً وضع قانون الأونسترال السابق أحكاماً خاصة لحماية المعلومات الإلكترونية عند استخدامها كدليل إثبات فأكد على عدم جواز إنكارها أو استبعادها من منظومة أدلة الإثبات القانونية لمجرد أنها قد جاءت على شكل رسائل بيانات، كما استثنى في هذا الخصوص ضرورة وجود النسخة الأصلية لرسائل البيانات أو وجودها في شكلها الأصلي، ويعتبر القانون بذلك قد أعطى حماية قانونية للمعاملات الإلكترونية أكبر من تلك التي تتمتع بها المعلومات المستندية؛ ففي حين

(493) قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية 1996م، المادة (5).

تتطلب قوانين الإثبات الوطنية وجود النسخة الأصلية من المستند لاعتماد ما فيه وإثبات ما تخنونه المستند، خفف قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية هذا الشرط ونص على أنه يكفي لاعتبار رسائل البيانات ضمن أدلة الإثبات أن تكون مكنونة على نسخة تعتبر أفضل دليل ينوقع الحصول عليها بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد لها مع بعض القيود التي أوردها القانون في هذه الحالة والتي تم تفصيلها سابقاً.

وقد أكدت على ما ذكر القانون السابق اتفاقية الأمر المنحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية 2005 من نصها في فصلها الثالث على أنه:

(A communication or a contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that it is in the form of an electronic communication.)⁽⁴⁹⁴⁾.

وبالنالي فقد أصبح من الضروري لتسيير المعاملات التجارية بين الدول اعتراف كافة الدول بالمعاملات الإلكترونية وإعطائها القوة القانونية اللازمة لحمايتها، واعتبار المعاملات التي تتم بصورة إلكترونية تعاملات قانونية صحيحة لا يتدح في صحتها لمجرد أنها قد جاءت على شكل إلكتروني.

⁽⁴⁹⁴⁾ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. 2005. Article(8/1).

المبحث الثاني: الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية في القانون السوداني

المطلب الأول: قانون جرائم المعلوماتية السوداني لعام 2007م.

أخض هذا القانون بتنظيم الأفعال التي تشكل جرائم إلكترونية سواء ضد المعلومات أو الأموال، أو التي تشكل أعمالاً إرهابية إلكترونية فأورد الفصل الثاني من قانون جرائم المعلوماتية السوداني السابق لتنظيم جرائم نظم ووسائط الشبكات المعلوماتية، مثل الدخول غير المشروع إلى المواقع والأنظمة المعلوماتية المملوكة للغير سواء من الشخص العادي أو الموظف العام، الذي شدد القانون العقوبة في حالة هذا الأخير، كما جرّم القانون السابق النصّت على رسائل الغير باستخدام الوسائل الإلكترونية أو اعتراضها دون تصريح من النيابة العامة، وجرّم أيضاً في ذات الفصل الدخول إلى المواقع التي تتبع الجهات الأمنية السودانية، كما حرم القانون السوداني إيتاف البرامج أو البيانات أو المعلومات أو إتلافها أو تعطيلها أو إعاقة أو تشويش أو تعطيل الوصول إلى الخدمة في ذات الفصل.

ولكن من خلال الإطلاع على نصوص القانون السابق وجدنا أن تجريم دخول المواقع المملوكة للغير قد جاء مطلقاً سواء كان الدخول بقصد أمر بدون قصد، وسواء أن تولد عنه إتلاف البيانات أو سرقتها أمر لم يلحق أي ضرر بالموقع ومحتوياته، فالحكم قد جاء عاماً بنص القانون على أنه: (كل من يدخل موقفاً أو نظام معلومات دون أن يكون مصرحاً له ويقوم بالإطلاع عليه أو نسخه يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سنتين أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً)⁽⁴⁹⁵⁾.

ومن خلال النص السابق نجد أن مجرد الإطلاع على أي موقع إلكتروني أو نظام معلوماتي مملوك للغير يعتبر جريمة من منظور القانون السوداني، وإذا كان القانون السوداني لهذا النص تحقيق شيئاً من الردع وترك محاولات الدخول غير المصرح به إلى مواقع لا يملكها المنصف، إلا أنه بالإضافة

(495) قانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة 2007م المادة (4).

إلى صعوبة إثبات ذلك والتحقق من مكنته الدخول من عدمه وملاحقة الجاني التي تتميز بها الجرائم الإلكترونية عامة، فإن التطبيق العملي للنص السابق يثير العديد من الصعوبات القانونية مثل:

- إهمال ركن هام من أركان قيام الجريمة وهو الركن المعنوي أو ركن العمدية المنتمثل بقصد الجاني من الدخول للمواقع المملوكة للغير أو الأنظمة المعلوماتية الإضرار بها أو بالمالك لها أو بالغير كاستخدامها مسحاً أو أداة لارتكاب الجرائم الأخرى.

- مقدار التجريم الذي جاء به النص لا تقابله تكنولوجيا رقمية عالية لتحقيق تنفيذه وتطبيقه على كافة الأنظمة الإلكترونية المتاحة في السودان أو المواقع الإلكترونية المملوكة لسودانيين، وذلك تخلق فجوة بين النص وإمكانية تطبيقه على الواقع العملي.
- ترابط موضوعات الشبكة العنكبوتية (الانترنت) ببعضها، ووجود روابط بعض المواقع الإلكترونية ضمن صفحات أو مواقع أخرى قد يجعل الكثير من المتصفحين لها - خاصة أولئك الذين لا يملكون خبرة ودراية كاملين لدخول الشبكة والتنقل بين المواقع الإلكترونية - يتعون في شرك المادة السابقة بحسن نية ودون قصد إجرام.

وكذلك فقد جرم القانون السابق الأفعال التي تقع على الأموال باستخدام وسائل إلكترونية، مثل الحصول على أرقام وبيانات بطاقات الائتمان والانتفاع بدون وجه حق لخدمات الاتصال وغيرها من الجرائم الإلكترونية الواقعة على الأموال، فأورد لها فصلاً مستقلاً هو الفصل الثالث من القانون، كما خصص الفصل الرابع لتجريم الأفعال الواقعة على الشرف والاعتبار والإخلال بالنظام العام وجرائم الآداب عامة، وخصص الفصل الخامس لجرائم الإرهاب الإلكتروني والملكية الفكرية، والفصل السادس لجرائم الاتجار في الجنس البشري الإلكتروني.

وجرائم غسيل الأموال الإلكترونية وجرائم الترويج الإلكتروني للمنشطات والمخدرات عبر الإنترنت أو الكمبيوتر أو ما في حكمه.

ولكننا نلاحظ على القانون السابق أنه أورد ضمن أحكامه العامة عقوبة "المصادرة" فنص على أنه: (مع عدم الإخلال لحقوق الغير "حسني النية" يجب على المحكمة في جميع الأحوال أن تحكم بمصادرة الأجهزة أو البرامج أو الوسائط المستخدمة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو الأموال المنحصلة منها، كما يجب إغلاق المحل أو المشروع الذي ارتكبت فيه أي من الجرائم الواردة في هذا القانون إذا ما ارتكبت الجريمة بعلم مالكه، وذلك للمدة التي تراها المحكمة مناسبة) (496).

والعقوبة المنصوص عليها في النص السابق قد تكون ذا جدوى في الجرائم المنصوص عليها ضمن قواعد القانون الجنائي، ولكنها يصعب تطبيقها ضمن قواعد قانون جرائم المعلوماتية؛ ذلك لخصوصية الجرائم المنصوص عليها ضمن هذا القانون، والتي تجعل من الصعوبة بمكان أن ينمر مصادرة البرنامج الإلكتروني الذي عادة ما يكون نسخة ضمن نسخ أخرى قد تصل إلى ملايين النسخ المحفوظ لها ضمن مواقع الشبكة، أو على أقراص مدججة وغيرها من أدوات تخزين البيانات والمعلومات الإلكترونية أو مصادرة أداة اختراق المواقع الإلكترونية التي غالباً ما تكون من نفس نوع الموقع المخترق أو برنامجاً موجوداً على شبكة الإنترنت فيستحيل مصادرتها، كما أن عقوبة إغلاق المحل المنصوص عليها سابقاً يصعب تطبيقها عملياً إذ أنه وكما وضحنا في الباب الثاني من هذه الدراسة أن الجاني قد يوجه هجومه الأول نحو أجهزة كمبيوتر أو مواقع إلكترونية ليست في بلده ينمر من خلالها مهاجمة الأجهزة المستهدفة لتنفيذ جرائمه، وبالتالي فقد يظهر عبر تقنية (IP address) الخاصة بشبكات الاتصالات أن مقهى للإنترنت معيناً في "الخرطوم" ارتكبت فيه

(496) قانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة 2007م المادة (25).

جرمته إلكترونية بينما في الحقيقة أن الجريمة قد ارتكبت من خلاله وليس فيه وأن الجاني الحقيقي ليس في السودان أو الوطن العربي فيسهل تبعده أو إغلاق محله.

كما نلاحظ على القانون السابق أنه أورد نصاً يقضي بإبعاد الأجنبي في حالة كان الممدان بارتكاب الجرائم الإلكترونية التي وردت في القانون أجنبياً، ولا نرى أي جدوى لهذا النص نظراً لخصوصية جرائم المعلوماتية التي يستطع الممدان ارتكابها حتى بعد إبعاده عن أرض السودان إذ أن الحدود الجغرافية لا تمثل - كما فصلنا في الباب الثاني من هذه الدراسة - عائقاً لارتكاب مثل هذه الجرائم، بل إن عقوبة الإبعاد هنا قد تخدم الجاني أكثر من المجتمع؛ وكان القانون تحكم بإبعاده لكي يوفّر له مناخاً معيناً للإجرام ينم من خلاله مهاجمة المواقع السودانية أو المملوكة لسودانيين عن بعد، فقد يمارس الجاني إجرامه من دولة لا توفر قوانينها الوطنية نصوصاً تجرم الأفعال التي تجرمها القانون السوداني وبالتالي لا يستطع القضاء السوداني ملاحقة هذا الجاني أو إيقافه.

المطلب الثاني: قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م

كفل قانون المعاملات الإلكترونية السوداني حق حماية المعاملات الإلكترونية بين الأفراد، وفصل ذلك فيما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني والوسائط الإلكترونية، لكنه اشترط لتوفير تلك الحماية ترخيص التوقيع الإلكتروني بشهادة تصديق صادرة من الجهة المختصة وشد القانون على حماية المعاملات الإلكترونية وعدم إفشاءها به على أنه: (تكون بيانات التوقيع الإلكتروني والوسائط الإلكترونية والمعلومات التي تقدم إلى الجهة المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني سرية، ولا تجوز لمن قدمت إليه أو اتصل بها تخمير عمله إفشاؤها للغير أو استخدامها في غير الغرض الذي قدمت من أجله)⁽⁴⁹⁷⁾، كما ألزم القانون مقدم الخدمة سواء كانت خدمة إنترنت أو خدمة معالجة بيانات عن طريق أنظمة إلكترونية بحماية تلك الخدمة وتوفير حماية رقمية لها تحفظ سريتها ومعلومات الأطراف الذين يتعاملون عن طريقها فنص على أنه: (تجب على مقدم الخدمة الحائز على نظام معالجة البيانات اتخاذ التدابير والإجراءات التي تكفل حماية وتأمين المعلومات بكافة الوسائل والقنوات المتاحة)⁽⁴⁹⁸⁾.

كما اعترف القانون السوداني بصحة العقود الإلكترونية وأعطاهما الحجية القانونية فنص على أنه: (تكون العقود الإلكترونية صحيحة وناذرة عند ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين على وجه يثبت أثره في المعتقد عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر)⁽⁴⁹⁹⁾، وعلى الرغم من أن القانون السابق لم يوضح ماهية العقد الإلكتروني أو يورد تعريفاً معيناً للعقد الإلكتروني إلا أنه يمكن استنتاج مفهوم العقد الإلكتروني من نص القانون الذي قصد فيه المشع السوداني بأن العقد الإلكتروني

(497) قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م المادة (9).

(498) قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م المادة (9).

(499) قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م المادة (1/4).

عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة بيانات يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتهما مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط العامة للإيجاب المنصوص عليها ضمن قانون المعاملات المدنية السوداني والتي وضعناها في الباب الأول من هذه الدراسة.

ولكن نلاحظ على النص السابق أنه ضيق من مفهوم العقد الإلكتروني باشتراطه أن تتوفر كافة خطوات التعبير عن الإرادة من إيجاب وقبول عبر رسائل بيانات، وينضح ذلك من خلال قراءة النص السابق مع الاستثناء الذي أورده ذات القانون على هذا النص: (على الرغم من أحكام البند (1) تجوز لطرفي العقد أن يتفقا على أن يكون العقد صحيحاً وناظراً إذا تم التعبير عن الإرادة جزئياً عبر رسالة البيانات) وبقراءة هذا النص مع النص السابق ينضح أن القانون السوداني لم يعتبر العقد الذي ينبر فيه التعبير عن الإرادة جزئياً بوسائل إلكترونية إلا بإجازة أطراف التعاقد أنفسهم، ولا يفهم ما الحكمة التي قصدتها المشرع السوداني من ذلك على الرغم من أنه قد أقر حماية قانونية للمعاملات الإلكترونية الصادرة بصفة فردية ونص على أنه: (تكون لرسالة البيانات التي تتضمن تصفاً بالإرادة المنفردة على النحو المنفصل في قانون المعاملات المدنية الحجة القانونية المقررة للمستند الالهي منى صدرت بتوقيع رقمي معتمد)⁽⁵⁰⁰⁾.

ولأجل ضمان الحماية القانونية للتوقيع والسجل الإلكتروني ورسائل البيانات فقد أنشأ القانون السابق لجنة واسماها اللجنة القومية للمصادقة الإلكترونية واعترف لها بالشخصية الاعتبارية لتمكين من أداء مهامها وإجراء عمليات التصديق الخاصة بالتوقيعات الإلكترونية وإصدار شهادات التصديق بذلك، وجعل لها الاختصاصات التالية:

(500) قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م المادة (7).

1. تكون اللجنة هي السلطة الإدارية العليا لوضع أسس التصديق لأي جهة تراها مؤهلة لمزاولة العمل في اعتماد النوقيع الرقمي وإصدار الشهادة اللازمة وخدمات التصديق، ومع عدم الإخلال بعموم ما تقدم تكون للجنة الاختصاصات والسلطات الآتية:
 2. القيام بعملية التصديق لمزاولة العمل في اعتماد النوقيع الرقمي بعد التأكد من القدرات الفنية والمادية لمقدم الطلب والنحري عنها،
 3. وضع النظم والضوابط التي تنظم الشفير والتأمين والمراجعة الدورية،
 4. إصدار القرارات لتحديد مسؤولية الجهة المرخص لها عند إخلالها بواجبات الحيطه والحذر اللازمة لحماية صاحب الشهادة،
 5. سحب الترخيص وأي إجراء آخر إذا لم تلتزم الجهة المرخص لها بمزاولة العمل حسب القواعد والتوجيهات اللازمة التي تصدرها اللجنة،
 6. متابعة ودراسة التطورات العالمية والإقليمية في مجال المصادقة الإلكترونية والعمليات المصاحبة لها،
 7. تسهيل تبادل المعلومات مع أطراف أجنبية بموجب اتفاقيات تبرمها مع تلك الأطراف بغرض تبادل الاعتراف بالشهادات الصادرة في السودان والدول الأخرى،
 8. تحديد الجهات الخارجية المماثلة بغرض التعامل معها في قبول الشهادات الصادرة من الجهات المحلية المرخص لها،
 9. النوصية للوزير المختص بإصدار اللوائح الخاصة بشروط الترخيص وتنظيم تقنية النوقيع الرقمي
- (501)
10. وضع لائحة لتنظيم أعمالها.

(501) قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م المادة (15،16).

كما وضع القانون ضوابط وشروط منح تصديق النوقيع الإلكتروني فاشترط في الشخص المتقدم للحصول على ترخيص بالنوقيع الإلكتروني ما يلي:

1. يكون حسن السير والسلوك ولم يسبق إدانته بخريمة تتعلق بالشرف أو الأمانة،
2. يكون الشخص أو الجهة المرخص لها أو من يعينه لإدارة العمل شخصاً مؤهلاً علمياً وعملياً⁽⁵⁰²⁾.

(502) قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م المادة (19).

خاتمة:

في نهاية هذه الدراسة بعد أن اسعرنا مفردات المعاملات الإلكترونية ووضحنا أثرها على العقود التجارية الدولية والحماية القانونية التي كفلها القانون الدولي والوطني على حد سواء لهذا النوع من المعاملات القانونية خلصت الدراسة إلى بعض النتائج والنوصيات من أهمها ما يأتي:

أولاً: النتائج:

1. لم يعد من الممكن لأي دولة أن تعيش معزلة عن المجتمع الدولي دون الانضمام إلى الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة ومنظمة التجارة العالمية.
2. تخضع شروط الانضمام لتقدير مصلحة الدول الكبرى الأعضاء في الاتفاقية والمنظمة وهي سياسة غير عادلة لا تخدم مصلحة الدول النامية وأهداف كل من الاتفاقية والمنظمة.
3. التقدم التكنولوجي في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات عمل على زيادة الإقبال و الاعتماد على ظهور وتطور التجارة الإلكترونية.
4. أصبحت غالبية العقود التجارية الدولية لا تكاد تخلو من تدخل المعاملات الإلكترونية في مفاوضاتها وإبرامها وتنفيذها، وهو الأمر الذي يقلل من إمكانية المنافسة بالنسبة للدول النامية و إتاحة فرصة أوفر للمتعاقدين للإطلاع والمقارنة ومن ثم اختيار المتعاقد الآخر عبر الإنترنت.
5. تطور التجارة الإلكترونية دون أن يرافقه تطور في مجال التصنيع جعل دور الدول النامية يقتصر على بيع المواد الخام دون إنتاج السلع والمنافسة فيها.
6. لا يمكن بأي حال حماية شبكة الإنترنت من الهجوم والقرصنة لوحدة مصدر تقنية المعلومات سواء لبرامج الحماية أو الهجوم، وبالتالي فإن شبكة الإنترنت تعتبر سلاح ذا حدين.

7. عدم وجود قوانين تنظم المعاملات الإلكترونية وتحمي تعاملات الأطراف الإلكترونية لدى بعض الدول مثل الجمهورية اليمنية والفلبين وغيرها ساعد على الترويج لانتشار الجريمة الإلكترونية.

8. وجود فجوة بين ما وصلت إليه البشرية من تطور في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وبين استخدام تلك التكنولوجيا في البلدان النامية ولذا تجد تلك الدول نفسها عالقة ما بين خيار الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية وإمكانية توفير الحماية الرقمية والقانونية المناسبة لتفعيل تلك الاتفاقيات وتطبيقها ضمن قوانينها الوطنية، وبين بقائها خارج دائرة تلك الاتفاقيات وانعزالها عن المجتمع الدولي.

9. وجود القوانين المتعلقة بتنظيم التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية وعدم تحديثها المسنم لنواكب التطور المسنم في موضوعات التجارة الإلكترونية.

10. لا يمكن لأي دولة بمفردها مكافحة الجرائم الإلكترونية فهي جرائم تتطلب تضافر كافة أفراد المجتمع الدولي للحد منها.

11. تعتبر الجرائم الإلكترونية أخطر أنواع الجرائم على الإطلاق، ذلك لحجم ما تسببه من أضرار سواء للأفراد أو الدول على حد سواء.

12. عدم تناسق بعض القوانين المتعلقة بمكافحة الجريمة الإلكترونية مع الهدف والغاية من وضعها، وعدم الوضع في الاعتبار طبيعة وخصائص الجرائم الإلكترونية عند وضع النصوص المتعلقة بمكافحة الجريمة الإلكترونية مثل بعض القوانين كالقانون البريطاني الذي جعل سن التكليف لمركبي الجرائم الإلكترونية هو (21) عام والقانون السوداني الذي لم يتحدد أي سن تاركاً الأمر بذلك للقواعد العامة التي تنظم أحكام المسؤولية، والتي تضمن القانون المدني في الوقت الذي استعرضت الدراسة بعض السوابق التي أثبتت أن غالب

مرتكبي هذه الجرائم هم من الفئات الشبائية والتي يقل عمن مرتكبها في بعض الأحيان عن السن القانونية للمساءلة القانونية.

13. تعتمد الجرائم الإلكترونية في قيامها على أداة رئيسية وهي الخبرات والمهارات اللازمة لاختراق المواقع الإلكترونية وكس شفرات الأمان الإلكترونية للوصول إلى تلك المواقع.

ثانياً: النوصيات:

خلصت هذه الدراسة إلى بعض النوصيات التي يرى الباحث أنها من الأهمية بمكان وأهم هذه النوصيات هي:

1. إرساء سياسة عادلة بنوحيد شروط الانضمام إلى الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة ومنظمة التجارة العالمية مع مراعاة تحقيق أهداف الاتفاقية بشأن ما يتعلق بمصلحة واقتصاد الدول النامية.

2. تشجيع انضمام الدول النامية إلى منظمة التجارة العالمية ومساعدتها على دفع عجلة التقدم الاقتصادي بمنحها ميزات حقيقية عند الانضمام تساعد على تسريع عجلة التقدم الاقتصادي لديها.

3. تقديم المساعدات التقنية فيما تخص الحماية الرقمية للمعاملات الإلكترونية في الدول النامية، وتقديم الاستشارات اللازمة لوضع التشريعات القانونية اللازمة لحماية التجارة الإلكترونية فيها.

4. إلغاء المادة (25) من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني الخاصة بعقوبة المصادرة والمادة (26) من ذات القانون الخاصة بعقوبة إغلاق المحل.

5. عقد المزيد من المؤتمرات العلمية وتكثيف دورات التدريب والتأهيل المنخفضة لرجال الشرع والقضاء للتعرف على التعامل مع الأجهزة الإلكترونية والمعلومات ليسهل بذلك إتمام المعاملات الإلكترونية ومكافحة الجريمة أو حتى التحقيق فيها.
6. حث الدول التي ليس لديها تشريعات لحماية المعاملات الإلكترونية وتنظيم التجارة الإلكترونية مثل اليمن وبعض الدول النامية على الإسراع في سن القوانين المنظمة المتعلقة بهذا الشأن.
7. تفعيل مؤتمرات الاتصالات والمعلومات وتبادل الخبرات بين الدول العربية لمحاولة اللحاق بمنظومة المجتمع الدولي بشأن تكنولوجيا الاتصالات والمعاملات الإلكترونية وحمايتها الرقمية والقانونية.
8. مراجعة القوانين الجنائية الخاصة بتحديد سن المسؤولية القانونية عن الجرائم الإلكترونية كاستثناء من القوانين الجنائية العامة.
9. إنشاء نادٍ إلكتروني أو محيط إلكتروني تخضع لإدارة وإشراف الأمر المنحلة ينم عن طريقه تنفيذ عقود التجارة الدولية الإلكترونية وتكوين منظومة قانونية ورقمية قوية لحمايتها وتأمينها.
10. تكاتف الدول عن طريق عقد المؤتمرات الدورية وتبادل البيانات والتقارير للعمل على تقليل معوقات التجارة الإلكترونية التي أوردتها الدراسة.
11. تعديل قوانين الإثبات ليضمن الدليل الإلكتروني فيها نفس القوة والحماية القانونيتين اللتين ينم عنهما الدليل المستندي أو الكتابي.
12. وفي مجال الإثبات الإلكتروني يمكن الاستفادة من بعض البرامج التي تقدم خدمة تسجيل المخاطبات وتخزينها على شكل ملفات صوتية ومرئية، كمثل برنامج (My

screen recorder) الذي يسجل كل حركة تحدث على الشاشة وتخزنها على شكل

ملف فيديو يمكن استعراضه واسترجاعه فيما بعد لاستخدامه في مجال الإثبات.

13. وجوب التحديث المستمر لقوانين التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية لتتواءم

مع التطورات المستمرة في مجال تكنولوجيا الاتصال وتطور الجريمة الإلكترونية.

14. وجوب تدريب القضاة وأعضاء المجال القانوني على استخدام أجهزة الحاسوب إقامة

الدورات المختلفة في مجال التعرف على الجرائم الإلكترونية وطرق مكافحتها.

List of Abbreviations:

- **(ATM):**Automated Teller Machine
- **(CD):**Compact Disk
- **(CNIL):** National Commission on Informatics and Liberties
- **(COMESA):** Common Market for Eastern and Southern Africa
- **(DNA):** Deoxyribonucleic Acid
- **(FDD):**Floppy Disk Drive
- **(GATS):** General Agreement on Trade in Services
- **(GATT):** General Agreement On Tariffs And Trade.
- **(HTML):** Hyper Text Markup Language
- **(Internet):** International network
- **(ITO):** International Trade Organization
- **(KBS):**Key-Base Signature
- **(MFN):**Most Favored Nation
- **(NAFTA):** North American Free Trade Agreement
- **(NT):** National Treatment
- **(RTAs):** Regional trade agreements
- **(TRIMS):** General Agreement on Trade in Services
- **(TRIPS):** Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual
- **(UCITA):** Uniform Computer Information Transactions Act
- **(UNCITRAL):** United Nations Commission on International Trade Law.
- **(URL):** Uniform Resource Locator
- **(WTO):** World Trade Organization.
- **(www):** World Wide Web

قائمة المراجع والمصادر

- أولاً: القرآن الكريم
ثانياً: المصادر والمراجع العربية:
- أ. كتب تفسير:
1. تفسير ابن كثير.
 2. السيرة النبوية، لإبن هشام، الجزء 1-2، مؤسسة علوم القرآن، جدة.
- ب. كتب عامة:
1. الحصري، طارق فاروق. الاقتصاد الدولي، المكتبة العصرية، القاهرة، 2010م.
 2. سليمان، عبد العزيز عبد الرحيم. أسس التبادل التجاري، (غير منشور)، الخرطوم، 2003م.
 3. شهاب، مجدي محمود. الاقتصاد الدولي، دار المعرفة الجامعية، 1996م.
 4. الصقار، فؤاد محمد. جغرافية التجارة الدولية، دار المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ.
 5. عبد العظيم، حمدي. اقتصاديات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
 6. عوض الله، زينب حسين. العلاقات الاقتصادية الدولية، الدار الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ.
 7. المسير، محمد زكي. العلاقات الاقتصادية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م.
 8. موسى، فؤاد. العلاقات الاقتصادية الدولية، دار المعارف، القاهرة، ط2، 1958م.
 9. النجار، أحمد. التجارة الدولية، منشورات الغالي، القاهرة، بدون تاريخ.
- ج. كتب متخصصة:
10. الرفاعي، أشرف عبد العليم، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2003م. حجازي، عبد الفتاح بيومي. النظام القانوني للحكومة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007م.
 11. إبراهيم، حسني عبد السميع. الجرائم المستحدثة عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م.
 12. أبو الخير، السيد مصطفى أحمد. عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007م.
 13. أبو الليل، إبراهيم الدسوقي. إبرام العقد الإلكتروني في أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، بدون تاريخ.
 14. أبو دوح، محمد عمر حماد. منظمة التجارة العالمية واقتصاديات الدول النامية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003م.
 15. آل سعود، طلال عبد العزيز. حوار حول العولمة (غير منشور)، الرياض، بدون تاريخ.
 16. بسيوني، عبد الحميد، طرق وبرامج الهاكرز وقرصنة المعلومات، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004م.
 17. بكر، أبو زيد. خطاب الضمان، المكتبة الشاملة، غير منشور.
 18. التحيوي، محمود السيد عمر. حكم التحكيم الإلكتروني، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011م.

19. التميمي، عصام رجب بيوض. التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.
20. جاسم، أسيل باقر. النظام القانوني لشروط إعادة التفاوض، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الرابط: www.uobabylon.edu.iq.
21. جبر، سعيد. الوعد بالفضيل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
22. الجنبهي، ممدوح محمد & الجنبهي، منير محمد. التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
23. حاتم، سامي عفيفي. التجارة الخارجية بين التأطير والتنظيم، الجزء الأول، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 1993م.
24. حامد، تاج السر محمد. القواعد القانونية للتجارة الدولية، الطبعة الأولى (غير منشور)، الخرطوم (بدون تاريخ).
25. حبيب، ثروت. قانون التجارة الدولية، مع الاهتمام بالبيوع الدولية، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم سابقاً، جامعة النيلين حالياً، الخرطوم، 1975م.
26. حجازي، عبد الفتاح بيومي. التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
27. الحسن، عزة علي محمد. قانون الإنترنت، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، الخرطوم، 2005م.
28. حسين، بختيار صابر بايز. مسؤولية المصرف في الاعتماد المستندي والمخاطر التي تواجهه، دار الكتب القانونية، القاهرة، بدون تاريخ.
29. الحوات، علي. نقل التكنولوجيا والمجتمع، دراسة في البلاد النامية، جامعة الفاتح، طرابلس، 1981م.
30. خالد، كوثر سعيد عدنان. حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م.
31. دريج، إبراهيم محمد أحمد. شرح قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م مع رؤية خاصة عن الإشكالات العملية من واقع التطبيق العملي، الطبعة الثانية، الدار السودانية للكتب وشركة مطابع السودان للعملة المحدودة، 2008م.
32. الدوري، قحطان عبد الرحمن. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، 2002م.
33. الرفاعي، عبد الحكيم، السياسات الجمركية الدولية والتكتلات الاقتصادية، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، 1976م.
34. رياض، فؤاد عبد المنعم. الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979م.
35. زهرة، محمد المرسي. الحاسوب والقانون، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، سلسلة الكتب المتخصصة، الطبعة الأولى، الكويت، 1995م.
36. سعد، سعد محمد، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، المصادر، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، عدن، 2001م.
37. سليمان، توفيق حسن توفيق. معاملات التجارة الإلكترونية في القانون السوداني، ط1، مركز أبو سليم، الخرطوم، 2008م.
38. سليمان، محمد مأمون. التحكيم الإلكتروني، التجارة الإلكترونية-اتفاق التحكيم- عملية التحكيم- حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001م.

- 39 . السنباطي، إيهاب. موسوعة الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م.
- 40 . السنهوري، عبد الرازق. الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة، 1981م.
- 41 . شحاتة، محمد السانوسي محمد. التجارة الدولية في ضوء الفقه الإسلامي واتفاقية الجات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (بدون تاريخ).
- 42 . شرف الدين، أحمد. الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2007م.
- 43 . الشرقاوي، جميل. محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
- 44 . شمس، محمود زكي . & عثمان، خالد ممدوح. شرح قوانين التجارة الحديثة وانعكاساتها الاقتصادية ضمن اتفاقيات منظمة التجارة الدولية (WTO)، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، 2005م.
- 45 . صادق، هشام علي. تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974م.
- 46 . صبره، محمود محمد علي. ترجمة العقود التجارية، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2007م .
- 47 .
-
- 48 . ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م. جرائم الإنترنت والحاسب الآلي
-
- 49 . العقود التجارية، دار الفكر الجامعي ، 2000م.
-
- 50 . وأثرها في كسب الدعاوى، (غير منشور)، 2005م. صياغة العقود بالعربية والإنجليزية
- 51 . الصغير، حسام الدين عبد الغني. تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
- 52 . الصيرفي، محمد. التجارة الإلكترونية، مؤسسة حورس الدولية للتوزيع والنشر، الإسكندرية، 2005م.
- 53 . الطائي، جعفر حسن جاسم. جرائم تكنولوجيا المعلومات، رؤية جديدة للجريمة الحديثة، الطبعة الأولى، دار البداية، عمان، 2007م.
- 54 . طه، مصطفى كمال . & بندق، وائل أنور. أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
- 55 . العادلي، محمود صالح. الفراغ التشريعي في مجال مكافحة الجريمة الإلكترونية، جامعة الأزهر الشريف، القاهرة، 2009م.
- 56 . عبد الجواد، مصطفى أحمد. خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإئتمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000م.
- 57 . عبد الحميد، عبد المطلب. الجات وآليات منظمة التجارة العالمية (من أرجواي لسياتل وحتى الدوحة)، الدار الجامعية، القاهرة، 2005م.

57. عبد الخالق، السيد أحمد. التجارة الإلكترونية والعولمة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، 2006م.
58. عبد الله، شهاب سليمان. شرح قانون الإثبات السوداني لسنة 1994م، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزي والسوابق القضائية، الطبعة الثانية، جامعة شندي، نهر النيل، 2007م.
59. عبد المجيد، عبد المطلب. البنوك الشاملة عملياتها وادارتها، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 2000 م.
60. عبيدات، لورنس محمد. إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م.
61. العشماوي، سليم بطرس. الاعتماد المستندي بين المنظور العلمي والمنظور القانوني، المركز العربي للصحافة، القاهرة، 1984م.
62. العمرى، عبد الله سعيد. الاعتمادات المستندية، البنك الأهلي التجاري، إدارة مراكز خدمات التجارة، المملكة العربية السعودية، بدون تاريخ.
63. العوفي، صالح بن عبد الله بن عطف، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، 1998م.
64. فونتان، مارسيل. الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، ندوة بعنوان (المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية)، معهد قانون الأعمال الدولي، جامعة القاهرة، القاهرة، 2010م.
65. القاضي، خالد محمد. موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، 2002م.
66. اللقماني، سمير. منظمة التجارة العالمية (آثارها السلبية والإيجابية على أعمالنا الحالية والمستقبلية بالدول الخليجية والعربية)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، 1424 هـ - 2003م.
67. محمد، عمر سالم. الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، مكتبة الأكاديمية العربية في الدنمارك، (بدون تاريخ).
68. محمود، سمير. العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
69. محمود، عصام حنفي. قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق جامعة بنها، القاهرة، غير منشور.
70. مخولف، حنان عبد العزيز. العقود الدولية، كلية الحقوق، جامعة بنها، القاهرة، غير منشور، 2010م.
71. موسى، طالب حسن. قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، عمان، 2008م.
72. موسى، محمد إبراهيم. انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م.
73. موسى، مصطفى محمد. الجهاز الإلكتروني لمكافحة الجريمة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006م.
74. نبيه، نسرين عبد الحميد. الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008م.
75. ندية، عبد المؤمن. تمويل التجارة الخارجية عن طريق الاعتماد المستندي، جامعة الجزائر، الجزائر، 2005م.
76. النوافلة، يوسف أحمد. حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني، دار وائل للنشر، عمان، 2007م.

77. هايدز، ديدر. علم نفسك (HTML4) في 10 دقائق، الطبعة الأولى، مكتبة جرير، الرياض، 2001م.
78. الوكيل، شمس الدين. دروس في العقد، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1961م.
79. ياقوت، محمود محمد. الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، 2004م.
80. يحيى، يس محمد. النظرية العامة للإلتزامات، جامعة القاهرة فرع الخرطوم سابقاً (النيلين حالياً)، الخرطوم، 1986م.
81. يوسف، أمير فرج. الجريمة الإلكترونية والمعلوماتية والجهود الدولية والمحلية لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011م.

د. دوريات وبحوث:

82. أبو عربي، غازي. و القاضي، فياض. حجية التوقيع الإلكتروني، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الأول، 2004م.
83. أحمد، الوثائق عطا المنان محمد. انعقاد العقد الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، العدد الأول، ديسمبر 2008م.
84. بارود، حمدي محمود. نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد (الطبيعة العقدية وآثارها)، دراسة تحليلية تأصيلية، ورقة علمية منشورة في مجلة جامعة الأزهر بغزة، المجلد 12، العدد 1، غزة، 2010م.
85. القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، ورقة علمية منشورة في مجلة الجامعة الإسلامية بغزة، المجلد 13، العدد 2، غزة، 2005م.
86. البدران، كاسب بن عبد الكريم. عقد الاستصناع أو عقد المقاول في الفقه الإسلامي، جامعة الملك فيصل، الأحساء، 1984م.
87. البشتاوي، دعاء طارق بكر. عقد الفرشائز وآثاره، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008م.
88. البنان، محمد. العقود الإلكترونية، ورقة علمية قدمت في ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2007م.
89. جرائم الانترنت من منظور شرعي وقانوني، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الرابط: (www.adawy.ba7r.org/t819-topic)، فبراير، 2011م.
90. الجملي، طارق محمد. الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي، جامعة قاريونس، ليبيا، بدون تاريخ
91. الحجية القانونية لخطاب النوايا في عقود التجارة الدولية، مقال منشور على شبكة الإنترنت على الموقع: www.startime.com.
92. الحقييل، إبراهيم بن شايح و الشدي، سليمان بن محمد. التوقيع الإلكتروني و أثره في إثبات الحقوق والإلتزامات بين الشريعة الإسلامية والنظم والقواعد القانونية، ورقة عمل مقدمة في ندوة التوقيع الإلكتروني، الرباط، يونيو 2006م.

- 93 . حلقة نقاشية حول صعوبات وعوائق سير عمل القضاء التجاري، وزارة العدل، الجمهورية اليمنية، 2004م.
- 94 . الخشروم، عبد الله. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لعام 2001م وأثره في عمليات البنوك، ورقة علمية قدمت لمؤتمر عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، الذي انعقد في الفترة 22-24 كانون أول -ديسمبر 2002م، جامعة مؤتة، عمان.
- 95 . الرزو، حسن مظفر. المفاهيم المعلوماتية لجرائم الفضاء الافتراضي بالحاسوب، مجلة الشريعة والقانون، جامعه الإمارات العربية المتحدة، العدد 16 شوال 1422، يناير 2002م.
- 96 . رضوان، محمد. & هلال، محمد. قواعد الانضمام والتفاوض في منظمة التجارة العالمية، ورقة موجزة، الإعداد للمؤتمر الوزاري الرابع لمنظمة التجارة العالمية، الدوحة 9-13 نوفمبر، 2001م.
- 97 . رضوان، محمد. نبذة تاريخية من الجات إلى منظمة التجارة العالمية، ورقة موجزة، الإعداد للمؤتمر الوزاري الرابع لمنظمة التجارة العالمية، الدوحة 9-13 نوفمبر، 2001م.
- 98 . زيد شفيق حسن. عقد المقاوله في الفقه الإسلامي ومايقابله في القانون المدني، رسالة ماجستير قدمت لجامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2004م.
- 99 . زيدان، محمد أحمد. الوقاية من مخاطر الاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، ورقة علمية، مركز الدول العربية للبحوث والدراسات، المركز العربي للبحوث والدراسات الجنائية، المملكة المتحدة، بدون تاريخ.
- 100 . سامية، يتوجي. التحكيم الإلكتروني، بحث ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2009م.
- 101 . سعاد، مجاجي. خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2012م.
- 102 . السعيد، سماح يوسف اسماعيل. العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2007 م.
- 103 . سلام، محمد عبد الجبار. ثورة المعلومات وأبعادها التقنية والتكنولوجية، مجلة الباحث الجامعي، جامعة إب، إب، العدد الخامس، ابريل، 2003م.
- 104 . السلمون، عبد المنعم. مجلة الفيصل العلمية، المجلد السابع، العدد الثاني، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، الرياض، رجب — رمضان 1430هـ، يوليو — سبتمبر 2009م.
- 105 . الشامي، عبد الكريم خالد. جرائم الكمبيوتر والإنترنت في التشريع الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، غزة، بدون تاريخ.
- 106 . شرف الدين، أحمد. حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، ورقة عمل قدمت في ندوة المعاملات القانونية الإلكترونية وعقود التجارة الدولية، دبي، فبراير، 2007م.
- 107 . الشيخ، منصور احمد محمد صالح. إبرام العقود الدولية عبر شبكة الإنترنت وإثباتها، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، الخرطوم، 2010م.
- 108 . شيخة، ليلى. اتفاقية حقوق الملكية الفكرية ذات العلاقة بالتجارة الدولية وإشكالية نقل التكنولوجيا في الدول النامية، دراسة حالة الصين، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007م.

109. الطائي، محمد عبد حسين حسن. أمن المعلومات، مجالات الاختراق وآلية التعزيز، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المجلد 20، العدد 40، رجب 1426 هـ، أغسطس 2005م.
110. الطويلعي، عبد العزيز بن علي. عقود التجارة الإلكترونية، طبيعتها - أركانها - ضوابطها، ورقة عمل قدمت في ندوة المعاملات القانونية الإلكترونية وعقود التجارة الدولية، دبي، فبراير، 2007م.
111. عبد الحميد، خالد أحمد. فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980م، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2001م.
112. عبد المطلب، ممدوح عبد الحميد. استخدام بروتوكول TCP/IP في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر. الدليل الإلكتروني للقانون العربي (www.arablawinfo.com).
113. عبد الناصر، بلهيووب. حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، ورقة علمية، جامعة جيل، الجزائر (بدون تاريخ).
114. العبيكان، محمد بن عبدالمحسن بن ناصر. عقد نقل التكنولوجيا، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، الرياض، 1437هـ .
115. عبيدات، مؤيد أحمد & الخشروم، عبد الله حسين. المخاطر المترتبة على الاعتماد المستندي، ورقة علمية، مجلة المنارة، المجلد 15، العدد 2، 2009م ، جامعة آل البيت، عمان.
116. عرب، يونس. تطوير التشريعات في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية ، ورشة عمل، هيئة تنظيم الاتصالات / مسقط - سلطنة عمان 2-4 ابريل 2006م.
117. عريبي، مصطفى إبراهيم أحمد. قواعد تسوية المنازعات التجارية في إطار منظمة التجارة العالمية (WTO) وانعكاساتها على السودان، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، الخرطوم، 2002م.
118. الغفيف، زيد حسين. أنواع الاعتمادات المستندية، ورقة علمية لاستكمال متطلبات درجة الدكتوراه منشورة على الموقع الإلكتروني: www.mohamoon.com
119. الغافري، سعيد بن حسين. الجرائم الواقعة على التجارة الإلكترونية، الاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني، بحث منشور على شبكة الإنترنت في الرابط : www.eastlaws.com.
120. فتحي، مصطفى. التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، ورقة عمل قدمت في ندوة التوقيع الإلكتروني، الرباط، يونيو 2006م.
121. الفحل، حسين. الجائس وأفاق التجارة العربية في الخدمات، مجلة جامعة دمشق، المجلد 23، العدد 2، دمشق، 2007م.
122. فضل المولى، معاذ علي. التحكيم الإلكتروني، بحث مقدم لمجلة العدل، وزارة العدل، الخرطوم، 2012م.
123. قادم، إبراهيم. الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2002م.
124. قارة، أمال. الجريمة المعلوماتية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، الجزائر، 2002م.
125. القرم، سليمان أحمد محمد. خطاب الضمان في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس، 2003م.

126. القرني، عبد اللطيف. العقود التجارية الدولية والمتغيرات، بحث منشور على شبكة الانترنت على الرابط: www.aleqt.com.
127. كامل، عمر عبدالله. حول اتفاقية الجات رسالة للعرب قبل أن تقع الواقعة. بحث منشور على شبكة الإنترنت: www.dahsha.com.
128. المتبوت، محمد أحمد محمود. عوامل جذب المتصفحين للإعلان على شبكة الإنترنت، مجلة الباحث الجامعي، جامعة إب، إب، العدد 7، يونيو/ حزيران 2004م.
129. المجاهد، طارق عبد الله عيسى. تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، 2001م.
130. محمد. حشماوي. الاتجاهات الجديدة للتجارة الدولية في ظل العولمة الاقتصادية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006م.
131. المصري، محمد وليد هاشم. العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد العشرون، جامعة آل البيت، عمان، ذو القعدة 1424هـ، يناير 2004م.
132. معزب، عبد الخالق صالح عبد الله. النظام القانوني لمسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الأشخاص (في ضوء اتفاقية مونتريال الخاصة بتوحيد بعض قواعد النقل الجوي 1999م والقانونين السوداني واليمني، رسالة ماجستير، جامعة النيلين، الخرطوم، 2009م.
133. منديل، أسعد فاضل. البريد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة القانون المقارن لسنة 2008م، القادسية، بدون تاريخ.
134. المنزلاوي، صالح جاد، تسوية النزاعات لتجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، ورقة علمية، مجلة المحامين العرب، العدد الثالث، الرياض، يونيو 2009م.
135. منشاوي، محمد عبد الله. الانترنت (تعريفه، بدايته وأشهر جرائمه)، شرطة العاصمة المقدسة، الدراسات الجنائية، مكة المكرمة، 1432هـ.
136. نصير، يزيد أنيس. الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن، المبدأ وتطوره، مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس عشر، يناير 2002م، جامعة آل البيت، عمان.
137. الهيتي، محمد حماد مدهج. الصعوبات التي تعترض تطبيق نصوص جريمة السرقة على برامج الحاسب الآلي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 20، ذو القعدة 1424هـ، يناير 2004م.
138. الودادي، أبو أروي. مفاوضات العقود التجارية الدولية، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الموقع التالي: www.startimes.com.
139. اليمني، محمد بن عبد العزيز بن سعد، الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، الرياض، 1426هـ.

ه. مؤتمرات واجتماعات:

140. اجتماع أعضاء منظمة التجارة العالمية الوزاري الثاني في "جنيف" عام 1998م.
141. الاجتماع السابع عشر لمجلس إدارة المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، مجلس وزراء العدل العرب، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت لبنان، 19-21/9/2006م.

142. البقمي، عائض سلطان. تسوية المنازعات الدولية في عقود النفط والغاز، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين (الطاقة بين الاقتصاد والقانون)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013م.
143. شلبي، علاء. اتفاقية الجوانب التجارية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية وانعكاساتها على الدول العربية، ورقة علمية، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، الدوحة، 9-13 نوفمبر 2001م.
144. عرب، يونس. جرائم الكمبيوتر والإنترنت، ورقة عمل قدمت إلى مؤتمر الأمن العربي 2002م، تنظيم المركز العربي للدراسات والبحوث الجنائية، أبو ظبي 10-12/2/2002م.
145. النجار، سعيد. الحقوق الأساسية للبلدان النامية في ظل الجات ومنظمة التجارة العالمية، ورقة علمية، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، الدوحة، 9-13 نوفمبر 2001م.

و. تقارير وقرارات:

146. تقرير الأمم المتحدة في التجارة الإلكترونية وتطويرها في عام 2004م.
147. تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الثالثة والثلاثون، نيويورك، 12 يونيو — 7 يوليو 2000م بشأن القواعد الموحدة لضمان سندات العقود، منشور رقم 524، الغرفة التجارية الدولية، القواعد الموحدة لضمان سندات العقود.
148. تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الخامسة والأربعون، 25 يونيو - 6 يوليو 2012م.
149. خالد، بو كثير. الجرائم المعلوماتية، مذكرة نهاية تدريب، المنظمة الجهوية للمحاميين، سطيف، 2006م.
150. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 155/32 المؤرخ في 19 كانون الأول/ديسمبر 1977م.
151. المركز الوطني للمعلومات. الجمهورية اليمنية، رئاسة الجمهورية، مادة معلوماتية عن التجارة الإلكترونية، مايو 2005م.
152. مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة السجناء، هافانا 1995م.
153. مؤتمر جرائم الإنترنت الذي انعقد في استراليا للفترة من 16 - 17/2/1998م.
154. الموسوعة العربية العالمية، الرياض، 1425هـ، 2004م.

ز. اتفاقيات:

155. الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة سنة 1947م.
156. اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية 2003م
157. اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للبضائع 1955.
158. اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بفترة التقادم للبيع الدولي " نيويورك " 1974م.
159. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا 1980م.
160. اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية 1980م.
161. اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية 1994م.
162. الاتفاقية العالمية (الأوروبية) لجرائم الكمبيوتر لعام 2001م.

- ح. قوانين :
163. قانون رخص التجار السوداني لسنة 1930 م.
 164. القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949م.
 165. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.
 166. المرسوم الملكي السعودي رقم (م/14) لسنة 1397هـ والخاص بتأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها.
 167. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م.
 168. القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999م.
 169. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985م.
 170. قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي رقم 18 لسنة 1993م.
 171. قانون الإثبات السوداني لسنة 1993م.
 172. القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم (83) لسنة 2000م.
 173. قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م.
 174. القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001م.
 175. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001م.
 176. القرار رقم (22) بشأن قانون التحكيم اليمني لسنة 1992م.
 177. القرار رقم (14) بشأن القانون المدني اليمني لسنة 2002م.
 178. قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (2) لسنة 2002م.
 179. قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م.
 180. القانون الليبي رقم (1) لسنة 2005م بشأن المصارف.
 181. قانون التجارة الإلكترونية البحريني.
 182. المرسوم الملكي السعودي رقم م/17 لسنة 1428هـ بشأن نظام مكافحة جرائم المعلوماتية.
 183. القانون الاتحادي الإماراتي في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 1 لسنة 2006م.
 184. قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002م.
 185. مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية 2004م.
 186. قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985م، تفسير المادة (1)، وثيقة الأمم المتحدة رقم A/40/17.
 187. قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004م.
 188. مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية 1994م.
 189. القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية .
 190. قانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة 2007م.
 191. قانون العقوبات الليبي لسنة 2008م.
 192. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م.
 193. مشروع القانون اليمني رقم (————) بشأن المعلومات لسنة 2009م.
 194. القانون المدني المصري.

ط. مصادر أخرى :

- 195 . سابقة بنك فيصل الإسلامي السوداني ضد أعمال أمجد للغد لصاحبها عبد المطلب محمد أحمد، نمرة القضية ع/ط م/2001/165م مراجعة /2001/236م.
- 196 . شبكة الجزيرة الإخبارية
- 197 . قناة الجزيرة الوثائقية
- 198 . قناة ناشيونال جيوغرافيك أبو ظبي الوثائقية.
- 199 . موقع الجزيرة اونلاين.

ثالثاً: المصادر والمراجع الأجنبية:

a. Books;

- 200 . **Bingham, Lord. & Hirsch, Günter.** The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Second Edition, Oxford and Portland, Oregon 2006.
- 201 . **Cardoso, Gustavo.** The Media In The Network Society, CIES – Centre for Research and Studies in Sociology, Lisboa, Portugal. 2006.
- 202 . **Colin B Picker & Isabella D Bunnand & Douglas W Arner.** OXFORD AND PORTLAND, OREGON 2008.
- 203 . **Dangi,Tanmay.** Law of Contracts, Offer , Acceptance And promise, National Law School of India University, Banalore,2011.
- 204 . **Dickie, John.** Producers and consumers in EU E-commerce law, Portland, Oregon, 2005.
- 205 . **Elliott, Catherine & Quinn, Frances .**Contract Law , seven edition, Pearson Longman Education Limited, England, 2009.
- 206 . **Flavian, Carlos. Gurrea, Raquel. And Orus, Carlos.** E-commerce and web technologies. 9th International conference E-commerce & web 2008, Turin, Italy.
- 207 . **GEORGE, HENRY.** Protection of Free Trade , New York,1949.
- 208 . **Giulia, Sambugaro,** What law to choose for international contracts.Verlag Gmbh.German.2008.
- 209 . **Gulshan S.S., Kapoor G. K,** Business Law Including Company Law ,2008.
- 210 . **H nnold, John.** Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Kluwer Law International, 1999.
- 211 . **Hoekman, Bernard M.; Mavroidis, Petros C .** World Trade Organization : Law, Economics, and Politics Global Institutions Series Taylor & Francis Routledge,2007.
- 212 . **Hoekman, Bernard M.; Mavroidis, Petros C .**World Trade Organization: Law, Economics, and Politics Global Institutions Series Taylor & Francis Routledge,2007.

213. **Kerr, Don & Gammack, John G. and Bryant, Kay.** Digital Business Security Development Management Technologies, Pennsylvania, 2011.
214. **Masadeh, Aymen. & Bashayreh Mohammad.** Contemporary legal issues of contract formation by online orders. Journal of Sharia and Law, United Arab Emirates University, No. Thirty-one , July 2007 .
215. **Monahan, Geoff.** Essential contract law, second edition, Cavendish Publishing Limited, The Glass House, Wharton Street, London,2001.
216. **Nemati, Hamid.** Information Security and Ethics: Concepts, Methodologies, Tools and, volume 1 Applications . Information Science reference, Hershey. New York, 2008, page 19.
217. **Oda, Hiroshi.** Russian commercial law. Second edition, matinus Nijhoff publishers, matinus Nijhoff publishers, LEIDEN . BOSTON, 2007.
218. **Oughton, David.& Davis, Martin.** Source Book On Contract Law, second edition, Cavendish Publishing Limited, London & Sydney, 2000.
219. **P. Parry.** The Theory And Practice Of The International Trade Of The United State And England, Chicago, D.B. Cooke company, 1958.
220. **Rajapatirana, Sarath.** The Trade Policies of Developing Countries Recent Reforms and New Challenges, the American Enterprise Institute Washington.2000.
221. **Rüdiger Wolfrum and Peter-Tobias Stoll,** WTO – Trade in Services, Martinus Nijhoff Publishers Leiden , Boston , 2008.
222. **Schulze, Reiner.** Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law. European law publishers (sellier), Munich, 2008.
223. **Stone, Richard.** Contract law, fifth edition, Cavendish Publishing Limited, London , Sydney , Portland, Oregon, 2003.
224. Understanding the WTO, created and written by; World Trade Organization, External Relations Division, Geneva, 2011
225. **Weitzenböck, M Emily.** English Law of Contract: Introduction to course; Element of agreement; Offer , Norwegian Research Center for Computers & Law, Oslo, 2012.
226. **White, J. Lawrence.** Reducing the Barriers to International Trade in Accounting Services, American Enterprise Institute, Washington, 2001.
227. **Yousaf, Haroon Mujahid.** E- commerce & WTO Digitalizing trade liberalization , (Paper work) Introduced at National Post Graduate Institute of Telecommunications and Information, 2003.

b. Papers;

- 228 . **Bromme, Arslan.** A classification of Biometric Signature, scientific paper, university of Magdeburg, Germany, 2003.
- 229 . **G. Goeteyn.** The boundary between binding and non-binding legal nature of letter of intent in sale transaction, A paper presented at the biennial conference of the international bar association, CANNES, September 1992.

c. Laws;

- 230 . France civil law
- 231 . UK Sale of Goods Act 1979
- 232 . Condition of contract for construction (FIDIC) 1999.
- 233 . The International Institute for the Unification of Private Law, Known as (UNIDROIT) Principles Of International Commercial Contracts 1994.
- 234 . Virginia uniform computer information transactions act. 2004.
- 235 . United States Electronic communications privacy act.
- 236 . UNCITRAL Arbitration Rule (as revised in 2010)
- 237 . UNICERAL Model Law on Electronic commerce 1996.
- 238 . Computer Misuse Act 1990 (UK) Commencement 29 August 1990.

d. Agreements;

- 239 . Convention on cybercrime Budapest, 23 -11-2001.
- 240 . European Convention on International Commercial Arbitration Done at Geneva, on 21 April 1961.
- 241 . General Agreement on Tariffs and Trade.
- 242 . United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980.
- 243 . United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. 2005.

e. Reports;

- 244 . United Nation Conference on Trade and Development, E-commerce and development report 2004.

f. Websites;

- 245 . www.adawy.ba7r.org
- 246 . www.qanoun.com.
- 247 . www.sfbank.net/arbic/serves_arb_006.html.
- 248 . www.sst5.com.
- 249 . www.ibrahimomran.com.

- 250 . www.f-law.net
- 251 . www.uncitral.org/uncitral/ar/case_law/abstracts.html.
- 252 . www.aljazeera.net.
- 253 . www.Ajeebb.com.
- 254 . www.alsharqiya.com.
- 255 . www.en.wikipedia.org.
- 256 . www.faculty.law.ubc.ca
- 257 . www.islammemo.com.
- 258 . www.law.duke.edu.
- 259 . www.lectlaw.com.
- 260 . www.startimes.com.
- 261 . www.swalif.net.
- 262 . www.4shared.com.
- 263 . www.wto.org.

الفهرس

4	استهلال:
5	شكر وعرهان:
7	إهداء
8	مستخلص الدراسة:
1	الباب الأول: التنظيم القانوني للتجارة الدولية ومظاهر التجارة الدولية الحديثة
2	الفصل الأول: التنظيم القانوني للتجارة الدولية
3	المبحث الأول: مفهوم وتنظيم التجارة الدولية وخصائصها
3	المطلب الأول: مفهوم وتنظيم التجارة الدولية ⁰
12	المطلب الثاني: خصائص التجارة الدولية
16	المبحث الثاني: التنظيم القانوني الدولي للتجارة الدولية
16	المطلب الأول: الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة (GATT)
29	المطلب الثاني: منظمة التجارة العالمية (World Trade Organization)
37	الفصل الثاني: المظاهر الحديثة للتجارة الدولية
38	المبحث الأول: شبكة الإنترنت وعلاقتها بالتجارة الدولية:
38	المطلب الأول: مفهوم الإنترنت
43	المطلب الثاني: علاقة الإنترنت بالتجارة الدولية
53	المبحث الثاني: التجارة الإلكترونية
53	المطلب الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية وخصائصها
74	المطلب الثاني: معوقات التجارة الإلكترونية
104	الفصل الأول: تنظيم العقد التجاري الدولي
105	المبحث الأول: مفهوم العقد التجاري الدولي وخصائصه وأنواعه:
105	المطلب الأول: مفهوم العقد التجاري الدولي وخصائص العقود التجارية الدولية
118	المطلب الثاني: معيار دولية العقد التجاري وأنواع عقود التجارة الدولية
136	المبحث الثاني: محتويات العقد التجاري الدولي وأداء المقابل
136	المطلب الأول: محتويات العقد التجاري الدولي
142	المطلب الثاني: أداء المقابل في عقود التجارة الدولية
154	الفصل الثاني: تكوين العقد التجاري الدولي:
155	المطلب الأول: مفاوضات عقود التجارة الدولية
164	المطلب الثاني: النظام القانوني لخطاب نية التعاقد
171	المبحث الثاني: المراحل النهائية لتكوين العقد التجاري الدولي
171	المطلب الأول: الإيجاب والقبول
186	المطلب الثاني: إثبات العقد التجاري الدولي وطرق حل منازعات التجارة الدولية
196	الباب الثالث: تطبيقات المعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية
197	الفصل الأول: صور استخدام المعاملات الإلكترونية
198	المبحث الأول: تكوين العقد الإلكتروني والإثبات الإلكتروني

198	المطلب الأول: تكوين العقد الإلكتروني.....
214	المطلب الثاني : الإثبات الإلكتروني.....
231	المبحث الثاني: أنظمة الدفع الإلكتروني وتسوية المنازعات إلكترونياً.....
231	المطلب الأول: أنظمة الدفع الإلكتروني(E-payment).....
234	المطلب الثاني: تسوية المنازعات إلكترونياً(Online dispute solutions).....
245	الفصل الثاني: الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية.....
246	المبحث الأول: الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية في القانون الدولي.....
246	المطلب الأول: مفهوم الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية.....
248	المطلب الثاني: الحماية القانونية الدولية للمعاملات الإلكترونية.....
250	المبحث الثاني: الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية في القانون السوداني.....
250	المطلب الأول: قانون جرائم المعلوماتية السوداني لعام 2007م.....
254	المطلب الثاني: قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م.....
258	خاتمة:.....
264	قائمة المراجع والمصادر.....
280	الفهرس.....



إصدار

المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية
والسياسية والاقتصادية

برلين – ألمانيا

إنّ الآراء والأفكار التي يحملها المؤلف لا تحمّل بالضرورة وجهة نظر
المركز الديمقراطي العربي فمؤلف الكتاب يتحمل مسؤولية مضمونه.

الطبعة الأولى

2019