

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة
قسم الفقه المقارن

التعاقد بالوسائل المعاصرة
دراسة فقهية مقارنة

إعداد/

أ.د/ عبد العزيز فرج محمد موسى

أستاذ الفقه المقارن المساعد بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

الطبعة الأولى
٢٠١١ هـ ١٤٣٢

المقدمة

إن الشريعة الإسلامية فقد جعلت الرضا منذ البداية هو الأساس في نشأة العقود بأي شكل كانت يقول تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء (٢٩)] "أي بطيبة نفس كل واحد منكم" (٢) ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "إنما البيع عن تراض". (٣)

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

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

وانتشرت التجارة الإلكترونية في الأعوام الأخيرة وأسست الكثير من الشركات العالمية والمحلية مواقع خاصة بها على شبكة الإنترنت وتقدر بعض الدراسات حجم التجارة الإلكترونية حالياً بـ ٢٠% من مجمل التجارة العالمية ويتوقع أن ترتفع النسبة إلى أكثر من ذلك خلال هذا العقد .

فالفقه الإسلامي جعل الرضا هو الأساس في انعقاد العقود من دون تحديد شكل معين، فالعقد ينعقد في الشريعة الإسلامية بكل ما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو

(٢) تفسير البغوي ٣٣١/١ .

(٣) رواه ابن ماجه واللفظ له في كتاب التجارات، باب بيع الخيار برقم ٢١٧٦ ، ورواه أحمد بنحويه في المسند ، كتاب باقي مسند المكثرين برقم ١٠٥٠١ ، والترمذي في كتاب البيوع برقم ١١٦٩ ، وأبو داود في كتاب البيوع أيضاً برقم ٢٩٩٩ .

إشارة. والإنترنت عبارة عن آلة لتوصيل الكتابة وهذه الوسيلة معتبرة شرعاً كما هو الحال في التعاقد بطريق الكتابة بين الغائبين.

والتعاقد بطريق الإنترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان إلا إذا وجد فاصل طويل فإنه يكون بين غائبين زماناً ومكاناً .

والنظام الذي يحكم العقد هو النظام الذي اتفق عليه المتعاقدان شريطة أن يكون هذا النظام مستمداً من الشريعة الإسلامية وراجعاً إليها , أما المحكمة المختصة فهي محكمة المدعي لأنه الطرف الأضعف في العقد وهذا قول جمهور العلماء , ويستثنى من ذلك إذا كانت الدعوى تتعلق بعقار فإن المحكمة المختصة محكمة محل العقار.

ويعتبر استخدام التوقيع الإلكتروني وخاصة الرقمي منه لإثبات العقود الإلكترونية متفقاً مع مبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية التي لم تحصر وسائل الإثبات بعدد معين أو شكل محدد وإنما كل وسيلة يبين فيها الحق فهي من أدوات الإثبات.

ونظراً لما يترتب على الاعتداء على التوقيع الإلكتروني من مخاطر فإن وضع العقوبات المناسبة للجرائم المتعلقة بقصد الحماية الجنائية له يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأموال والحقوق الخاصة وهذا داخل ضمن التعازير التي يقدرها ولي الأمر بحسب الجريمة وحالتها وملابساتها.

فختلف النظم التشريعية والحضارية في نظرتها إلى العقود والحقوق المالية سواء في كيفية انعقادها أو في شروطها وأحكامها أو آثارها اختلافاً قد يصل إلى حد التباين.

فمثلاً كانت بعض القوانين الوضعية تشترط الشكلية في انعقاد العقود , فلا يصح العقد ولا يعتبر إلا إذا كان بهيئة معينة وشكل محدد , ثم تطورت إلى الرضائية بعد المرور بمراحل مختلفة^(١) ,

مما جعلني أهتم بتلك النوازل وأن أظهر موقف الفقه الإسلامي في مثل تلك النوازل المعاصرة ببيان الأحكام الفقهية لهذه النازلة .

خطة البحث:-

(١) انظر في ذلك: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، د. عدنان خالد التركماني ص ١٨ .

وقد احتوى البحث على مقدمة ومبحث تمهيدى وفصلين وخاتمة وبيان بأهم مراجع البحث

مبحث تمهيدى ماهية العقد الإلكتروني

تعريف العقد:

العقد في اللغة العربية يطلق على معان ترجع في مجملها إلى معنى الربط الذي هو نقيض الحل يقال : "عقدت الحبل فهو معقود"^(١)

فالعقد في أصل اللغة "الشد والربط ثم نقل إلى الأيمان والعقود كعقد المبيعات ونحوها"^(٢) أما في الاصطلاح الفقهي فنجد أن للعقد معنيان عام وخاص فالمعنى العام يطلق على كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا، وسواء كان التزاماً دينياً كالنذر أو دنيوياً كالبيع ونحوه^(٣).

أما المعنى الخاص فيطلق العقد على كل اتفاق تم بين إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله، فهو لا يتحقق إلا من طرفين أو أكثر، وهذا هو المعنى الغالب عند إطلاق الفقهاء للعقد في الاصطلاح الفقهي.^(٤)

ومن التعاريف الواردة على هذا المعنى تعريف العقد بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه"^(٥).

وعلى هذا فإن العقد في الاصطلاح الفقهي الشرعي يشمل جميع العقود المالية التي تتضمن طرفين أو أكثر كعقد البيع والإجارة والرهن والحوالة والمسابقة ... الخ كما يتضمن العقود غير المالية كعقد النكاح ونحوه.

تعريف الإلكتروني:

الإلكترون عبارة عن شحنات كهربائية دقيقة جداً دائمة الحركة حول جسم هو النواة الذي هو جزء من الذرة^(٦)،

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة ص ٦٥٤ ولسان العرب لابن منظور ٣٠٩/٩، والقاموس المحيط للفيروز أبادي ص ٣٨٣، والمصباح المنير للفيومي ص ٤٢١.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢٨٥/٣.

(٣) انظر: القواعد لابن رجب، القاعدة الثانية والخمسين، ص ٧٨.

(٤) انظر في ذلك: ضوابط العقد في العقد الإسلامي- د. خالد التركماني ص ٢٤، وضوابط العقود- د. عبد الحميد البعلبي ص ٤٤.

(٥) مرشد الحيران- لمحمد قدرى باشا، المادة ١٦٨ بتصرف.

(٦) انظر: الإلكتروني وأثره في حياتنا - لجين نيدك ص ٩.

وقد استخدمت الإلكترونيات في التصنيع ودخلت في كثير من المجالات فظهر الراديو الذي يستقبل هذه الموجات الإلكترونية ثم ظهر التلفزيون والتلّكس والهاتف والفاكس والحاسب الآلي وغيرها من الأجهزة التي تعمل عن طريق الإلكترونيات^(١).

وعلى ذلك فإن العقد الإلكتروني هو العقود الذي يتم عبر هذه الوسائل ونحوها من الآلات التي تعمل عن طريق الإلكترون, وهذا من حيث الأصل , إلا أنه بعد ظهور الحاسب الآلي وانتشار المراسلة والتعاقد بواسطته , خصص هذا المصطلح للعقود التي تتم عن طريقه , أما التعاقد عبر الراديو أو الهاتف أو غيرها من وسائل الاتصال فلا يشملها عرفاً هذا المصطلح في العقدين الأخيرين , وأصبح مصطلح العقود الإلكترونية ينصرف مباشرة إلى: العقود التي تتم عبر شبكة الإنترنت, ولذا نجد أن مصطلح التجارة الإلكترونية يطلق على: مجموعة العمليات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية وخاصة عبر شبكة المواقع (web) والبريد الإلكتروني^(٢).

يعرّف العقد الإلكتروني بأنه : " التّقاء إيجاب صادر من طرف محله عرض مطروح بطرق سمعية أو بصرية أو كليهما على شبكة للاتصالات بقبول صادر من طرف آخر بذات الطرق , وتحقيقاً لعملية معينة يرغب الطرفان في إنجازها , وهي في العادة مبادلة القيم أو الأموال " ^(١) .

وعرّفه البعض بأنه: " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد, وذلك بوسيلة مسموعة مرتبة, بفضل التفاعل بين الموجب والقابل " ^(٢)

والذي يظهر أن التعريف للعقد الإلكتروني غير مانع , ذلك أنه ليس كل اتفاق يشكل عقداً من الناحية الفقهية , بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلًا بهذا الاتفاق — فالإيجاب والقبول هما اللذان صدرا من المتعاقدين وارتبطا فكوناً العقد —؛ إذ قد تكون هناك إرادتان متفقتان على التعاقد ولا تتحرك إحدهما نحو الأخرى بالإيجاب والقبول ,

(١) انظر المرجع السابق وموسوعة الإلكترونيات لمحمد المتنبّي (الجزء الأول).

(٢) أنظر: البيع والتجارة على الإنترنت — عبد الحميد بسيوني ص ٥٤.

(١) بشار طلال المومني , " مشكلات التعاقد عبر الإنترنت " , الطبعة الأولى , عالم الكتب الحديث - الأردن , ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م , ص ٢٤ .

(٢) أسامة أبو الحسن مجاهد , " التعاقد عبر الإنترنت " , دار الكتب القانونية - مصر , ٢٠٠٣م , ص ٣٩ .

فلا يكون عقد كما في حالة الوعد^(١) ببيع أو رهن أو قرض ، فالتعريف القانوني يشمل الوعد أيضاً لوجود اتفاق الإرادتين مع أنه ليس بعقد .

وقد جاء التعريف القانوني خلواً من قيد " على وجه يثبت أثره في المعقود عليه " ، وهو قيد تجب إضافته إلى أفراد التعريف ؛ ذلك أن العقد لا ينشأ بمجرد اتفاق الإرادتين وتعبيرهما عن الرضا ، إنما يلزم إلى جانب ذلك وجود محل لهذا الاتفاق ، واعتراف الشارع بترتب الآثار الملزمة لهذا الاتفاق ، ولذا فإن مجرد الاتفاق بين زيد وعمرو على التلاقي في مكان معين أو قضاء نزهة أو سهرة معاً يشكل اتفاقاً ، وينشئ رابطة شخصية بحيث يصبح كل واحد منهما مسئولاً أمام الآخر عن مثل هذا الوعد ، غير أنه إذا اتفق الاثنان على بيع منزل أحدهما للآخر لقاء مبلغ من المال ، فإن هذا الاتفاق يُثبت في محل العقد وهو المنزل أثراً معيناً ، وهو الحكم بنقل ملكية المنزل من البائع إلى المشتري في مقابل الحكم بنقل الثمن من المشتري إلى البائع ، فإغفال هذا القيد في التعريف يُدخل العقد البطلان فيه^(٢) .

التعريف المقترح^(٣) :

ويمكن تعريف عقد التجارة الإلكترونية بأنه : " ارتباط إيجاب بقبول على وجه يظهر أثره في المعقود عليه ، دون حضور مادي لطرفيه ، وذلك باستخدام وسيلة إلكترونية للاتصال عن بُعد كلياً أو جزئياً " .

فمتى حصل الارتباط بين القبول والإيجاب ، وكان هذا الارتباط موافقاً للقواعد الشرعية ، مستوفياً شرائطه التي لابد منها للارتباط ، وجرى الارتباط بين طرفيه بوسيلة إلكترونية ، سُمي ذلك عقداً إلكترونياً .

(١) الوعد : " هو الأمانة التي يعطيها شخص لآخر " ؛ وهو على نوعين : وعد لا يترتب على الخلف به ضرر بالموعود ، فهذا إن كان في نية الواعد الوفاء به ، ولكنه لم يتيسر له ذلك ، فلا إثم عليه في عدم الوفاء بوعده ، وإن كان في نيته عدم الوفاء به ، فعليه إثم الخلف بالوعد . وعد يترتب على الإخلاف به ضرر بالموعود ، فهذا يجب الوفاء به ديانة وقضاه ، ويجبر الواعد على ذلك إلا ضمن الضرر الذي نزل بالموعود ، لأن الضرر وقع بسببه ، والمتسبب ضامن ، محمد رواس قلعجي ، " الموسوعة الفقهية الميسرة " ، الطبعة الأولى ، دار النفائس ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م .

(٢) السنهوري ، " الوجيز في شرح القانون المدني " ، ص ٢٧ . الزرقا ، " المدخل الفقهي العام " ، ٢٩٤/١ ، ٢٩٥ .

(٣) يعرف الفقهاء التجارة بأنها : عقد معاوضة بقصد الربح ، ثم يعرفون العقد بأنه : ارتباط إيجاب بقبول ... كما تقدم ، وتماشياً مع هذا المنهج يعرف الباحث هنا عقد التجارة الإلكترونية بعد أن عرف التجارة الإلكترونية في أوائل الفصل الأول .

ومن خلال التعريف يمكن استخلاص خصائصه التي تعتبر هذا العقد نوعاً من العقود التي تجري عن بعد ؛ أي إنه عقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ، ولا يجتمع الطرفان فيه وجهاً لوجه ، إذ تمثل الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها أهم وجه لخصوصيته ، وهذا فلا يختلف عقد التجارة الإلكترونية عن أي عقد تجاري، فمحله السلع والخدمات والمنافع طالما أنها مباحة شرعاً ، وأما عن أطرافه فهم أنفسهم في أي تجارة أخرى : بائعون ومشترون ، ومؤجرون ومستأجرون^(١) .

ويراد من إيراد عبارة " كلياً أو جزئياً " ضمن أفراد التعريف التفرقة بين ما إذا كانت السلعة ذات طابع إلكتروني ، يسمح بانتقالها وتسليمها عبر الخط مباشرة من خلال شبكة الانترنت كبرامج الكمبيوتر مثلاً ، وهذا معنى " كلياً " ، وبين ما لو أبرم العقد بين طرفيه عبر شبكة الانترنت، وتم استلام المعقود عليه من خلال الوسائل التقليدية في التسليم كالبريد العادي مثلاً ، وهذا معنى " جزئياً " .

(١) محمد أمين الرومي، " التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت " ، ص ٥٩ . فاروق علي الحفوي، " عقود الكمبيوتر " ، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ، الكتاب الثاني ، الجزء الأول ، دار النشر ، وتاريخ الطبع غير مذكور ، ص ٤٠ . أسامة مجاهد، " التعاقد عبر الإنترنت " ، ص ٣٩ .

الفصل الأول

أركان العقد الكتروني وزمانه ومكانه

تقدّم تعريف العقد اصطلاحاً بأنه عبارة عن : " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه " , ومعني هذا أنّ العقد لا يوجد إلا إذا وُجد الإيجاب والقبول (الصيغة) , والعاقدان والمحل؛ أي المعقود عليه, وعلى هذا اتفاق الفقهاء إلا أنهم يختلفون في اعتبار هذه الأمور كلها أركان للعقد ؛ فالجمهور من المالكية^(١) , والشافعية^(٢) , والحنابلة^(٣) يقولون : إنها أركان العقد . ويرى فقهاء الحنفية^(٤) أنّ للعقد ركناً واحداً : هو الصيغة الدالة على الإرادة التي لا يخلو العقد عنها , ويتوقف وجوده عليها .

وما ذهب إليه الحنفية من اعتبار الصيغة ركن العقد يقتضي بالضرورة وجود الركنين الآخرين عند غيرهم ؛ إذ لا يتصور تحقق الإيجاب بدون موجب , ولا قبول بغير قابل , كما أنّ الإيجاب والقبول يقتضي وجود محل يجري التعاقد عليه, وقد جاء في المادة (٢٦٧) من مرشد الحيران - وهو فقه حنفي مقتن - : " يشترط لتحقيق كلّ عقد توفر ثلاثة أشياء وهي : العاقدان , وصيغة العقد , ومحل يضاف إليه

(٥)"

وعلى هذا فقد ارتأيت تقسيم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

-
- (١) محمد بن أحمد الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ), " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " , دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه , تاريخ الطبع غير مذكور, ٢/٣ .
 - (٢) محمد الخطيب الشربيني (ت ٩٩٧هـ), " مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج " , مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر , ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م , ٣/٢ .
 - (٣) منصور البهوتي, " كشف القناع عن متن الإقناع " , طبعة خاصة , دار عالم الكتب - السعودية , ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م , ١٣٧٧/٢ .
 - (٤) محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام (ت ٦٨١هـ), " شرح فتح القدير " , الطبعة الأولى , دار الكتب العلمية - بيروت , ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م , ٢٣٠/٦ .
 - (٥) محمد قدري, " مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان " , ص ٥٠ .

المبحث الأول

صيغة العقد

تقدّم أنّ الإرادة هي الأساس في إنشاء العقود , وبدونها لا يحصل الرضا اللازم لقيام العقد ؛ أي : لا يمكن تصور قيام الرابطة العقدية بين طرفي العقد إذا لم تتطابق إرادة المتعاقدين لإتمام التعاقد من خلال ركن الرضا , غير أنه لما كانت الإرادة أو الرضا أمراً مستتراً باطنياً لم يكن في الإمكان الاعتداد بهذه الإرادة المضمرة في النفس في إنشاء العقود , ولا يترتب عليه آثار ما دامت كامنة في النفس لا يعلم بها سوى صاحبها , حتى تبرز إلى العالم الخارجي , وهذا لا يتم إلا بالتعبير عنها بما يدل عليها ويظهرها .

ولهذا فإنّ الشارع الحكيم أقام الإرادة الظاهرة بالإيجاب والقبول مقام الإرادة الباطنة , ورتّب أحكام العقد عليها , لأنها هي التي يمكن الاطلاع عليها وفهمها , ونقلها إلى الطرف الآخر في العقد , وإلى هذا تشير عبارات كثير من الفقهاء^(١) .
ومن هنا ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول

أثر الإرادة في العقد

إذا كانت العبرة في التراضي بالإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من الموجب والطرف الآخر الذي قبل الإيجاب , لا بالإرادة الباطنة -والتي ليس بالوسع الإحاطة بها كما تقدم - , فقد يحدث أن يتطابق التعبير مع مضمون الإرادة , وما صممت عليه , وهنا لا تنثور أية مشكلة, ولكن قد يختلف التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول مع الإرادة الحقيقية الباطنة, وما صممت عليه, بسبب غموض في التعبير, أو خطأ فيه, وهنا يثور التساؤل : هل نغلب الإرادة الظاهرة أم نغلب حقيقة الإرادة ومضمونها ؟

ويفترض د. محسن شفيق مثالا عمليا غالبا ما يقع في تعاقدات التجارة الإلكترونية ؟ وذلك بأن يرسل التاجر الفرنسي مثلا إلى التاجر المصدر المصري بتاريخ ١٠ كانون الأول الآتي : نشترى عشرة آلاف زهرة جلاديولوس، بسعر كذا للوحدة، والتصدير

(١) الدسوقي, " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " , ٣/٣ . الشربيني, " مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج " , ٣/٢ . البهوتي , " كشف القناع عن متن الإقناع " , ١٣٧٧/٢ . الزرقا, " المدخل الفقهي العام " , ٣٥٢/١ .

بأسرع وقت ممكن, دون أن يحدد تاريخاً معيناً, ويرد التاجر المصري بالموافقة, ولكنه لا يدرك قصد المشتري من الحث على الإسراع في إرسال الزهور لتصل قبل موسم أعياد الميلاد ورأس السنة, لتصريف السلعة خلال هذه المواسم التي يكثر فيها الطلب على الزهور, ويرتفع ثمنها, غير أن التاجر المصري يرسلها متأخرة, وتصل بعد انتهاء الموسم, والسؤال هنا : هل نأخذ بقصد المشتري الفرنسي الظاهر من عبارات البيانات التي تضمنتها رسالته للتاجر المصري ؟ وهل التاجر المصري ملزم أن يدرك القصد الحقيقي للمشتري؟^(١)

فالعلماء لم يتفق رأيهم حول الحكم الواجب إتباعه عند الاختلاف بين الإرادة الباطنة أو القصد والنية وبين الإرادة الظاهرة بالإيجاب والقبول وتسمى بالصيغة .

فمن هذه المذاهب ما يغلب الإرادة الظاهرة ؛ لأن الأحكام في الدنيا تبني على ما يظهره الشخص لا على ما يبطنه ؛ أي : على ظاهر ألفاظه وعباراته لا على نيته وباعثه على إنشاء العقد , وفي هذا يقول الشافعي : " تولى الله السرائر وعاقب عليها, ولم يجعل لأحد من خلقه الحكم إلا على العلانية "^(٢).

ومنها ما يغلب الإرادة الباطنة ؛ فالتعبير ليس إلا وسيلة لإظهار الإرادة , فمتى ما أخطأ المتعاقد التعبير في نقل الحقيقة وإظهارها يصار إلى الإرادة الباطنة , أو إلى ما أرادة المتعاقد في ذاته الداخلية , لأنه هو الأصل والركن الحقيقي للعقد , أبدوا ذلك بحديث : " إنما الأعمال بالنيات "^(٣), وبالقاعدة الفقهية التي تقضي بأنّ : " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني "^(٤) فالنية في العقود لا يجوز إغفالها ولا إهدارها .

(١) محسن شفيق, " اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع " , دار النهضة العربية - القاهرة, تاريخ الطبع غير مذكور , ص ٥٣ .

(٢) محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤ هـ), " الأم " , بيت الأفكار الدولية. اعتني به حسان عبد المنان, تاريخ الطبع غير مذكور, ص ١٢٨٤ . وقد بلغ الأمر عند بعض المذاهب في الاعتداد بالإرادة الظاهرة إلى حد القول: أن عبارة الهازل تصلح لإنشاء العقود , وترتب الآثار عليها, دون فرق في ذلك بين عقد وعقد. محي الدين بن شرف النووي, " المجموع في شرح المهذب " , مكتبة الإرشاد- السعودية , تاريخ الطبع غير مذكور, ٢٠٤/٩ .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب بدء الوحي, باب : كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله , حديث رقم ١ , ص ٩ . وأخرجه مسلم في كتاب الإمارة , باب: قوله صلى الله عليه وسلم : " إنما الأعمال بالنية " وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال, حديث رقم ١٩٠٧ , ٣٣/٣ .

(٤) الزرقا, " المدخل الفقهي العام " , ٩٦٦/٢ .

يقول أحد العلماء: " ويقابل مذهب الشافعية في الأخذ بالإرادة الظاهرة مذهب الحنابلة ؛ فإنهم على العكس منه يفتشون على النيات , ويجعلون لها الاعتبار الأول , وأما العبارات فلا وزن لها عندهم إلا في الزواج , والأساس عندهم أنه متى دلت القرينة^(١) لفظية أو حالية على أنّ مراد العاقدین غير ما دلت عليه الألفاظ اعتبر ذلك , وأهدرت دلالة الألفاظ , ومذهب المالكية أقرب إلى مذهب الحنابلة في اعتبار الإرادة الباطنة , وهذا ما يتفق مع اعتبارهم لسدّ الذرائع , وأما مذهب الحنفية فهو أقرب إلى الإرادة الظاهرة منه إلى الباطنة "^(٢) .

المطلب الثاني

طرق التعبير عن الإرادة

إن عقد التجارة الإلكترونية – موضوع بحثنا – يقتضي منّا أولاً التعرف على طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد بوجه عام , ثم التعرف على طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد عن طريق الإنترنت , وسوف نخصص لكل مسألة فرعاً خاصاً بها على النحو الآتي :

الفرع الأول

طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد

أولاً : التعبير عن الإرادة باللفظ :

يتمّ التعبير عن الإرادة باللفظ , وهو الكلام , والكلام كما عرفه علماء النحو : " هو لفظ مفيد "^(٣) , فرضا العاقدین يعبر عنه بلفظهما , وهو المظهر الخارجي للإرادة , بل هو علة ظهورها .

ويعدّ اللفظ من أول وأقدم الطرق التي عرفها الإنسان في التعبير عن الإرادة في إنشاء العقود , فهو الأداة الطبيعية للتفاهم بين الأفراد في كشف المقاصد وإظهار

(١) القرينة : " أمر يشير إلى المطلوب " . الجرجاني , " التعريفات " , ص ١٧٤ .

(٢) محمد مصطفى شلبي , " المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي " , دار النهضة العربية – بيروت , ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م , ص ٤٧١ .

(٣) محمد بن عبد الله ابن مالك (ت ٦٧٢) , " متن ألفية ابن مالك في النحو والصرف " , تقديم وضبط محمد أنيس مهيبرات , دار النشر , وتاريخ الطبع غير مذكور , ص ٢٥ .

الرغبات^(١).

واللفظ هو الدليل الثابت الذي يقف عنده الفقه الإسلامي , إذ هو الأصل في البيان والدلالة على الأشياء , ويأتي في المرتبة الأولى , إذ يعلو على الكتابة وما سواها من وسائل التعبير الأخرى مما لم يكن في حضارة العصور الماضية ثابتاً ومستقراً , كما أن البشر عرفوا اللفظ كأداة للتعبير عن إرادتهم قبل أن يعرفوا وسائل التعبير الأخرى , فأجروا به عقودهم قبل أن يجروها بغيره , وفضلاً عن ذلك فإن اللفظ مزايًا عديدة ؛ فهو أدلّ من غيره على شخصية المتكلم , وحقيقة إرادته , ومجموع نفسه^(٢).

وليس هناك دليل على تعيين لفظ خاص , بل الأساس هو الرضا , فكلّ ما دلّ عليه , أو فهم منه المقصود بواسطة القرائن فهو كاف في انعقاد العقد , وهذه نظرة واسعة وعميقة تحول دون جمود النصوص والألفاظ , لأن الزمن متحرك غير ثابت , والمفاهيم والألفاظ قد تتغير بتغير الظروف والأزمان , فالمرجع في ذلك هو العرف ؛ فأى لفظ جرى به العرف لإنشاء العقد يصلح للتعبير عن الإيجاب والقبول سواء كان بلغة عربية أو بلغة أخرى واضحة الدلالة على إرادة المتعاقدين , ومفهومة لديهم .

وقد أفاض شيخ الإسلام ابن تيمية في الحديث حول هذا الموضوع مؤكداً أنّ العبرة في العقود بالرضا , ولا يضر بعد ذلك بأية وسيلة عبّر عنه , وشدّد النكير على من قالوا بالترام لفظ بعينه , أو أسلوب ثابت حيث يقول : " تنعقد العقود بكلّ ما دلّ على مقصودها من قول أو فعل , فكلّ ما عدّه الناس بيعاً وإجارة فهو بيع وإجارة , وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال , انعقد العقد عند كلّ قوم بها بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال , وليس لذلك حدّ مستمر لا في شرع ولا في لغة , بل يتنوّع بتنوّع اصطلاح الناس كما تتنوّع لغاتهم "^(٣) .

ثانياً : التعبير عن الإرادة بالكتابة :

(١) عباس العبودي , " التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري " , ص ٤٢ .
(٢) عبد السلام التونجي , " التعاقد بين الغائبين " , المنشأة العامة للنشر والتوزيع - طرابلس , تاريخ الطبع غير مذكور , ص ٥٨ .
(٣) ابن تيمية , " مجموعة الفتاوى " , ٨ / ١٥ .

التعاقد عن طريق الكتابة يزداد شيوعاً يوماً بعد يوم , خاصة في المسائل التجارية , وتأتي الكتابة كتعبير عن الرضا في نظر الفقه الإسلامي بعد اللفظ , قال النووي : " والنطق أقوى من الكتب " ^(١) , وقد تطورت طرق الكتابة بتطور العلوم والتكنولوجيا , وأخذت القوانين الوضعية تفسح لها مجالاً رحباً بين نصوصها , وتخصص لبحثه أبواباً لأهميته .

أما بالنسبة للجانب الفقهي فقد وقع خلاف بين الفقهاء في مدى الاعتداد بالكتابة كتعبير عن الإرادة , سواء كانت بين حاضرين أم بين غائبين , وسأجمل الأقوال الفقهية فيه كما يأتي :

(القول الأول) : جواز التعبير عن الإرادة بالكتابة مطلقاً , وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية ^(٢) , والمالكية ^(٣) , والحنابلة ^(٤) , فهم يعدّون بالكتابة كأداة للتعبير عن الإرادة في التعاقد بأية لغة كانت سواء كان الطرفان حاضرين في مجلس واحد أو كانا غائبين , وسواء كانا قادرين على النطق أو عاجزين عنه , وسواء كان الإيجاب والقبول كتابة أو كان أحدهما كتابة والآخر شفاهاً .

وقد استدلوا : بأنّ الكتابة وسيلة جيدة للتعبير عن الإرادة , وأنّ الرسول — عليه الصلاة والسلام — قد استعملها في خطباته مع الملوك ؛ فدعاهم إلى الدخول في الإسلام ^(٥) , فإذا كانت الكتابة صالحة للتعبير عن نشر الدعوة , فكيف لا تكون صالحة لإنشاء العقود؟!!

قال العيني : " والكتاب كالخطاب من الحاضر ؛ فإن النبي عليه الصلاة والسلام كان

(١) النووي, " المجموع في شرح المذهب " , ١٩٧/٩ .

(٢) محمود بن أحمد العيني (ت ٨٥٥هـ), " البناية في شرح الهداية " , الطبعة الأولى, دار الفكر- بيروت, ١٤١١هـ - ١٩٩٠م, ١٦/٧ .

(٣) الدسوقي, " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " , ٣/٣ .

(٤) البهوتي, " كشف القناع عن متن الإقناع " , ١٣٧٨/٢ .

(٥) صحيح البخاري, كتاب الجهاد والسير, باب : دعوة اليهود والنصارى, وعلى ما يقاتلون عليه؟ وما كتب النبي إلى كسرى وقيصر, والدعوة قبل القتال, ص ٣٤٥ . وينظر صحيح مسلم, كتاب الجهاد والسير, باب : كتب النبي عليه الصلاة والسلام إلى ملوك الكفار يدعوهم إلى الله عز وجل, ١٣٩٧/٣ . قال ابن حجر: " وفي الحديث — أي حديث ابن عباس في بعثه عليه الصلاة والسلام كتابه إلى كسرى — الدعاة إلى الإسلام بالكلام وبالكتابة, وأن الكتابة تقوم مقام النطق (فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٢٠٨/٦ , ٢٠٩)

يبلغ تارة بالكتاب , وتارة بالخطاب , فلو لم يكن الكتاب كالخطاب لم يكن النبي عليه الصلاة والسلام مبلغاً به ^(١).

فالكتابة كالألفاظ تماماً في دلالتها على الإرادة , ومن هنا صاغ الفقهاء قاعدتهم الفقهية المشهور : " الكتاب كالخطاب " ^(٢)؛ ومعنى ذلك أن كتاب الموجب مثل كلامه المباشر الموجه إلى الطرف الآخر , ذلك أن المناط في انعقاد العقد هو الرضا , وتصلح الكتابة في الدلالة عليه إذا كانت مستبينة واضحة , وسالمة من شبهة التزوير واللبس , دون فرق في ذلك بين أن يكون العاقدان حاضرين في مجلس واحد أو غائبين.

(القول الثاني) : وهو الوجه الأصح عند الشافعية على ما ذكره الشيرازي في المهذب ^(٣)؛ إذ يذهب إلى القول بعدم صلاحية الكتابة لإنشاء العقود بها إلا بالنسبة للعاجزين عن الكلام مستنداً في ذلك إلى أن وسائل التعبير عن العقود جاءت جميعها بالألفاظ , ولم يشتهر في عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم إنشاء العقود بالكتابة , ومجرد البعد بين العاقدين , وغياب أحدهما عن الآخر لا يتيح العدول عن اللفظ كأداة للتعبير عن الإرادة إلى الكتابة ما دام الوكيل يستطيع أن يبرم العقد باللفظ نيابة عن الموكل الموجب (الأصيل الغائب) .

(القول الثالث) : قيد صحة التعاقد مطلقاً بالكتابة فيما إذا كان العاقدان غائبين , لأن الحاجة ماسة بالنسبة للغائبين دون الحاضرين , فيترخص للغائبين دون غيرهما , أما في حالة الحضور فلا حاجة إلى الكتابة , لأن العاقد قادر على النطق الذي هو أقوى , فلا ينعقد العقد بغيره ^(٤).

والرأي المختار هو رأي الجمهور الذي أجازوا فيه التعاقد بالكتابة مطلقاً , وذلك

(١) العيني, "البنية في شرح الهداية", ١٦/٧ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية, المادة (٧٠), ص ٩٥ .

(٣) النووي, "المجموع في شرح المهذب", ١٩٠/٩ . غير أن الراجح عند أكثر محققي الشارع في وسائل الأصح عند النووي هو الانعقاد بها (١٩٦/٩) .

(٤) ابن عابدين, "حاشية رد المحتار على الدر المختار", ٢٦/٧ . وهبة مصطفى الزحيلي, "حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة", مجلة مجمع الفقه الإسلامي, العدد السادس, الجزء الثاني, ١٤٢٠هـ-١٩٩٠م, ص ٨٨١ . محمد مصطفى الشنقيطي, "دراسة شرعية الأهم العقود المالية المستحدثة", مكتبة العلوم والحكم, تاريخ الطبع غير مذكور, ١٤٩/١ .

لوجهة أدلتهم من جهة ، ولما فيه من مصلحة وتيسير على الناس ، ولأنّ التضيق أمر عسير لا تقرّه قواعد الشريعة القاضية بالتيسير ورفع الحرج .

بالإضافة إلى أنّ الأساس في العقود هو الرضا، ولم يفصل الشارع في وسائل التعبير عنه ، كما لا نجد لها تحديداً في اللغة ولا في الشرع ، فوجب الرجوع فيها له العرف ، والعرف جارٍ قديماً وحديثاً على صلاحية الكتابة لإنشاء العقود..
ثالثاً : التعبير عن الإرادة بالإشارة :

ينعقد العقد بإشارة الأخرس المعهودة عرفاً ما دامت لا نثير شكاً في حقيقة مدلولها ؛ كتحريرك الرأس عمودياً دلالة على القبول ، أو أفقياً دلالة على الرفض ، وهذا باتفاق الفقهاء^(١)، حتى لا يحرم من حق التعاقد ، وعلى هذا الأساس وضعت القاعدة الفقهية القائلة : " الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان "^(٢)، أما إذا لم تكن إشارته مفهومة كانت لغواً ولا حكم له .

أما الإشارة لغير الأخرس ففيها خلاف بين الفقهاء:-

فذهب الحنفية^(٣) إلى منع اعتبارها في العقود ، و عدم إلحاق غير الأخرس به ممّن اعتقل لسانه ، أو منع من الكلام ، إلا بعد اليأس من كلامه ، أو وقف تصرفاته حتى الموت .

أما المالكية^(٤) فأجازوا التعاقد بالإشارة حتى وإن كان المتعاقد ناطقاً .

وأما الشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) فلم يعتدوا بإشارة الناطق في العقود مطلقاً سواء كانت مالية أو شخصية .

(١) زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم (ت ٧٩٠هـ)، " الأشياء والنظائر "، الطبعة الأولى المكتبة العصرية- بيروت، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ص ٣٧٩ . محمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب (ت ٩٥٤هـ)، " مواهب الجليل لشرح مختصر خليل "، طبعة خاصة دار عالم الكتب- السعودية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ١٤/٦ . أحمد بن حمزة الرملي (ت ١٠٨٧هـ)، " نهاية المحتج إلى شرح المنهاج "، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ٣/٣٨٥ . عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، " المغني والشرح الكبير "، دار الفكر - بيروت، تاريخ الطبع غير مذكور، ١١٤ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية ، المادة (٧٠)، ص ٩٥ .

(٣) ابن نجيم، " الأشباه والنظائر "، ص ٣٧٩ .

(٤) الحطاب، " مواهب الجليل لشرح مختصر خليل "، ١٤/٦ .

(٥) السيوطي، " الأشباه والنظائر "، ص ٣٧٩ .

(٦) ابن قدامة، " المغني "، ٤١٢/٨ .

والقول الراجح أن يناط ذلك بالعرف , فتكون الإشارة المفهمة المعهودة عرفاً دليلاً على الرضا بالعقد مطلقاً وهو قول المالكية , ويؤيده أن رسول الله - عليه الصلاة والسلام - عبر عن بعض الأحكام بالإشارة وفهم أصحابه المقصود منها , مثل ما رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " الشهر هكذا وهكذا وهكذا , وقبض إبهامه في الثالثة "(١), والإشارة لأحد الصحابة بقضاء نصف الدين , فإذا كانت الإشارة صالحة في تبليغ أحكام الشرع , فلماذا لا تكون صالحة في الدلالة على الرضا بالعقد؟

رابعاً : التعبير عن الإرادة بالمعاطاة :

التعاطي أو المعاطاة هي : أخذ وإعطاء ؛ أي مبادلة فعلية دالة على تبادل الإرادتين والتراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول (٢) .

وتظهر صورته بوضوح في محال البيع التجارية الحديثة التي تحدد الأثمان على السلع , فيأخذها المشتري ويعطي ثمنها للبائع دون التفوه بلفظ واحد أحياناً , أو مع تبادل عبارات الشكر وحدها , ومنه أيضاً دفع النقود في الآلات الموضوعة في الشارع للحصول على بعض السلع اليسيرة كالمشروبات الغازية , أو شراء الصحف والمجلات . وكذلك يمكن أن يعتبر نوعاً من التعاطي اليوم , الطريقة المعتادة في العقود والتي يطلق عليها قانوناً " عقود الإذعان " ؛ كالاشتراك في التيار الكهربائي , واشتراك الماء , والهاتف , والغاز ونحوها ؛ فإنها تتم بتقديم طلب مكتوب , وقيام الجهات المختصة بإيصال المنفعة المطلوبة , ومثله أيضاً ركوب المواصلات كالنزام , و قطع البطاقات لركوب القطار , وكذا إرسال مجلة أو جريدة إلى طالبها (٣) .

(١) أخرجه البخاري في كتاب الصوم, باب : قول النبي عليه الصلاة والسلام إذا رأيتم الهلال فصوموا, وإذا رأيتموه فأفطروا , حديث رقم ١٩٠٨ , ص ٢١٥ . وأخرجه مسلم في كتاب الصيام, باب : وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال والفطر لرؤيته..., حديث رقم ١٠٨٠ , ٧٥٩/٢ .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الصلاة, باب: التقاضي والملازمة في المسجد, حديث رقم ٤٥٧ , ص ٦٠ . وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة, باب : استجاب الوضع من الدين, حديث رقم ١٥٨٨ , ١١٦٣/٣ .

(٣) الزرقا, "المدخل الفقهي العام", ٣٣٠/١ . بدران أبو العنينين, " الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود", مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية, تاريخ الطبع غير مذكور, ص ٣٨٨ .

وقد اختلف الفقهاء في مدى صلاحية هذا الفعل للتعبير عن الإرادة , وانعقاد العقد به على ثلاثة أقوال :

(القول الأول) : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(١), والمالكية^(٢), والحنابلة^(٣) إلى جواز البيع بالتعاطي مطلقاً , سواء أكان المبيع حقيراً – بسيطاً – أم نفيساً . ومن أبرز أدلة الجمهور على جوازه ما يأتي^(٤):

١- أن الله أحلّ البيع ولم يبيّن كيفيته , فوجب الرجوع فيه إلى العرف , والعرف يسوّي بين اللفظ والفعل في الدلالة على التراضي , فوجب التسوية بينهما في الحكم بصحة البيع.

٢- لم ينقل عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ولا عن أحد من أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول, ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً , ولبيّن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لعموم البلوى به , ولم يخف حكمه , ومن ذلك أن رسول الله عليه الصلاة والسلام كان يُسأل فيُعطي , أو يعطي من غير سؤال فيقبض المعطى , ويكون الإعطاء هو الإيجاب , والأخذ هو القبول .

٣- ولأنّ الناس من لدن رسول الله – عليه الصلاة والسلام – وإلى يومنا هذا ما زالوا يتعاقدون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ , بل بالفعل الدال على المقصود, ولم ينكر عليهم أحد , فكان ذلك إجماعاً .

٤- ولأنّ الإيجاب والقبول لفظاً إنما يعبرا للدلالة على التراضي , فإذا وُجد ما يدلّ عليه من المساومة والتقاضي , قام مقامهما , وأجزأ عنهما, لعدم التعبد فيه .

٥- لأنّ هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها لفست أمور الناس.

القول الثاني: وهو قول جمهور الشافعية^(٥) ذهبوا إلى عدم صحة البيع بالمعاطاة ,

(١) ابن الهمام, " شرح فتح القدير ", ٢٣٤/٦ .

(٢) الخطّاب, " مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ", ١٤/٦ .

(٣) عبد الله بن أحمد بن قدامة, " المغني مع الشرح الكبير ", ٥/٤ . واختاره النووي من الشافعية (المجموع في شرح المذهب ١٩١/٩) .

(٤) ينظر هذه الأدلة في كتاب " المغني " لابن قدامة, ٥/٤ . ابن تميّة, " مجموعة الفتاوى ", ١٤, ٧/١٥ .

(٥) النووي, " المجموع في شرح المذهب ", ١٩٠/٩ . الشربيني, " مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ", ٣/٢ .

وقالوا: بأن الإيجاب والقبول جازمان في الإعراب عن الرضا بخلاف الفعل , فإنه تعبير جازم في التعبير عنه , بل يبقى احتمال عدم الرضا قائماً , إذ قد يكون السكوت للخوف من المشتري أو غير ذلك , فلا يكون دليلاً قاطعاً ولا مظنوناً على الرضا فلا يصح , بالإضافة إلى أن البيع في عرف الشرع اسم للإيجاب والقبول , وأما التعاطي فلم يجز إطلاق اسم البيع عليه .

القول الثالث: قيد بعض فقهاء الشافعية وغيرهم جواز بيع المعاطاة بالتافه من الأشياء بسيطة الثمن , إذا جرى العرف بالمعاطاة بها , فأجازوه بحدود ضيقة جداً , وهذا رأي ابن سريج والرويات من الشافعية^(١) , والقاضي أبو يعلى من الحنابلة^(٢) , والكرخي من الحنفية^(٣) , وقد اختلفوا في معيار الخسيس والنفيس , فقال بعضهم : الرجوع في المحقر والنفيس إلى عرف الناس , فما عدّوه من المحقرات , وعدّوه بيعاً , فهو بيع , وإلا فلا , وقيل : الخسيس هو ما دون نصاب السرقة , والنفيس فوقه , وقيل غيره^(٤).

ورأي الجمهور هو الرأي الراجح الذي يدعمه الدليل , ويتفق مع مبادئ الشريعة القاضية برفع الحرج , وأصولها الدالة على أن العقود تصح بكل ما دلّ على مقصودها دلالة واضحة من قول أو فعل مفهم ؛ ذلك أن الله قال : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (النساء : ٢٩) , ولم يفصل في وسائل التعبير عنه ؛ فلم يشترط لفظاً معيناً , ولا فعلاً معيناً يدل على التراضي , " وترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال " ^(٥) .

خامساً : السكوت :

السكوت لغة : عدم الكلام^(٦) , ولا يختلف في معناه الاصطلاحي عن المعنى اللغوي ,

(١) الشربيني , " معني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج " , ٤/٢ .

(٢) ابن قدامة , " المغني " , ٥/٤ .

(٣) ابن عابدين , " حاشية رد المحتار على الدر المختار " , ٢٧/٧ .

(٤) النووي , " المجموع في شرح المذهب " , ١٩٠/٩ .

(٥) الشوكاني , " نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار " , ١١٣/٢ .

(٦) ابن منظور , " لسان العرب " , ٤/٣ .

فيطلق السكوت ويراد به الصمت وعدم الكلام, على عكس التعبير الذي هو كشف وإظهار , أمّا السكوت فهو إخفاء وكتمان^(١) .

قال الجرجاني : " السكوت هو ترك التكلم مع القدرة عليه "^(٢) .

وعلى هذا فالسكوت هو التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الإرادة , لذا لا يصح بحال أن يكون السكوت إيجاباً , لأنّ الإيجاب عمل إيجابي أو عرض يوجّه إلى الطرف الآخر , ولا يمكن أن يُستخلص هذا العرض من مجرد السكوت^(٣) , ولكن هل يصلح السكوت أن يكون قبولاً ؟

الأصل أنّ السكوت بمجرد عدم لا ينتج أثراً , إذ لا تسمح ظروفه باستخلاص أية إرادة منه , فالشخص الذي يوجّه إليه الإيجاب ويسكت , قد يكون سكوته لعدم الانتباه وشروء الذهن , أو عدم الاكتراث , أو الاستغراب , أو الموافقة أو الرفض , وغير ذلك من المعاني^(٤) .

ولئن كان السكوت مجرداً يحمل معنى الاشتباه , ولا يجوز الاعتداد به كمبدأ عام صاغه الفقهاء في القاعدة الشهيرة : " لا ينسب لساكت قول "^(٥) , إلا أنّ الفقه الإسلامي لم يلتزم هذا المبدأ بصورة مطلقة , بل جنح إلى الخروج عليه , واعتد بالسكوت إذا اقترن به قرينة تجعل دلالته تنصرف إلى الرضا والقبول .

وهذا ما أشارت إليه المادة(٦٧) من مجلة الأحكام العدلية , حيث نصت علي أنه : " لا ينسب لساكت قول , ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان "^(٦) , ويستفاد من هذه القاعدة الكلية أنّ الأصل في الفقه الإسلامي هو عدم الاعتداد بالسكوت , وأنّ الاستثناء الاعتداد به إذا كان ملابساً ؛ أي : تحيط به دلالات علامات تدلّ على أنه قبول .

(١) عبد الرزاق حسن فرج, دور السكوت في التصرفات القانونية, مطبعة المدني- القاهرة, ١٤٠٠هـ-١٩٨٠, ص ١١.

(٢) الجرجاني, " التعريفات " , ص ١٢٠ .

(٣) السنهوري, " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " , ١٣٠/١ .

(٤) عبد الرزاق فرج, " دور السكوت في التصرفات القانونية " , ص ٣٢ .

(٥) السيوطي, " الأشباه والنظائر " , ص ١٨٣ .

(٦) مجلة الأحكام العدلية, ص ٩٥ . وينظر المادة (٩٥) من القانون المدني الأردني , ص ٤٦ .

وقد أورد ابن نجيم في " الأشباه والنظائر " سبعةً وثلاثين حالة للحالات التي ينزل فيها السكوت الملابس منزلة النطق , نذكر منها :

- السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب , رضاً بالعيب إن كان المخبر عدلاً , ولو كان فاسقاً عنده , وعندهما هو رضاً ولو كان فاسقاً .

- سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقاراً إقراراً بأنه ليس له , على ما أفتى به مشايخ سمرقند خلافاً لمشايخ بخارى , فينظر المفتي فيه .

- رآه يبيع أرضاً أو داراً , فتصرف فيه المشتري زماناً , وهو ساكت , تسقط دعواه^(١) .

المطلب الثالث

الإيجاب والقبول

تقدم أنّ الرضا يعبر عنه بالصيغة الكاشفة لحقيقة ما يكنه المتعاقدان , وحيث يكون رضا أحد المتعاقدين مطابقاً لرضا الثاني يقال في ذلك : ارتبط الإيجاب بالقبول , فالعقد إذن يتطلب إيجاباً وقبولاً متطابقين .

ولئن كان التراضي في الأصل لا يتم إلا بحضور العاقدين , وتبادلهم الإيجاب والقبول شفاهاً وجهاً لوجه , إلا أنه تنور المشكلة والصعوبة في التعاقد عن طريق الإنترنت للبعد الزمني والمكاني بينهما , وذلك يقتضي بحث الوجوه التي تعتري هذا النوع من الإيجاب والقبول.

وبناءً على ذلك أرتأيت تقسيم هذا المطلب الى عدة فروع كما يأتي :

الفرع الأول

معنى الإيجاب والقبول عبر الإنترنت

الإيجاب لغة^(٢) الإلزام , يقال : وجب البيع يجب وجوباً وأوجبته ؛ أي : لزم وألزمه .
وشرعاً : فعند الحنفية^(١) هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين — بائعاً ومؤجراً كان أو مشترياً ومستأجراً — للدلالة على الرغبة في إنشاء العقد وإيجاده , والقبول هو ما

(١) ابن نجيم, " الأشباه والنظائر " , ص ١٨٠ .

(٢) ابن منظور , " لسان العرب " , ٧٩٣/١ . الفيروزآبادي , " القاموس المحيط " , ص ١٨٠ . الرازي , مختار الصحاح , ص ٧٠٩ .

صدر ثانياً عن العاقد الآخر دالاً على الموافقة والرضا بالإيجاب , فالمعول عليه في تحديد الإيجاب والقبول هو وقت صدور بصرف النظر عن الجهة التي صدر عنها .
أما الجمهور من المالكية^(٢) , والشافعية^(٣) , والحنابلة^(٤) فذهبوا إلى أن الإيجاب هو ما يصدر ممن يكون منه التمليك (البائع أو المؤجر) , وإن جاء متأخراً , والقبول هو ما صدر ممن يصير له الملك (المشتري) أو من ينتفع بالعين المؤجرة (المستأجر) , وإن جاء متقدماً , فالعبرة في هذا المذهب بجهة صدور بصرف النظر عن الوقت .
والذي يبدو أن الخلاف بين الحنفية والجمهور في تحديد الإيجاب والقبول مجرد خلاف شكلي لا جوهري , ولا يترتب عليه أثر كبير ; ذلك أن آراء الفقهاء^(٥) - بعد الرجوع إليها في مظانها - اتفقت على جواز تقدم القبول على الإيجاب , وأن ذلك لا يحدث خللاً في العقد , ولا يؤدي إلى بطلانه , لأن العبرة بالمعنى وإفادة المقصود , وذلك حاصل في الحالتين^(٦) .

صيغة الإيجاب والقبول عبر الإنترنت :

يتم الإيجاب والقبول عبر الإنترنت إما من خلال البريد الإلكتروني , أو بواسطة صفحات الويب , أو عبر غرف المحادثة والمشاهدة .
ففي الحالة الأولى : يقدم التاجر إيجابياً وعرضاً لشخص أو أشخاص معينين , وذلك بأن يرسل إيجابه إلى البريد الإلكتروني , وهذه الحالة تتطابق مع الإيجاب الصادر من الفاكس , أو من البريد العادي ; فيكون الموجب بحاجة إلى فترة زمنية فاصلة لاستلام الإجابة , أما إذا كان الاتصال بالكتابة مباشرة , فهنا يقترب الإيجاب كثيراً من الإيجاب عبر التلكس الحديث الذي يوفر الاتصال المباشر في إيجابه وقبوله , حيث يمكن أن يرد في نفس الوقت , هذا وتبدأ فعالية الإيجاب بمجرد علم العاقد الآخر بذلك الإيجاب بعد فتح بريده الإلكتروني , ويبقى له الحرية في قبول الإيجاب أو رفضه .

(١) ابن عابدين , "حاشية رد المختار على الدر المختار" , ص ١٧/٧ .

(٢) الحطاب , "مواهب الجليل لشرح مختصر خليل" , ١٣/٦ .

(٣) عبد الله بن حجازي الشرقاوي (ت ٢٢٧هـ) , "حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب" , دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م , ٣٨/٣ .

(٤) البهوتي , "كشف القناع عن متن الإقناع" , ١٣٧٧/٢ .

(٥) الحطاب , "مواهب الجليل لشرح مختصر خليل" , ١٤/٦ . الشرقاوي , "حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب" , ٣٩/٣ . على بن سليمان المرداوي (ت ٨٨٥هـ) , "الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف" , الطبعة الأولى , دار إحياء التراث العربي , ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م , ١٨٩/٤ .

(٦) محمد علقه , "حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة" , ص ٣٧ .

أما الحالة الثانية : فإنّ موقع الويب ذاته يقدّم إيجاباً لمنتجات أو خدمات إلى الجميع دون تحديد لشخص بعينه , وعندئذ تكون الحرية لكل من يستخدم ذلك الموقع في التعاقد من خلال تعبئة نموذج أو وثيقة العقد بالمعلومات الشخصية , والبيانات المصرفية التي تحقق الوفاء^(١) .

وأما بالنسبة لغرف الدردشة والمحادثة فإنّ الإيجاب والقبول فيها قد يتم من خلال اللفظ الفوري المباشر ؛ بمعنى أنّ الإيجاب يعقبه جواب مباشر من الطرف الآخر بالقبول أو الرفض بصوتيهما .

وقد يتم الإيجاب والقبول كتابة ؛ حيث يمكن للشخص الذي يريد التعاقد تأمين وصول إيجابه إلى الشخص الآخر في أي بلد كان والحصول على الإجابة المباشرة بالقبول أو الرفض خلال ثوان أو دقائق معدودة .

وأيّ كان الأمر فالتعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول شفاهاً أو كتابةً أجاز الفقهاء التعاقد به كما تقدم , وما الإنترنت وخدماته سوى وسيلة معتبرة عرفاً لتوصيل اللفظ أو الكتابة أو حتى الإشارة إلى سمع الآخر وبصره , فيكون مقبولاً شرعاً .

الفرع الثاني

الإعلان الموجّه للجمهور وتكييفه الفقهي

عرفنا أنّ الإيجاب هو ما يُعرف أولاً من كلام أحد المتعاقدين للالتزام بشيء محدد , وأنه عادة ما يتمّ توجيه الإيجاب إلى شخص معين لإتمام التعاقد , ولئن كان من اليسير توجيه الإيجاب نحو ذلك الشخص إلا أنه تثور المشكلة , ويبرز السؤال عند إعلان الإيجاب إلى عامة الناس , أيعتبر ذلك إيجاباً أم لا ؟ وللإجابة على السؤال يجب الانتباه هنا إلى التفرقة بين الإيجاب وبين الدعوة إلى الإيجاب , لأنّ بعض التعبيرات المتعلقة بإرادة التعاقد لا تعتبر إيجابياً .

وعلى هذا ؛ فإنّ التعبير أو العرض الذي لا يريد صاحبه أن يلتزم به في حالة ما إذا صدر القبول من الطرف الآخر , لا يعد إيجاباً بل يعتبر " دعوة إلى الإيجاب " ,

(١) أسامة مجاهد , " التعاقد عبر الإنترنت " , ص ٧٠ . بشار المومني , " مشكلات التعاقد عبر الإنترنت " , ص ٥٧ . محمد أمين الرومي , " التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت " , ص ٩١ وما بعدها . أحمد العجلوني , " التعاقد عن طريق الإنترنت " , ص ٧٢ وما بعدها .

فاقتراحات التعاقد بواسطة الإعلانات المعروضة عبر الإنترنت ، أو المذاعة في الراديو والتلفزيون ونحوها ، هي من قبيل الدعوة إلى الإيجاب في غالب الأحيان ، وليست إيجاباً حقيقياً ؛ إذ قد تكون مجرد تعريف بالسلعة ، وتشويق للجمهور للإقبال عليها لشرائها .

أمّا إذا أمكن التأكد من أنّ صاحب الاقتراح أو الإعلان أراد أن يلتزم باقتراحه هذا إذا صدر قبول يوافقه ؛ بأنّ عرف من وجّه إليه الإيجاب — على وجه اليقين والوضوح — مضمون العقد المراد إبرامه ، وكانت السلع معينة ، وكميتها وسعرها محدد بشكل صريح ، فالإعلان هنا يعدّ إيجابياً^(١) .^(٢)

وعليه فلو عرض أحد من خلال الإنترنت عرضاً خاصاً ببيع شيء محدد ، أو إيجار برنامج معين ، وأوضح الشروط المطلوبة ، والمواصفات المطلوبة المعرفة للمعقود عليه بشكل يزيل الجهالة عنه ، فإنّ هذا العرض يعدّ إيجاباً جدياً ، ويبقى قائماً إلى أن يتقدم آخر فيقبله ، وحينئذ يتمّ العقد ، لأنّه وإن لم يكن موجهاً إلى شخص أو أشخاص معينين ، فإنّه يتضمّن تعبيراً صريحاً عن إرادة صاحبه إلى الالتزام بالتعاقد من قبل أي شخص يقبل الإيجاب^(٣) .

وما سبق ذكره من أنّ الإعلان العام الموجه إلى عامة الناس وجمهورهم يعتبر إيجاباً لا ينتهي بل يستمر إلى أن يتصل به القبول ، أو يحدث عارض يقطعه ، يتخلّى بصورة واضحة في العبارة التالية : " لو عرض رجل سلعته للبيع ، وقال : من أتاني بعشرة فهي له ، فأتاه رجل بذلك بعد أن سمع كلامه أو بلغه ، فالبيع لازم ، وليس للبائع منعه ، وإن لم يسمعه ولا بلغه فلا شيء له " ^(٤) .

(١) إبراهيم كافي دوتمز و " حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة " ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السادس ، الجزء الثاني ، ص ٩٨٠ . محمد أمين الرومي ، " التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت " ، ص ٩٤ .
(٢) قرّر المقتن الأردني في الفقرة (١) من المادة (٩٤) بأنّه " يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً " وفي الفقرة (٢) : " أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها ، وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض " ، ص ٤٥ .
(٣) إبراهيم دونمز : " حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة " ، ص ٩٧٩ . على القرة داغي ، " حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة " ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السادس ، الجزء الثاني ، ص ٩٤٠ . عباس العبودي ، " التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري " ، ص ٩٧ .
(٤) الدسوقي ، " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " ، ٤/٣ .

وجه الدلالة : أن عرض البائع سلعته للبيع بثمن معين لم يكن موجهاً إلى شخص محدد , وإنما أراد به الإعلان لجمهور الناس , بدلالة الاسم الموصول (من) الذي يفيد العموم , فلو لم يكن الإعلان أو العرض العام إيجاباً حقيقياً جدياً لما اعتُبر بلوغ المشتري السعلة المعروضة قبولاً يلزم به العقد وينفذ .

فهذه العبارة تدل بوضوح على أن بإمكان الشخص أن يعرض إيجابه في الراديو والتلفزيون وعبر الانترنت , ثم يتلقى القبول فيتم العقد

وتظهر أهمية هذا التمييز في أنه إذا استجاب شخص إلى هذه الدعوة , فلا تُعتبر هذه الاستجابة قبولاً يُعتبر به العقد مبرماً , في حين أن القبول في الإيجاب يشكل عقداً , فأهمية التمييز تظهر إذن بتكوين عقد يربط بين الطرفين أو عدم تكوينه^(١) .

وقد ينص البائع عبر الشبكة بعبارات واضحة تدل على أن عرضه للجمهور لا يمثل إيجاباً وإنما دعوة إلى الإيجاب ؛ كورود عبارة " دون أي التزام " , أو " لا يتضمن العرض وثيقة أو مستنداً تعاقدياً " , وتكون موافقة الطرف الآخر على هذه الدعوة إيجاباً يحتاج من البائع ردّاً قبولاً كان أم رفضاً^(٢) .

الفرع الثالث

القبول عبر الإنترنت وتكييفه الفقهي

صيغة الإيجاب والقبول كما تقدم لا يُشترط أن تأخذ مظهراً خاصاً في شكل معين فمجرد أن يتطابقا وفقاً للشروط الواردة فيهما , فإن الرابطة العقدية تنشأ بين الطرفين بميثاق مبرم وهو العقد .

وإذا كان من اليسير القول بوجود الإرادة إذا تمّ التعبير عنها كتابة , غير أن الصعوبة تظهر عند غياب الدليل الكتابي , وهنا تظهر خصوصية القبول عبر الإنترنت بالتعبير عنه من خلال الضغط على أيقونة القبول , ويثور التساؤل عما إذا كان مجرد الضغط على أيقونة الموافقة كافياً للتعبير عن القبول أو لا ؟

(١) عبد السلام التونسي , " التعاقد بين الغائبين " , ص ١٧٨ . بشار المومني , " مشكلات التعاقد عبر الإنترنت " , ص ٦٠ .

(٢) أسامة مجاهد , " التعاقد عبر الإنترنت " , ص ٧٣ .

والذي يبدو أنه لا يوجد ما يمنع اعتبار هذه الطريقة تعبيراً صريحاً عن الإرادة عبر الإنترنت ما دام قد اعتادها الناس دالة على الرضا عرفاً^(١)، ويقول ابن قدامة : " إن الله أحلّ البيع ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف "^(٢)، وهذا متحقق تماماً بالضغط على أيقونة القبول .

غير أن احتمال الخطأ يبقى قائماً ؛ حيث إنّ الضغط على زرّ القبول قد يقع زلة من غير قصد ولا إرادة ، أو خطأ من خلال شخص آخر ، وخير الحلول في هذا المجال لتجنب أخطاء اليد وما شابه أثناء العمل على جهاز الكمبيوتر ، أن يتمّ التأكيد على إرادة القبول عبر وسائل تذكيرية مثل " هل تؤكد القبول ؟ " ، والإجابة " بنعم أو لا " ، أو من خلال الضغط على أيقونة القبول مرتين ، أو تأكيده برسالة أخرى عبر البريد العادي أو الإلكتروني ، ومن الحلول الأخرى أن يسبق الضغط على أيقونة القبول تعبئة طلب يتضمن معلومات تفصيلية ؛ كاسم المتعاقد كاملاً ، وعنوانه ، وإجابته على بعض الأسئلة بنعم أو لا ، ومن ثم يؤكد عزمه على القبول بالضغط على أيقونته^(٣).

وعلى هذا ؛ فإذا كان الموقع على الشبكة لا يعتد بالقبول إلا إذا تم تأكيده – كما في أغلب التعاقدات عبر شبكة الموقع – ، فلا ينعقد العقد ، ولا يترتب عليه أثره ما دام صدر مجرداً عن التأكيد .

أمّا إذا كان الموقع يرى ضرورة تأكيد الموافقة ، ولا يمنع انعقاد العقد دونها ، فهنا يمكن أن يعتبر الضغط على أيقونة القبول قرينة صالحة لانعقاد العقد ، وقابلة لإثبات العكس ؛ بمعنى أنه يمكن للمشتري أن يثبت أن هذه الضغطة قد صدرت منه عفواً دون قصد ؛ بأن يتخذ من عدم صدور التأكيد منه دليلاً على أنه لم يقصد قبول التعاقد^(٤).

وأرى أن هذه الحلول تحقق المصلحة والتوازن والاستقرار ، لذا فهي جديرة بالاعتماد والقبول .

الفرع الرابع

السكوت في عقد التجارة الإلكترونية

(١) الدسوقي ، " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " ، ٤/٣ .
(٢) ابن قدامة ، " المغني " ، ٥/٤ ، ينظر أيضاً النووي ، " المجموع في شرح المهذب " ، ١٩١/٩ .
(٣) أسامة مجاهد ، " التعاقد عبر الإنترنت " ، ص ٩٤ ، بشار المومني ، " مشكلات التعاقد عبر الإنترنت " ، ص ٦٦ .
(٤) أسامة مجاهد ، " التعاقد عبر الإنترنت " ، ص ٨٦ .

يبرز التساؤل فيما إذا وجّه شخص إلى آخر إيجاباً عبر بريده الإلكتروني لإبرام عقد معين , ولم يصدر من الطرف الآخر ردّ بالكلام ولا بالكتابة , ولا بأي طريقة تدلّ على الإرادة , وإنما التزم الصمت وعنده الكلام , فهل يمكن أن نستنبط من هذا السكوت إرادة منه بالموافقة على قبول الإيجاب ؟

لقد تبين من خلال ما تقدم أنّ السكوت عدم محض , ولا يمكن أن يكون دليلاً على الرضا بالعقد على الإطلاق , إلا إذا صاحبه قرائن وظروف بحيث تجعل دلالته تنصرف إلى الرضا , وهذا هو المراد بالقاعدة الفقهية بأنه : " لا ينسب لساكت قول , لكن السكوت في معرض الحاجة بيان " ^(١) , فإذا تم الوصول إلى هذا الرضا بشكل واضح ومفهوم فقد حصل المقصود , وتمّ المراد .

وبإعمال تلك القاعدة ; يمكننا الاعتداد بالسكوت , واعتباره صالحاً للتعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت إذا كانت طبيعة المعاملة , أو العرف , أو غير ذلك من الظروف والقرائن والملابسات تقضي اعتبار السكوت قبولا ; كما في حالة التعاقد السابق مثلاً ; بأن يكون بين المتعاقدين تعامل سابق من شأنه أن يجعل الموجب لا يتوقع تصريحاً بالقبول من الطرف المقابل , فحينئذ يعتبر السكوت قبولا استصحابياً أو قياساً على حالات العقد السابقة , فعدم الرد في المعاملات التجارية على خطاب الموجب يُفسر على أنه قبول متى كان هذا معتاداً دالاً على الرضا ^(٢) .

فمثلاً ; إذا اعتاد تاجر الجملة في موعد دوري معين إرسال إيجابه إلى المشتري عبر بريده الإلكتروني , يعرض عليه بيعه بضاعة ذات مواصفات معينة , وحدّد لها ثمناً معيناً , ثم أرسلها إليه دون أن ينتظر ردّاً على إيجابه الذي أرسله بهذا الخصوص , ومضى عليه فترة معقولة , أو كان بينهما مدة معينة , ولم يُبدِ العاقد الآخر فيها رأيه والتزم عدم الكلام , فإنّ سكوته هذا يعتبر قبولا .

(١) مجلة الأحكام العدلية , ص ٩٥ .

(٢) سمير برهان , " إبرام العقد في التجارة الإلكترونية " , بحث مقدم لمؤتمر " الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية " , ص ١١٨ . أسامة مجاهد , " التعاقد عبر الإنترنت " , ص ٨٣ . أحمد العجلوني , " التعاقد عن طريق الإنترنت " , ص ٧٠ . ينظر الفقرة (٢) , المادة (٩٥) من القانون المدني الأردني , ص ٤٦ .

المطلب الرابع

شروط الإيجاب والقبول

لا ينشأ العقد بصدور الإيجاب والقبول إلا إذا توافرت فيهما الشروط الآتية :

الشرط الأول : وضوح دلالة الإيجاب والقبول :

أي أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على توجه إرادة العاقدين إلى إنشاء العقد وتكوينه , وذلك يلزم منه أن تكون مادة اللفظ المستعمل للإفصاح عن إرادتهما في كل عقد تدل لغة أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين ؛ ذلك لأن الإرادة الباطنة خفية , ولأن العقود يختلف بعضها عن بعض في الموضوع والأحكام , فإذا لم يعرف بيقين أن العاقد قصد عقداً معيناً لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به^(١) . ولا يشترط لهذه الدلالة أن تصب في قوالب لفظية وشكلية جامدة , طالما أن تصرف الإنسان غير محدود باللفظ فقط , أو بالفعل أو الكتابة , إنما هو تصرف مطلق يقبل بكل ما يدل عليه , ويُعطي الأثر المقصود برضا الشخص نفسه , وما اتجهت إرادته إليه .

الشرط الثاني : ارتباط القبول بالإيجاب :

والمقصود أن يصدر القبول متصلاً بالإيجاب في مجلس واحد إذا كان المتعاقدان حاضرين معاً , أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب . ويشترط لتحقيق معنى ارتباط القبول بالإيجاب توافقهما , وأن يكونا في مجلس واحد وأن يحصل العلم بمضمونهما , وألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه , وألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الطرف الآخر^(٢) .

فهذه شروط خمسة نوجز القول فيها كما يأتي :

الشرط الأول : ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل ؛ أي : أنه لا بد لانعقاد العقد من استمرار الموجب علي إيجابه الذي وجهه للقابل , فإن عدل عن إيجابه

(١) الزرقا, " المدخل الفقهي العام " , ٣١٩/١ . محمد شلبي , " المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي " . ص ٢١ .
(٢) أبو زهرة , " الملكية ونظرية العقد " , ص ٢٠٤ . وهبة الزحيلي , " حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة " , ص ٨٨٢ .

لم يصح القبول ، وهنا وقع خلاف بين الفقهاء في مدى التزام الموجب بالوفاء بإيجابه وانقسموا الى قولين

القول الأول: وهو قول الجمهور من الحنفية^(١) ، والشافعية^(٢) ، والحنابلة^(٣) ذهبوا الى أنّ الإيجاب وحده غير ملزم ، ويكون للطرف الموجب الحق في الرجوع عن إيجابه في أيّ وقت ما دام لم يقترن به القبول .
وقد استدل الجمهور على ذلك بما يلي^(٤) :

أولاً : إنّ الثابت للقابل بالإيجاب حق التملك في المعقود عليه ، في حين أنّ الثابت للموجب حق الملك ، وهو أقوى من حق التملك فيقدم عليه ؛ لأنّ الأول ثابت لصاحبه أصالة ، والثاني لا يكون للطرف الآخر إلا برضا الطرف الأول ، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك .

ثانياً : إنّ الالتزام لا يتحقق إلا إذا وجد العقد ، والعقد لا يوجد إلا بتوافق القبول مع الإيجاب ، فما لم يوجد قبول لا يعتبر العقد موجوداً ، ومن ثم لا ينشأ التزام ، ولذا جاز للموجب الرجوع عن إيجابه ، إذ لم يوجد بعد التزام يمنعه من الرجوع .

القول الثاني: وهو ما ذهب اليه المالكية^(٥) من أنه ليس لموجب حق العدول عن إيجابه ما دام مجلس العقد باقياً - إذا كان إيجابه بصيغة الماضي -

واحتجوا بما يلي : إنّ الموجب قد بذل ذلك من نفسه ، وأوجبه عليها ، وقد أثبت لمن وجّه إليه الإيجاب حق التملك ، فلا يجوز له أن يسقط حقاً قد ثبت لغيره ، وعلى ذلك ؛ إذا رجع الموجب في إيجابه ثم قبل الطرف الآخر في المجلس ، فقدتم العقد رَغماً عن الموجب .

(١) ابن الهمام ، " شرح فتح القدير " ، ٢٣٥/٦ .
(٢) النووي ، " المجموع في شرح المهذب " ، ١٩٩/٩ .
(٣) ابن قدامة ، " المغني " ، ٧/٤ .
(٤) ابن الهمام ، " شرح فتح القدير " ، ٢٣٥/٦ ، " المجموع في شرح المهذب " ، ١٩٩/٩ . أحمد إبراهيم ، " العقود والشروط والخيارات " ، ص ٦٥٤ . محمد يوسف موسى ، " الفقه الإسلامي مدخل لدراسته ، نظام المعاملات فيه " ، الطبعة الثالثة ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م ، ص ٣٢٧ . محمد عقله ، " حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة " ، ص ٦١ .
(٥) الخطاب ، " مواهب الجليل لشرح مختصر خليل " ، ٢٩/١ .

والراجح هو رأي الجمهور لقوة أدلتهم ووجاهتها .

ومسألة الرجوع عن الإيجاب كثير ما تحدث في عقد التجارة الإلكترونية , والصورة العملية لذلك هو أن يرسل البائع إيجابه إلى شخص ما عن طريق البريد العادي , يعرض عليه ببيع سلعة معينة , بثمن محدد , أو إيجاره برنامجاً للكمبيوتر مقابل ثمن معين , ثم بعد ذلك يعدل البائع أو المؤجر عن رأيه , ويسارع بإرسال رسالة فورية عبر البريد الإلكتروني للشخص المرسل إليه , يخبره فيها أنه عدل عن عرضه , ورجع في إيجابه , طالباً اعتباره كأن لم يكن , وهنا فإن الإيجاب يبطل , ولا عبرة للقبول الواقع بعد ذلك ؛ إذ لو ألزمتنا الموجب بإيجابه قبل القبول لكان مجبوراً عليه , ولآل الأمر إلى تجارة من غير تراض , وهذا لا يجوز .

وثمة مسألة هامة ؛ وهي حالة ما إذا حدّد الموجب مدة يقبل فيها العقد أو يرفضه , فهل يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه هذه المدة ؟ أم له أن يعدل عنه ؟

يشير د. محمد يوسف موسى إلى أنّ هذه المسألة لم يتعرّض لها أحد من الفقهاء صراحة , ثم ذكر المادة (٩٣) من القانون المدني المصري وهي كالتالي : " إذا عيّن ميعاد القبول , التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد , وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال , أو من طبيعة المعاملة " , ويقول : " وهذا أدنى إلى الحق مما نستخلصه من كلام الفقهاء من أنه ليس للطرف الآخر أن يقبل بعد انتهاء المجلس حتى في هذه الحالة , كما أنّ التيسير في المعاملات يقتضي القول به , ما دام الموجب قد رضي بتحديد مدة للقبول , وبخاصة والمؤمنون عند شروطهم التي لا تنافي مقتضي العقد , ولا تتعارض والغرض منه " (١) . (٢)

ويصرح بعض العلماء بأنّ المالكية يرون أنّ الموجب إذا قيّد إيجابه بمدة تقيد بها , فلا ينتهي إيجابه بانتهاء المجلس , كما يتقيد كذلك بما يجري به العرف إذا جرى على

(١) محمد موسى , " الفقه الإسلامي مدخل لدراسته , نظام المعاملات فيه " , ص ٣٢٦ .
(٢) ينظر المادة (٩٨) من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه : " إذا عيّن ميعاد للقبول , التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد " , ص ٤٦ . السنهوري , " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " , ١٦/٢ .

تقييد الموجب بمدة معينة^(١) .

وعلى أية حال فإنّ هذا الرأي يوافق بطريق الأولى ما عليه جمهور المالكية ؛ لأنه إذا كان الإيجاب وحده دون تقييده بمدة معينة ملزماً للموجب مدة بقاء المجلس ، فمن باب أولى أن يكون ملزماً إذا حدّد الموجب ميعةً يلتزم به إيجابه .

والراجع في هذه المسألة أنّ الإيجاب يقع ملزماً ، ويمتنع على الموجب الرجوع فيه ، ولو رجع لم يفده ولا يعند برجوعه ؛ إذ المدة المشروطة باقية ، ولم يجبه صاحبه بعدُ بالقبول أو الرفض ، وهذا الرأي بالإضافة لما تقدم يتفق مع طبيعة المعاملات المالية ، ويحقق الاستقرار في التعامل ؛ إذ نجد أنّ إعطاء حق الرجوع المطلق للموجب الذي قيّد إيجابه بمدة اعتبرها من مصلحة نفسه بعد تقدير أموره ، قد يضرّ بمصالح الطرف الآخر ، الذي اعتمد على هذا التعهد بتدبير أموره لقبول هذا الإيجاب خلال المدة المتاحة له ، وبالتالي سيعجز عن تدبير مصالحه المختلفة وسيتضرر إذا ما رجع الموجب ، ومن المقرر فقهاً أنّ درء المفسد مقدم على جلب المصالح .

أمّا إذا لم يحدد الموجب ميعةً للقبول ، أو إذا لم تدل الظروف أو طبيعة المعاملة على التزام الموجب بإيجابه مدة معينة ، فيحقّ له الرجوع طالما لم يقترب به قبول كما تقدم .

وعليه فلو أرسل البائع أو المؤجر إيجاباً للمشتري أو للمستأجر عن طريق الإنترنت ، يعرض فيه أنه يبيعه أو يؤجره سلعة معينة وبثمن محدد ، ويترك له مهلة أسبوع أو شهر مثلاً يتدبر فيها أمره لكي يعطي ردّه بالقبول أو الرفض ، فإذا أراد الموجب العدول في إيجابه قبل هذه المهلة ، فإنّ هذا العدول لا يقبل ، ولا يترتب عليه أثره ، ويجب أن يبقى إيجابه قائماً إلى حين الرد .

الشرط الثاني : موافقة القبول للإيجاب :

القبول هو تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقى الإيجاب كما تقدم ، ولكن هذا

(١) نشأت إبراهيم الدريني ، " التراضي في عقود المبادلات المالية " ، الطبعة الأولى ، دار الشروق - السعودية ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ، ص ٢٧٤ .

التعبير لا يظهر أثراً في العقد ما لم يتقابل مع الإيجاب الصادر أولاً على وجه التطابق؛ فهذا التوافق هو الركن في الرضا الذي يتم العقد به .

وتكون موافقة القبول للإيجاب ؛ بأن يرد على كل بنود العقد ومقدار المال في عقود المعاوضات ، سواء كانت الموافقة حقيقية ، كما لو قال البائع : بعثك هذا الكتاب بخمسة جنيهات ، فيقول المشتري : قبلت بخمسة جنيهات ، فالموافقة هنا حقيقة كاملة^(١) .

ولو قال المشتري في المثال السابق : اشتريته بعشرة ، فالموافقة بين القبول والإيجاب غير موجودة ظاهراً إلا أنها موجودة ضمناً ، فلا تمنع الارتباط وانعقاد العقد؛ لأنّ المقصود بتوافق الإيجاب والقبول توافر الرضا بالعقد بين طرفيه ، ولا شك أنّ هذا النوع من المخالفة يدلّ على الرضا من الجانبين دلالة أبلغ من التوافق في المعنى والحقيقة؛ إذ قبوله الشراء بعشرة قبول ضمني على الشراء بخمسة بطريق الأولى ، فهذه المخالفة لا تضر بالطرف الأول بل هي خير للموجب ، وله فيها مصلحة ، فلا تؤدي إلى إلغاء العقد .

لكن لا يكون المشتري في مثالنا ملزماً إلا بالقدر الذي تضمنه الإيجاب (خمسة جنيهات) ، ولا يلزم البائع بها إلا صدر عنه ما يدل على رضاه وقبوله بهذه الزيادة ؛ لأنّ القاعدة أنّ الحطّ من العرض ، والزيادة فيه يتوقف لزومهما على رضاه^(٢) .^(٣) فإن لم يتوافق القبول مع الإيجاب ؛ بأن ورد الإيجاب على موضوع والقبول على غيره أو بعضه ؛ مثل قول البائع : بعثك الأرض الفلانية ، فيقول المشتري : قبلت شراء الأرض المجاورة لها ، أو قبلت شراء نصفها بنصف البدل المتفق عليه ، فلا ينعقد

(١) الكاساني ، " بدائع الصنائع " ، ٥٣٧/٦ . الشربيني ، " مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج " ، ٦/٢ . البهوتي ، " كشاف القناع عن متن الإقناع " ، ١٣٧٧/٢ . ينظر أيضاً المادة (٩٩) ، الفقرة (١) من القانون المدني الأردني ، ص ٤٦ .

(٢) ابن الهمام ، " شرح فتح التقدير " ، ٢٣٤/٦ . الزرقا ، " المدخل الفقهي العام " ٣٢٢/١ . أبو زهرة ، " الملكية ونظرية العقد " ، ص ٢٠٣ .

(٣) وهنا نجد الأمر يختلف في القانون عنه في الفقه الإسلامي ؛ فإنّ المادة (٩٩) ، الفقرة (٢) من القانون المدني الأردني تقول : " إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب ، أو يقيد به ، أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ، ص ٤٦ .

العقد؛ لأنّ القبول لم يتضمن كل ما جاء به الإيجاب ، وفيه تجزئة الصفقة على البائع ، وهذا صارّ به فلا يجوز .

أو ورد الإيجاب مقيداً بوصف ، وصدر القبول مقيداً بوصف آخر ، أو خالف القابل مقدار الثمن ؛ فقبل أقل ممّا ذكر البائع ، وكذا لو خالف في وصف الثمن لا في قدره ؛ كأن أوجب البائع بثمن حال نقدي ، فقبل المشتري بثمن مؤجل ، أو أوجب بأجل إلى شهر ، فقبل المشتري بأجل أبعد ، ففي جميع هذه الصور لا ينعقد العقد لعدم الموافقة^(١) . وإذا لم ينعقد العقد لمخالفة القبول الإيجاب ، فإنّ القبول المخالف يعتبر إيجاباً مبتدأً ، يتم به العقد إذا صدر قبول من الطرف الآخر موافق له .

وبتطبيق ذلك على الإنترنت فإنه إذا تمّ الاتصال عبر البريد الإلكتروني فيمكن في هذه الحالة تصوّر تعديل الإيجاب زيادة أو نقصاناً عندما يتلقى الموجب رسالة من القابل تتضمن المطالبة بإنقاص سعر السلعة مثلاً ، فلا تتحقق الموافقة ، بل تمثل رسالته رفضاً يمكن اعتباره إيجاباً جديداً ، يتطلب من البائع قبولاً ، ومن غير الممكن تصوّر تعديل الإيجاب إذا تمّ من خلال موقع ما على شبكة الويب ؛ لأنّ الموجب له ليس عليه إلا أن يقبل الإيجاب فيضغط على أيقونة القبول أو يترك .

الشروط الثالث : العلم بمضمون العقد :

وذلك أن يعلم كل من العاقدین ما صدر عن الآخر ؛ بأن يسمع كلام صاحبه فيما لو تمّ التعاقد شفاهة ، أو يقرأ ما كتبه ، أو يري فعله ، أو إشارته ويعرف مراده منها . فإذا اختلف ذلك لم يتحقق العقد ؛ كما إذا تكلم شخص بما يفيد الإيجاب ، فأجابته الآخر بصفة لا يفهمها ، أو بكلام غير مسموع ، ثم انقض المجلس من غير أن يعرف حقيقة جوابه^(٢) .

وقد اختلف فقهاء الحنفية في شريط السماع عندما يتم العقد بين حاضرين ؛ فذهب

(١) الكاساني ، " بدائع الصنائع " ، ٥٣٧/٦ . الشربيني ، " مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج " ، ٦/٢ . البهوتي ، " كشف القناع عن متن الإقناع " ، ١٣٧٧/٢ . الزرقا ، " المدخل الفقهي العام " . ٣٢٢/١ . أبو زهرة ، " الملكية ونظرية العقد " ، ص ٢٠٣ .

(٢) محمد شلبي ، " المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي " ، ص ٤٢١ . محمد عقله ، " حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة " ، ص ٣٨ .

أكثر الحنفية إلى اشتراط سماع كل من العاقدين كلام الآخر , وقد ادعى صاحب الفتاوى الهندية أن ذلك شرط لانعقاد البيع بالإجماع حيث يقول : " وهو - أي السماع - شرط انعقاد البيع بالإجماع , فإذا قال المشتري : اشتريت , ولم يسمع البائع كلام المشتري , لم ينعقد البيع " (١) .

ومؤدى هذا الاشتراط ؛ أن يعتبر زمان انعقاد العقد هو زمان سماع الموجب لتعبير القابل , فما لم يتم هذا السماع , لا ينعقد العقد , ويترتب على هذا أن يكون للقابل الحق في سحب قبوله قبل أن يصل إلى علم الموجب (٢) .

وبينما يأخذ نفر كبير من فقهاء الحنفية بنظرية العلم في التعاقد بين العاقدين الحاضرين , ويرون أن السماع شرط في الإيجاب والقبول.

بينما الشافعية يأخذون بنظرية الإعلان في عقد الحاضرين ؛ فالعقد عندهم ينعقد بمجرد صدور القبول وإن لم يكن مسموعاً من الموجب , غير أن المذهب الشافعي تطلب إظهار القبول إظهاراً كافياً بحيث يسمعه الحاضرون في المجلس , ولو لم يسمعه الطرف الآخر , جاء في مغني المحتاج : " وأن يتلفظ كل منهما بحيث يسمعه من يقربه , وإن لم يسمعه صاحبه " (٣) .

فهذه النص في غاية الوضوح بأن العقد ينعقد عندهم بصدور القبول إذا سمعه من بالمجلس , وإن لم يسمعه الموجب .

والذي يظهر رجحانه ما ذهب إليه أكثر الحنفية وهو اشتراط سماع القبول ؛ إذ لا ارتباط بين الإيجاب والقبول , ولا تراضي في العقد بين العاقدين الحاضرين إلا بالسماع. الشرط الرابع : ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن العقد عرفاً :

وذلك بأن يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر , سواء كان ذلك صراحة كأن يقول : لا أريد التعاقد , أو دلالة كما لو ترك المجلس قبل قبول الآخر , فلو قبل صاحبه

(١) الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند , " الفتاوى الهندية " , دار صادر - بيروت ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م , ٣/٣ .
(٢) محمد وحيد الدين سوار , " التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي " , الطبعة الثانية , الشركة الوطنية للنشر والتوزيع - الجزائر , ١٩٧٩ م , ص ١١٣ .
(٣) الشربيني , " مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج " , ٦/٢ .

بعد ذلك لا يعتبر هذا القبول متمماً للعقد ولا يعتد به؛ لأنّ الإيجاب أصبح منتهياً ولم يبق له وجود بقيام صاحبه وتركه المجلس ، فصار باطلاً ، فلم يتلاق به القبول لو لم يتصل به ، وكذلك لا يتم العقد إن كان قد ترك المجلس الطرف الآخر بعد صدور الإيجاب من الأول ، لأنّ تركه يعدّ رفضاً للإيجاب^(١) .^(٢)

وبتطبيق ذلك على الإنترنت نرى أنّ الإيجاب يُمكن أن يسقط في حالة رفضه برسالة عبر البريد الإلكتروني ، أو التعديل فيها ، أو بانقضاء المدة فيما إذا كان ملتزماً بمدة، كما يُمكن الرجوع عنه بنفس الوسيلة أو عبر اتصال هاتفي مثلاً، وقد يقوم الشخص الموجب له بإغلاق جهاز الكمبيوتر ، أو يُعطي الطرف المقابل إشارة إلى أنه انتقل إلى موقع جديد غير موقع الموجب ، فيكون الموجب له قد قام بفعل دالّ على الإعراض فأبطل الإيجاب .

الشرط الخامس : اتحاد مجلس العقد :

إنّ الإيجاب والقبول لابد من تطابق أحدهما بالآخر لينعقد العقد ؛ لأنّ الرضا هو ارتباط الإيجاب بالقبول ، فاتحاد الزمان والمكان الذي يسمح لهذا الارتباط من وجهة النظر الفقهية يسمى " مجلس العقد " ، وسيتم بحث هذا الشرط في عدة مسائل كالتالي :

(المسألة الأولى)

حدود مجلس العقد بين العاقدین الحاضرين ، وخياراته :

عرّفت مجلة الأحكام العدلية مجلس العقد بأنه : " الاجتماع الواقع لأجل التعاقد " ^(٣)، وعرفه بعض العلماء بأنه : " المدة الزمنية التي تكون بعد الإيجاب ، والطرفان

(١) ابن عابدين ، " حاشية رد المحتار على الدر المختار " ، ٦/٧ . الشربيني ، " مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج " ، ٦/٢ . محمد بن مفلح المقدسي (ت ٧٦٢هـ) ، " الفروع " ، الطبعة الرابعة ، دار عالم الكتب - السعودية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م . ٤/٤ . محمد موسى ، " الفقه الإسلامي مدخل لدراسته . نظام المعاملات فيه " ، ص ٣٢٦ . نشأت الدريني ، " الترضي في عقود المبادلات المالية " . ص ٧٦ .

(٢) قال ابن نجيم : " والحاصل أن الإيجاب بنص بما يدلّ على الأعراض ، ورجوع أحدهم عنه ، وبموت أحدهما ، ولذا قلنا : إن خيار القبول لا يورث وبمخالفة القبول للإيجاب ، ويتغير المبيع بقطع يد ، وتخلل عصير ، وزيادة بولادة ، وهلاكه ، وبهية الثمن قبل قبوله ، فأصل ما يبطله سعة " زين العابدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم (ت ٧٩٠ هـ) ، " البحر الرائق شرح كنز الدقائق " ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ، ٥٦/٥ . بتصرف يسير .

(٣) مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١٨١) ، ص ١١١ .

مقابلان على التعاقد دون إعراض من أحدهما^(١) , وعرفه أيضاً بأنه : " الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد "^(٢).

وإنما اشترط اتحاد المجلس في البيع والإجارة ونحوهما من عقود المعاوضات لأن الإيجاب يحتاج إلى جواب يلاقيه , فوجب أن يكون القبول عقب الإيجاب مباشرة حتى يتصور الاتعقاد بينهما , وهذا هو القياس ؛ إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب التعاقد ؛ لأنه كلما وجد أحدهما انعدم الثاني في زمان وجوده , والقياس أن لا يتأخر أحدهما عن الآخر في المجلس , لذا جاز القبول مع التراخي ما دام المجلس على حاله للضرورة ؛ واعتبر امتداده امتداداً لعملية التعاقد , طالما لم يتخلل فيه بين القبول والإيجاب ما يدل على الإعراض من أي واحد من المتعاقدين^(٣) .

وهذا فيه رعاية لجانب القابل كي يتهيأ له الوقت الكافي للتأمل والتفكير , ورعاية لجانب الموجب كي يكون علي بينة من أمر العقد قبل الافتراق , إذ لو قلنا بجواز القبول بعد الافتراق كان في هذا إضرار بالموجب ؛ لأنه يصبح رهين أمر القابل , إذ لا يدري متى يقبل^(٤) .

ومجلس العقد يبدأ من وقت صدور الإيجاب ويبقى ما دام المتعاقدان متواصلين في التعاقد , ولم يصدر من أحدهما إعراض عنه , فلو تغير أو تبدل مجلس العقد حقيقة ؛ كأن يكون الطرفان الراغبان في إبرام العقد راكبين في سيارة , أو سفينة , أو طائرة , أو سائرين على الأرض , أو تغير وتبدل حكماً ؛ كأن يصدر من أحد الطرفين ما يدل على إعراضه عن التعاقد , فهل يعتبر المتعاقدان في مثل هذه الحالة في مجلس واحد ؟ إن فقهاء الحنفية^(٥) قد بالغوا في تحديد مجلس العقد تحديداً مادياً وشكلياً بعيداً عن روحه ومقصوده ؛ حيث اعتبروا فيه وحدة المكان , فالمجلس عندهم يتبدل بالمشي ,

(١) مصطفى الزرقا , " شرح القانون المدني السوري " , معهد البحوث والدراسات العربية , ١٣٨٨هـ - ١٩٦٩م , ص ٥٠ .

(٢) الزرقا , " المدخل الفقهي العام " , ٣٤٨/١ .

(٣) الكاساني , " بدائع الصنائع " , ٥٣٩/٦ . السنهوري , " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " , ٣/٢ .

(٤) أحمد إبراهيم , " العقود والشروط والخيارات " ص ٦٥٥ .

(٥) الكاساني , " بدائع الصنائع " , ٥٣٩/٦ وما بعدها . العيني , " البناية في شرح الهداية " , ٢٠/٧ . السنهوري , " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " , ٩/٢ .

وركوب الدابة ؛ لأنّ القبول الذي يقع في غير مكان الإيجاب ، فلا يعتبر العقد مستكملاً شروطه في هذه الحالة ، ولا ينعقد العقد ، وقاسوا هذا على آية السجدة ؛ فإنه لو قرأها مراراً وهو يمشي أو يسير راكباً على دابة — لا يصلي عليها — لزمه لكل قراءة سجدة ، وهذا يعني أنّ المجلس قد تبدّل بالمشي والركوب ، ولهذا وجبت سجدة لكل قراءة .

وتختلف السفينة عن الدابة من جهة أنّ الماء هو السبب في تحريكها ، ولا يملك المتعاقدان إيقافها ، بعكس المشي والسير على الدابة ؛ لأنّ المشي فعله ، ويمكنه إيقاف الدابة .

فعلى هذا الرأي يتبدّل المجلس بالنسبة للراكبين على الدابة ، ولا يتبدّل بالنسبة للراكبين على ظهر السفينة ، ويتبدّل المجلس كذلك بالمضي في الصلاة ، أو في الشرب أو الأكل ، أو في نوم المتعاقدين مضطجعين لا جالسين إلخ .

وما ذكره الحنفية غير مسلم به ؛ فإنّ التعاقد حال ركوب الدابة ثبت في الشرع وروده ؛ فقد أخرج البخاري بسنده عن ابن عمر — رضي الله عنهما — قال : " كنا مع النبي — عليه الصلاة والسلام — في سفر ، فكنت على بكر صعب لعمر — رضي الله عنه — فكان يغلبني فيتقدّم أمام القوم ، فيزجره عمر — رضي الله عنه — ويردّه ، ثم يتقدم فيزجره عمر ويردّه ، فقال النبي — عليه الصلاة والسلام — لعمر : بعنيه ، قال : هو لك يا رسول الله ، قال : بعنيه من رسول الله — صلى الله عليه وسلم — ، فقال النبي — عليه الصلاة والسلام — ، هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت " (١) .

فدلّ الحديث على أنّ العقد قد تمّ وهما راكبان هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فإنّ تحديد ما يكون به الإعراض عن العقد لم يرد فيه نص ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف ؛ فما يعتبره العرف إعراضاً اعتبر إعراضاً وإلا فلا (٢) .

وقياسهم على سجدة التلاوة قياس مع الفارق ؛ لأنّ سجدة التلاوة من الأمور التعبدية فلا يصح أن يقاس عليها البيع وغيره من المعاملات ، كما أنّ المقيس عليه

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع ، باب : إذ اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرّق ، ولم ينكر البائع على المشتري ، أو اشترى عبداً فاعتقه ، حديث رقم ٢٢١٥ ، ص ٢٣٩ .

(٢) ابن مفلح ، " الفروع " ، ٤/٤ .

ليس منصوباً عليه ، فيكون قياساً على فرع (١) .

وبهذا يتبين أنّ المراد باتحاد المجلس ؛ هو اجتماع الطرفين لأجل التعاقد ، وانشغالهما به ، دون أن يفصل بينهما ما يدل على الإعراض عرفاً منهما أو من أحدهما ، وليس المراد من اتحاد المجلس كون المتعاقدين في مكان واحد ، بل هو الحال التي يكون فيها العاقدان مشغولين بالتعاقد ، وعن هذا عبّر الفقهاء بقولهم : " إنّ المجلس يجمع المتفرقات " (٢) .

مدى اشتراط الفورية في القبول :

ذهب جمعهور الفقهاء من الحنفية (٣) ، والمالكية (٤) ، والحنابلة (٥) إلى عدم اشتراط ذلك ، وأنّ من وجّه إليه الإيجاب له أن يتأخر في إصداره وإن طال الوقت ما دام المجلس قائماً ؛ لأنّ المجلس الواحد يجمع المتفرقات للضرورة ، وفي اشتراط الفورية تضيق على القابل ، أو تفويت للصفقة في غير مصلحة راجحة ؛ فإن رفض فوراً فربما تضع عليه الصفقة ، وإن قبل فوراً فربما كان في العقد ضرر عليه ، فافتضي ذلك إعطائه فرصة كافية للتروي والتأمل للموازنة بين ما يأخذ ويغرم ، وبين ما يُعطي ويغرم في سبيل العقد ؛ لأنّ المجلس يجمع المتفرقات ، فتعتبر ساعاته وحده زمنية واحدة تيسيراً على الناس ، ومنعاً للتضييق والحرّج ، ودفعاً للضرر عن العاقدين قدر الإمكان (٦) .

وذهب الشافعية (٧) إلى اشتراط الفورية ؛ فلو تخلّل لفظ أجنبي لا تعلّق له بالعقد ؛ بأن لم يكن من مقتضاه ، ولا من مصالحه ، لا يتحقق الاتصال بين القبول والإيجاب فلا ينعقد العقد .

(١) شأت الدريني ، " التراضي في عقود المبادلات المالية " ، ص ٢٨٩ .

(٢) العيني ، " البناية في شرح الهداية " ، ١٦/٧ .

(٣) الكاساني : " بدائع الصنائع " ، ٣٩/٦ .

(٤) على بن أحمد بن العدوي (ت ١١٨٩هـ) ، " حاشية العدوي " ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م ، ١٨١/٢ .

(٥) ابن مفلح ، " الفروع " ، ٤/٤ .

(٦) وهبة الزحيلي ، " حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة " ، ص ٨٨٤ .

(٧) الرملي ، " نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج " ، ٣٨/٣ .

واحتجوا بأن الإيجاب عرض وكلام ينتهي بمجرد صدوره من صاحبه , غير أنه لما كان من المتعذر صدور القبول والإيجاب فوراً متصلاً به صالحاً للاتعاقد للضرورة , والضرورة تقدر بقدرها , فإذا لم يوجد القبول بعده فوراً لا يتحقق الاتصال والاقتران فلا يتم العقد^(١) .

والراجع :-

هو مذهب الجمهور, لوجه أدلتهم, ولما فيه من التيسير ورفع الحرج عن الناس, ثم إنه لا خلاف بين الفقهاء^(٢) في أن من وجه الإيجاب إليه بالخيار بين أن يقبله أو يرفضه ما دام المجلس قائماً (خيار القبول) ؛ لأن الأصل أن من وجهه إليه إيجاباً لإبرام تعاقد ما , أن يكون له مطلق الحرية في الاستجابة لهذا الإيجاب أو رفضه ؛ إذ لو ألزمناه بالقبول لأدّى ذلك إلى الإجحاف بحق القابل , ولآل الأمر إلى تجارة عن غير تراض , وهذا لا يجوز , وهو ما أوضحه الميرغيناني بقوله : " وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ... , لأنه لو لم يثبت له الخيار , يلزمه حكم البيع من غير رضاه "^(٣) .

وإما الموجب قبل القبول فهو أيضاً بالخيار في أن يسحب إيجابه ويلغيه قبل القبول (خيار الرجوع) خلافاً للمالكية كما سبق بيانه .

وقد اتفق الفقهاء^(٤) على أن اللزوم يتم إذا تمّ الإيجاب والقبول بشروطهما , وانتهى مجلس التعاقد , أما إذا تلاقيا (الإيجاب والقبول) ولكن المجلس لم ينته بعد , فهل يبقى للمتعاقدين أو لأحدهما الخيار والحق في رفض التعاقد ما دام المجلس باقياً (خيار المجلس) ؟ :-

هذا ما وقع فيه خلاف بين الفقهاء الى قولين كالتالي :-

(١) بدران أبو العنين , " الشريعة الإسلامية تاريخها , ونظرية الملكية والعقود " , ص ٢٧٣ .
(٢) يحيى بن محمد بن هبيرة (ت ٥٦٠هـ) , " الإفصاح عن معاني الصحاح في الفقه على المذاهب الأربعة " , الطبعة الأولى , دار الكتب العلمية - بيروت , ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م , ص ٢٧٣ . محمد بن أحمد بن رشد (ت ٥٩٥هـ) , " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " , الطبعة العاشرة , دار الكتب العلمية - ملنقي الأبحر " , الطبعة الأولى , دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م , ٩/٣ .
(٣) ابن الهمام , " شرح فتح القدير " , ٢٣٥/٦ .
(٤) ابن هبيرة , " الإفصاح عن معاني الصحاح " , ص ٢٧٣ . ابن رشد , " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " ١٧٠/٢ . ابن قدامة , " المغني " , ٩/٤ . الحطاب , " مواهب الجليل لشرح مختصر خليل " , ١٣/٦ . الكيولي , " مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر " , ١٠/٣ .

القول الأول:- وهو ماذهب اليه، الحنفية^(١) والمالكية^(٢) إلى أن المتعاقدين إذا حصل بينهما الاتفاق والتراضي على أركان العقد وشروطه ، تمّ العقد وانبرم بينهما ، ولا حقّ لهما أو لأحدهما بأن يرجع في التزامه سواء في نفس المجلس أو بعد انفضاضه، إلا إذا اشترط أحدهما أو كلاهما خيار الشرط ؛ بأن يشترط لنفسه حقّ الخيار لمدة معينة. واستدلّ هذا الفريق بعدّة أدلة منها : قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة : ١] ، والعقد هو الإيجاب والقبول، وصيغة الأمر تدلّ على الوجوب ، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد ؛ لأنّ المتعاقد يستطيع الرجوع فيه ما لم يتمّ التفرق .

وقد استدلوأ أيضاً بآيات أخرى مثل قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء : ٢٩] ، وجه الدلالة : أن الله قيد حلّ أموال الناس يتحقق الرضا فقط، وذلك يتحقق بتحقيق الإيجاب والقبول، فجاءت الآية تؤكد على أن التراضي وحده كاف لجعل العقد لازماً .

ويضيف المالكية دليلاً وهو عمل أهل المدينة ؛ فهو عندهم مقدّم على حديث الآحاد ولما كان حديث ابن عمر في إثبات الخيار حديث آحاد قدّموا عليه عمل أهل المدينة ؛ لأنه لم يكن لهم عهد بخيار المجلس ، ولم يألفوا العمل به ، وهو ما اعتمده مالك بقوله : " وليس لهذا عندنا حدّ معروف ، ولا أمر معمول به فيه " ^(٣) .

وقد استدلوأ من السنة بحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " المبايعان كلّ واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرّقا ، إلا بيع الخيار " ^(٤) ، وأولوه بأن المراد بالمتابعين هما المشتغلان بالبيع ، وأن المراد بالتفرّق منه هو تفرق بالأقوال ، وقد عضدوا تأويلهم هذا بآيات واردة أريد بلفظ التفرّق فيها

(١) الكاساني ، " بدائع الصنائع " ، ٢٣٨/٦ وما بعدها . ابن عابدين ، " حاشية رد المحتار على الدر المختار " ، ٤٦/٧ وما بعدها .

(٢) القرافي ، " الذخيرة " ، ٢٥١/٤ وما بعدها . ابن رشد ، " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " ، ١٧٠/٢ وما بعدها .

(٣) الحطاب ، " مواهب الجليل لشرح مختصر خليل " ، ٣٠٢/٦ . القرافي ، " الذخيرة " ، ٢٥٤/٤ .

(٤) أخرجه البخاري في كتاب البيوع ، باب : البيعان بالخيار ما لم يتفرّقا ، حديث رقم ٢١١١ ، واللفظ له - ص ٢٣٨ . وأخرجه مسلم في كتاب البيوع ، باب : ثبوت خيار المجلس للمتابعين ، حديث رقم ١٥٣١ ، ١١٦٣/٣ .

تفرق الأقوال لا تفرق الأبدان، كقوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ﴾ [البينة : ٤] .

وهذا التأويل كما نرى لا يخلو من تعسف ؛ فالتفرق حقيقة في التفرق بالأبدان ، وإذا كان قد استعمل في غير ذلك ، فيكون من باب المجاز يحتاج إلى قرينة مانعة^(١) .
القول الثانى :- وهو ماذهب اليه الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى أن لكل واحد من المتعاقدين حق فسخ العقد بالخيار، ما دام مجتمعين لم يتفرقا بأبدانهما ، فإذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لأحدهما ردّ العقد ، إلا إذا اشترط أحدهما أو كلاهما خيار الشرط .
وقد استدلل أصحاب هذا القول بأدلة كثيرة منها :

ما رواه البخاري بسنده عن ابن عمر - رضى الله عنهما - عن رسول الله - عليه الصلاة والسلام - قال : " إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا وكانا جميعا ، أو يخير أحدهما الآخر ، فتبايعا على ذلك فقد وجب البية ، وإن تفرقا بعد أن تباعا ، ولم يترك واحد منهما البيع ، فقد وجب البيع "^(٤) .

فهذا الحديث صريح في إثبات خيار المجلس ، قال الشافعي : " فما علمنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنّ سنة في البيع أثبت من قوله : المتبايعان بالخيار "^(٥) ، وقال أيضا: "وبهذا نأخذ، وهو قول الأكثر من أهل الحجاز، والأكثر من أهل الآثار والبلدان "^(٦) .

ثم إن راوي الحديث هو أعرف بفهم حديثه من غيره ؛ لأنه عاصره وعاشه، فيكون أدري بالمقصود منه من غيره ، وقد ثبت في الحديث الصحيح : " أن ابن عمر - وهو راوي هذا الحديث - كان إذا بايع رجلاً فأراد أن لا يُقبله، قام فمشى هنية، ثم رجع

(١) ابن رشد ، " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " ، ١٧١/٢ . ابن حجر ، " فتح الباري بشرح صحيح البخاري " ، ٥٨/٥ .

(٢) النووي ، " المجموع في شرح المهذب " ، ٢١٨/٩ وما بعدها .

(٣) ابن قدامة ، " المغني " ، ٧/٤ . المرداوي ، " الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف " ، ٢٦٢/٤ .

(٤) أخرجه البخاري في كتاب البيوع ، باب : إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع ، حديث رقم ٢١١٢ ، ص ٢٣٩ . وأخرجه مسلم في كتاب البيوع ، باب : ثبوت خيار المجلس للمتابعين ، حديث رقم ١٥٣١ ، ١١٦٣/٣ .

(٥) الشافعي ، " الأم " ، ص ٤٤٠ .

(٦) الشافعي ، " الأم " ، ص ٤٣٩ .

إليه^(١) فقد فهم أنّ المراد عدم لزوم البيع إلا بالتفرق بالأبدان, أو بالتخاير؛ كأن يقول أحدهما بعد العقد : اخترت , فلا يبقى له الخيار , أو يشترط عدم الخيار؛ بأن يقول : بعت ولا خيار بيننا , فيقبله الآخر على ذلك وحينئذ يلزم العقد^(٢) .

وبعد هذا العرض يتبين أنّ الراجح هو مذهب الجمهور القائلين بخيار المجلس في البيوع , وما ألحق بها من العقود المالية اللازمة^(٣), فالحديث برواياته وطرقه الصحيحة نصّ في إثبات خيار المجلس , وأمّا التأويلات التي صرفوا بها الحديث إلى معان أخرى , فقد فنّدها المحققون من أهل العلم بحيث تبين أنّ تلك التأويلات لا تستحقّ الوجاهة والاعتبار , فلم يبق لهذا الحديث إلا ذلك المعنى القائم على إثبات خيار المجلس .

(المسألة الثانية)

مجلس العقد بين العاقدین الغائبين :

لا يخفى أنّ مجلس العقد بالنسبة للمتعاقدین الحاضرين واضح يسهل تصوّره , ولكنّ الصعوبة تأتي لتصوره فيما لو كانا غائبين, والسبب في هذه الصعوبة وجود فارق زمني, وفاصل مكاني بين صدور القبول وعلم الموجب به ; ففي التعاقد ما بين حاضرين تنمحي هذه الفترة من الزمن , ويعلم الموجب بالقبول فور صدوره, أمّا في التعاقد بين غائبين فإنّ القبول يصدر ثم تمضي فترة من الزمن , وهي المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب^(٤) ; وذلك لأنّ التعاقد بينهما إمّا أن يتم عن طريق الكتابة أو الرسالة ; كأن يكتب العاقد للعاقد الآخر كتاباً بإيجابه , أو يبعث رسولاً يبلغه الإيجاب شفاهة باللفظ , ففي هاتين الحالتين سواء كان التعاقد بواسطة الرسول أو بالكتابة فهو تعاقد بين غائبين يوجد بينهما وسيط ; رسول يبلغ الإيجاب شفاهة, أو

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع , باب : كم يجوز الخيار ؟ حديث رقم ٢١٠٧ , ص ٢٣٨ . وأخرجه مسلم في كتاب البيوع , باب : ثبوت خيار المجلس للمتبايعين , حديث رقم ١٥٣١ , ١١٦٤/٣ .

(٢) النووي , " المجموع في شرح المهذب " , ٢١١/٩ . ابن قدامة , " المغني " , ١٢/٤ . ابن حجر , " فتح الباري بشرح صحيح البخاري " , ٥٨/٥ , ٦٠ .

(٣) قال ابن هبيرة : " اتفقوا على أنّ خيار المجلس لا يثبت في العقود التي هي غير لازمة ; كالشركة والوكالة , وفي العقود التي لا يقصد منها العرض ; كالنكاح والخلع " . (الإفصاح عن معاني الصحاح , ٢٧٣/١) .

(٤) السنهوري , " الوجيز في شرح القانون المدني " , ص ٧٩ .

كتاب يحمل الإيجاب مكتوباً بلغة مستبينة مفهومة , وعلى هذا فإنّ مجلس العقد بالنسبة لهاتين الحالتين يبدأ وقت بلوغ الكتاب أو أداء الرسالة .

يقول الميرغيناني : " والكتاب كالخطاب , وكذا الإرسال , حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب , وأداء الرسالة " (١) , ومن هنا فاتحاد المجلس يتحقق بقبول القابل في مجلس وصول الخبر إليه عن طريق الكتاب أو الرسول , دون حدوث ما يدل على إعراض القابل عرفاً .

فإذا نقل الرسول الإيجاب للعائد الآخر , أو قرأ الكتاب , فقبل في مجلس أداء الرسالة أو قراءة الكتاب , انعقد العقد؛ لأنّ الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل , ناقل كلامه إلى المرسل إليه , فكأنما حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس , وكذا الكتابة؛ لأنّ خطاب الغائب كتابة مثل خطابه حاضراً , فكأنما حضر بنفسه , وخطب بالإيجاب , وقبل الآخر في المجلس (٢) .

وعلى هذا الاعتبار وضعت القاعدة الفقهية القائلة : " الكتاب كالخطاب " (٣) . وبناءً على هذا؛ يكون مجلس العقد في التعاقد بين الغائبين غير مجلسه في التعاقد بين الحاضرين , فالمجلس الثاني هو محلّ صدور الإيجاب , أمّا المجلس الأول فهو محلّ بلوغ الإيجاب إلى التعاقد الغائب؛ أي محلّ أداء الرسالة , أو بلوغ الكتاب , وهذا الفرق كما يقول الأستاذ السنهوري : " اقتضته طبيعة التعاقد بين الغائبين فالتعاقد الآخر غائب عن المجلس الذي صدر فيه الإيجاب , فلا بد من بلوغ الإيجاب إليه , ومحلّ بلوغه يعتبر مجلس العقد " (٤) .

وقد ترتب على هذا مسائل : خيار رجوع الموجب , وخيار المجلس؛ فالموجب الذي بعث بإيجابه إلى شخص له حق الرجوع عنه عند الجمهور ما دام لم يقبله الآخر , سواء علم الطرف الآخر بالرجوع أو لم يعلم , حتى لو قبل بعد ذلك لا يتم العقد .

(١) ابن الهمام , " شرح فتح القدير " , ٢٣٦/٦ .

(٢) الكاساني , " بدائع الصنائع " , ٥٤٠/٦ . ابن عابدين , " حاشية رد المحتار على الدر المختار " , ٢٦/٧ .

(٣) مجلة الأحكام العدلية , المادة (٧٠) , ص ٩٥ .

(٤) السنهوري , " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " , ٥٠/٢ .

قال الكاساني : " ولو كتب شطر العقد ثم رجع صحّ رجوعه؛ لأنّ الكتاب لا يكون فوق الخطاب، ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صحّ رجوعه ، فهاهنا أولى، وكذا لو أرسل رسولا ثم رجع؛ لأنّ الخطاب بالمراسلة لا يكون فوق المشافهة ، وهذا محتمل للرجوع، فهاهنا أولى، وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به ^(١) .

وأما خيار المجلس فهو أيضاً متحقق؛ فللقابل بعد قبوله حق الرجوع ما دام في المجلس، وكذا لو بعث الموجب بالرجوع إلى القابل، فوصل إليه قبل أن يقوم من مجلسه فقد تمّ الرجوع .

يقول النووي : " قال الغزالي : إذا صحّحنا البيع بالمكاتبة ، فكتب إليه فقبل المكتوب إليه، ثبت له خيار المجلس ما دام في مجلس القبول. قال : ويتمادى خيار الكاتب إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه، حتى لو علم أنه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه محلّه صحّ رجوعه، ولم ينعقد البيع ^(٢) .

(المسألة الثالثة)

انتهاء مجلس العقد :

قد مرّ معنا أنه في حالة التعاقد بين حاضرين يعتبر المجلس منقضاءً في حالة الإعراض عنه، وقيام العاقد وتركه المكان الذي صدر فيه الإيجاب، حيث يعتبر الإيجاب لاغياً في هذه الحالة ، ولا فائدة في قبول الطرف الآخر بعدئذ، فإن أفصح عن قبوله عدّ قبوله إيجاباً مبتدأ يحتاج إلى قبول من الطرف الأول في مجلس الإيجاب المبتدأ، أما في حالة التعاقد بين غائبين لا سيما إذا كان الإيجاب بكتابة إلى غائب، فهل يبطل الإيجاب بانفضاض المجلس ؟

جاء في الهداية: " الكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب، وأداء الرسالة ^(٣) ، وظاهر هذا يدل على أنّ الإيجاب بالكتابة أو بالرسالة يبطل بانفضاض

(١) الكاساني ، " بدائع الصنائع " ، ٥٤٠/٦ . العيني ، " السنية في شرح الهداية " ، ١٧/٧ . ابن نجيم، " البحر الرائق " ، ٤٥٠/٥ .

(٢) النووي ، " المجموع في شرح المذهب " ، ١٩٨/٩ .

(٣) ابن الهمام، " شرح فتح القدير " ، ٢٣٠/٦ .

المجلس؛ لأنّ كتاب الموجب كخطابه، وخطابه ينتهي بانتهااء المجلس .

وذهب بعض الفقهاء من الحنفية^(١) إلى أنّ الإيجاب إذا كان كتابة، يجوز لمن أرسل إليه إذا قرأه فلم يقبله في أول مجلس، أن يقرأه في مجلس آخر ثم يقبل، ويكون مجلس العقد مجلس كلّ قراءة؛ أي أنّ قراءته في المجلس الثاني بمثابة الإيجاب من الحاضر في مجلس آخر .

والراجح ما جاء في ظاهر الهداية، وذلك أنّ المجلس إذا كان يبطل بانقضائه، أو الإعراض عنه في عقد الحاضرين، فيجب كذلك أن يبطل فيما إذا كان بكتابة أو برسالة؛ لأنّ الكتابة والرسالة دون النطق والتخاطب مع حاضر، فإذا بطل في حال الأقوى بطل فيما دونه بالأولى، ولأنّ ذلك يؤدي إلى إطالة مجلس العقد إطالة تضر بالعقد، فإذا أعطينا الحق للموجه إليه الإيجاب أن يقبل في أي مجلس يريده دون التقيد بمجلس وصول الخطاب لألحقنا الضرر بمصالح الموجب .

وقد رأينا كيف أنّ الفقهاء نظروا إلى هذه المسألة نظرة موضوعية، فقرروا أنّ الأصل في العقود الفورية؛ بأن لا يتأخر القبول عن الإيجاب، غير أنهم خالفوا هذا الأصل لضرورة مصلحة الطرفين؛ فمن مصلحة القابل أن يتأخر القبول إلى آخر المجلس ليتدبر أمره، ومن مصلحة الموجب ألا يتأخر القبول إلى ما وراء المجلس لئلا يتصور بالتأخير، وما أجزى للضرورة يقدر بقدرها^(٢) .

(المسألة الرابعة)

كيفية اعتبار المجلس وخياراته في التعاقد عبر الإنترنت:

لقد ظهر فيما تقدم أنّ مجلس العقد بالنسبة للغائبين أو المتباعدين عبارة عن : الفترة الزمنية التي تفصل بين الإيجاب والقبول، مادام المتعاقدان منشغلين بالعقد، ولم يبد منهما ما يدل على الإعراض عرفاً، وأنه يبدأ حيث يبلغ الرسول رسالته إلى المرسل

(١) ابن عابدين، " حاشية رد المحتار على الدر المختار "، ٢٦/٧ . وقد رجّح هذا الرأي واستصوبه د. محمد عقلة في حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، ص ٧٥ .

(٢) نشأت الدريني، " التراضي في عقود المبادلات المالية "، ص ٣٠٥ . القرّة داغى . " حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة "، ص ٩٥٦ .

إليه, أو حيث يقرأ الموجب إليه الكتاب المرسل إليه, ويمتدّ المدة المعتادة للإجابة بحسب طبيعة العقد, وعُرف التعامل, حتى إذا صدر القبول اتصل بالإيجاب حكماً, فهل هذا ينظم التعاقد بالإنترنت ؟

إنّ مَنْ يعمق النظر في التعاقد عبر الإنترنت يجد أنه تعاقد خاص, ليس مثل التعاقد بين الحاضرين من جميع الوجوه, ولا مثل التعاقد بين الغائبين عن طريق الكتابة أو المراسلة من كل الوجوه, حيث إنّ له شبيهاً بكل واحد منهما, ومن هنا من الضروري التمييز بين حالات التعاقد عبر الإنترنت فيما إذا كان كتابة عن طريق البريد الإلكتروني أو شبكة المواقع, أو شفاهة عبر هاتف الإنترنت.

ولذلك لابدّ من إمعان النظر فيما يتعلّق باتحاد مجلس التعاقد أو اختلافه وفقاً لحالة التعاقد, ثم محاولة إلقاء الضوء على ثلاث مسائل لها علاقة مباشرة بهذا الموضوع هي: خيار الرجوع عن الإيجاب, وخيار القبول, وخيار المجلس؛ إذ إنها مترتبة على مجلس العقد. وها نحن نتكلم عن هذه المسائل في الفروع الآتية كالتالي :

الفرع الاول

مجلس العقد عبر الإنترنت

مجلس العقد في التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني :

إنّ مجلس العقد عن طريق الإنترنت يتم بتبادل الرسائل المكتوبة عبر البريد الإلكتروني, أو عُرف المحادثة وبذلك يعتبرهو مجلس وصول الرسالة المكتوبة إلى علم المرسل إليه, فإذا اطلع على الرسالة يكون ذلك بمنزلة وصول الإيجاب إليه شفاهة, فكانّ الموجب حضر بنفسه وأوجب العقد في تلك اللحظة, فإذا وافق عليها, وقبل عرضها ومحتواها ومضمونها تمّ العقد, وذلك قياساً على العقد بالكتابة بين الغائبين, أمّا إذا صدر منه ما يدلّ على إعراضه عن القبول, أو انفض المجلس, لا ينعقد العقد. فالإيجاب على هذا الرأي يحصل عند إرسال الرسالة إلى الطرف الآخر عبر بريده الإلكتروني, والقبول يحصل بعد تسلّم الرسالة والاطلاع على مضمونها, وليس بمجرد وصولها إلى بريده وتخزينها فيه.

يقول الأستاذ الزرقا : " والرأي الفقهي في الإيجاب والقبول بالكتابة أنّ حكمها لا يبدأ منذ كتابة العبارة, بل عقب وصول الكتاب وقراءته, فغندئذ تأخذ العبارة مفعولها, فيعتبر الموجب موجباً , والقابل قابلاً "(١) .

الفرع الثاني

مجلس العقد في التعاقد عبر هاتف الإنترنت

تقدم أنّ الفقه الإسلامي أجاز التعاقد بالرسالة, والكتابة, والإشارة, والتعاطي, بل ذهب إلى أبعد من هذا عندما اعتبر التعاقد جائزاً باتخاذ أي مسلك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي , ومن هذا كله يتبين أنّ التعاقد بواسطة الهاتف يتفق مع ما قرره الفقهاء من قبل من جهة اعتباره مسلكاً يفيد التفاهم, ويحصل به التراضي , بل إنّ في نصوص الفقهاء ما يمكن أن يعتبر أساساً لفكرة التعاقد بالهاتف, يقول النووي: " لو تناديا وهما متباعداً وتبايعاً , صح البيع بلا خلاف"(٢) .

وجه المراد من عبارة النووي :أنّ التعاقد بالتنادي تعاقد بين شخصين بعيدين لا يرى أحدهما الآخر, ولكنه يسمعه, وذلك متحقق في الهاتف؛ حيث إنّ التعبير يتم من خلال اللفظ المباشر, مع وجود الفاصل المكاني بين المتهااتفين بحيث لا يرى أحدهما الآخر كما في التنادي, ولا يخفى أنّ الهاتف ينقل كلام المتحدث فيه بدقة, وبصورة فورية مباشرة, فيسمع كلّ واحد منهما الآخر بوضوح, فيكون مقبولاً شرعاً؛ لأنّ المطلوب في باب العقود ما يحصل به التراضي عرفاً, وهذا يحصل بسماع الإيجاب والقبول, أو التقاؤهما بأية وسيلة كانت .

وليس هاتف الإنترنت سوى وسيلة حديثة لإيصال الصوت الصادر, وليس وسيلة جديدة للتعبير , ومعلوم أنّ العرف محكم في المعاوزات والمعاملات, والتخاطب بالهاتف جرت العادة به, وليس هناك ما يعارض هذا العرف أو العادة من نصوص الكتاب والسنة, أو قواطع الدين وثوابته, بل إنّ هذا العرف مسير للمقاصد الشرعية

(١) الزرقا , " المدخل الفقهي العام " , ٣٢٧/١ .

(٢) النووي , " المجموع في شرح المهذب " , ٢١٤/٩ .

المتصلة بتيسير التعامل وتسريعه، وجلب المنافع وتبادلها^(١) .

والسؤال الذي يدور حول التعاقد بالهاتف وما يماثله من وسائل الاتصال الحديثة،

هل يعتبر تعاقداً بين حاضرين أم بين غائبين؟

فالتعاقد عبر الهاتف وما يماثله تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان؛ لأنّ وقت

صدور القبول هو وقت العلم به، وبين غائبين من حيث المكان لبعد المسافة بينهما، وقد

أكد الفقهاء المعاصرون هذا الرأي في مؤلفاتهم التي تكلموا فيها عن العقد^(٢).^(٣)

والاتصال بين الإيجاب والقبول يتم بأن يكون الكلام في موضوع العقد، ولا يتخلله

فصل يعدّ قرينة على الانصراف عن العقد، وأساس التفرقة بين ما يعتبر إقبالا على

العقد أو إعراضاً عنه هو العرف كما تقدم، فإذا أنهيا المحادثة فقد انتهى المجلس ولزم

العقد؛ لأنهما متفرقان بأبدانهما، ولا وصال بينهما سوى المحادثة، فإذا انتهت انتهى

المجلس حقيقة وحكماً .

ومن هنا فليس لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبل بعد انتهاء المكالمة أو انقطاعها، أو

إغلاق سماعة الهاتف، وإذا أراد ذلك فيمكنه معاودة الاتصال بالموجب، ويعتبر رضاه

في هذه الحالة إيجاباً يحتاج إلى قبول الطرف الآخر^(٤) .

(١) نور الدين مختار الخادمي، " عقود البيع والشراء والنكاح بالإنترنت وأجهزة الاتصالات الحديثة"، مجمع الفقه الإسلامي - الهند، منشور في كتاب " بحوث فقهية من الهند "، ص ٣٥٤ .

(٢) السنهوري، " الوجيز في شرح القانون المدني "، ص ٧٩ . عباس العبودي، " التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري "، ص ١٤٧ . إبراهيم رفعت الجمال، " انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة"، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ٢٠٠٥ م، ص ٩٦ . عبد السلام التونسي، " التعاقد بين الغائبين"، ص ١٣٨ . فاروق الحفناوي، " عقود الكمبيوتر "، ص ٤٠ . محمد علقة، " حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة"، ص ١٠٦ . أحمد العجلوني، " التعاقد عن طريق الإنترنت "، ص ٢٣ . القرة داغي، " حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة"، ص ٩٣٨ .

(٣) يقول أحمد إبراهيم : " أما العقد بالتلفون فالذي يظهر أنه كالعقد مشافهة، مهما طالبت الشقة بينهما، ويعتبر العاقدان كأنهما في مجلس واحد؛ إذ المعنى المفهوم من اتحاد المجلس أن يسمع أحدهما كلام الآخر ويتبينه، وهذا حاصل في الكلام بالتلفون كما هو مشاهد لنا، غاية الأمر أنه يحتمل الكذب، وتصنع صوت الغير، لكن هذا قد يحصل في الرسالة والكتابة أيضاً، " العقود والشروط والخيارات "، ص ٦٥٦ .

(٤) وهبة الزحيلي، " حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة "، ص ٨٨٧ . مختار الخادمي، " عقود البيع والشراء والنكاح بالإنترنت وأجهزة الاتصالات الحديثة"، ص ٣٦٠ .

الفرع الثالث

مجلس العقد عبر غرفة المحادثة والمشاهدة

إذا كان الفقهاء قد أجازوا التعاقد بين المتبايعين اللذين لا يرى الواحد منهما الآخر، فإنه يكون من باب أولى إجازة التعاقد بين المتبايعين اللذين يرى الواحد منهما الآخر، ويسمعه، ويقرأ كتابه؛ وذلك لزيادة عنصر الرؤية والمشاهدة الذي يزيد في تأكيد معنى الرضا بين العاقدين .

فهذا النوع من التعاقد وإن لم يتحد فيه المكان لبعد المسافة بين العاقدين، غير أنه واقع في معنى التعاقد المشروع؛ وذلك لأن الأصل في العقود تحصيل مبدأ الرضا، وإظهاره بأي وسيلة مفهومة، وهذا هو الأليق بالعصر الحاضر وبالواقع الذي نعيش فيه ومستجداته، والمناسب لمصالح الناس، والذي يستجيب لأعرافهم وعاداتهم المعتبرة، ومعلوم أن الأعراف لها أثر بالغ في تصحيح العقود^(١) .

وعلى هذا الأساس فإن مجلس العقد في هذه الحالة هو زمن الاتصال ما دام الكلام في شأن العقد قائما، كالهاتف تماما، وينتهي بوجود إحدى الحالات التالية^(٢) :

- انتهاء المكالمة الهاتفية .
- انقطاع المكالمة الهاتفية .
- مشاهدة ما يدل على الإعراض أو الانشغال عن العقد، حتى ولو بقيت المكالمة مستمرة بينهما، ويتسامح في مغادرة المجلس لإحضار ما له تعلق بالعقد وكذا يقال في مجلس العقد عبر غرف التخاطب كتابية؛ لما تقدم من أنه ليس ثمة فرق بينه وبين التعاقد هاتفيا سوى استبدال الصوت بالكتابة، فيأخذ جميع أحكامه؛ إذ الكتاب كالخطاب .

(١) مختار الخادمي، " عقود البيع والشراء والنكاح بالإنترنت وأجهزة الاتصالات الحديثة"، ص ٣٦٠ .

(٢) مختار الخادمي، " عقود البيع والشراء والنكاح بالإنترنت وأجهزة الاتصالات الحديثة"، ص ٣٥٦ .

الخيارات المترتبة على مجلس العقد عبر الإنترنت :

تقدم أن فقهاء المسلمين — على خلاف بينهم — قد أثبتوا للمتعاقدین الغائبين خيارات ثلاثة هي : خيار الرجوع, وخيار القبول, خيار المجلس, فهل يثبت هذا الحق للمتعاقدین عبر الإنترنت أم لا ؟

إنّ هذه الخيارات حق أثبتته جمهور الفقهاء للمتعاقدین الغائبين, وهو يثبت كذلك للمتعاقدین عبر الإنترنت ما دام مجلس العقد قائماً , وما قلناه هناك يقال هنا , وذلك تجنباً للتكرار والتطويل .

والذي نريد بحثه هنا , هو هل يشترط العلم برجوع الموجب, وبرفض من وجّه إليه الإيجاب ؟ للإجابة عن هذا السؤال لابد أن نفرق بين أمرين: رجوع الموجب عن إيجابه , وعلم الموجب برفض الإيجاب كالتالي:-
الأول : رجوع الموجب عن إيجابه :

لم يشترط الحنفية في التعاقد بين الغائبين علم أو سماع الطرف المقابل رجوع الموجب, وينبني على هذا؛ أنه لو قبل الطرف الغائب الإيجاب بعد رجوع الموجب عنه لم ينعقد العقد , حتى ولو لم يعلم القابل بهذا الرجوع^(١) .

أما في التعاقد بين الحاضرين فقد اختلفوا؛ فمنهم من يشترط سماع رجوع الموجب , فلو رجع الموجب في إيجابه, وقبل الآخر قبل أن يسمع رجوعه, انعقد العقد؛ لأنّ الرجوع لا ينتج أثره إلا إذا سمعه القابل قبل أن يقبل, ومنهم من يرى عدم اشتراط سماع الرجوع, فعلى هذا لو قبل الطرف الآخر بعد رجوع الموجب, لا ينعقد العقد, ولو لم يسمع رجوعه, لعدم توافق الإرادتين .

جاء في الفتاوى الهندية : " للموجب أيّاً كان أن يرجع قبل قبول الآخر هكذا في النهر الفائق, ولا بد من سماع الآخر رجوع الموجب كذا في التتارخانية, وفي اليتيمية : يصح الرجوع وإن لم يعلم به الآخر كذا في البحر الرائق, لو قال البائع: بعت منك هذا

(١) ابن الهمام, " شرح فتح القدير " , ٢٣٦/٦ . ابن نجيم, " البحر الرائق شرح كنز الدقائق " , ٤٥٠/٥ . العيني, " البناية في شرح الهداية " , ٩/٧ .

العبد بكذا , ثم قال : رجعت, ولم يسمع المشتري, وقال : اشتريت, ينعقد البيع كذا في الظهيرية^(١) .

الثاني: علم الموجب برفض الإيجاب :

يلاحظ أن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا لهذه المسألة صراحة, لكن بعض المعاصرين حاول أن يتوصل إلى نتيجة بطريقة قياس رفض الإيجاب على القبول, فكما أنه يُشترط سماع الموجب للقبول , فكذا يشترط سماع الموجب رفض القابل .

ورتب على هذا أن من وجّه إليه الإيجاب لو رفض ولم يسمعه الموجب , ثم قبل وسمعه الموجب , فإنّ العقد ينعقد؛ لتحقيق شرط الاعتقاد وهو سماع القبول^(٢) .

لذا أرى عدم سقوط الإيجاب إذا رفضه الشخص المقابل, طالما لم يصل التعبير بالرفض إلى سمع الموجب, وأنّ قياس رفض الإيجاب على القبول - بناء على ترجيح شرطية سماع الموجب تعبير القابل - قياس في محله؛ لأنّ تحقق الكلام - قبولاً أو رفضاً - لا يكون إلا بسمع الغير .

(١) الشيخ نظام, "الفتاوى الهندية", ٨/٣ .

(٢) نشأت دريني, "التراضي في عقود المبادلات المالية", ص ٣٢٦ .

المبحث الثاني زمان العقد ومكانه

تقدم أنّ التعاقد بين الحاضرين واضح يسهل تصوّره، حيث يبدأ بتقديم الإيجاب، وينتهي بانتهاء المجلس، فيتمّ الانعقاد لحظة توافق الإيجاب والقبول، غير أنّ مجلس التعاقد بين الغائبين قد يثير بعض المشاكل، نظراً لوجود بعد زماني ومكاني بين الإيجاب والقبول، ومن هنا فإنّ التساؤل يبرز حول الوقت الذي يتمّ فيه انعقاد العقد ومكانه ؟

فلو أنّ شخصاً يقيم في الاسكندرية مثلاً أرسل إيجابه عن طريق البريد الإلكتروني إلى شخص آخر في ألمانيا، يعرض عليه بيعه سلعة معينة، وبثمن محدد، فقبل عرضه، وكتب رسالة بالموافقة، وأرسلها إلى بريد الموجب، واطلع على محتواها ومضمونها، فمتي ينعقد العقد؟ هل يتمّ بمجرد قبول الطرف الألماني - وهذا ما يسمى في الفقه المدني الوضعي بنظرية إعلان القبول-؟، أم أنه يتمّ بقبوله وإرساله إلى الموجب في الاسكندرية- وهذا ما يسمى في الفقه الوضعي بنظرية تصدير القبول -؟ أم أنه يتمّ بمجرد إقبال الرسالة أو القبول إلى بريد الموجب حتى ولو لم يسلم بمحتواها - وهذا يسمى في الفقه المدني بنظرية تسليم القبول -؟، أم أنه لا يتمّ العقد إلا إذا وصل القبول إلى الموجب، ففتح بريده الإلكتروني واطلع على الرسالة ومضمونها، وعلم أنّ القابل قد قبل فعلاً الإيجاب المعروض عليه - وهذا يسمى في الفقه الوضعي بنظرية العلم بالقبول-؟، وهل الأخذ بأيّ منها في تحديد زمان الانعقاد يحدد مكانه كذلك أم لا؟

لا شكّ أنّ لكلّ نظرية أنصارها وروّادها، كما أنّ لكلّ واحدة منها سلبياتها وإيجابياتها، لهذا ارتأيت في معالجة هذا الموضوع أن أعرض بإيجاز لهذه النظريات بمزاياها وعيوبها، وذكر الآثار والنتائج المترتبة على تحديد وقت انعقاد العقد ومكانه، ثم بيان موقف الفقه الإسلامي من تحديد وقت انعقاد العقد ومكانه، وذلك في المطالب الآتية على النحو الآتي:

المطلب الأول

النظريات الوضعية التي تحدد زمان العقد ومكانه

اختلف الفقه الوضعي في هذه المسألة، وتباينت آراؤه فيها تبايناً كبيراً حتى توزعت مدارسها على أربع نظريات هي :

أولاً : نظرية إعلان القبول :

تقوم هذه النظرية على أنّ العقد توافق وتطابق بين إرادتين. فعلى هذا متى صدر القبول المطابق فقد تمّ العقد، ولو لم يتم التحقق من علم الموجب بالقبول أو عدم علمه به، ذلك أنّ حقّ الموجب تعلّق بمجرد إعلان القبول، ومن هذه اللحظة أضحى العقد مبرماً، وليس للموجب أن يعدل عن إيجابه^(١).

ومن مزايا هذه النظرية أنها تتفق مع مقتضيات الحياة التجارية التي تستلزم وجوب السرعة في التعامل؛ فالقابل يستطيع بمجرد إعلان قبوله أن يطمئن إلى انعقاد العقد، وأن يتعامل بالسلعة المعروضة عليه فور إعلان قبوله^(٢).

لكن أعترض على هذه النظرية بأنّ إعلان القبول يصدر من القابل وحده، ويتم العقد دون علم الموجب، ولا يمكن إثباته إلا من قبل من صدر منه، ويمكن إنكاره، فيكون الموجب تحت رحمة القابل؛ فإما أن يتمسك بالقبول أو ينكره^(٣).

ثانياً : نظرية تصدير القبول :

وهذه النظرية تتفق مع النظرية الأولى في الاكتفاء بإعلان القبول، إلا أنها تشترط أن يقوم القابل بتصدير قبوله، حتى يكون الإعلان نهائياً، بحيث لا يستطيع القابل استرداده؛ كأن يكون قد أرسله فعلاً عبر البريد الإلكتروني، أو أرسل شخصاً فاسافراً ليبلّغه للموجب^(٤).

(١) السنهوري، "مصادر الحق في الفقه الإسلامي" ٥٦/٢. محسن شفيق. "اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع" ص ١١٤. سليمان مرقس، "نظرية العقد"، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦م، ص ١٣٢.

(٢) سليمان مرقس، "نظرية العقد"، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦م، ص ١٣٢. عباس العبودي، "التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري"، ص ١٥٧.

(٣) سليمان مرقس، "نظرية العقد"، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦م، ص ١٣٣.

(٤) السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، دار إحياء التراث العربي - بيروت، تاريخ الطبع غير مذكور، ٢٤١/١. محسن شفيق، "اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع"، ص ١١٤.

وقد جاءت هذه النظرية لدرء الاعتراض الموجّه لنظرية إعلان القبول؛ فما دام أنّ النقد الموجه الى نظرية إعلان القبول مفاده أنّ الموجب لا يستطيع أن يراقب القابل، ويتحقق من لحظة قبوله، فإنّ هذا يمكن تداركه بالاعتماد على الوقت الذي يثبت فيه تصدير القبول، فإنّ مجرد تصديره يعني أنه اتخذ تاريخاً ثابتاً رسمياً، وأنه أصبح نهائياً لا يحتمل رجوعاً^(١).

ويؤخذ على هذه النظرية أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لإتمام التعاقد، فإنّ التصدير لا يضيف إلى الإعلان أي قيمة قانونية، كما أنّ الإرسال لا يمنع الاسترداد؛ حيث إنّ بعض الدول تسمح أنظمتها باسترداد الخطاب ما دام لم يصل إلى المرسل إليه^(٢)، إلا إذا تم الإرسال عبر البريد الإلكتروني؛ إذ لا يملك المرسل استرداده.

ثالثاً : نظرية تسليم القبول :

وهذه النظرية تفيد أنّ العقد لا يتم إلا عندما يتسلم الموجب جواب الطرف القابل، ولو قبل الاطلاع على مضمونه؛ لأنّ استلام الموجب للقبول يجعل منه نهائياً؛ إذ تنتفي إمكانية استرداده، كما أنّ وصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينة على علمه بمضمونه^(٣).

ويرى أنصار هذه النظرية أن القول بذلك قد راعى مصالح الطرفين بصورة عادلة؛ حيث أجلت انعقاد العقد وظهور آثاره إلى وقت استلام القبول، ومنحت القابل فترة أطول نسبياً بالمقارنة مع النظرية السابقة، وكذلك لم تحكم بانعقاد العقد في حالة ضياع القبول في الطريق، فليس للموجب من سلطة على القبول مادام في الطريق، فإذا وصل إليه فإنّ الحظر ينتقل إليه، وبهذا سلكت مسلكاً يوزع المخاطر بين الموجب والقابل بصورة عادلة، ويؤدي بالنزاعات والخلافات إلى حدها الأدنى^(٤).

على أنّ هذه النظرية شأنها شأن النظرية السابقة لم تخل من النقد الموجه إليها ومفاده؛ أنّ وصول القبول دون علم الموجب لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية، وأما إذا كان اشتراط وصول القبول لاعتباره قرينة على العلم به، فإنّ تلك

(١) السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "، ٢٤١/١ . سليمان مرقس، " نظرية العقد " ص ١٣٢

(٢) عباس العبودي، " التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري "، ص ١٥٨ .

(٣) السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "، ٢٤٢/١ . محسن شفيق، " اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع "، ص ١١٤ . سليمان مرقس، " نظرية العقد " ص ١٣٥ .

(٤) عباس العبودي، " التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري "، ص ١٦٠ .

القرينة غير قاطعة , وقابلة لإثبات العكس, وعلي هذا الأساس تفقد هذه النظرية استقلالها, وتختلط بنظرية العلم بالقبول^(١) .

رابعاً : نظرية العلم بالقبول :

وبموجب هذه النظرية لا يكفي إعلان القبول, ولا تصديره, ولا استلامه لإتمام التعاقد, بل يشترط علم الموجب به, ومستند هذه النظرية؛ أنّ الإيجاب تعبير استثنائي واجب الاتصال؛ أي يقصد به الموجب إثارة الطرف الآخر للتعاقد, فإذا كان القابل قد علم بإرادة الموجب عند وصول الإيجاب إليه, فإنّ من حقّ الموجب أن يعلم بردّ الفعل المترتب علي إيجابه^(٢) .

ومؤدى ذلك؛ أنّ القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الموجب, ولا يعتبر التعاقد تاماً إلا في الوقت .

ومزيتها : بناء التعامل على أسس ثابتة؛ فلا يمتنع على الموجب العدول عن إيجابه لمجرد احتمال صدور القبول ممن وجه إليه الإيجاب, وإنما يمتنع عليه ذلك من وقت التحقق من القبول بوصوله إلى علمه, أي من وقت اقتران القبول بالإيجاب, وكذلك يمتنع على القابل التصرف في موضوع العقد إلا بعد أن يتحقق من أنّ قبوله وصل إلى علم الموجب قبل أن يعدل عن إيجابه^(٣) .

ويؤخذ على هذه النظرية البطء في سير المعاملات, وبأنّ الأخذ بها على إطلاقها يجعل القابل تحت رحمة الموجب؛ لأنّ علم الموجب بالقبول أمر شخصي يصعب على القابل إثباته, ولذلك إذا كان وصول القبول قرينة على العلم به, إلا أنّ تلك القرينة قابلة لإثبات العكس فيما إذا أنكره الموجب^(٤) .

والذي يبدو رجحانه - بعد الموازنة بين النظريات الأربعة - هو الأخذ بنظرية " إعلان القبول ", وذلك للأسباب الآتية :

(١) السنهوري, " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ", ٢٤٢/١ . عباس العبودي, " التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ", ص ١٦٠ .

(٢) السنهوري, " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ", دار إحياء التراث العربي - بيروت, تاريخ الطبع غير مذكور, ٢٤٢/١. محسن شفيق, " اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ", ص ١١٥ . عباس العبودي, " التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ", ص ١٦١ .

(٣) سليمان مرقس, " نظرية العقد ", ١٣٣ .

(٤) عباس العبودي, " التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ", ص ١٦١ .

١- أن التماثل في جميع الجهات بين عقود الحاضرين وعقود الغائبين أمر غير عملي؛ وذلك لاختلاف طبيعة التعاقد في كلٍّ منها، ومن ثمّ فلا يشترط وصول القبول إلى علم الموجب، بل يكفي مجرد تعبيره عن إرادته بالقبول ليتمّ العقد، فالقبول إذن هو المعوّل عليه في انعقاد العقد؛ إذ أنّ العقد ليس إلا الإيجاب والقبول، ووكلاهما قد حصلا في مجلس القبول^(١).

٢- صعوبة تحديد وقت تمام العقد إذا قلنا بغير نظرية الإعلان؛ فليس من اليسير معرفة لحظة إرسال القبول، أو تسليمه، أو العلم به، بالإضافة إلى احتمال الإنكار، وتأخير الاطلاع عليه عمداً، وغير ذلك مما يؤدي إلى عدم استقرار العقود^(٢).

٣- إنّ الأخذ بنظرية الإعلان من شأنه كسب الوقت؛ حيث إنّ العقد ينشأ بمجرد إعلان القبول، في حين أنه على ضوء بقية النظريات، لا سيما نظرية العلم، ينبغي انتظار ورود الموافقة إلى علم الموجب، وقد يتطلب ذلك فترة طويلة^(٣).

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه

يترتب على تحديد وقت انعقاد العقد ومكانه آثار يمكن الإشارة إليها على النحو الآتي:

أولاً : الآثار المترتبة على تحديد وقت انعقاد العقد :

١- تحديد الوقت الذي يجوز فيه للموجب أن يعدل عن إيجابه غير الملزم، وكذلك للقابل أن يرجع عن قبوله؛ فإذا أخذنا بنظرية الإعلان مثلاً؛ فإنه يمتنع على الموجب الرجوع في إيجابه غير الملزم؛ لأنّ العقد قد تم بإعلان القبول، فسقط حقه، وكذلك لا يحق للقابل أن يرجع في قبوله، أمّا إذا أخذنا بنظرية العلم؛ جاز للموجب الرجوع طالما لم يقترن بإيجابه قبول، كما يجوز للقابل العدول عن قبوله؛ لأنّ العقد لا ينعقد من إلا وقت علم الموجب بالقبول، وقد يُرسل القابل قبوله بالبريد العادي، ثم يلجأ إلى سلوك

(١) محمد عقلّة، "حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة"، ص ٨٤، القرة داغي، "مبدأ الرضا في الفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية- بيروت، ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م، ص ١١٥. عبد الرازق رحيم الهيتي، "حكم التعاقد عبر أجهزة الاتصال الحديثة في الشريعة الإسلامية"، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، دار البيارق- الأردن ص ٦٨.

(٢) القرة داغي، "مبدأ الرضا في الفقه الإسلامي"، ص ١١٥. عبد الرازق الهيتي، "حكم التعاقد عبر أجهزة الاتصال الحديثة"، ص ٦٨.

(٣) القرة داغي، "مبدأ الرضا في الفقه الإسلامي"، ص ١١٥. محمد عقلّة، "حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة"، ص ٨٤. عبد الرازق الهيتي، "حكم التعاقد عبر أجهزة الاتصال الحديثة"، ص ٦٩.

وسيلة أسرع يعلن بواسطتها أنه عدل عن قبوله، طالباً اعتباره كأن لم يكن، ويصل العدول قبل القبول^(١).

٢- تحديد الوقت الذي تترتب فيه آثار العقد؛ فمن تاريخ إبرام العقد، تنتقل الملكية في عقد البيع، وملحقاته، وتبعية الهلاك، كما تتحدد لحظة الأهلية بوقت انعقاد؛ إذ لا عبرة بانعدام الأهلية بعد العقد - كما لو جن أو مات - إنما العبرة أن تكون قائمة وقت انعقاد، كما أن وقت انعقاد قد يكون محدداً به السعر لهذا فإن السعر المعول عليه هو في تلك اللحظة، ويختلف الأمر بين وقت التصدير، أو الإعلان، أو العلم، لهذا فإن النظريات المختلفة لها أثرها المهم من هذه النواحي^(٢).

٣- ويترتب علي تحديد وقت انعقاد العقد حساب ميعاد التقادم بالنسبة لسماع الدعوي، أو بالنسبة لبعض الالتزامات المنجزة التي تنشأ عن العقد، فتسري هذه المواعيد من وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان، أو من وقت العلم بالقبول تبعاً لنظرية العلم^(٣).

٤- ولتحديد وقت انعقاد العقد أهمية كبيرة في معرفة صحة وبطلان العقود التي تصدر من تاجر أشهر إفلاسه؛ هل انعقدت قبل فترة الريبة؟ أو في أثنائها؟ أو بعد تمام التوقف عن الدفع؟ أو بعد إشهار الإفلاس؟ الذي يحدد ذلك هو معرفة وقت تمام العقد^(٤).

٥- تحديد القانون الذي يحكم العقد عند تنازع القوانين؛ ذلك لأن القانون الواجب التطبيق هو القانون النافذ وقت انعقاد العقد، فإذا صدر قانون جديد يعدل - مثلاً - من شروط انعقاد العقد، فإن هذا القانون لا تسري أحكامه على العقود التي تمت قبل العمل بهذا القانون الجديد، ولذا تمس الحاجة إلى معرفة وقت انعقاد ذلك العقد^(٥).

(١) السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، ٢٤٣/١. سليمان مرقس، "نظرية العقد"، ١٣١. عباس العبودي، "التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري"، ص ١٧٣. عبد السلام التونسي، "التعاقد بين الغائبين"، ص ٢٤٩.

(٢) عباس العبودي، "التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري"، ص ١٧٣. عبد السلام التونسي، "التعاقد بين الغائبين"، ص ٢٤٩.

(٣) إبراهيم دونمز، "حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة"، ص ١٠١٤.

(٤) عباس العبودي، "التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري"، ص ١٧٥. إبراهيم دونمز، "حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة"، ص ١٠١٥.

(٥) عباس العبودي، "التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري"، ص ١٧٥. محمد عقله، "حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة"، ص ٨٣.

ثانياً : الآثار المترتبة على تحديد مكان انعقاد العقد :

١- تحديد القانون الواجب التطبيق: فإنّ القانون الذي يخضع له العقد هو القانون الذي أراده الطرفان وفقاً لمبدأ حرية الإرادة, ويكون في العادة قانون الجهة التي تمّ فيها العقد, فإذا تمّ عقد بين طرفين, وكان من صدر عنه الإيجاب موجوداً في مصر مثلاً, وعلم بالقبول فيها, وكان من صدر منه القبول موجوداً في السعودية وقت صدور القبول, حينئذٍ يخضع العقد للقانون السعودي إذا أخذنا بمذهب الإعلان, ويخضع للقانون المصري إذا أخذنا بمذهب العلم, ولهذا فإنّ لتحديد مكان العقد تعيين القانون الذي يحكم التعاقد^(١).

٢- تحديد المحكمة المختصة بالنزاع : ذلك أنّ مكان العقد هو الذي يعيّن المحكمة المختصة التي تفصل النزاع الذي قد يحدث بسبب التعاقد؛ فلو أبرم عقد بين طرفين, أحدهما في مصر مثلاً وكان هو الموجب, والآخر في السعودية وهو القابل, فإذا ثار نزاع بينهما حول العقد, فوفقاً لنظرية إعلان القبول مثلاً فإنّ العقد يعد منعقداً في المكان الذي أعلن فيه القابل عن رضاه بالإيجاب وهو السعودية, ويكون الاختصاص للمحاكم السعودية على أساس أنّ العقد قد تمّ فيها, إلا إذا كان هناك اتفاق بينهما يقضي بغير ذلك.

ويختلف تحديد المحكمة المختصة إذا أخذنا بنظرية العلم؛ ذلك لأنّ هذا التحديد يتوقف على النظرية التي يؤخذ بها وقت تمام العقد^(٢).

المطلب الثالث

تحديد مكان العقد

أمّا مكان العقد؛ فالأصل أنه هو المكان الذي ينتج فيه القبول أثره, ومن ثمّ يظهر الفرق بين تعاقد الحاضرين في مكان واحد, وتعاقد الغائبين في مكانين مختلفين . ففي التعاقد بين حاضرين يكون مكان العقد هو المكان الذي كانا فيه حين إتمام العقد بينهما, وهذا واضح لا شبهة فيه, ولا مجال فيه للاحتتمالات .

(١) السنهوري, " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ", ٢٤٣/١ . سليمان مرقس , " نظرية العقد ", ١٣٩ . عباس العبودي, " التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ", ص ١٧٦ .

(٢) عباس العبودي, " التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ", ص ١٨٢ .

وأما التعاقد بين الغائبين؛ فزمن العقد هو الذي يحدّد مكانه، وبالتالي فهو يختلف باختلاف النظريات حول الوقت الذي ينتج فيه القبول أثره، هل هو وقت إعلان القبول؟ أو إرساله؟ أو وصوله إلى الموجّه إليه؟ أو علم هذا الأخير به؟^(١).

المطلب الرابع

موقف الفقه الإسلامي من تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه

الذي يظهر بوضوح من النصوص الفقهية في تحديد الوقت الذي يتم فيه العقد في التعاقد بين غائبين، أنّ العقد ينعقد في هذه الحالة بمجرد إعلان القبول قبل رجوع الموجب في إيجابه، ونورد فيما يلي بعض هذه النصوص التي تشير إلى أنّ الفقه الإسلامي اتجه نحو نظرية " إعلان القبول " في حالة التعاقد بين غائبين :

جاء في حاشية ابن عابدين : " صورة الكتابة أن يكتب : أما بعد؛ فقد بعث عبدي فلاناً منك بكذا، فلماً بلغه الكتاب، قال في مجلسه ذلك : اشتريت، تمّ البيع بينهما"^(٢). وقال الكاساني : " أما الرسالة؛ فهي أن يُرسل رسولاً إلى رجل ، ويقول للرسول: إني بعث عبدي هذا من فلان الغائب بكذا، فاذهب إليه، فذهب الرسول وبلغ الرسالة ، فقال المشتري في مجلسه ذلك : قبلت، انعقد البيع"^(٣).

وجاء في المجموع في شرح المذهب : " وإن قلنا يصح - أي البيع بالمكاتبة وهو الأصح - فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب، هذا هو الأصح، وفيه وجه ضعيف أن لا يشترط القبول، بل يكفي التواصل اللائق بين الكاتبين...، قال بعض الأصحاب تفريعاً على صحة البيع بالمكاتبة، لو قال : بعث داري لفلان، وهو غائب، فلماً بلغه الخبر قال: قبلت : انعقد البيع"^(٤)، ومثل ذلك يظهر من نصوص المالكية^(٥) والحنابلة^(٦).

(١) الزرقا، " شرح القانون المدني السوري "، ص ٥٧. السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، ٢٣٨/١.

(٢) ابن عابدين، " حاشية رد المحتار على الدر المختار "، ٢٦/٧.

(٣) الكاساني، " بدائع الصنائع "، ٥٤٠/٦.

(٤) النووي، " المجموع في شرح المذهب "، ١٩٧/٩.

(٥) الدسوقي، " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير "، ٤/٣.

(٦) البهوتي، " كشف القناع عن متن الإقناع "، ١٣٧٨/٢.

فهذه النصوص صريحة في أنّ العقد بين الغائبين يتمّ ويكون قاطعاً وملزماً لكلا الطرفين بمجرد أن يقول المرسل إليه أو المكتوب إليه : قبلت في مجلس القبول, دون توقف تاممه على أي شيء آخر , وهذا يدلّ على تحديد الوقت الذي يتم فيه العقد في التعاقد بين الغائبين, وأنّ العقد ينعقد في هذه الحالة بمجرد إعلان القبول, دون اشتراط سماع الموجب لكلام القابل .

والذي يظهر رجحانه هو الأخذ بنظرية إعلان القبول, وذلك للأسباب التي تقدمت في أثناء هذا العرض, ولأنّ الموجب إليه مسلط على القبول من جهة الموجب, ولما كانت القاعدة تقضي بأن " المسلط على التصرف ينفذ تصرفه بغير علم من المسلط " , فيترتب على ذلك أن ينفذ قبول القابل بدون علم الموجب, كما ينفذ تصرف الوكيل بغير محضر من الموكل^(١).

وأما اشتراط علم الموجب, أو تصدير الرسالة, أو استلامها, فهذا تأخير كبير لأثار العقد لا يتفق مع متطلبات العصر الحديث من سرعة إنهاء المعاملات^(٢).

وبما أنّ التعاقد عن طريق الإنترنت تعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد كما تقدم فإنّ التعاقد من خلاله يتمّ إذا وصل الإيجاب إلى الشخص الذي وجّه إليه الإيجاب, وقبله في المجلس على التفصيل السابق في عقد الغائبين؛ فيكون تاماً وملزماً لكلا المتعاقدين بمجرد صدور القبول ممن أرسل إليه الإيجاب, وإعلانه له , سواء علم الموجب بذلك القبول أم لا يعلم, إلا إذا كان الموجب قد رجع في إيجابه قبل ارتباط القبول به , فإنه حينئذ لا يعتد بذلك القبول, سواء علم القابل برجوع الموجب أم لم يعلم .

وعلى هذا يكون مكان العقد هو مكان الطرف القابل لا مكان الموجب حسب نظرية الإعلان؛ لأنّ العقد قد تمّ حيث صدر القبول من القابل دون توقّف على وصوله إلى الموجب, أو علمه به .

(١) محمد سوار, " التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي " , ص ١٢٤ .

(٢) نشأت الدريني, " التراضي في عقود المبادلات المالية " , ص ٣٢٤ .

لكنّ المذاهب التي تقول بخيار المجلس — كالشافعية والحنابلة — تعطي حق الخيار المجلس للموجب والقابل ما دام المجلس قائماً , وأما المذاهب التي لا تعترف بخيار المجلس — كالحنفية والمالكية — فإنّ العقد يصبح تاماً ولازماً بمجرد القبول .

هذا إذا كان التعاقد بالمكاتبة عبر البريد الإلكتروني أو غرف المحادثة , أما إذا كان التعاقد شفاهة باللفظ عبر هاتف الإنترنت فيشترط لتمام العقد سماع الموجب القبول؛ وذلك اعتماداً على تكييفه بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان كما سلف , وقد سبق ترجيح شريطة سماع القبول في حالة التعاقد بين الحاضرين .

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على التعاقد بالوسائل المعاصرة

يرد الأثر في اللغة على عدة معان؛ قال الجرجاني : " الأثر له ثلاثة معان : الأول بمعنى النتيجة وهو الحاصل من الشيء والثاني بمعنى العلامة، والثالث بمعنى الجزء " ^(١) ، والمقصود به هنا هو المعنى الأول، فآثار العقود هي ما يترتب عليها، ويحصل منها من حقوق والتزامات للمتعاقد، وهي على قسمين : آثار أصلية - وهي الغرض والغاية الأساسية التي شرع ذلك العقد للوصول إليها - ^(٢) ؛ مثل ثبوت الملك للمشتري في المبيع ، وللبائع في الثمن بالنسبة للبيع، وثبوت حق انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، وانتقال ملكية البدل إلى المؤجر بالنسبة للإجارة، وآثار تبعية - تجب بمقتضى العقد من أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر - ^(٣) ؛ وهي وجوب تسليم المبيع والثمن بالنسبة للبيع، وجوب تسليم العين المؤجرة والأجرة بالنسبة للإجارة ^(٤) ، ويترتب على هذا التمييز بين الأثر الأصلي والتبعي للعقد ما يأتي :

أولاً : أن الأثر الأصلي للعقد يتحقق بمجرد انعقاد العقد صحيحاً، فلا يحتاج إلى تنفيذ؛ فبمجرد انعقاده صحيحاً تنتقل الملكية إلى المشتري، أما الأثر التبعي فلا يتحقق مقتضاه إلا أن يقوم ذلك العاقد الملتزم به بتنفيذه بعد العقد ^(٥) .

فبمجرد انعقاد البيع صحيحاً تنتقل الملكية إلى المشتري، والثمن إلى البائع، كما يترتب عليه إلزام البائع والمشتري بتنفيذ العقد، ومسؤوليتهما نحو هذا التنفيذ، كالإلزام البائع بتسليم المبيع، وبضمان العيب وكذلك الأمر في عقد الإجارة؛ حيث يترتب عليه حق انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، وحق المؤجر في تملك ثمن الإجارة، كما ترتب عليه إلزام كل منهما بتنفيذ هذا العقد بكل الوسائل المتاحة .

(١) الجرجاني، " التعريفات "، ص ٩ .

(٢) الزرقا، " المدخل الفقهي العام "، ٣٩/١ .

(٣) الزرقا، " المدخل الفقهي العام "، ٤٠/١ .

(٤) الكاساني، " بدائع الصنائع "، ٢١٦/٧، ٢٣٥ . محمد قدري، " مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان "،

المادة (٤٢٧، ٤٢٨) ص ٧٩، ٨٠ .

(٥) الزرقا، " المدخل الفقهي العام "، ٤١/١ .

ثانياً : إنه عند اختلاف المتعاقدين في تنفيذ بعض الالتزامات العقدية تعتبر الالتزامات غير منفذة, حتى يُثبت الملتزم بها أنه قد نفذها , فلو أنكر المشتري مثلاً قبض المبيع, كان على البائع إثبات التسليم ,ولو أنكر البائع قبض الثمن, كان على المشتري إثبات التسليم^(١) .

وبهذا يتبين أن للعقود أسباب تترتب عند وجودها الآثار التي حكم الشارع بوجودها عند وجود أسبابها؛ بمعنى أن الشارع الحكيم هو الذي نظم آثار كل عقد, بحيث يعتبر العاقد مكلفاً بها دون حاجة إلى اشتراطها عليه صراحة من قبل الطرف الآخر, كما لا يمكن للعاقدين تجاوزها وإن تراضيا, فلا يجوز الاتفاق بينهما على أن لا ينقل عقد البيع بينهما الملكية مثلاً؛ إذ الآثار المترتبة عليه ليست من نتاج الإرادة, وإنما هي جعلية بترتب الشارع الحكيم, فما العقد إلا سبب ظاهري تترتب عليه آثاره التي حكم الشارع بوجودها عند تحققه, وانعقاده صحيحاً .

فدور الإرادة في الفقه الإسلامي يقف عند إنشاء العقد فقط, لا في إعطاء أحكامه وآثاره, إذ مقتضيات العقود كلها من أعمال الشارع, لا من أعمال العاقد^(٢) .

وعلى هذا؛ فيستغني العاقدان عن ذكر هذا النوع من الالتزامات في كل عقد, اعتماداً على ما قرره الشارع وأمر به, وما سوى ذلك من الالتزامات لا يجب إلا إذا اشترطه أحد العاقدين في العقد؛ كما لو اشترط البائع عدم ضمان ما يظهر في المبيع من عيوب خفية^(٣) .

ومن هنا رأيت بحث التزامات البائع والمؤجر أولاً , ثم التزامات المشتري والمستأجر ثانياً في مبحثين على النحو الآتي :

(١) الزرقا, " المدخل الفقهي العام " و ٤٤١/١ وما بعدها .
(٢) أبو زهرة, " الملكية ونظرية العقد " , ص ٢٥١ وما بعدها .
(٣) الزرقا, " المدخل الفقهي العام " و ٤٤٣/١ .

المبحث الأول

التزامات البائع والمؤجر وطرائق تنفيذها

يعرّف عقد البيع بأنه : " مبادلة المال بالمال تملكاً وتملياً " ^(١) , كما تعرّف الإجارة بأنها : " بيع المنافع " ^(٢) , ومن هذين التعريفين يمكن القول : إنّ أهم أثر من آثار هذين العقدين؛ هو التزام البائع والمؤجر بنقل ملكية المبيع للمشتري والمنفعة للمستأجر مقابل الثمن الذي يتم الاتفاق عليه, ويقوم المشتري والمستأجر بتسليمه للبائع والمؤجر, ليقوم الأخيران بتسليم المعقود عليه للمشتري وللمستأجر ونقل ملكيته إليهما؛ ممّا يعني تنازل كل طرف من أطراف العقد عن ملكية الشيء الذي بحوزته للطرف الآخر بمجرد إتمام العقد وإبرامه .

فعقدا البيع والإجارة عقدان ملزمان لأطرافهما, وينشئان التزامات متقابلة تتفرع عن الأثر الأصلي للعقد , نتناولها في المطالب الآتية :

المطلب الأول

التزام البائع والمؤجر بتسليم المعقود عليه

إن التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري هو أهم التزام عملي في عقد البيع, وكذا التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة بالنسبة لعقد الإيجار, ويتمّ تنفيذ هذا الالتزام بطرق متعددة, وسوف يتمّ بحث ما يتعلق بالتزام البائع وكذا المؤجر بتسليم المبيع والعين المؤجرة في الفروع الآتية :

الفروع الأولى

مفهوم التسليم والقبض

تسليم الشيء لغة يعني : إعطاؤه, يقال : سلّم إليه الشيء فتسلمه , أي : أعطاه إياه فتناوله وأخذه ^(٣) , ويقال : سلم فلان لفلان, أي : خلص له, ؛ فتسليم المبيع إلى المشتري: هو جعل المبيع سالماً للمشتري؛ أي : خالصاً بحيث لا ينازعه فيه غيره ^(٤) ,

(١) ابن قدامة, " المغني " , ٣/٤ .

(٢) الموصلي, " الاختيار لتعليل المختار " , ٣٠٨/١ . ابن قدامة, " المغني " , ٧/٦ .

(٣) الرازي, " مختار الصحاح " , ص ٣١١ . الفيروزآبادي, " القاموس المحيط " , ص ١٤٤٨ .

(٤) الكاساني, " بدائع الصنائع " , ١٣٧/٧ .

وهو قريب من معنى التخلية كما سيأتي , حتى إنّ الحنفية قالوا : التسليم عندنا هو التخلية .

وفي القانون التسليم هو : " وضع المبيع تحت تصرف المشتري , بحيث يتمكن من حيازته , والانتفاع به دون عائق , ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك , ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الأشياء " (١). (٢) والتخلية تعني: أن يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع ولا حائل , مع الأذن له بالقبض " (٣)

وأما القبض لغة : فهو الأخذ , يقال: قبضت مالي قبضاً أي: أخذته , وتقبيض المال : إعطاؤه لمن يأخذه , والقبض تحويلك المتاع إلى حيزك , وقال ابن الأعرابي: " القبض قبولك المتاع وإن لم تحوِّله , والقبض: التناول للشيء بيدك ملامسة .. ويقال: صار الشيء في قبضك وفي قبضتك؛ أي: في ملكك " (٤) .

وخلاصة معانية تدور حول : الأخذ , والإعطاء , وقبول المتاع وإن لم يحوّل , وتحويل المتاع إلى الحيز , والتمكك , ونحو ذلك .

وفي الاصطلاح اختلف رأى الفقهاء في تحديد مفهومه تبعاً لوجهات نظرهم المختلفة في كيفية تمام القبض؛

فعد الحنفية كما يقول الكاساني : " التسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلي ؛ وهو أن يخلي البائع بين المبيع والمشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري فيه من التصرف فيه , فيجعل البائع مسلماً للمبيع , والمشتري قابضاً له , وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع " (٥) .

وعند المالكية : القبض هو التخلية من حيث المبدأ (٦) .

(١) محسن شفيق, " اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع " , ص ١٣٤ .
(٢) جاء في الفقرة (١) , المادة (٤٩٤) من القانون المدني الأردني ما نصّه : يتم تسليم المبيع إمّا بالفعل , أو بأن يخلي البائع بين المبيع والمشتري مع الإذن بقبضه , وعدم وجود مانع يحل دون حيازته وجاء في الفقرة (٢) : " ويكون تسليم كل شيء حسب طبيعته , ويختلف باختلاف حاله " . ص ١٣٣ .
(٣) وهبة الزحيلي, " الفقه الإسلامي ودلالاته " , ٤/١٨ .
(٤) ابن منظور, " لسان العرب " , ٧/٢١٣ , ٢١٤ . الرازي " مختار الصحاح " , ص ٥١٩ .
(٥) الكسائي, " بدائع الصنائع " , ٧/٢٣٦ .
(٦) الدسوقي, " حاشية الدسوقي " , ٣/١٤٥ .

وعند الشافعية كما يقول الشيرازي : " والقبض فيما ينقل النقل... وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل أو ان الجذاذ التخلية "(١) .

وعند الحنابلة كما جاء في المغني : " وقبض كل شيء بحسبه, فإن كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا فقبضه بكيله ووزنه "(٢) .

والذي يبدو أن التسليم والقبض هما التخلية بين مستحق الشيء وحقه على وجه يتمكن من التصرف فيه من غير حائل ولا مانع حسب العرف, ولو لم يتسلمها الطرف الآخر حقيقة؛ ذلك أن القبض والتسليم لم يرد لهما في الشرع ولا في اللغة معنى خاصاً محدداً , فكان المرجع فيهما إلى عرف الناس فيما اعتادوه تسليماً وقبضاً للأشياء .

قال ابن تيمية : " وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع, فالمرجع فيه إلى عرف الناس كالقبض المذكور في قوله صلى الله عليه وسلم (من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه)" (٣) .

الفرع الثاني

كيفية التسليم والقبض

تختلف كيفية قبض وتسليم الأشياء باختلاف حالها وأوصافها, وهي في الجملة نوعان: عقار ومنقول :

(أ) كيفية قبض العقار (٤) :

اتفق الفقهاء (٥) على أن قبض العقار يكون بالتخلية والتمكين من اليد والتصرف, فإن لم يتمكن منه بأن منعه شخص آخر من وضع يده عليه, فلا تعتبر التخلية قبضاً . كما اشترط الحنفية أن يكون العقار قريباً, فإن كان بعيداً فلا تعتبر التخلية قبضاً, ثم إنهم نصوا على أن العقار إذا كان له قفل فيكفي في قبضه تسليم المفتاح مع تخليته, بحيث يتهيأ له فتحه من غير تكلف .

(١) النووي, " المجموع في شرح المذهب ", ٣٣٣/٩ .

(٢) ابن قدامة, " المغني ", ٢٣٨/٤ .

(٣) ابن تيمية, " مجموعة الفتاوى ", ١٢/١٥ .

(٤) العقار : كل ما له أصل ثابت, ولا يمكن نقله وتحويله . محمد قدري, " مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ", المادة (٢) , ص ٣ . مجلة الأحكام العدلية , المادة (١٢٩) , ص ١٠٣ .

(٥) ابن عابدين, " حاشية رد المختار على الدر المختار ", ٩٦/٧ وما بعدها . الحطاب, " مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ", ٤١٣/٦ . الشرييني " مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ", ٧٢/٢ . البهوتي, " كشف القناع عن متن الإقناع ", ١٤٧٣/٢ .

(ب) كيفية قبض المنقول^(١) :

اختلف الفقهاء في كيفية قبض المنقول على النحو الآتي :

ذهب الحنفية^(٢) إلى أن قبضه يكون بالتناول باليد، أو التخلية على وجه التمكين .

وقد استدلوا بما رواه البخاري عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : كنا مع رسول الله - عليه الصلاة والسلام - في سفر، فكننت على بكر صعب - لعمر رضي الله عنه - ، فكان يغلبني ، فيتقدم فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم - " بعنيه " ، قال : هو لك يا رسول الله ، " فباعه من رسول الله ، فقال رسول الله - عليه الصلاة والسلام : " هو لك يا عبد الله بن عمر ، تصنع به ما شئت " ^(٣) .

وجه الاستدلال بهذا الحديث : أن الجمل دخل في ملكية رسول الله عليه الصلاة والسلام بمجرد العقد مع أنه منقول، فلو كان النقل الفعلي شرطاً لأخذه الرسول أولاً، ثم يهبه لابن عمر .

قال ابن حجر : " وقد احتج به للمالكية والحنفية في أن القبض في جميع الأشياء بالتخلية، وإليه مال البخاري " ^(٤) .

كما احتجوا بما رواه البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - في حديث الهجرة؛ وفيه أن أبا بكر - رضي الله عنه - قال : يا رسول الله - صلى الله عليه وسلم : " إن عندي ناقتين أعددتهم للخروج، فخذ إحداهما، قال : " قد أخذتها بالثمن " ^(٥) .

قال ابن حجر : " قال المهلب : وجه الاستدلال به أن قوله : " أخذتها " لم يكن أخذاً باليد، ولا بحيازة عينها، وإنما كان التزاماً منه لا بتياعها بالثمن، وإخراجها عن ملك أبي بكر، وقال ابن المنير : مطابقة الحديث للترجمة من جهة أن البخاري أراد أن يحقق

(١) المنقول : هو ما يمكن نقله وتحويله؛ فيشمل النقود، والعروض، والحيوانات، والسيارات، والمكيات، والموزونات، وما أشبه ذلك . محمد قدري، "مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان"، المادة (٣)، ص ٣ . مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٢٨)، ص ١٠٣ .

(٢) ابن عابدين، " حاشية رد المحتار على الدر المختار "، ٩٦/٧ .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب : إذا اشترى شيئا فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ، ولم ينكر البائع على المشتري، أو اشترى عبدا فاعتقه، حديث رقم ٢١١٥، ص ٢٣٩ .

(٤) ابن حجر، " فتح الباري بشرح صحيح البخاري "، ٦٤/٥ .

(٥) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب : إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع، أو مات قبل أن يقبض، حديث رقم ٢١٣٨، ص ٢٤١ .

انتقال الضمان في الدابة ونحوها إلى المشتري بنفس العقد, فاستدل لذلك بقوله : " أخذتها بالثمن ", وقد علم أنه لم يقبضها, بل أبقاها عند أبي بكر ^(١) .

وأما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى التفريق بين المنقولات فيما يعتبر قبضاً لها على النحو الآتي :

الحالة الأولى : أن يكون ممّا لا يُعتبر فيه تقدير كيل أو وزن أو ذرع أو عدّ؛ إمّا لعدم إمكانه, أو مع إمكانه لكنه لم يراع فيه؛ كالأمّعة, والعروض, والصبرة تباع حزافاً ^(٢) , وفي هذه الحالة اختلف المالكية مع الشافعية والحنابلة في كيفية قبضه على قولين :

والقول الأول :- للمالكية ^(٣) : وهو أنه يرجع في كيفية قبضه إلى العرف .
القول الثاني للشافعية ^(٤) والحنابلة ^(٥) : وهو أن قبضه يكون بنقله وتحويله , وقد استدلوا بالأحاديث الواردة الدالة على أن القبض لا يتمّ فيما يباع حزافاً إلا بالنقل والتحويل, منها حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال : كنا نشترى الطعام من الركبان حزافاً , فنهانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن نبيعه حتى ننقله من مكانه ^(٦) , وقيس على الطعام غيره ^(٧) .

الحالة الثانية : أن يكون ممّا يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عدّ؛ كمن اشترى صبرة حنطة كيلاً, أو متاعاً وزناً.
في هذه الحالة اتفق الجمهور ^(٨) على أن قبضه يكون باستيفائه ممّا يقدر فيه من كيل أو وزن أو ذرع أو عدّ .

(١) ابن حجر, " فتح الباري بشرح صحيح البخاري ", ٨٥/٥ .
(٢) قال النووي : " الحزاف بكسر الجيم وضمها وفتحها, ثلاث لغات الكسر أفصح وأشهر , وهو البيع بلا كيل ولا وزن ولا تقدير " . (المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج, ٤١١/٥) .
(٣) الحطاب, " مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ", ١٣/٦ .
(٤) الشربيني, " مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ", ٧٢/٢ .
(٥) البهوتي, " كشف القناع عن متن الإقناع ", ١٤٧٣/٢ .
(٦) أخرجه مسلم في كتاب البيوع, باب : بطلان بيع المبيع قبل القبض , حديث رقم ١٥٢٥ , ١١٦٠/٣ .
(٧) روى البخاري بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : " ولا أحسب كل شيء إلا مثله - أي الطعام - " , كتاب البيوع, باب : بيع الطعام قبل أن يقبض, وبيع ما ليس عندك , حديث رقم ٢١٣٥ , ص ٢٤١ . ورواه مسلم عنه في كتاب البيوع, باب : بطلان بيع المبيع قبل القبض , حديث رقم ١٥٢٥ , ١١٥٩/٣ .
(٨) الدسوقي, " حاشية الدسوقي ", ١٤٤/٣ . الشربيني, " مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ", ٧٣/٢ . ابن قدامة, " المغني ", ٢٣٨/٤ .

وقد احتجوا بعدة أحاديث منها : ما رواه البخاري تعليقا عن عثمان - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - قال له : " إذا بعث فكل , وإذا ابتعت فاكتل"^(١) , وما أخرجه مسلم بسنده عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " من ابتاع طعاماً , فلا يبيعه حتى يكتاله"^(٢) .
الترجيح :

والذي يظهر رجحانه أن القبض هو التخلية برفع الحائل بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن فيه المشتري من التصرف فيه , ولو لم يقبضه حقيقة عدا الطعام؛ حيث تدل الأدلة على وجوب نقله وتحويله إذا كان قد بيع جزافاً , أو كيله ووزنه إذا كان قد بيع بالكيل أو الوزن , جمعاً بين الأدلة .

وعلى أية حال فلا يشترط أن يتسلم المشتري بالفعل المعقود عليه حتى في الطعام؛ حيث إن البائع إذا كاله له , أو وزنه , أو حوله إليه , أو أودعه في سيارته فإن القبض يكون قد تم , وأما في غير الطعام فمجرد التخلية يكفي , وإن لم يكن القبض متحققاً حساً في الواقع؛ وذلك أنه لو اشترط التسليم أو القبض الحقيقي من المشتري فإنه قد يتعسف في استعمال حقه فلا يتسلمه^(٣) .

وقد أوضح الكاساني هذا المعنى بصورة رائعة فقال : " فأما الإقباض فليس في وسعه أي البائع -؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض , فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب , وهذا لا يجوز"^(٤) .

وبتطبيق ما تقرّر في معنى التسليم وكيفيته على عقدي البيع والإيجار المبرمان عبر الإنترنت , أرى أن المبيع إذا كان عبارة عن برامج إلكترونية للكمبيوتر , أو كتب ومعلومات على شكل بيانات رقمية , فهذه يمكن تسليمها وقبضها عبر الإنترنت عن طريق تحميلها وتنصيبها مباشرة من الموقع على الجهاز الشخصي للمشتري أو للمستأجر , أو إرسالها إلى بريده الإلكتروني , وهذا كما يقول ابن قدامة : " وقبض كل شيء يحسبه"^(٥) .

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع , باب : الكيل على البائع والمعطي , ص ٢٤٠ .
(٢) أخرجه مسلم في كتاب البيوع , باب : بطلان المبيع قبل قبضه , حديث رقم ١٥٢٥ , ١١٥٩/٣ .
(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع , باب : الكيل على البائع والمعطي , ص ٢٤٠ .
(٤) الكاساني , " بدائع الصنائع " , ٢٣٧/٧ .
(٥) ابن قدامة , " المغني " , ٢٣٨/٤ .

أما إذا كانت السلع المباعة أو المستأجرة عبارة عن أجهزة كهربائية، أو أدوات طبية، أو مواد تموينية... إلخ، فإن تسليمها يكون حسب اتفاق الطرفين، ووفقاً للعرف وللشروط المذكورة في بنود العقد؛ فلو تم عقد صفقة عن طريق الإنترنت بين مشتري من الأردن مثلاً مع مورد (بائع) لأجهزة الكمبيوتر في مصر، على أن يتم التسليم في ميناء الوصول، فهذا يعني أن البائع ملزم بشحن البضاعة على السفينة التي يتفق عليها الطرفان، ولا يتم تسليم البضاعة إلا بعد وصول السفينة إلى الميناء المعينة في العقد. ويترتب على هذا أن البضاعة تكون في ضمان البائع إلى أن يتسلمها المشتري، فإذا هلك في الطريق هلكت على البائع ولا تدخل في ضمان المشتري إلا بعد وصول السفينة إلى الميناء، وتسلمه البضاعة تسليماً حقيقياً أو حكماً؛ بأن يكون متمكناً من التسليم ولو لم يتسلم بالفعل.

وهذا هو مضمون المادة (٢٩٣) من مجلة الأحكام العدلية: "المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع، ولا شيء على المشتري" (١). كما لا يجوز لمشتري البضاعة في هذه الصورة أن يبيعها قبل أن تصل السفينة إلى الميناء؛ لأن المشتري لا يجوز له أن يبيع سلعة إلا إذا قبضها، وكان مالاً لها عملاً بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه" (٢)، ويتم تسلمه وقبضه للبضاعة على النحو الذي تقدم.

أما لو اتفقا على أن يتم تسليم البضاعة للمشتري أو وكيله بعد أن ينقلها البائع إلى الميناء، ويشحنها على السفينة المعينة، ففي هذه الحالة يعتبر المشتري متسليماً للبضاعة في ميناء التصدير، وتدخل في ضمانه، ويتحمل تبعه هلاكها في الطريق، وبالتالي يجوز له بيعها وهي في الطريق على ظهر السفينة، ويتم البيع بينه وبين المشتري الجديد بتسلمه سند الشحن؛ لأن هذا السند يمثل البضاعة في العرف التجاري، ويعتبر المشتري المستورد قابضاً لها وإن لم يتم التسلم الفعلي (٣).

(١) مجلة الأحكام العدلية، ص ١٣٦.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض، ويبيع ما ليس عندك، حديث رقم ٢١٣٦، ص ٢٤١، وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب: بطلان المبيع قبل القبض، حديث رقم ١٥٢٥، ١١٦٠/٣.

(٣) على أحمد السالوس، "فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر"، الطبعة الأولى، دار الثقافة - قطر، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ٣٨٩/١. محسن شفيق، "الوسيط في القانون التجاري المصري/ البيوع البحرية والشحن" الطبعة الثانية، مطبعة اتحاد الجامعات، تاريخ الطبع غير مذكور، ٣٨/٢ وما بعدها.

وهذا مضمون المادة (٢٩٤) من مجلة الأحكام العدلية : " إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري , ولا شيء على البائع " (١) .

هذا ويشمل التسليم ملحقات الشيء , وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء والعرف (٢) , ولعلّ أهم الملحقات في المجال الإلكتروني تزويد المشتري بالمستندات التي توضح كيفية عمل الأجهزة , والمعدات , والبرامج , وأساليب الصيانة والتطوير , وتتمثل هذه المستندات في صورة كتيبات , أو أقراص مدمجة , أو معلومات تُنقل عبر الشبكة , أو دورات تدريبية (٣) .

الفرع الثالث

مكان التسليم وزمانه

الأصل أن يُسلم المبيع في المكان الذي وُجد فيه وقت البيع , وإذا اشترط تسليم المبيع في مكان معين , يجب الوفاء بالشرط .

وقد نظمت مجلة الأحكام العدلية هذه القواعد والأحكام في المواد ٢٨٥ , ٢٨٦ , ٢٨٧ , حيث نصت المادة (٢٨٥) على أن : " مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه " .

ونصت المادة (٢٨٦) على أنه : " إذا كان المشتري لا يعلم أن المبيع في أي محل وقت العقد , وعلم به بعد ذلك , كان مخيراً ; إن شاء فسخ البيع , وإن شاء أمضاه وقبض المبيع حيث كان موجوداً " .

ونصت المادة (٢٨٧) على أنه : " إذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا , لزم تسليمه في المحل المذكور " (٤) .

وبتطبيق هذه الأحكام على عقد التجارة الإلكترونية يجب التمييز بين السلع التي تباع وتنقل إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت , وبين السلع المادية التي يجب تسليمها في مكان يتم الاتفاق عليه .

(١) مجلة الأحكام العدلية , ص ١٣٦ .

(٢) محمد قدري , " مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان " , المادة (٤٦٩) , ص ٨١ .

(٣) محمد منصور , " المسؤولية الإلكترونية " , ص ٩٧ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية , ص ١٣٤ . محمد قدري , " مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان " , ص ٨٣ .

ففي الحالة الأولى : يتم تسليم السلعة على الشبكة نفسها, كبيع برامج الحاسوب , بينما في الحالة الثانية : ترسل السلعة إلى العنوان المحدد , فيتم تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع في المكان المتفق عليه في العقد, وغالباً ما يرسل المبيع إلى العنوان الذي يحدده المشتري .

وبذلك يتضح أنّ زمان تسليم المبيع ومكانه يحدده العقد, وفي العادة يكون زمان تسليم المبيع ومكانه هو زمان تسلّمه ومكانه, ولكن إذا لم يتمّ تحديد ذلك في العقد وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت البيع, وهذا ما نصت عليه المادة (٢٨٥) من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها : " مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه " (١) , إلا إذا اقتضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري أو تصديره إليه , فإنه يجب العمل بمقتضاه (٢) , وهكذا نرجع إلى القاعدة الفقهية والتي قضت بأنّ " العادة محكمة " (٣) .

الفرع الرابع

نفقات المبيع

جاءت المادتان (٢٩٠ , ٢٨٩) من مجلة الأحكام العدلية مبينة من تلزمه النفقات؛ فنصت على أنّ : " المصاريف المتعلقة بالثمن تلزم المشتري , والمصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البائع وحده , بخلاف الأشياء المباعة جزافاً فإنّ مؤنتها ومصاريفها على المشتري؛ فمثلاً لو بيعت ثمرة كرم جزافاً كانت أجره قطع تلك الثمرة وجزؤها على المشتري, أمّا لو بيعت كيلاً أو وزناً مثلاً فإنّ الأجرة عندئذ على البائع؛ لأنّ الكيل والوزن من لوازم تسليم المبيع " .

ونصت المادة (٢٩١) على : " أن ما يباع محمولاً على الحيوان؛ كالحطب, والفحم, تكون أجرة نقله وإيصاله إلى بيت المشتري جارية على حسب عُرف البلدة وعاداتها " (٤) .

(١) مجلة الأحكام العدلية , ص ١٣٤ .

(٢) ينظر المادة (٤٩٩) من القانون المدني الأردني , ص ١٣٤ .

(٣) ابن نجيم, " الأشباه والنظائر " , ص ١١٥ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية , ص ١٣٥ . محمد قدري, " مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان " , ص ٨٨ .

وبناءً على هذا فإنّ البائع والمؤجر عبر الإنترنت ما دام مدينًا بالتسليم فإنه يتحمل مصاريفه، وأيّ تكاليف أخرى إلى أن يتمّ تسليمه، إلا إذا وُجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك؛ فكأن يتفق البائع والمشتري على أن يكون تسليم المبيع خالصاً مع رسوم نقل المبيع إلى مكان تسلّمه، وهذا مضمون المادة (٢٩١) من المجلة العدلية .

وعليه؛ فإذا كان مكان التسليم المتفق عليه هو مخازن المشتري، فعلى البائع تحمّل مصاريف توصيل المبيع إلى المخازن، وإذا كان ميناء الوصول فإنّ المشتري هو الذي يتحمل تكاليف النقل إلى الميناء .

ومن الخطأ تحميل المشتري قيمة بوليصة الشحن ما لم يكن مكان التسليم هو ميناء التصدير، وليس ميناء الوصول، ففي هذه الحالة لا يتحمل البائع شيئاً بعد التوصيل إلى الميناء، بل قد يتمّ التسليم إلى المشتري أو وكيله في مكان ما في بلد التصدير، فيتحمّل المشتري أو وكيله جميع التكاليف بعد التسليم والقبض^(١) .

وهكذا فإنّ جميع التكاليف قبل التسليم والقبض على البائع، وبعده على المشتري .

المطلب الثاني

التزام البائع بضمان العيب

يولد عقد البيع إلى جانب التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري التزاماً آخر بضمانه له، إذا وجد بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو منفعته؛ وكذا الأمر في عقد الإيجار؛ ذلك لأنّ السلامة من العيوب من مقتضيات العقد، لتوقف الانتفاع الكامل عليها، وهو مقصود للعاقدين من العقد، فإذا فانت سلامة المبيع لوجود عيب، فقد أثبت الشارع للعاقدين حرية الإبقاء على العقد أو إلغائه، فإذا رضي أمضى العقد، وإن أبى أبطله .

ومن هنا نجد الشارع في أحاديث كثيرة يرشد المتعاملين بالبيع إلى أن يكشفوا عما في سلعهم من عيوب، حتى لا يلحقوا الضرر بمن تعامل معهم، وقد رفعت إلى رسول الله - عليه الصلاة والسلام - خصومة بين اثنين، ابتاع أحدهما من صاحبه غلاماً، فلما أقام عنده مدة من الزمن وجد به عيباً، فأراد أن يرده إلى من اشتراه منه

(١) على أحمد السالوس، " فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر " ٩٥/١ . محمد منصور، " المسؤولية الإلكترونية "، ص ٩٨ .

فأبى الآخر، فأمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بردّ الغلام على مالكه الأول، فقال البائع : لقد استغل غلامي يا رسول الله، فقال له رسول الله: " الخراج بالضمان "(١)

وقد اختلف الفقهاء في تحديد العيب الى عدة آراء:-

عرفه الحنابلة^(٢) بأنه : " كل ما أنقص الثمن في عادة التجار "، وعرفه المالكية بأنه : " ما ينقص الثمن أو المبيع أو التصرف أو تخاف عاقبته؛ كعور المبيع، وقطع ولو أنملة منه... "(٣).

وعرفه الشافعية^(٤) بأنه: " ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح، إذا غلب في جنس المبيع عدمه "(٥)، وعرف الحنابلة العيب بأنه: "نقص عين المبيع كخصاء ولو لم تنقص به القيمة، أو نقص قيمة عادة في عرف التجار، وإن لم تنقص عينه "(٦).

من خلال هذه التعاريف يلاحظ أنّ الفقهاء متفقون على ماهية العيب؛ وهو ما ينقص قيمة السلعة أو عينها، والذي يقرّر ذلك هو عرف التجار .

ضابط العيب الموجب للضمان :

ذكر ابن نجيم في " البحر الرائق " ستة ضوابط للعيب الموجب للضمان هي^(٧):

١ - أن يكون العيب موجوداً في محل العقد قبل أن يتسلمه المشتري، سواء أكان وجوده سابقاً على العقد، أم وجد بعد العقد وقبل التسليم، أمّا إذا ظهر العيب عند

(١) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، حديث رقم ١٢٨٥، ٣٠٤/٢ . وأخرجه ابن ماجه في كتاب التجارات ، باب : الخراج بالضمان، حديث رقم ٢٢٤٣ ، ٦٣/٣ . وأبو داود (ت٢٧٥هـ) في السنن في كتاب البيوع، باب : فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً ، حديث رقم ٣٥٠٢ ، تحقيق محمد عوامة، الطبعة الأولى مؤسسة الريان- بيروت، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ١٨٣/٤ . وأحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ) في المسند، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، ٢٧٢/٤٠ . والحديث صححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه " ، ٢٢/٢ .

(٢) الموصلي، " الاختيار لتعليل المختار " ، ٢٦٨/١ .

(٣) الدسوقي، " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " ، ١٠٨/٣ .

(٤) أبو بكر بن محمد الحصري (ت٨٢٩هـ)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، الطبعة الأولى، دار المعرفة- بيروت ، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م ، ص ٣١٩ .

(٥) ابن قدامة، " المغني " ، ٢٦٣/٤ .

(٦) البهوتي، " كشف القناع عن متن الإقناع " ، ١٤٤٥/٢ .

(٧) ابن نجيم، " البحر الرائق " ، ٥٩/٦ .

المشتري والمبيع عنده فهو على ضمان المشتري؛ لأنّ المعقود وصل إلى يده سليماً وهو ما يقتضيه العقد، فلا معنى لردّه بالعيب في هذه الحالة .

٢- أن لا يعلم به المشتري عند البيع .

٣- أن لا يعلم به عند القبض .

٤- أن لا يتمكن من إزالته بلا مشقة ، وإلا لم يكن عيباً، كالنجاسة، أو الوسخ في ثوب لا يضره الغسل .

٥- أن لا يشترط البراءة منه خصوصاً، أو من العيوب عموماً .

٦- أن لا يزول قبل الفسخ، فإن زال ليس له الرد؛ مثل بياض العين إذا انجلى، والحمى إذا زالت .

فإذا ثبت العيب كان للمشتري ردّ المبيع على التفصيل الآتي :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(١) ، والمالكية^(٢) ، والشافعية^(٣) إلى أن المشتري إذا وجد المبيع معيباً، تخير بين أمرين : إما أن يأخذه معيباً دون أن يستحقّ الأرض^(٤) ، أو أن يرده ويسترد الثمن .

وقال الحنابلة^(٥) : من اشترى معيباً لم يعلم عيبه، ثم علم فله الخيار بين الرد وأخذ الثمن، أو الإمساك مع أخذ الأرض .

والذي يظهر رجحانه هو رأي الجمهور، لأنّ المشتري دفع الثمن ليتسلم مبيعاً سليماً من العيوب، ولم يتحقق ذلك فله رد المبيع ويأخذ الثمن، وهذا هو العدل؛ فإن شاء أن يستبقي المبيع المعيب فله الخيار دون استحقاق الأرض، وهذا أسلم حتى لا يكون الردّ مع الأرض ذريعة لتقدير الأرض زيادة على المعتاد - لا سيما مع عدم توافر أهل الخبرة لكل سلعة - . ويثور تساؤل هل يجب الرد بالعيب على الفور بمجرد ظهور العيب، أم على التراخي ؟ اختلف رأى الفقهاء فى ذلك الى قولين كالتالى:-

(١) الكاساني، "بدائع الصنائع"، ١٦٧/٧ .
(٢) ابن رشد: "بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، ١٨٠/٢ . محمد بن أحمد بن جزي (ت ١٧٤١هـ)، "القوانين الفقهية"، دار القلم - بيروت، تاريخ الطبع غير مذكور، ص ١٧٦ .
(٣) الشربيني، "مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج"، ٥٢/٢ . النووي، "روضة الطالبين"، طبعة خاصة، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ١٤٠/٣ .
(٤) الأرض : "ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب"، سعدى أبو حبيب، "القاموس الفقهي"، الطبعة الأولى، دار الفكر، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص ١٩ .
(٥) ابن قدامة، "المغني"، ٢٥٨/٤ ، ٢٥٩ . البهوتي، "كشف القناع عن متن الإقناع"، ١٤٤٧/٢ .

القول الأول:- وهو ما ذهب الحنفية^(١) والحنابلة^(٢) قالوا بعدم اشتراط الفورية وأجازوه على التراخي؛ فمتى ثبت الحق استمر، وله أن يستعمله في أي وقت شاء طال الوقت أو قصر ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا بالعيب؛ لأنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كالقصاص، ولا يدل مجرد الإمساك على الرضا به .

القول الثاني:-

وهو ما ذهب اليه المالكية^(٣) والشافعية^(٤) قالوا باشتراط أن يكون الرد على الفور وقالوا : إن تأخير الردّ بدون عذر مُسقط لحقه في الردّ، إلا أنّ المالكية أجازوا التأخير ليوم أو يومين فقط بعد أن يحلف على أن سكوته ليس رضا بالعيب، وإن طلب الردّ بعد أكثر من يومين فلا يجاب ولو مع اليمين، أمّا التأخير لأقل من يوم أو لعذر فلا يمنع الردّ مطلقاً، وبعضهم فوّضه إلى العرف؛ فما تعارفه الناس تراضيا في الردّ يسقط الردّ. وما لم يتعارفوه يكون غير مُسقط له.

وحجتهم أنّ عدم ردّ المبيع بعد مضي مدة يتمكن فيها من الردّ دليل على الرغبة في إمساك المبيع .

والراجح هو رأي من اشترط فورية الردّ بعد العلم بالعيب أصحاب القول الثاني، حتى تنضبط معاملات الناس مع كثرتها وتنوعها في هذا العصر؛ إذ التأخير في الردّ بلا عذر يفتح باباً للخصومات، وإنكار العيوب .

وبتطبيق هذه الأحكام على عقد البيع أو الإيجار عبر الإنترنت يتضح أنّ العيب كما يوجد في عقد البيع أو الإيجار التقليدي كذلك يوجد في عقد البيع أو الإيجار الإلكتروني، ويقع على عاتق البائع والمؤجر الالتزام بضمان العيب إذا ظهر في المبيع أو العين المؤجرة على النحو الذي تقدم؛ لأنّ الهدف من هذا الالتزام هو تمكين المشتري والمستأجر من الحصول على المنفعة الكاملة من الشيء المبيع والمستأجر، وهذا حكم لا يختلف باختلاف طبيعة المعاملة .

(١) الكاساني، "بدائع الصنائع"، ١٦٧/٧ .

(٢) ابن قدامة، "المغني"، ٢٥٨/٤ .

(٣) الدسوقي، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير"، ١٢١/٣ . العدوي، "حاضية العدوي"، ١٩٨/٢ .

(٤) الشربيني، "مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج"، ٥٩/٢ . الحصي، "كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار"، ص ٣٢٠ .

إلا إنّ الصعوبة تكمن في كيفية تحديد وإثبات وجود العيب في الشيء المبّيع وقدمه فيما إذا كان المبّيع برامج حاسوبية مثلاً؛ فمن غير السهل على المشتري تحديد العيب الذي قد يتواجد في البرنامج؛ لأنه على درجة قليلة من الدراية والمعرفة بأصول البرمجة، كما لا يعني ظهور الصعوبات والمشكلات أثناء تشغيل البرنامج وجود عيب فيه؛ فربما أنّ البرنامج المراد تشغيله لا يعمل وفق نظام التشغيل (Windows ٩٨). ويحتاج إلى نظام (Windows xp) ليعمل، لذا فهو يبطل تفعيل البرنامج وتنصيبه على جهاز المشتري أو المستأجر .

وهكذا فإنّ اكتشاف العيب، ومعرفة أسباب عدم أداء البرنامج لوظيفته تحتاج إلى خبراء وفنيين في مجال البرمجة .

وعلى هذا فلو ادّعى المشتري مثلاً بأنّ برامج الكمبيوتر التي اشتراها معيبة، ولا تحقق المنفعة المرجوة منها، عندئذ يجب على المشتري أن يثبت بالبينة وجود العيب الذي يقلل من كفاءة البرنامج، وعدم حدوثه عنده، وأنه لو كان عالماً بهذا العيب لما أقدم على الشراء أو الاستئجار، فإن لم يتمكن من إثبات ذلك، يستشير أهل الخبرة بالبرمجة وينفذ الحكم بمقتضى أقوالهم، وإلا فالقول قول البائع مع يمينه^(١) .

المطلب الثالث

التزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة

لما كان عقد الإجارة من العقود الزمنية المستمرة، كان التزام المؤجر مستمراً مع استمرار العقد، ولا يتوقف عند تسليم الشيء المؤجر للمستأجر، إنما يقع على عاتق المؤجر مسؤولية صيانة العين المؤجرة طوال فترة الإجارة؛ وذلك لتبقي العين المؤجرة سليمة، وتحقيقاً للغرض الذي من أجله أبرم العقد^(٢) .

وبناءً على هذا فلو استأجرت شركة برنامجاً معيناً مثلاً، و تم ابتكار فيروس لهدف مهاجمته وتعطيله، فيقع على عاتق الشركة المؤجرة تزويد المستأجر ببرامج حديثة قادرة على مكافحة وطرد هذا النوع الجديد من الفيروسات، وذلك من أجل ضمان انتفاعه بالبرنامج انتفاعاً هادئاً .

(١) ابن جزى، " القوانين الفقهية "، ص ١٧٥ .

(٢) وهبة الزحيلي، " الفقه الإسلامي وأدلته "، ٧٦٤/٤ .

المبحث الثاني

التزامات المشتري والمستأجر

تقدم أنّ أهم أثر من آثار عقدي البيع والإجارة هو إلزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري إلى المشتري, وتسليمه إليه, ويقابله إلزام المشتري بنقل ملكية الثمن, وتسليمه إلى البائع, وكذلك التزام المؤجر بتمليك المنفعة للمستأجر مؤقتاً, وتسليمه المأجور, مقابل التزام المستأجر بدفع الأجرة, وتسليمها للمؤجر؛ لأنّ تسليم البدلين واجب لتحقيق الملك لكل منهما في البدلين^(١).

وإذا كان البشر قد اعتادوا في تجاراتهم دفع الثمن بالنقود, أو الشيكات^(٢) والكمبيالات^(٣), وهي الطرائق التقليدية في دفع الثمن, فإنّ وفاء الثمن عن طريق الإنترنت عادة ما يتمّ عبر وسيلة إلكترونية؛ كبطاقة الائتمان المصرفية, أو عن طريق النقد الإلكتروني^(٤), أو باستخدام محفظة النقود الإلكترونية^(٥), ممّا يثير تساؤلات حول كيفية تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن؟ وزمانه ومكانه؟.

(١) الكاساني, "بدائع الصنائع", ٢٣٥/٧.

(٢) الشيك: "صك محرر وفق شكل معين

(٣)

(٤)

(٥) محفظة النقود الإلكترونية عبارة عن بطاقة مصرفية صالحة للدفع حتى مبلغ معين, تكون البطاقة مشحونة به مسبقاً من قبل الجهة المصدرة لها, وهي بذلك تشبه بطاقة الهاتف الخليوي, نضال برهم, "أحكام عقود التجارة الإلكترونية", ص ١٢٢.

المبحث الثالث

صور تطبيقية لعقد التجارة الإلكترونية

إنَّ التغلغل المتعاضم والمتزايد لأنظمة الاتصال الحديثة ذات الطبيعة الإلكترونية، والتي تشكل التجارة الإلكترونية بأنظمتها وأساليبها المتعددة أبرز نتائجها، أسهم إلى حد كبير في ظهور وانتشار أساليب تعاقدية حديثة تتفاوت في صورها، مما دعانى إلى دراستها وبيان أحكامها، من خلال التعرف على آراء الخبراء لتبيين حقيقتها، فالحكم على الشئ فرع عن تصوره، والتعرف على آراء العلماء والباحثين المعاصرين، وما ذكره الفقهاء المتقدمون من أشباه هذه المستحدثات، وذلك بالقدر الذي يحقق المراد .

وقد جاء هذا المبحث مركزاً على تناول ودراسة ثلاث صور تطبيقية لعقد التجارة الإلكترونية ، لأهميتها، وشيوع التعامل بها بين أهل هذه الصناعة، واحتياجهم لمعرفة أحكامها من أجل الالتزام بها في تعاملاتهم وذلك على النحو الآتى:

المطلب الأول

التكييف الفقهي لعقد برامج الكمبيوتر

اتجهت البشرية في عصرنا هذا إلى المعلوماتية، بشكل عام- من خلال البحث فيها، ومحاولة التوصل إلى مكنوناتها، والاستفادة من كافة مجالاتها .

وقد أصبحت عملية تبادل المعرفة والمعلومات ميسرة وسهلة بين الدول المختلفة على الرغم من بعدها؛ وذلك لانتشار المعلومات بشكل سريع في مدة قصيرة بفضل استخدام برامج الكمبيوتر، والتي أدت بدورها إلى نشر المعارف بكافة فروعها، وقامت بمعالجة موضوعات مختلفة يعجز الإنسان بقدرته العادية عن معالجتها، ومتابعتها، أو الإحاطة بها في عمره القصير، لانسامها بسمات لا يمكن توفرها في الإنسان العادى .

ومن هنا وجدت من الضروري أن أقوم بدراسة ماهية برامج الكمبيوتر، وإيجاد التكييف الفقهي المناسب للعقد المبرم عليها .

أولاً : ماهية برامج الكمبيوتر:

يعرف بعض الباحثين برامج الكمبيوتر بأنها: "مجموعة من الأوامر - رموز وأرقام - والتعليمات المتسلسلة التي تخير الحاسوب ماذا يفعل" (١).

ثانياً : أنواع برامج الكمبيوتر :

هناك نوعان من برامج الكمبيوتر هي :

١- برامج التشغيل: وهى عبارة عن مجموعة من البرامج التى يتم استخدامها بهدف تشغيل جهاز الكمبيوتر، وتحقيق وظائفه، وهذه البرامج مرتبطة ارتباطاً كلياً بجهاز الكمبيوتر، ولا يمكن لأي جهاز أن يعمل إلا عند توفير هذه البرامج، والتى تحمل من الذاكرة الثانوية (الأقراص الممغنطة) إلى الذاكرة الرئيسية عند تشغيل الجهاز لتبدأ بإدارة العمل فيه .

٢- برامج تطبيقية: ويقصد بها البرامج التى تطوع الحاسوب من أجل تنفيذ وظائف مفيدة عامة مثل: معالجة النصوص، والقيام ببعض العمليات الحسابية، أو عمل جداول إلكترونية، وقواعد بيانات، أو استخدام البريد الإلكتروني، وبرامج الرسم والألعاب، حيث يتم إعدادها بشكل مناسب لكافة مستخدمي البرامج (٢).

مما سبق يتبين أن برامج الكمبيوتر أشياء معنوية ذات كيان مادي، ولا يمكن الاستفادة منها طالما بقيت مجرد فكرة في ذهن المبرمج، أو مدرجة على شكل مادي - قرص اسطوانة - لم يتم تحميلها وتنصيبها على جهاز الكمبيوتر؛ أى إن الكمبيوتر هو الوسيلة المادية لإظهار هذه الأفكار الذهنية المكنونة في فكر المبرمج بعد بلورتها على شكل أقراص صلبة (cd) أو مرنة (floppy disk) .

ثانياً: التكيف الفقهي لعقد برامج الكمبيوتر:

تقدم القول أن العقود الإلكترونية - بشكل عام - هي عقود عادية في مضمونها وأحكامها، إلا أن خصوصيتها تكمن في أسلوب إبرامها عبر الإنترنت، ولا يؤثر ذلك كثيراً على التكيف الذي يرتبط بحقيقة قصد المتعاقدين الواضح من التزاماتهما المتبادلة .

(١) محمد الزعبي ، "الحاسوب والبرمجيات الجاهزة" ، ص ٥٢ .

(٢) محمد الزعبي ، "الحاسوب والبرمجيات الجاهزة" ، ص ٥٣ ، ٥٥ .

ويمكن تحديد التكييف الفقهي لهذا العقد على النحو الآتي:

(أ) تحديد التكييف الفقهي لعقد برامج الكمبيوتر تبعاً للعلاقة بين أطراف العاقد:

يمكن التمييز بين نوعين رئيسيين من أنواع عقود برامج الكمبيوتر بالنظر إلى علاقة أطراف التعاقد .

الأول: يكون بين الأصل أو المورد - وهو الطرف الذي يملك البرنامج أو المخول من قبله - وبين وكيل مبيعات محلي .

الثاني : يكون بين الأصل وبين الموزع .

وتختلف العلاقات والالتزامات في كلا النوعين اختلافاً ملحوظاً ؛ فالوكيل المحلي مجرد ممثل للأصل في منطقة جغرافية معينة، ويقتصر دوره على تلقي أوامر الشراء من العملاء وتمريضها إلى الأصل مقابل عمولة معينة؛ عبارة عن نسبة معينة من قيمة المبيعات، وبمجرد استلام الأصل لطلب الشراء من الوكيل المحلي تنشأ - في الغالب - علاقة مباشرة بين الأصل والعميل؛ تتمثل في قيام الأصل بتوريد البرامج مباشرة إلى العميل، وقيام العميل بسداد الثمن للأصل دون تدخل من جانب الوكيل المحلي^(١) .

أما الموزع فيقوم بشراء البضاعة واستيرادها لحسابه من الأصل، ويدفع له ثمنها بالكامل، ومن ثم يعيد بيعها أو إيجارها إلى عملائه بسعر يحدده بنفسه دون أدنى تدخل من المورد، ويتحمل نفقات ومصاريف إدارة نشاطه، وتنشأ العلاقة في هذه الحالة بين الموزع والعميل مباشرة؛ فهو الطرف الذي يتعاقد ويتعامل مع العميل، وهو الذي يتلقى أمر الشراء ، ويقوم بتوريد البرامج للعميل، وهو الذي يرخص باستعمال البرامج، ويقوم بتحصيل الثمن من العميل^(٢) .

فلنستخلص من ذلك نوعين من العلاقات مستقلة إحداهما عن الأخرى: علاقة بين

الموزع والأصل (المورد) ، وعلاقة أخرى بين الموزع والعميل .

ويمكن تكييف العلاقات التعاقدية بين أطرافها الثلاثة على أساس عقد البيع لالتزام الأصل أو الموزع بنقل ملكية المبيع (البرامج) إلى المشتري مقابل الثمن الذي يتم الاتفاق عليه، أو على أساس عقد الإجارة إذا التزم الأصل أو الموزع بنقل ملكية

(١) فاروق الحفناوى : "عقود الكمبيوتر"، ص ٣٣٦ .

(٢) فاروق الحفناوى : "عقود الكمبيوتر"، ص ٣٣٧ .

البرامج إلى المشتري لينتفع بها مدة معينة ^(١) مقابل مبلغ مالي يتم الاتفاق عليه؛ إذ يمثل الأصيل أو المورد في العلاقة الأولى دور البائع أو المؤجر، ويمثل الموزع دور المشتري أو المستأجر، بينما يمثل الموزع دور البائع أو المؤجر في العلاقة الثانية، والعميل يمثل دور المشتري أو المستأجر .

أما علاقة الوكيل المحلي بالأصيل فيمكن تكييفها على أنها سمسرة؛ إذ يمثل الوكيل المحلي دور السمسار ^(٢) في تسويق وترويج السلعة وبيعها أو تأجيرها بمقابل، ويكون ما يأخذه الوكيل من الأصيل هو أجرة سمسرة عن قيمة مبيعاته .

(ب) تحديد التكييف الفقهي لعقد برامج الكمبيوتر حسب إرادة الأطراف :

تقدم أن الإرادة لها دور أساسي في تحديد التكييف الفقهي لأي عقد من العقود؛ وبما أن عقد برامج الكمبيوتر من العقود التي تلعب الإرادة فيها دوراً كبيراً شأنها شأن أي عقد، فقد رأيت من الضروري البحث في تكييفه بناء على اتجاه إرادة أطراف العقد المراد إبرامه .

فإذا قام الطرف الأول بدفع مبلغ من المال إلى الطرف الثاني لنقل ملكية البرامج مع كافة حقوقها ، فإن إرادة الطرفين اتجهت إلى عقد البيع، ومن هنا يمكن القول: إن أهم أثر من آثار هذا العقد هو التزام البائع بنقل ملكية البرامج إلى المشتري مقابل الثمن الذي يتم الاتفاق عليه، ويقوم المشتري بتسليمه إلى البائع، ليقوم الأخير بتسليم البرامج إلى المشتري .

أما إذا انصب العقد على حق الانتفاع بمحل العقد مدة معينة، وإبقاء ملكيته إلى المبتكر، وذلك مقابل مبلغ من المال، فإن الإرادة اتجهت إلى عقد الإجارة . وإذا قمنا بدراسة عقد برامج الكمبيوتر على أساس عقد الإجارة فنجد أن العقد الذي يتم إبرامه بين العميل وشركة البرامج لا ينقل كافة الحقوق إلى العميل، إنما يتم تحويل حق استعمال البرامج والانتفاع بها مدة الإيجار للعميل حسب شروط وقيود يتم

(١) تحديد المدة يتم وفق إجراءات فنية، مثل قيام الشركة المؤجرة بوضع قنبلة موقوتة؛ عبارة عن برنامج داخل البرنامج المستأجر، يبطل مفعوله في زمن محدد يتم الاتفاق عليه في عقد الإيجار، بحيث لا يتمكن المستأجر من استخدامه والانتفاع به بعد انتهاء الفترة المحددة لبقاء البرنامج نشط .

(٢) السمسار: "الدال؛ وهو الوسيط بين البائع والمشتري لتسهيل الصفقة" ، سعي أبو حبيب، القاموس الفقهي، ص ١٨٣ .

تحديدها في العقد، أما الملكية فهي لصيقة بشخص المبرمج أو الشركة المالكة للبرامج، ويكون له الحق في إجراء أي تعديل على البرنامج، وطرحه للتداول .
وبناءً على ما سبق فإنه من السهل تحديد التكيف الفقهي لعقد برامج الكمبيوتر بناءً على إرادة الأطراف .

المطلب الثاني

التكيف الفقهي للبيع والشراء عن طريق الكتالوجات الإلكترونية يعتبر الكتالوج الوسيلة الأساسية لعرض السلع والمنتجات، وبيان مواصفاتها وخصائصها بطريقة جذابة، ويستطيع المشتري التعرف على السلعة ومعاينتها بالإطلاع على مواصفاتها المدرجة في الكتالوج .
ويقوم الكتالوج بدور هام في إعلام المستهلكين بحقيقة السلع والمنتجات؛ حيث يلتزم البائع بأن يدرج في الكتالوج كافة البيانات والمعلومات الجوهرية، التي تمكن المشتري من الارتباط بالعقد عن معرفة كافية بحقيقة السلعة، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت البيانات والمواصفات المدرجة في الكتالوج كاملة وواضحة ومحددة دون غموض أو إبهام، بأن يستخدم فيه العبارات الدقيقة ، والوصف التصويري؛ لما له من أهمية كبيرة في إيضاح حقيقة السلعة .

وبما أن عقد التجارة الإلكترونية عقد بين غائبين؛ بحيث لا يتمكن المشتري من الاتصال المادي للسلعة ومعاينتها حقيقة قبل إبرام العقد، فإن أغلب الباعة على المواقع الإلكترونية يحاولون تجسيد السلعة في كتالوجاتهم، ووصفها وبيان حقيقتها بدقة وأمانة، وإدراج كافة البيانات والمعلومات اللازمة لضمان صحة وسلامة المبيع ورضا العميل .

الأمر الذي يدعو إلى البحث عن حكمها، وتكييفها فقهاً بالنظر إلى ما ذكره فقهاؤنا في هذه المسألة، وذلك بالقدر الذي يحقق شرعيتها .

التكييف الفقهي للكتالوجات الإلكترونية:

لو أمعنا النظر فيما أسماه فقهاء المالكية بـ "البيع على البرنامج" لوجدنا به شبهاً كبيراً من البيع على الكتالوجات الإلكترونية؛ حيث يتم تدوين البيانات والأوصاف الخاصة بالمبيعات في البرنامج لإعلام المشتري بها ، وإبرام العقد على أساسها . ويعتبر مذهب المالكية من أكثر المذاهب تفصيلاً في بيان حكم البيع بالاعتماد على الأوصاف المحررة في البرنامج، أما المذاهب الفقهية الأخرى فيستفاد من أقوالهم في حكم البيع بالوصف .

ويتضح ذلك كالتالي:

عرف الدردير " البرنامج " اصطلاحاً بقوله: "البرنامج أي الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل من الثياب المباعة، لتشتري على تلك الصفة " (١) .

وقد اختلف الفقهاء في حكم البيع على البرنامج تبعاً لاختلافهم في حكم بيع العين الغائبة على الوصف :

فذهب الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والحنابلة^(٤) إلى صحة بيع العين الغائبة على الصفة إلا أنهم اختلفوا في ثبوت خيار الرؤية .

فعند الحنفية^(٥) إذا رأى المشتري السلعة الغائبة بعد العقد على غير مطابقة للوصف المحدد في العقد فله الخيار؛ فإن شاء انقذ العقد وإن شاء رده .

واستدلوا على ذلك ما روى عن رسول الله عليه الصلاة والسلام: "من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه"^(٦) .

(١) الدسوقي ، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" ، ٢٤/٣ .

(٢) الشيخ نظام ، "الفتاوى الهندية" ، ٥٧/٣ .

(٣) الدسوقي ، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" ، ٢٤/٣ .

(٤) ابن قدامة ، "المغنى" ، ٨٤/٤ .

(٥) الموصلي ، "لاختيار لتحليل المختار" ، ٢٦٥/١ .

(٦) أخرجه البيهقي (ت ٤٥٨) في "السنن الكبرى" ، في كتاب البيوع، باب : من قال يجوز بيع العين الغائبة، الطبعة الأولى، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد - الهند، ١٣٥٥هـ - ٢٦٨/٥ ، قال البيهقي: "هذا مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف . وأخرجه أبو بكر بن أبي شيبة (ت ٢٣٥هـ) في المصنف، في كتاب البيوع والأقضية، في الرجل يشتري الشيء، ولا ينظر إليه من قال: هو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذ وإن شاء ترك، حديث رقم ٢٠٢٢٠، تحقيق حمد الجمعة ومحمد اللحيدان ، الطبعة الأولى، مكتبة الراشد - السعودية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م ، ١٤١/٧ - وأخرجه الدار قطني في "السنن"، في كتاب البيوع، حديث رقم ٢٧٧٧ ، ٤/٢ .

وعند المالكية^(١) والحنابلة^(٢) إذا وُجد السلعة مطابقة للأوصاف المذكورة فإنه يلزم المشتري قبولها، أما إذا وجدت مخالفة خیر المشتري في قبولها أو ردها وقد اشترط المالكية لصحة بيع العين الغائبة شروطاً متعددة منها :

أولاً : يشترط في العين المباعة عدم البعد جداً :

بحيث يعلم أو يظن أن المبيع يدرك على ما وصف، فإن بُعداً كخراسان من أفريقيا لم يجز، هذا إذا وقع البيع على البت، أما إذا وقع على الخيار فيجوز؛ لأنه لا ضرر على المشتري^(٣) .

يقول ابن رشد : " وقال مالك وأكثر أهل المدينة: يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبة مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته "^(٤) .
ثانياً : أن لا يكون المبيع قريباً جداً :

فالعين المباعة؛ إما أن تكون في مجلس العقد، وإما أن تكون في غير مجلس العقد، والعين الغائبة عن مجلس العقد؛ إما أن تكون في بلد العقد، أو في بلد آخر، وهذا البلد؛ إما أن يكون بعيداً جداً أو لا .

فإن كان المبيع حاضراً في مجلس العقد فلا بد من رؤيته ولا تكفي فيه الصفة، إلا إذا كان في رؤيته مشقة أو فساد^(٥) .

وأما إن كانت العين في غير مجلس العقد ولكنها في بلد العقد فقليل: إن بيعها على الصفة لا يجوز، لأنها كالحاضرة في مجلس العقد^(٦)،

وهناك رأى آخر يقول: إن بيعها على الصفة جائز، حتى وإن لم يكن في إحضارها إلى مجلس العقد مشقة^(٧)

أما العين الغائبة التي في بلد آخر فقد تقدم الكلام عليها في الشرط الأول ، أما إذا كان البلد قريباً فإن ما بيع على الصفة يكفي أن يكون على مسافة يوم، وإن كان أقل

(١) الدسوقي ، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" ، ٢٤/٣ .

(٢) اتين قدامة: "المغني" ، ٨٥/٤ .

(٣) الدسوقي ، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" ، ٢٦/٣ .

(٤) ابن رشد، "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" ، ١٥٥/٢ .

(٥) الدسوقي ، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" ، ٢٦/٣ .

(٦) ابن جزى ، "القوانين الفقهية" ، ص ١٧٠ .

(٧) الدسوقي ، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" ، ٢٦/٣ .

من يوم فيكون حكمه بيع العين الغائبة عن مجلس العقد، فتجب رؤيته، إلا إذا كان في رؤيته ضرر^(١).

ثالثاً: أن يصفه غير البائع: لا يباع الشيء بوصف بائعه :

لأنه لا يوثق بوصفه؛ إذ قد يقصد البائع الزيادة في الصفة لإنفاق سلعته^(٢).

رابعاً: أن يحصر الأوصاف المقصودة كلها^(٣) :

أما الشافعية^(٤) فذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع العين الغائبة مطلقاً، لا على ما وُصف،

ولا على ما لم يوصف .

والذي يظهر رجحانه أن شراء الغائب على الصفة جائز ، لقوله تعالى: { وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا مِنْ قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ } (البقرة: ٨٩)

وجه الدلالة: أن اليهود كانوا يجدون بعث النبي - صلى الله عليه وسلم - في التوراة، فكانوا يستنصرون به على كفار العرب، فلما جاءهم ما عرفوا كفروا به، فإذا قال الله فلما جاءهم ما عرفوا، وهم لا يعرفوه قبل إلا بصفته التي وجدوها في التوراة، دل ذلك على أن المعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف^(٥).

وأخرج البخاري بسنده عن ابن مسعود - رضي الله عنه - قال النبي - صلى الله عليه وسلم - : "لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها"^(٦).

وجه الدلالة

أن رسول الله - عليه الصلاة والسلام - شبه المبالغة في الصفة بالنظر والرؤية^(٧).

(١) الدسوقي ، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" ، ٢٦/٣ .

(٢) ابن جزى ، "القوانين الفقهية" ، ص ١٧٠ . الدسوقي ، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" ، ٢٦/٣ .

(٣) ابن جزى ، "القوانين الفقهية" ، ص ١٧٠ .

(٤) النووي ، "المجموع شرح المذهب" ، ٣٥١/٩ .

(٥) محمد بن أحمد بن رشد المعروف بابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ) ، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأهميات مسائلها المشكلات ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م ، ٣٨٢/١ .

(٦) أخرجه البخاري في كتاب النكاح ، باب : لا تباشر المرأة فتنعتها لزوجها ، حديث رقم ٥٢٤٠ ، ص ١٣٣٠ .

(٧) ابن رشد الجد ، "المقدمات الممهدات" ، ٣٨١/١ .

وعليه فإن وجد المشتري المبيع - الغائب - على الصفة التي وُصف بها ، لزم البيع ، ولم يكن له رده وفسخ العقد ، أما إذا وجدته على غير الصفة، لم يلزمه، وكان بالخيار في قبوله أو رده .

حكمة مشروعية البيع على البرنامج :

أجاز جمهور الفقهاء البيع على البرنامج لضرورته؛ لما فيه من التيسير على البائعين، ورفع الحرج والمشقة عنهم، لأن حل العذر (ما يحفظ فيه المبيع) فيه حرج على البائع من تلويثه، ومؤنة شدة إن لم يرضه المشتري، فأقيمت الصفة مقام الرؤية في تمييزه^(١).

كما أن فيه تيسيراً على المشتري؛ إذ يمكنه الإطلاع على موصفات المبيع واختيار ما يناسبه دون حاجة إلى الانتقال إلى المتجروفي هذا توفير للوقت والجهد وتحقيق لمصلحة المبايعين.

مما تقدم يتضح إن الكتالوج الالكتروني (البرنامج) في الفقه الإسلامي يتشابهان من حيث كونهما وسيلة للإعلام بأوصاف المبيع ؛ فالبرنامج في الفقه الإسلامي يقوم بدور مهم في الإعلام بأوصاف المبيع ونوعه وصفته ومقداره وعدده وثمن كل وحدة من المبيع ويقوم الكتالوج الالكتروني بالدور ذاته وزيادة، فيأخذ حكمه وهو الجواز إذ ليس ثمة فرق بينهما سوى أن الكتالوج الالكتروني يتم عن طريق الانترنت وهذا لا يؤثر في الحكم ، لكونه فرقا شكليا .

كما أنه من الممكن تكييف الكتالوجات الالكترونية على عقد السلم والذي عرف اصطلاحاً بأنه "عقد يثبت به الملك في الثمن عاجلاً وفي الثمن آجلاً"^(٢)، خاصة وأن أركانه الإيجاب والقبول والعاقدان والمحل وهي مستوفية في البيع عن طريق الكتالوجات الالكترونية .

كما أن شرائه يمكن أن يكون مستوفياً كذلك إلا أن المشكلة قد تأتي من الناحية التطبيقية و ذلك لأن أكثر المواقع الالكترونية يعوزها العلم بأحكام وضوابط العقود من

(١) الدسوقي ، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" ، ٢٤/٣ .

(٢) الشيخ نظام / "الفتاوى الهندية" ، ١٧٨/٣ .

الناحية الفقهية ، وعليه فقد تعترض صحة هذا العقد عجز المواقع عن استيفاء شروط بيع السلم التى حددها الفقهاء خاصة عدم الفقه الشرعي لأصحاب البرامج الإلكترونية

المطلب الرابع

التسويق الشبكي وتكييفه الفقهى

إن من أهم المعالم الأساسية للمنهج الإسلامى فى العمل التجارى قيامه على القيم والأخلاق والمبادئ، ولذلك حرم الإسلام الحيل^(١)، والغش، والاستغلال، والتغيير^(٢)، والتدليس^(٣)، سواء أكان بالقول أم بالفعل .

كما قد أوجب الإسلام أن يسير العمل التجارى على العدل والمساواة، وذلك بتوازن المنفعة والعائد بين أطرافه دون ظلم ، أو أكل لأموال الناس بالباطل، أو مقامرة، أو غيرها مما حرمه الإسلام ونهى عنه .

إن التسويق الشبكي أسلوب حديث برز التعامل به فى الدول الغربية أولاً وقد بدأ السؤال عن حكم التعامل به شرعياً عندما أسست شركات تتعامل به فى البلاد الإسلامية وتغلغلها وتناميها السريع فى المجتمع الإسلامى جراء استخدام وسائل الاتصال والتكنولوجيا الحديثة فى نشر هذه المعاملة - وبخاصة على شبكة الإنترنت - ، ونتيجة لاعتمادها على وعود بأرباح سريعة .

التعريف بالتسويق الشبكي ونشأته :

يطلق خبراء التسويق مسميات عديدة على هذا النوع من المعاملات من أهمها التسويق الشبكي أو التسويق متعدد الطبقات أو السمسرة الهرمية^(٤) ويعرف بأنه : برنامج تسويق يحصل فيه المسوق على عمولات أو حوافز مالية نتيجة لبيعه المنتج أو

(١) الحيل: هو أن يظهر عقداً مباحاً يريد به محرماً، مخادعة وتوسلاً إلى فعل ما حرم الله، واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق ونحو ذلك ، ابن قدامة، المغنى ، ١٩٤/٤ .

(٢) التغيير: "الإغراء بوسيلة قوليه أو فعليه كاذبة، لترغيب أحد المتعاقدين فى العقد، وحمله عليه . الزرقا، المدخل الفقهى العام، ٣٧٩/١ والفرق بين التغيير والغرر ان التغيير استعمال أساليب قوليه وفعله كاذبة من أحد المتعاقدين لخداع الآخر، فأحدهما يعلم بالخداع والغش ولاخر جاهلاً له، بينما فى الغرر فالمتعاقدان سواء بالجهالة فى حقيقة الأمر كفاح عبد القادر احمد الصمادى التغيير وأثره فى العقود رسالة ماجستير غير منشورة الجامعة الأردنية كانون أول - ١٩٩٥م ص ٣٩

(٣) قال ابن قدامة : دلس العيب أى : كتمه عن المشتري مع علمه به ، أو غطه عنه بما يوهم المشتري عدمه مشفق من الدلسه وهى الظلمة وكان البائع يستر العيب وكتماناه جعله فى ظلمة فخفا عن المشتري فلميره ولم يلم به المغنى ٢٦٢/٤

(٤) رفيق يونس المصرى، "السمسرة الهرمية" ، مؤتمر كلية الشريعة السادس/ جامعة الزرقاء الأهلية - الأردن .

الخدمة إضافة لحصوله على عمولات من كل شخص يتم اعتماده كمساعد أو تابع للمسوق وفق أنظمة وبرامج خاصة^(١).

وكان أول من استخدمه أحد التجار الأمريكيين الذين عاشوا في الصين عام ١٩١٧ م وكانت السلعة المسوق لها عبارة عن أدوية لتخفيض الوزن وقد طلب هذا التاجر من زملاءه أن يسوقوا سلعته مقابل عمولة محددة ونظام خاص ونتيجة لنجاحه في أسلوب التسويق هذا نقل الفكرة إلى الولايات المتحدة حيث تبنتها كثير من الشركات محققه من خلالها ملايين من الدولارات سنوياً^(٢).

أما الشركات التي تعمل بنظام التسويق الشبكي فكثير منها : شركة بزناس وشركة ساكي بز (sky biz) وشركة جولد كوست وشركة سمارت وي (smart way)^(٣) . ولإيجاد التكيف الفقهي المناسب لابد من تصور عمل هذا النظام من خلال إحدى أشهر شركات التسويق الشبكي العربية (بزناس)؛ لأن هذا من شأنه أن يسهل تنزيل الأحكام الفقهية على واقع عمل هذا النظام فالحكم على الشيء فرع عن تصوره . أولاً : التعريف بشبكة بزناس :

لقد عرف أصحاب بزناس هذه الكلمة على موقعهم الإلكتروني بالاتي : المقطع الأول بالاسم (بز) يعنى : فرصه عمل أما المقطع الثاني ناس فيعنى ناس بالعربية وبالتالي فإن اسم الشركة يعنى فرصه عمل للناس وهذا يمثل أساس فلسفة الشركة ألا وهى: أعمال الناس من أجل الناس ومساعدة الناس^(٤). وقد أسس هذه الشركة كل من على الشرجي من عُمان، وعمران خان من باكستان، وكلاهما صاحب خبرة طويلة لأكثر من عشرين عاما في مجال التسويق الشبكي . وقد بدأت الشركة عملها في أكتوبر عام ٢٠٠١م، ويقع مقرها الرئيسي في مدينة مسقط/عُمان^(٥)، وتعتبر بزناس أول شركة عربية تعمل في مجال التسويق الشبكي

(١) أسامة عمر الأشقر، "التكيف الفقهي لمعاملة التسويق الشبكي"، مؤتمر كلية الشريعة السادس / جامعة الزرقاء الأهلية - الأردن .

(٢) أسامة عمر الأشقر، "التكيف الفقهي لمعاملة التسويق الشبكي" .

(٣) وشيش المحاميد، "السمسرة الهرمية"، مؤتمر كلية الشريعة السادسة / جامعة الزرقاء الأهلية - الأردن .

(٤) متاح على الموقع الإلكتروني :

http://www.biznzswep.com/asdiqanas/new_page_1.htm.

(٥) متاح على الموقع الإلكتروني:

http://www.biznzswep.com/asdiqanas/new_page_1.htm.

وحسب إحصائية ديسمبر عام ٢٠٠٣ م ، فإنه يوجد فيها أكثر من ٣١٥٠٠٠ مشترك فى أكثر من مائة دولة ، وتهدف الشركة إلى إنشاء قوة تسويقية عالمية تقدم فرص عمل - لاحصر لها - لكافة الناس، ولكافة فئات الشعب^(١).

ولقد كان ترتيب موقع بزناس الإلكتروني عالميا حسب مؤسسة الكسا (alexa) قد جاء رقم ٥٥٢٢ ، وهذا يبين أن موقع بزناس مصنف ضمن أفضل المواقع الإلكترونية حول العالم^(٢).

ثانياً : آلية عمل شركة بزناس :

إن آلية التسويق الهرمي أو الشبكي فى بزناس تتلخص فى أن يدفع المشترك للشركة مبلغاً من المال مقابل شراء منتج من منتجاتها- برامج تعليمية، أو موقع إلكتروني، أو بريد إلكتروني- على أن يقوم بالتسويق لاثنتين من الزبائن، وإقناعهم فى الاشتراك بنظام التسويق الشبكي بعد شراء المنتج ودفع ثمنه، ليضع أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره.

ثم إن على كل واحد من هؤلاء الناس الذين اشتركوا فى هذا النظام الشبكي القيام بذات الدور، حتى إذا استطاع المشترك جمع تسعة مشتركين سواء - وتسمى هذه فى عرف الشركة درجة - تعطيه الشركة مبلغ (٥٥) دولاراً، على أن تكون على الأقل ثلاثة مبيعات من جهة وستة من جهة أخرى، أو أربعة متجهة وخمسة من جهة أخرى، فلو كانت التسعة من جهة واحدة فإن المشترك أو المسوق الذي اشترى المنتج لا يستحق شيئاً من العمولات، لكنه يستحق خمسة دولارات عن كل مشترك جديد يدخل الشبكة أسفل منه، وهو البند الذي يشاركه فيه أيضاً المسوق الذي وفق لتسويق تسع مبيعات من الجهتين^(٣).

فالمسوق أو المشترك الأول حصل على مساعدين عن اليمين واليسار، ثم قام كل واحد بالتسويق لاثنتين، وهكذا حتى يتم بناء شبكة من الأفراد فى شكل متوالية هندسية

(١) ذيب موسى ناصيف، "التجارة الإلكترونية".

(٢) ذيب موسى ناصيف، "التجارة الإلكترونية".

(٣) سامى سويلم، "حكم التعامل مع شركة بزناس كوم"، متاح على الموقع <http://saaid.net/fatwa/f14.htm> إبراهيم أحمد الضير، "التكيف الفقهي لشركات التسويق الشبكي،" متاح على الموقع الإلكتروني

<http://saaid.net/fatwa/f14.htm> اسامة الأشقر، التكيف الفقهي لمعاملة التسويق الشبكي".

أساسها اثنان، أو مضاعفة نتيجة ضرب العدد (١) فى (٢) ، ثم ضرب النتيجة فى (٢) ،
 ثم ضرب النتيجة فى (٢) وهكذا ،
 ٢ × ١ = ٢ × ٢ = ٢ × ٤ = ٢ × ٨ = ٢ × ١٦ = ٢ × ٣٢ = ٢ × ٦٤ = ٢ × ١٢٨ = ٢ × ٢٥٦ الخ ،

حيث يمكن أن يحقق المشترك الأول الفوائد التالية :

العمولة	مجموع الأعضاء	الأعضاء	الشهر
٠	٢	٢	١
٠	٦	٤	٢
٥٥	١٤	٨	٣
١١٠	٣٠	١٦	٤
١٦٥	٦٢	٣٢	٥
٤٤٠	١٢٦	٦٤	٦
٠٠٠	٠٠٠	٠٠٠	٠٠٠

٢٥,٨٠	٨,١٩٠	٤,٠٦٩	١٢
١,٦٠٢,٠٤٠	٥٢٤,٢٨٦	٢٦٢,١٤٤	٨
١٠٢,٥٢٧,٤٨٠	٣٣,٥٥٤,٤٣٠	١٦,٧٧٧,٢١٦	٢٤

جدول توضيحي^(١)

يتم صرف العمولة بناء على عدد الدرجات الموجودة فى مجموع الأعضاء فى
 المستوى الواحد، ويتم إسقاط الدرجات السابقة عند حساب الدرجات اللاحقة، على سبيل
 المثال: يبلغ مجموع الأعضاء فى المستوى الثالث ١٤ وهذا يتضمن درجة واحدة (أى
 تسعة واحدة فقط)، فيصرف للعضو عمولة واحدة، وفى المستوى الرابع يبلغ عدد
 الأعضاء ٣٠ وهذا يتضمن ثلاث درجات تخصم منها درجة واحدة صرفت سابقاً ، فيتبقى
 درجتان فتصرف لهما عمولتان أى (١١٠) دولار، وهكذا .

(١) سامى سويلم، "حكم التعامل مع شركة بزنس كوم".

وإذا توالى نمو الهرم ودخول الأعضاء شهرياً - كما تفترض الشركة - ؛ أى تحصل فى كل شهر على عدد يساوى العدد السابق مضروباً فى (٢) فإنه ستصل عمولات المشترك الأول فى المستوى الثانى عشر إلى ما يقرب من ٢٥٠٠٠ دولار، كما أنه لو نجح خلال فترة توالى هرمه الهندسي فإن عمولاته ستصل إلى الملايين من الدولارات . وهذا مصدر الإغراء فى هذا النوع من التسويق الشبكي، فمقابل مبلغ زهيد لا يتجاوز ١٠٠ دولار - ثمن المنتج - يحصل المشترك على أضعاف مبلغ الاشتراك^(١) .
ولذلك تسوق هذه الشركات برامجها من خلال وعود بالثراء الفاحش فى مدة وجيزة .

ثالثاً : التكيف الفقهي لمعاملة التسويق الشبكي :

اختلف الفقهاء المعاصرون فى نظرتهم لمعاملة التسويق الشبكي لشركة بزناس كما يأتى :

القول الأول : التحريم :

ويذهب إليه أغلب الفقهاء والباحثين المعاصرين ومنهم : مجمع الفقه الإسلامى فى السودان (٢) ، ومؤتمر كلية الشريعة السادس فى جامعة الزرقاء الأهلية (٣) ، ومركز الألبانى للدراسات المنهجية والأبحاث العلمية (٤) ، ود . على محيي الدين القرّة داغي (٥) ، ود . أحمد الحجى الكردي (٦) وإبراهيم أحمد الضير ، ود . سامى سويلم ، ود . عبد

(١) سامى سويلم، "حكم التعامل مع شركة بزناس كوم".

(٢) فتوى مجمع الفقه الإسلامى - فى السودان- مطبوع ضمن كتاب: "تعريف عقلاء الناس بحكم معاملة بزناس وما شابهها فى الفرع أو الأساس ، "لعلى بن حسن الحلبي، دار الجنان والدار الأثرية للنشر والتوزيع- الأردن، تاريخ الطبع غير مذكور، ص ٣١ .

(٣) مؤتمر كلية الشريعة السادس/ جامعة الزرقاء الأهلية - الأردن ، بعنوان(قضايا مالية معاصرة من منظور إسلامي) .

(٤) فتوى مطبوعة ضمن كتاب العلي، "تعريف عقلاء الناس بحكم معاملة بزناس" ، ص ٣٤ .

(٥) فتوى له متاحة على الموقع الإلكتروني

http://islamonline.net/servlet/satellite?pagename=IslamOnline-ArabicAsk_Scholar/FatwA/FatwA&cid=١١٢٢٥٢

(٦) فتوى له متاحة على الموقع الإلكتروني

<http://www.KantaKJi.org/fiqh/Files/Studis/BizNas.htm>

الحي يوسف ، ود ٠ محمد صالح المنجد، ود ٠ أحمد بن موسى السهيلي (١)، وحامد العلى (٢)، وغيرهم ٠
الأدلة:

الدليل الأول: أن المتتبع لنظام التسويق فى هذه الشركة ومثيلاتها يرى أن السلع والخدمات المسوقة ما هى إلا ستار وهمى ، ووسيلة للتحايل على الشريعة والقانون، وعملية التحايل الحاصلة فى التسويق الشبكى يمكن قياسها على بعض أنواع البيوع الربوية ، والتي يتم من خلالها إدخال سلعة ما بقصد تحليل المعاملة الربوية، ومن صورها أن يبيع الرجل الرجل السلعة بثمن معلوم إلى أجل، ثم يشتريها منه بأقل من ذلك الثمن، وهذا ما يسمى ببيع العينة (٣)، مثال ذلك : أن يبيع السلعة بألف وخمسمائة دولار، والثمن يدفع بعد ثلاثة أشهر، وبعد أن يستلم المشتري السلعة يعود ليسلمها للبائع مقابل ألف دولار فقط، ويقبض الثمن ٠

فيكون الفرق بين الثمنين فائدة أو ربا لصاحب السلعة التى بيعت بيعاً صورياً، اذ لا غرض لواحد منهما فى السلعة بوجه ما، وإنما هى كما قال عبدالله بن عباس - رضى الله عنهما - : "دراهم بدراهم دخلت بينهما حريرة" (٤)، (٥)، وسألت أم ولد زيد بن أرقم عائشة - رضى الله عنهم - فى مثل هذا فقالت : يا أم المؤمنين إني ابتعت من زيد بن أرقم غلاماً إلى العطاء بثمانمائة درهم نسيته، ثم ابتعته منه بستمائة نقداً، فقالت عائشة : بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت ، أخبرى زيداً انه قد أبطل جهاده مع رسول الله - عليه الصلاة والسلام - إلا أن يتوب فقالت يا أم المؤمنين : رأيته إن لم أجد إلا رأس مالى؟ فقالت عائشة : { فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ } (البقرة: ٢٧٥) (٦) ٠

(١) فتوى له متاحة على الموقع الالكتروني

١.htm.http://saaaid.net/fatwa/f٤

(٢) فتوى له متاحة على الموقع الالكتروني

http://h-alali.net/npage/print.php?action=fatwa&id=٩٨٩٣

(٣) الخطاب : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ٢٩٣/٦ ، ٠

(٤) الحريرة : واحدة الحريره ، أى قطعة حرير، "المصباح المنير" ، ص ١٢٩ ٠

(٥) ابن تيمية، "مجموعة الفتاوى"، ٢٣٦/١٥ ، ٠

(٦) ابن تيمية، "مجموعة الفتاوى"، ٢٣٥/١٥ ، ٠

فهو فى الحقيقة أعطاه ألف حالة بألف وخمسمائة مؤجلة، وجعل صورة البيع محللا لهذا الحرام، ومعلوم أن هذا لا يرفع التحريم، ولا يرفع المفسدة التى حرم الربا لأجلها، بل يزيد لها قوة وتأكيذاً، لما فيها من الاحتيال فى المعصية ومخادعة الله ورسوله^(١).

وقد بين رسول الله عليه الصلاة والسلام أن العمل لا يقع الا بالنية، وأن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه فقال - صلى الله عليه وسلم - : " إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"^(٢)، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا ، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع ؛ فإن الربا لم يكن حراما لصورته ولفظه، وإنما كان حراما لحقيقته التى امتاز بها عن حقيقة البيع، فتلك الحقيقة حيث وجدت وجد التحريم فى أى صورة ركبت، وبأى لفظ عبر عنها ، فليس الشأن فى الأسماء وصور العقود، وإنما فى حقائقها ومقاصدها وما عقدت له، وما مثل من وقف مع الظواهر والألفاظ، ولم يراع المقاصد والمعاني إلا كمثل رجل قيل له: لا تسلم على صاحب بدعة، فقبل يده ورجله، ولم يسلم عليه^(٣).

الشاهد هنا أن السلعة فى بيع العينة لم تكن مقصودة لذاتها، إنما بهدف التحليل للمعاملة الربوية المحرمة، وهكذا فى معاملات التسويق الشبكي، فالسلعة أو الخدمة ليست المقصودة للمشاركين ، إنما مقصودهم الأول، ودافعهم المباشر للاشتراك هو الدخل الذى يحصل عليه المشترك من خلال هذا النظام، ولما كانت الأحكام تبنى على المقاصد والمعاني لا على الألفاظ والمباني فإن المنتج يسقط عند التكيف الفقهي لشركة بزناس وما يشابهها من الشركات، وليس الأمر سوى تجميع اشتراكات - من أفراد - تديرها الشركة؛ حيث يدفع فيه الأشخاص الذين فى أسفل الهرم حوافز وعمولات يستفيد من سبقهم فى أعلى الهرم ؛ بالإضافة لعمولة الشركة^(٤).

(١) ابن القيم ، "إعلام الموقعين عن رب العالمين" ، ١٢٥/٣ .

(٢) أخرجه البخارى فى كتاب بدء الوحي باب : كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله، حديث رقم ١ ، ص ٩، وأخرجه مسلم فى كتاب الإمامة باب : قوله صلى الله عليه وسلم : "إنما الأعمال بالنية، وأنه يدخل فيه العزو وغيره من الأعمال ، حديث رقم ١٩٠٧ ، ٣٣/٣ .

(٣) ابن القيم ، "إعلام الموقعين عن رب العالمين" ، ١٢٣/٣ ، ١٢٦ وما بعدها .

(٤) بيان مجمع الفقه الإسلامى بالسودان حول "الحكم الشرعي فى الاشتراك فى شركة بزناس المحدودة، وما يشابهها من شركات التسويق الشبكي ، مطبوع ضمن كتاب "تعريف عقلاء الناس بحكم معاملة الناس" ، ص ٢ ، وما بعدها .

وبناء عليه فإذا أسقطنا المنتج عند التكييف الفقهي أصبحت المعاملة مبادلة نقد بنقد مع التفاضل والتأخير، وهذا هو الربا بنوعيه الفضل^(١)، والنساء^(٢)، المحرم بالنص .

ودعوى تمييز المنتج وتفرد به بشئ ما، وأن مقصد الناس من الاشتراك هو شراء المنتجات بغرض الانتفاع بها لا التسويق، دعوى ينقصها الواقع الذى يكون الاهتمام فيه أول ما يكون على تضاعف الأرباح لا على الانتفاع من السلعة، ولتوضيح هذا المعنى نورد الأدلة الآتية :

أولاً : نجد أن المسوقين والعاملين فى هذا النظام الشبكي يعتمدون فى تسويق منتجات الشركة على إبراز العمولات ومضاعفتها الخيالية التى يمكن تحقيقها من خلال الاشتراك فى نظام الشركة التسويقي؛ حيث يكون ذكر هذه العمولات والأرقام الكبيرة، أو الوعد بالثراء السريع كافياً فى إقناع الشخص بالشراء، فلو لم يكن الهدف هو التسويق لما لجأ الأعضاء إلى إغراء الجدد بعمولات التسويق^(٣) .

ولذلك لا يمكن للمشارك تسويق منتج الشركة دون شرح وبيان مفصل لعمولات التسويق؛ لأن هذا يناقض مصلحته التى دعت له للاشتراك فى هذا النظام من أجلها وهى : جذب مسوقين جدد لبناء شبكة من المشتركين أو المسوقين، أو العمل فى شكل متوالية هندسية يشكل كل عميل فيه قمة هرم داخل الشبكة، وذلك لتحقيق الحلم بالثراء الموعود^(٤).

ثانياً : تؤكد المقارنة السريعة بين عمولات التسويق وبين منافع المنتجات نفسها أن المنتج ما هو إلا غطاء وهمي ؛ فالمنتج قيمته لا تتعدى (١٠٠) دولار - حسب تسعير شركة بزناس - ، أما العمولات فقد تصل قيمتها - كما تقدم - إلى ٢٥٠٠٠ دولار

(١) ربا الفضل: هو البيع مع زيادة أحد العوضين على الآخر، كبيع دينار بدينارين نقداً ونسيئة ، وصاع بصاعين ، ورطل برطلين يداً بيد ونسيئة . سعدى أبو حبيب، القاموس الفقهي، ص ٤٣ .

(٢) ربا النسيئة : هو الزيادة المشروطة التى يأخذها الدائن من المدين نظير التأجيل، سعدى أبو حبيب "القاموس الفقهي" ، ص ١٤٤ .

(٣) سامى سويلم ، "حكم التعامل مع شركة بزناس كوم" .

(٤) سامى سويلم ، "حكم التعامل مع شركة بزناس كوم" .

شهرياً، أو ما يعادل ٥٠ ألف دولار فى نهاية السنة الأولى فقط ، فهل يوجد شخص يقصد ما قيمته مائة ويدع خمسين ألفاً؟^(١).

فتبين أن قصد من يدخل نظام التسويق الشبكى هو مع التسويق إنما هو أضعاف المنتج، فيبنى الحكم على ذلك .

ثالثاً : إن لوائح وأنظمة الشركة معظمها يتعلق بشروط وأحكام الاشتراك، وصرف العمولات ، أما مجرد الشراء فتحكمه بضعة فقرات، فهل صحيح أن هدفه تسويق سلعته ومنتجاته المتميزة؟^(٢).

رابعاً : إن نظام الشركة يسمح بالاشتراك لمن يرغب فى التسويق دون شراء المنتج، إلا أنها لا تتيح له الاستفادة من جميع خدمات الشركة، كما أنها لا تقبل أن يكون من دونه فى التسلسل الهرمي هم أيضاً مسوقون بدون شراء، بل لا بد لهم من شراء المنتجات لحصولهم على العمولة، وفى هذا تضيق على التسويق بدون شراء^(٣).

خامساً : لا يتردد الممولون فى هذه الشركة بالتصريح بأن الكلفة الحقيقية للمنتجات لا تزيد عن ٢٤ دولاراً ، أما الباقي فهو مخصص لمصاريف التسويق، ولكن بدلا من صرف هذا المبلغ على الدعاية والإعلان فإن الشركة تصرفه على عملائها ، وهذا فى نظرهم أفضل لمصلحة العميل ، غير أن هذا الزعم يناقض الواقع، فبعض العملاء الذين شاركوا بمالهم، وأقنعوا غيرهم بالاشتراك قد تضيع جهودهم لعدم قدرتهم للوصول إلى تسعة أشخاص من أجل تحصيل العمولة، وحينئذ تذهب هذه الأموال لأصحاب الشركة^(٤).

وبعملية حسابية بسيطة يتبين مدى الغبن الذى يقع على العميل أو العضو المسوق جراء إتباع هذا الأسلوب، فعلى فرض أن المشترك استطاع أن يستقطب تسعة أشخاص، وحصل على أول عمولة وهى مبلغ (٥٥) دولار، مع كون مبيعات تسعة أشخاص تعنى أن الشركة حصلت على ربح مضاعف فوق كلفة المنتج الحقيقية، والتي لا تتجاوز ٢٤

(١) سامى سويلم ، "حكم التعامل مع شركة بزنس كوم"

(٢) سامى سويلم ، "حكم التعامل مع شركة بزنس كوم"

(٣) سامى سويلم ، "حكم التعامل مع شركة بزنس كوم"

(٤) سامى سويلم ، "حكم التعامل مع شركة بزنس كوم"

دولاراً، أى بما يعادل $75 \times 9 = 675$ دولاراً، صرف منها ٥٥ دولار فيتبقى ٦٣٠ دولاراً، أى أنه بمقابل كل ٩ أعضاء جدد يحصل المشترك المسوق على ٥٥ دولاراً فى حين يحصل أصحاب الشركة على صافى ربح ٦٢٠ دولاراً^(١) وهذا غبن فاحش^(٢)، فكيف يقال مع ذلك، أن تكاليف التسويق تصرف للأعضاء، والحقيقة أن مبلغ (٧٥) دولاراً يمكن تكيفه على أنه رسم يدفعه الشخص للإشتراك فى النظام التسويقي، ومعظمه يصب لأصحاب الشركة، والمستويات الأولى فى الهرم .

سادساً : تشترط الشركة على أعضائها تجديد الاشتراك سنوياً مقابل وعد آخر منها بتحسينات وإضافات على المنتجات المسوقة لا تمثل شيئاً حقيقياً بالنسبة لعموم المشتركين الذين همهم الأول والأخير التسويق، وواضح أن هذا الشرط لا لشيء سوى استمرار التسويق؛ فالمنتجات تم شراؤها فى المرة الأولى ، والمنتجات الموعودة لا تعادل فى القيمة المبلغ المطلوب، مع مافى ذلك من شراء المجهول بثمن معلوم، فالمشترك لا يعلم ما سيقدم له من خدمات جديدة فى مقابل المال المدفوع، وقد لا يحتاجها أصلاً ، فالجهالة فى أحد طرفى البيع جهالة مؤثرة^(٣) .

سابعاً : إن هذا المنتج - الذى هو برامج حاسوبية فى الأعم الأغلب - متاح لأى أحد استخدامه ونقله وبأقل التكاليف، وكثير منها متوفر مجاناً على الإنترنت، وهناك برامج تدريبية متخصصة لجميع برامج أوفيس تتراوح قيمتها بين ٢٠ - ٣٥ دولاراً، كما أن إنشاء موقع على الإنترنت يمكن الحصول عليه مقابل ١٠ دولارات فى السنة، فى حين تبيع الشركة منتجاتها بـ ٩٩ دولاراً سنوياً؛ أى أنها تزيد الثمن عن المتاح فعلياً بما لا يقل عن ٥٥ دولاراً^(٤).

(١) سامى سويلم ، "حكم التعامل مع شركة بزنس كوم" .
(٢) الغبن: "أن تطغى مصلحة أحد المتعاقدين على مصلحة الآخر بحيث لا يكون توازن بين ما يأخذ وما يعطى" ، ويقسمه الفقهاء بالنظر إلى مقاربه إلى قسمين: غبن يسير، وغبن فاحش، فالغبن اليسير: هو ما لا يتجاوز حدود التفاوت المعتاد بين الناس فى الأسعار؛ كما لو بيعت سلعة بسبعة دنانير، ولو عرضت على أهل الخبرة بقدرها بعضهم بسبعة وبعضهم بستة ، فالواحد المختلف فيه يعتبر غبناً يسيراً ، لأنه يدخل تحت تقويم المقومين، وأما الغبن الفاحش: فهو ما يتجاوز حدود التفاوت المعتاد فى الأسعار، كما لو كانت السلعة المباعة بسبعة بقدرها الخبراء بخمسة، وبعضهم بستة أو أربعة، بحيث لا تدخل السبعة فى تقدير أحد من الخبراء، فالفرق بين السبعة وبين أعلى تقدير من خبراء أمين هو غبن فاحش، الزرقاء "المدخل الفقهي العام" ، ٣٧٨/١ .
(٣) اسامة الأشقر ، " التكييف الفقهي لمعاملة التسويق الشبكي" ، محمد صالح المنجد، حكم التعامل مع بزناس ومثيلاتها من عمليات الخداع، متاح على الموقع الإلكتروني : <http://saaid.net/fatwa/f1.htm> .
(٤) سامى سويلم ، "حكم التعامل مع شركة بزنس كوم" .

وقد أوجب عليه : بأن المنتجات والخدمات التي تقدمها الشركة نافعة ومفيدة، وتستحق ما يدفع في مقابله ، وأما التسويق فهو أمر لا تشترطه الشركة على أحد من المشتركين، وهو أمر عائد إلى رغبتهم الشخصية بعد شراء المنتج لا قبله، وذلك اجتناباً للبيع المنهى عنه شرعاً في (بيعتين في بيعة)^(١).

الدليل الثاني : في هذه المعاملة أكل لأموال الناس بالباطل، لأن هذا النظام غير قابل للاستمرار، فلا بد له من نهاية يصطدم بها، ويتوقف عندها، فقد ينجح فرد في بناء هرم من تسعة أشخاص، ويقود هذا الفرد فريقه لبناء هرم آخر أو أكثر، إلا أنه في المحصلة لابد من توقف نمو الهرم عند مستوى معين، وتضعف كفاءة المتسببين، وعدم قدرة كثير منهم على إقناع أفراد جدد بالاشتراك في نظام الشبكة التسويقي، فكل ما له بداية له نهاية

وبناء على ما سبق فإذا توقف بناء الهرم كانت الطبقات الأخيرة من الأعضاء هي الخاسرة، والطبقات العليا هي الرابحة، فالخسارة، وصف لازم للمستويات الأخيرة في جميع الأحوال والطبقات الأخيرة تفوق في العدد أضعاف الطبقات العليا، وهذا يعني أنه سيخسر الأكثرون ويربح الأقلون^(٢).

وهذا أكلاً لأموال الناس بالباطل، وهو الذي قال الله فيه : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (النساء: ٢٩)

وأوجب عليه : بأنه ليس أكلاً للمال بالباطل كما هو المدعى؛ فإن الزبائن دفعوا نقوداً مقابل منتجات متميزة؛ حيث إنها تشتمل - أي المنتجات - على برامج تعليمية بالصوت والصورة، وبناء مواقع شخصية بسعة كبيرة، بالإضافة إلى البريد الإلكتروني، فأين أكل المال بالباطل، وأين الخسارة، ولماذا ننظر إلى التسويق ونتغاضى عن السلعة، فالمسألة بيع وشراء قبل أن تكون تسويقاً .

وليست الخسارة وصف لازم للمستويات الأخيرة كما يقولون؛ فإن المستويات الأخيرة قد تربح بجهد المتوالي أضعاف ما ربحته المستويات العليا^(٣).

(١)

(٢) سامي سويلم: "حكم التعامل مع شركة بزنس كوم"، محمد صالح المنجد، "حكم بزناس ومثيلاتها من عمليات الخداع"، .

(٣) ينظر فتوى إبراهيم بن سعد الكلثم في بزناس .

الدليل الثالث: تتضمن هذه المعاملة الغرر المحرم شرعاً؛ والغرر هو "مجهول العاقبة"^(١)، وهو ما ينطبق على التسويق الشبكي ، ففيه مخاطرة ومجازفة ، وجهالة بالربح، والغالب عدم تحقق شئ منها؛ لأنه إذا كان احتمال نجاح كل عضو في الهرم في ضم شخص آخر إليه هو ٨٠% فإن احتمال تحقق ١٨ عملية لكي يسترد المشترك رأس ماله يساوى ٨٠% = ١,٨% ، أى أنه احتمال تافه من الناحية العملية .

أما تحقيق عمولة تساوى ٢٥٠٠٠ دولار شهرياً فيطلب ٨١٩٠ شخصاً، فاحتمال وقوع ذلك هو ٨٠% أى ٨١٩٠ = صفر ، أى أنه بمنطق الاحتمالات الإحصائية يتعذر تحقيق هذه العمولة^(٢)، فإذا ثبت أنها مبنية على الغرر ، فالغرر محرم شرعاً .

الدليل الرابع:

إذا علمنا أن الهرم لابد أن يتوقف - مهما كان الحال - فهذا يعنى أن الدخول فى هذا النظام فى حقيقته مقامرة؛ كل يقامر على أنه سيربح قبل انهيار الهرم، ولو علم الشخص أنه سيكون من المستويات الدنيا حين انهيار الهرم لم يكن ليقبل الاشتراك فى نظام الشركة ولا بربع الثمن المطلوب، ولو علم أنه سيكون من المستويات العليا لرغب فى الدخول ولو بأضعاف الثمن !!^(٣).

فهذه العملية تتكون فى حقيقتها من حلقات مقامر؛ مال المقامرة فيها مضمن فى سلعة وداخل فى ثمنها، بل إن حلقات المقامرة فى شركات التسويق الشبكي متداخلة فى حلقات قمار غير منتهية، الرباح فيها هو السابق فى الشبكة الذى يتدفق اليه تيار من الدخل بقدر غير متناه، ويتسع باتساع شبكته من الأفراد^(٤) .

والمخاطر فى هذا النوع من التعامل هو القاعدة المتعلقة بالأمل فى الصعود، ونمو الشبكة بالمزيد من الذين يلونهم ممن يحدوهم الأمل فى الكسب دون عمل منتج،

(١) ابن تيمية، "مجموعة الفتاوى ، ١٦/١٥ .

(٢) سامى سويلم ، "حكم التعامل مع شركة بزنس كوم" . شويش المحاميد، السمسرة الهرمية .

(٣) سامى سويلم ، "حكم التعامل مع شركة بزنس كوم" .

(٤) بيان مجمع الفقه الإسلامى بالسودان حول : "الحكم الشرعى فى الاشتراك فى شركة بزناس المحدودة، وما يشابهها من شركات التسويق الشبكي" ، ص ٢٣ وما بعدها .

فالتطبيقات الثلاثة الأخيرة مخاطرة بصورة مستمرة، وفي أى لحظة من لحظات نمو الهرم^(١).

وهذا هو معنى القمار كما يراه ابن تيمية : "أن يؤخذ مال إنسان وهو على مخاطرة، هل يحصل على عوضه أم لا يحصل؟"^(٢)، وقد أجيب على الدليلين الثالث والرابع بالأجوبة المتقدمة ذاتها .
القول الثانى: الجواز بشروط :

وممن ذهب إلى الجواز لجنة الفتوى بالأزهر^(٣)، حيث أدخلت هذه المعاملة فى باب السمسرة ، والسمسرة إذا لم تقم على غش، أو تدليس، أو ظلم، أو إظهار غير الحقيقة، فهى حلال لا شبهة فيها .

أما الشيخ عبدالله بن جبرين فقد اشترط لجوازها أن تكون مبيعات هذه الشركة مباحة شرعا، وليس فيها معاملة مجهولة، أو فيها غبن، أو ربا، أو رشوة^(٤)، أو نوع قمار ، أو مخادعة ، وأن لا يمدح المروج المنتج بما ليس فيه لأجل الحصول على أجر كبير^(٥).

(١) بيان مجمع الفقه الإسلامى بالسودان حول : "الحكم الشرعى فى الاشتراك فى شركة بزناس المحدودة، وما يشابهها من شركات التسويق الشبكى" ، ص ٢٤ وما بعدها .

(٢) ابن تيمية، "مجموعة الفتاوى" ، ١٥٢/١٠ .

(٣) فتوى لجنة الفتوى فى الأزهر، مطبوع ضمن كتاب "تعريف عقلاء الناس بحكم معاملة بزناس" ، ص ٣٥ .

(٤) الرشوة : ما يعطى لقضاء مصلحة" ، مجدى أبو حبيب، القاموس الفقهي ، ص ١٤٩ .

(٥) فتوى له متاحة على الموقع :

<http://www.ibn-jebreen.com/controller?action=FatwaView&fid=٤٧٤٤>

المبحث الثالث

حكم إثبات التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت

تقدم أنّ الإنترنت شبكة اتصال عملاقة، تشكل تجمعاً ضخماً يضمّ عشرات الآلاف من الشبكات التي يمكن الاتصال بها عبر الآلاف من القنوات الفضائية، وترتبط بشبكة الإنترنت ملايين من أجهزة الكمبيوتر التي تتيح للأفراد والمؤسسات فرص الارتباط بها، والاستفادة من خدماتها المتعددة .

ويتسم نظام التعامل بشبكة الانترنت - فيما يتعلق بالإثبات - بالمزايا الآتية^(١) :

أولاً : تتميز شبكة الإنترنت بأنها تؤمن السرعة في التعاقد؛ إذ يستطيع الشخص الذي يريد التعاقد عن طريق هذه الشبكة تأمين وصول إيجابه إلى التعاقد الآخر الذي يريد التعاقد معه، وفي أيّ بلد كان، خلال دقائق أو ثوان معدودة، وفي حالة الحصول على الإجابة بالقبول فإنّ إجراء التعاقد يتمّ بالبيع والشراء ببطاقة إلكترونية للتعاقد الذي تمّ بينه وبين الأفراد الآخرين، ليستفيد منها بوصفها دليلاً من أدلة الإثبات .

ثانياً : ضمان وصول الرسائل والمستندات، والمحافظة على سرية التعاقد .

ثالثاً : تأخذ المعاملات التعاقدية التي يبرمها الأفراد عبر شبكة الإنترنت صفة قانونية؛ وذلك لأنها تعتمد التوقيعات والشهادات الرقمية كما سيأتي، وهذا الإجراء يؤمن صحة التعاقد، والثقة بمصدره .

رابعاً : أنها ستكون البديل العصري للدليل الكتابي بالمفهوم التقليدي من ناحية إتمام العقد بأقصر وقت، وأقلّ جهد، وأدنى نفقات، فضلاً عن ذلك فإنّ السندات الإلكترونية تخفف إلى حدّ كبير من مشكلة تعدد من أهم مشكلات العصر، وهي مشكلة تخزين الأوراق المكتوبة التي تتضمنها السندات الكتابية التقليدية، والرجوع إليها عند الطلب، لا سيما أنّ بعض المؤسسات قد بلغت فيها مشكلة كثرة الوثائق المكتوبة حدّاً

(١) عباس العبودي، " الحجة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني "، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢ م، ص ١٤٠ وما بعدها .

مرهقاً، إلى درجة أن كمية الوثائق فيها توزن وزناً ولا تعدّ عدّاً .

ولا شك أن استخدام الوثائق والمستندات الإلكترونية بدلاً منها يعمل على تضائل هذه المشكلة في أغلب الأحوال؛ إذ يمكن للمستخدم إدخال جميع البيانات وتخزينها في ذاكرة الكمبيوتر (القرص الصلب)، بحيث يسهل الرجوع إليها وطلبها عند الحاجة، وذلك لفترات طويلة جداً، ما لم يتم التخلص منها من قبل الأشخاص المعنيين بذلك .

وبما أن آلية التعاقد عبر الإنترنت - كما سبق القول - هي أقرب ما تكون - في أغلب الأحوال - إلى الكتابة والمراسلة التي نصّ كثير من الفقهاء على جواز إنشاء العقود بها، ونظراً لأن صحة الاعتماد على المستند أو الوثيقة في الإثبات لا بدّ له من أمرين مهمين هما : الكتابة الخطية، والتوقيع اليدوي، فهذا يستلزم منا أن نقف على مفهوم كلٍّ من الكتابة و التوقيع ، وما يتعلق بهما بالنسبة للإثبات من أحكام، وأن نرى مدى توافر ما ذكره الفقهاء والباحثون من شروط للاعتماد على الخط والتوقيع كوسيلة في الإثبات وتطابقها مع الخصائص التي تمتاز بها المستندات المستخرجة عن طريق الإنترنت، ممّا يتيح للباحث فرصة التوصل إلى الحكم الشرعي المناسب في هذه المسألة، ولهذا ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين :

المطلب الأول : الكتابة؛ شروطها التقليدية ومدى توافرها في الكتابة الإلكترونية .

المطلب الثاني : التوقيع؛ شروطه التقليدية ومدى توفره في التوقيع الإلكتروني .

المطلب الأول

الكتابة؛ شروطها التقليدية ومدى توافرها في

الكتابة الإلكترونية

وقد اشتمل هذا المطلب على الفروع الآتية :

الفرع الأول

تعريف الكتابة

الكتابة في اللغة مصدر كتب، يقال : كتب الشيء يكتبه كتباً وكتاباً وكتابة، أي : خطّه^(١)
فالكتابة : ما يخطه الإنسان أو يكتبه في القرطاس من الكلام^(٢) .

ومن معانيها الجمع والضم، يقال : تكتب القوم: إذا اجتمعوا، ومن ثم سمي الخط
كتابة : لجمع الحروف بعضها إلى بعض^(٣) .

أمّا في الاصطلاح فلم يفرد الفقهاء الكتابة بفصل مستقل، وإنما عبّروا عنها بالألفاظ
مختلفة هي : الصك، والحجة، والسجل، والمحضر، والوثيقة، واستعمل بعض الفقهاء
جميع العبارات السابقة، بينما استعمل بعضهم أنواعاً منها، إلا أنّ هذه الألفاظ جميعها
تتضمّن معنى واحداً، وهو اشتمالها على خط يمكن الاستناد إليه في توثيق الحقوق وما
يتصل بها، بحيث يتسنى لطالب الحق أو مدعيه أن يرجع إليه عند الطلب والحاجة^(٤) .
ويعرّف البعض الكتابة التقليدية بأنها: " رسوم وأشكال حرفية تدلّ على الكلمات
المسموعة الدالة على ما في النفس"^(٥) .

وتعرّف أيضاً بأنها عبارة عن : " نقوش ورموز تعبّر عن الفكر والقول دون
اشتراط أن تكون فوق ورق، أو خشب، أو جلد، أو رمل"^(٦) .

(١) ابن منظور، " لسان العرب"، ٧٠١/١ . الرازي، " مختار الصحاح"، ص ٥٦٢ .

(٢) محمد رواس قلججي، " معجم لغة الفقهاء"، ص ٣٧٧ .

(٣) ابن منظور، " لسان العرب"، ٧٠١/١ . أحمد بن علي القلقشندي، " صبح الأعشى في صناعة الإنشاء"، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، ٨١/١ .

(٤) محمد مصطفى الزحيلي، " أصول المحاكمات الشرعية والمدنية"، مطابع مؤسسة الوحدة، ١٤٠١هـ-١٩٨١م، ص ١٨٩ .

(٥) صديق بن حسن بن القنوجي (ت ١٣٠٧هـ)، " أبجد العلوم"، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٨٧م، ١٥٦/١ .

(٦) رضا متولي وهدان، " الضرورة العلمية للإثبات بصور المحررات في ظل تقنيات الاتصال الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، ص ٦ .

فلا يتطلب في الكتابة أن تأخذ شكلاً معيناً؛ فقد تفرغ على الورق، أو على أي شيء آخر مثل : الخشب، أو الجلد، كما قد يستخدم في الكتابة القلم الرصاص، أو الحبر الجاف، أو المداد السائل، أو الآلة الكاتبة، وقد تكون بأية لغة .

وفي مجال الإثبات فإنّ الكتابة غالباً ما تكون على الورق، وتسمى مثل هذه الأوراق بالوثائق أو المحررات أو المستندات، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن تنصبّ الكتابة على دعائم أخرى مثل أجهزة الحاسب الآلي، ويطلق على الدعامة في مثل هذه الحالة أيضاً لفظ المحرر أو المستند، ومن هنا يمكن القول بوجود محررات أو وثائق أو مستندات ورقية عادية وأخرى إلكترونية حديثة^(١) .

ويعرّف أحد الباحثين الكتابة بأنها : " الخط الذي توثق به الحقوق بالطرق المتعارف عليها للرجوع إليها عند الحاجة والطلب "^(٢) .

وقد تطوّر معنى الكتابة تطوراً ملموساً؛ فبعد أن كانت تتم على الحجارة والخشب وجلد الماشية من خلال الأدوات الحادة كالمسامير وغيرها، أصبحت تتم على وسيط ورقي، ثم مع تقدم المدنية وتطور الحياة العلمية ظهرت الكتابة عبر الوسائل الإلكترونية المستحدثة : كالتكس والكمبيوتر .

الفرع الثاني

مشروعية الكتابة وأهميتها

قد يخيل للمرء أنّ استخدام الكتابة في المعاملات والقضاء وسيلة من الوسائل الحديثة، والواقع أنّ الكتابة وسيلة قديمة في حفظ العلوم والحقوق، وهي قديمة قدم التاريخ وقد عرفت البشرية الكتابة منذ وجودها على الأرض، وعندما انبثق فجر الإسلام تبوّأت الكتابة مكانتها، وعلا شأنها، فقال تعالى في أول كلمة، وأول سورة نزلت من القرآن : ﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ * خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ * اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ *

(١) أسامة أحمد شوقي المليجي، " قيمة مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة ومدى حجبها في الإثبات "، بحث مطبوع ضمن كتاب الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية "، ص ٢١٤ .

(٢) أيمن العمر، " المستندات في وسائل الإثبات "، ص ٢٠٩ .

الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ﴿[العلق: ١-٤] .

وقد امتثل الأنبياء - عليهم الصلاة والسلام - للأمر بالكتابة, واستخدموها في تبليغ الدعوة ونشر الرسالة؛ وورد في بعض الروايات التاريخية أن آدم - عليه السلام - هو أول من وضع الخط والكتب^(١),

وإذا كان القرآن قد أمر الناس بالإشهاد على حقوقهم ومعاملاتهم, صوناً لها ومحافظة عليها حتى لا يقع نسيانها, ويمكن الرجوع إلى الشهود فيما إذا وقع إنكارها أو قام النزاع حولها, فإن القرآن أمر أيضاً - زيادة في توثيق الحقوق وصيانتها - بكتابة هذه المعاملات ليأمن الأطراف كل نسيان أو جحد, وليقوم الكتاب مقام الشاهد إذا مات أو غاب, فقال تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] .

قال ابن العربي في قوله تعالى : " فاكْتُبُوهُ " يريد صكاً ليستذكر به عند حلول أجله؛ لما يتوقع من الغفلة في المدة التي بين المعاملة وبين حلول الأجل, والنسيان موكل بالإنسان, والشيطان ربما حمّله على الإنكار, والعوارض من موت وغيره تطرأ, فشرع الكتاب والإشهاد^(٢) .

ومع تقدّم العصر وتطوّر الزمن أصبحت الكتابة أهمّ وسيلة في الإثبات, وجرى العرف على ذلك, واحتاطوا في دفع كلّ ريبة أو شك أو تزوير فيها بفضل الوسائل الحديثة في التوثيق .

الفرع الثالث

حكم الإثبات بالكتابة

اختلف الفقهاء في حكم الإثبات بالكتابة على قولين كالتالي :

القول الأول : عدم جواز العمل بالخط في الإثبات, وهو مذهب الحنفية^(٣),

(١) القلقشندي, " صبح الأعشي في صناعة الإنشاء ", ١/٨٠٤ . القتوجي, " أبجد العلوم ", ٢/٢٦٥ .

(٢) ابن العربي, " أحكام القرآن ", ١/٢٤٧ .

(٣) ابن نجيم, " الأشباه والنظائر ", ص ٢٤٥ . ابن عابدين, " حاشية رد المحتار على الدر المختار ", ٨/١٣٥ .

والشافعية^(١)، ورواية عن أحمد^(٢) .

ولقد استند أصحاب هذا القول في نفيه لدور الكتابة باعتبارها وسيلة للإثبات إلى أنها قابلة للمشابهة والتزوير، وإلى كون الأدلة النقلية لم تأمر بها إلى عدة أدلة هي كالتالي:-

أولاً ما أخرجه البخاري من حديث الأشعث بن قيس- رضي الله عنه- قال: " كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصمنا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم-، فقال: شاهدك أو يمينه...."^(٣) .

وجه الاستدلال به : أن رسول الله - عليه الصلاة والسلام - جعل الحكم مقصوراً على الشهادة دون الكتاب^(٤) .

نوقش الاستدلال بهذا الحديث بمايلي:-

بأن قول النبي -عليه الصلاة والسلام- " شاهدك أو يمينه " ليس فيه ما يدل على تقييد وسائل الإثبات بالشهادة فقط، بدليل أن الإقرار وسيلة لإثبات الحكم ومع ذلك لم يرد ذكره في الحديث، كما أنه ليس في الحديث دلالة على المنع من الاستدلال بالخط والكتاب لو كان موجوداً^(٥) .

ثانياً : قال المانعون من العمل بالخطوط : الخطوط قابلة للمشابهة والمحاكاة، بحيث يصعب تمييزها، وهل كانت قصة عثمان ومقتله إلا بسبب الخط؛ فإنهم صنعوا مثل خاتمه، وكتبوا مثل كتابه، حتى جرى ما جرى^(٦) .

ونوقش الاستدلال بهذا الدليل:-

(١) محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، " الوسيط في المذهب "، الطبعة الأولى، دار السلام، ١٤١٧هـ-١٩٩٧، ٣٢٤/٧ . السيوطي، " الأشباه والنظائر "، ص ٣٩٠ .

(٢) ابن قدامة، " المغني "، ٤٧٠/١١ .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الرهن، باب : إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبيئة على المدعى، واليمين على المدعى عليه، حديث رقم ٢٥١٦، ص ٢٨٨ . وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب : وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، حديث رقم ١٣٨، ١٢٣/١ .

(٤) علي بن محمد الماوردي (ت ٤٥٠هـ)، " أدب القاضي "، مطبعة العاني - بغداد، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م، ٩٨/٢ .

(٥) أيمن العمر، " المستجدات في وسائل الإثبات "، ص ٢١٣ .

(٦) ابن القيم، " الطرق الحكمية في السياسة الشرعية "، ص ٢٠٦ . الماوردي، " أدب القاضي "، ٩٨/٢ .

بان تشابه الخطوط أمر نادر، والنادر لا حكم له^(١)، ولو سلم تشابه الخطوط فإنّ هذا التشابه وارد أيضاً في الصور والأصوات، يقول ابن القيم: "وغاية ما يقدر: اشتباه الخطوط، وذلك كما يفرض من اشتباه الصور والأصوات، وقد جعل الله سبحانه في خطّ كل كاتب ما يميز به عن خطّ غيره، كتميّز صورته وصوته عن صورته وصوته، والناس يشهدون شهادة لا يستريبون فيها أنّ هذا خط فلان وإن جازت محاكاته ومشابهته، فلا بدّ من فرق، وهذا أمر يختصّ بالخط العربي، ووقوع الاشتباه والمحاكاة لو كان مانعاً لمنع من الشهادة على الخط عند معاینته إذا غاب عنه لجواز المحاكاة، وقد دلت الأدلة المتضافرة التي تقرب من القطع على قبول شهادة الأعمى فيما طريقه السمع إذا عرف الصوت، مع أنّ تشابه الأصوات إن لم يكن أعظم من تشابه الخطوط فليس دونه"^(٢).

أضف إلى ذلك أنّ الكتابة إذا وصفت بأنها وسيلة معيبة للإثبات لإمكان وصمها بالتزوير، فالشهادة بدورها وسيلة معيبة، وهي لا تخلو من الطعن فيها، وذلك للعيوب التي قد تعترى شهادة الشهود من محاباة، وانتقام، ورشوة، وفساد ذمة، وكذب، وخطأ، ونسيان... إلخ.

ثالثاً: أنّ الكاتب ربما يقصد من كتابته التجربة واللهو والتسلية لا ليأخذ بما تضمّنه، فلا يمكن اعتبارها حجة لعدم القصد والإرادة^(٣). ونوقش هذا الدليل بما يلي:-

بأن هذا الدليل يظهر قصوره إذا أخذنا بعين الاعتبار استحالة أن يجرب الإنسان خطه ويتسلّى به في كتابة الحقوق وإثباتها عليه، وهو احتمال بعيد ونادر^(٤).

(١) ابن فرحون، "تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام"، ٣٠٣/١.

(٢) ابن القيم، "الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية"، ص ٢٠٣.

(٣) ابن عابدين، "نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف"، ضمن كتاب "مجموعة رسائل ابن عابدين"، دار النشر، وتاريخ الطبع غير مذكور، ١٤٤/٢. أحمد إبراهيم، "طرق القضاء في الشريعة الإسلامية"، المطبعة السلفية- القاهرة، ١٣٤٧هـ، ص ٦٨. موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، ١٧١/٢.

(٤) صالح بن عبدالله الظبياني، "القضاء والإثبات الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون اليمني"، دار النشر غير معروفة، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٣م، ص ٣٥٢. أيمن العمر، "المستجدات في وسائل الإثبات"، ص ٢٠٧.

القول الثاني : جواز العمل بالخط والكتابة في الإثبات, وقال به أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية ^(١) , والمالكية ^(٢) , ورواية عن أحمد ^(٣) .

ولقد استند هذا الاتجاه في تعويله على الكتابة كدليل للإثبات إلى الأدلة المتكاثرة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول, كالتالي :

أولا الكتاب

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] .

وجه الدلالة: أن الله أمر بالكتابة, وسواء أكان الأمر للفرض أم للندب, فإنه يقرر اعتبار الكتابة في توثيق العقود والديون, والاعتماد عليها عند الإنكار والجحود, والاحتجاج بها أمام القضاء, والاستناد إليها في الحكم بعد إعدادها المسبق عند إنشاء الحق, وعليه فالكتابة حجة ودليل في التعامل, وإلا لم يكن للأمر بها في الآية معنى ^(٤) .

ثانيا السنة:-

١- ما ثبت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - من أنه كان يكتب الصلح والمعاهدات والرسائل إلى الملوك يدعوهم إلى الإسلام, ولم يكن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يشهد على هذه الكتب, أو يشافه الرسول بمضمون ما كتبه, وإنما يدفع الكتاب مختوماً إلى الرسول لينطلق به حيث أمر, مما يدل على اعتبار الكتابة حجة عند التنازع والإنكار, وإلا لما كان لهذه الكتابة أية فائدة ^(٥) .

٢- ما أخرجه البخاري بسنده عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه, يبیت

(١) ابن عابدين, " حاشية رد المحتار على الدر المختار ", ١٣٨/٨ . مجلة الأحكام العدلية, المادة (١٧٣٦) ص ٤٦٥.

(٢) ابن فرحون, " تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ", ٣٠٣/١ .
(٣) المرادوي, " الإنصاف معرفة الراجح من الخلاف ", ٣٠٤/١١ . ابن القيم, " الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ", ص ٢٠١ .

(٤) محمد الزحيلي, " أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ", ص ١٩٢ .
(٥) ابن القيم, " الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ", ص ٢٠٢ . أحمد إبراهيم, " طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ", ص ٦٤ .

ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده" (١) .

وجه الاستدلال به: أن النبي - عليه الصلاة والسلام - حثَّ على كتابة الوصية، وهذا يستلزم الاعتماد على الكتابة في الإثبات ولو لم يقترن بها الشهادة عليها؛ إذ لو لم يجز الاعتماد على الخط والكتابة لم يكن لكتابة الوصية فائدة" (٢) .

يقول ابن تيمية: " واحتج به مَنْ يعمل بالخط إذا عُرِف " (٣) .

ثالثاً الآثار: -

أنَّ عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - كتب بيعته إلى عبد الملك بن مروان (٤)، ولو لم يكن الخط كافياً، لما اكتفى عبد الملك من ابن عمر بالخط في هذا الأمر العظيم، ولم يذكر الإمام مالك في موطنه أن ابن عمر أشهد على ذلك (٥) .

رابعا الإجماع

إجماع الصحابة على جواز العمل بالخط، فثبت العمل بالخط بالأدلة المتواترة من الكتاب والسنة والإجماع، ومن الحاكين لإجماع الصحابة على العمل بالخط الرازي في " المحصول " (٦)، وأما من بعد الصحابة فيدل عليه إجماعهم الفعلي على الاحتجاج بذلك، والعمل به في معاملاتهم، وفي المصنفات (٧) .

وقال ابن تيمية : " والعمل بالخط مذهب قوي، بل هو قول جمهور السلف " (٨) .

خامساً المعقول: -

وقد دل العقل أيضاً على حجية الكتابة؛ ذلك أن الكتاب كالخطاب، والإقرار بالكتابة

(١) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب : الوصايا، وقول النبي عليه الصلاة والسلام : " وصية الرجل مكتوبة عنده "، حديث رقم ٢٧٣٨ ، ص ٣٢٣ . وأخرجه مسلم في كتاب الوصية، باب : وصية الرجل مكتوبة عنده، حديث رقم ١٦٢٧ ، ١٢٤٩/٣ .

(٢) أحمد إبراهيم، " طرق القضاء في الشريعة الإسلامية "، ص ٦٥ .

(٣) الشوكاني، " نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار "، ١٣٤/٣ .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب البيعة ، باب : ما جاء في البيعة، حديث رقم ١٨٤٣ ، ص ٦٥١ .

(٥) ابن فرحون، " تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام "، ٣٠٦/١ .

(٦) محمد فخر الدين الرازي (ت ٦٠٦هـ)، " المحصول في علم الأصول "، الطبعة الأولى، تحقيق طه جابر العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، ٥٩٦/٤ .

(٧) أحمد إبراهيم، " طرق القضاء في الشريعة الإسلامية "، ص ٦٤ .

(٨) محمد بن علي البجلي (ت ٧٧٧هـ)، " مختصر فتاوى ابن تيمية "، دار القلم - بيروت، تاريخ الطبع غير مذكور، ص ٥٨٤ .

كالإقرار باللسان^(١)، والخط كاللفظ في التعبير عن الإرادة، وإظهار النية، إبراز العزيمة^(٢)، وتمتاز الكتابة عن اللفظ بالثبات والضبط، وتقول العرب: "القلم أحد اللسانين"، وقال ابن عباس - رضي الله عنهما - : "الخط لسان اليد"، بل قيل الخط أفضل من اللفظ؛ لأنّ اللفظ يفهم الحاضر فقط، والخط يفهم الحاضر والغائب^(٣).
الترجيح:

الذي يظهر رجحانه هو قول الجمهور بجواز العمل بالكتابة، واعتمادها وسيلة من وسائل الإثبات، وهو رأي يدعمه الدليل، ويتفق مع قواعد الشريعة وأصولها القاضية برفع الحرج؛ إذ لو منعنا العمل بالكتابة لاحتمال التزوير لتعطلت مصالح الناس، ولاختل نظام التعامل بينهم لا سيما التجار أشدّ اختلال، فوجب رعاية مصالح الناس بتجويز الكتابة^(٤)، والاستناد إليها كحجة في الإثبات، لا سيما وقد جرى العرف على التعامل بها.

ولا يخفى أنّ الكتابة تحصل في وقت لا نزاع فيه، تقرر فيه الحقائق على طبيعتها، فعند تقديمها للقضاء تنطق بتلك الحقائق التي سبق إثباتها دون غرض أو تحييز أو نسيان، ومن ثم يرجح الإثبات بالكتابة على الإثبات بغيرها كثيرا، وتكون حجة على صاحبها بما يثبت فيها.

ونحن إذا ما دققنا في المبررات الفقهية التي تأتي بها الفقهاء لتعليل أعمال الخط أو إهماله نجدها في دورها تدور حول العرف وجوداً وعدماً؛ فهم يمعنون في افتراض العلل والاحتمالات التي تطعن بالخط لتأييد رفضهم له كدليل للإثبات إذا ما استعصى على العرف العمل به، حتى إذا ما جاء عرف مستجد يقضي بالعمل به نجد الفقهاء يسارعون إلى دعم هذا العرف بمختلف المسوغات التي تؤيد اقترابهم من الخط، والتعويل عليه كدليل للإثبات.

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٧٠)، والمادة (١٦٠٦)، ص ٩٥، ٤٢٦.

(٢) ابن القيم، "الطرق الحكمية في السياسة الشرعية"، ص ٢٠٢.

(٣) ابن قتيبة، "عيون الأخبار"، ١٠٧/١. القنوجي، "أنجد العلوم"، ٢٦٤/٢.

(٤) أحمد إبراهيم، "طرق القضاء في الشريعة الإسلامية"، ص ٧٠.

يقول ابن عابدين : " وحاصله أنّ ما مر من قولهم : لا يعتمد على الخط ولا يعمل به، مبني على أصل المنقول في المذهب قبل حدوث العرف، ولما حدث العرف في الاعتماد على الخط والعمل به في مثل هذه المواضع أفتوا به "(١) .

ويقول في حاشيته : " العمل في الحقيقة إنما هو لموجب العرف لا لمجرد الخط "(٢) .

الفرع الرابع

شروط الكتابة التقليدية

ومدى توافرها في الكتابة الإلكترونية

بادئ ذي بدء أود أن أشير إلى أنّ الفقهاء المجوزين للعمل بالخط لم يجيزوه مطلقاً، وإنما قيدوه في حالة حصول الثقة بالمخطوط واشتহারه؛ فالمعول في ذلك على القرائن الدالة على صحته؛ فإن قويت حكم بموجبها، وإن ضعفت لم يلتفت إليها، وإن توسّط طلب الاستظهار، وسلك سبيل الاحتياط، حتى يترجّح أحد الأمرين (٣) .

وبناءً على ما سبق فإن الوثيقة المكتوبة يجب أن تكون دالة على الحق المشهود به دلالة واضحة، ليتمكن التعرف عليه وتحديدده عند التجاحد أو النزاع، ولذلك كان على الكاتب أن يتجهد في أن تكون الوثيقة التي يحررها وافية بالغرض المقصود بها ، مشتملة على جميع ما يحقق الفائدة المرجوة منها .

ولتكون كذلك لابد أن تشتمل على شروط رأى الفقهاء والباحثون في أنها تفيد في توثيق الحق المثبت بها، وبدونها تعتبر الوثيقة ناقصة وغير موفية بالمقصود، ومن هذه الشروط ما يلي :

أولاً : أن تكون الكتابة مستبينة؛ وذلك بأن تكون ظاهرة لها بقاء بعد الفراغ منها، وهذا المعنى يتحقق بكل ما تثبت عليه الكتابة، ويمكن حفظه لفترة طويلة؛ كالكتابة على

(١) ابن عابدين، " نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف "، ١٤٣/٢ .

(٢) ابن عابدين، " حاشية رد المحتار على الدر المختار "، ١٦٣/٨ .

(٣) ابن القيم، " الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية "، ص ٢٠٨ . مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٧٣٦) ، ص ٤٦٥ .

لوح، أو جلد، أو خشب أو ورق^(١) .

كما يجب لتحقيق شرط الاستبانة أن تكتب بأسلوب صحيح، وبخط واضح، وأن لا يترك بياض بين سطورها، وأن يتحاشى الكاتب المحو، والكشط، والتحشير، وإن اضطر إلى التشطيب فيجب أن يكون بصفة لا تخفى معها الجملة المشطّب عليها، كوضع نقطة مثلثة فوقها مثلاً، وذلك لئلا تغير بجملة أخرى^(٢) .

أمّا بالنسبة للوثيقة الإلكترونية المكتوبة فالإضافة إلى إمكانية قراءتها ووضوحها، وكذلك استمرارها أو ديمومتها، وإمكانية الرجوع إليها عند الحاجة، فإنها تتميز بقدرة أطراف التعاقد على تعديلها بالإضافة أو الإلغاء، وكذا إعادة تنسيقها دون ترك أي أثر - يدل على الإلغاء والإضافة - يمكن اكتشافه^(٣) .

وسعيّاً وراء تثبيت الكتابة الإلكترونية فقد تمّ ابتكار برنامج (document image processing) ليحول دون إجراء أي تعديل عليها؛ وذلك لما يقوم به من تحويل النص الإلكتروني إلى صورة ثابتة بحيث يتعذر تعديلها .

كما قد تمّ ابتكار طريقة أخرى لحفظ البيانات الإلكترونية دون إمكانية طروء أي تعديل عليها؛ بحيث يتمّ حفظ هذه البيانات في صناديق إلكترونية يستحيل فتحها إلا بالمفتاح الخاص، والذي تشرف عليه سلطات الإشهار (authentication authority) العامة والخاصة، ممّا ينجم عنه إتلاف الوثيقة المحفوظة في حالة ما إذا أريد تعديلها^(٤) .

ثانياً : أن تكون الكتابة مرسومة، وذلك بأن تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في مراسم زمانهم وتقاليدها^(٥)

(١) الزرقا، " المدخل الفقهي العام "، ٣٢٧/١ . موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، ١٧١/٢ .
(٢) محمد بن معجوز، " رسائل الإثبات في الفقه الإسلامي "، الطبعة الأولى، دار الحديث الحسنية، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م، ص ٣٣٨ .
(٣) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، " عقود التجارة الإلكترونية "، الطبعة الأولى، دار الثقافة - الأردن، ٢٠٠٥ م . بشار المومني، " مشكلات التعاقد عبر الإنترنت "، ص ١٠٥ .
(٤) محمد أبو الهيجاء، " عقود التجارة الإلكترونية "، ص ٦٦ .
(٥) الزرقاء، " المدخل الفقهي العام "، ٣٢٧/١ . موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، ١٧١/٢ .

ولإضفاء مزيد من الثقة على الكتابة يراعى فيها أمران^(١) :
أولاً : أن يتم التصديق عليها من قبل جهة رسمية , أو كتابتها بواسطة كاتب عدل
من أهل اليقظة والفطنة والتميز .

ثانياً : الإشهاد على محتويات الوثيقة بشاهدي عدل, وأن يضع كل عدل شهد بما
في الوثيقة إمضائه وتوقيعه عليها, وأن يكتب اسمه واسم أبيه وجده ولقبه بخط واضح

وبنظرة متعمقة في طبيعة الوثائق الإلكترونية نجد أن شروط الكتابة بالمفهوم
التقليدي متحققة الظهور فيها حيث أنها مستخرجة من جهاز الكمبيوتر ونحوه من
وسائل التقدم العملي الحديث, على اعتبار أنها وسيلة ناقلة للحروف والكلمات عن
طريق وحدات الإدخال كلوحة المفاتيح في جهاز الكمبيوتر, والذي يؤدي وظيفة الكتابة
بشكل أكثر وضوحاً في القراءة والفهم, وسرعة التخزين والاسترجاع مقارنة بالكتابة
التقليدية .

كما يمكن الحصول على أدلة مادية سالمة من الريب والشك؛ وذلك عن طريق
وحدات الإخراج كالألة الطابعة, لتخرج لنا في النهاية وثيقة ورقية مكتوبة إلكترونياً .
وإذا أخذنا بعين الاعتبار المفهوم الواسع والحديث للكتابة, والذي يعني ترك
اصطلاح الكتابة دون تحديد ليتسنى تفسيرها وفقاً للتطور التكنولوجي الهائل الذي طرأ
على الكتابة؛ ذلك أن الورق الذي كانت تكتب عليه مثل هذه الوثائق والصكوك قد تطور
واختلف باختلاف الزمان, ومع ذلك لم يأت أحد ليقول بتقييد مفهوم الورق الذي ينبغي
أن تدون فيه الوثائق, إذا نظرنا بعين الاعتبار إلى ذلك خلصنا إلى نتيجة مهمة وهي :
أن الغرض من اشتراط الكتابة ليس هو الكتابة ذاتها, وإنما لإيجاد وعاء تودع فيه
شروط التعاقد لحفظها واستخدامها في الإثبات إذا قام بشأنها نزاع^(٢) .

فشرط الكتابة بموجب هذا المفهوم أصبح لا يقصد به الكتابة الاعتيادية, وإنما سائر
الوثائق المكتوبة إلكترونياً, ومنها الوثائق المستخرجة من شبكة الإنترنت هذا من
ناحية, ومن ناحية أخرى فليس في الشرع ما يدل على اشتراط وسيلة مخصوصة في

(١) محمد معجوز, " وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي ", ص ٣٣٩ . أيمن العمر, " المستجدات في وسائل الإثبات ",
ص ٢٢١ .

(٢) عباس العبودي, " الحجية القانونية لوسائل التقدم العملي في الإثبات المدني ", ص ١٤٨ .

الإثبات، بل هو مغلّ بإظهار الحق وإثباته، وهذا يتناول إظهاره بأية وسيلة ما دامت تثبت الحق وتبينه، كما أنّ العرف له دور بارز في باب الخط والكتابة - كما مرّ معنا - ، وعرف الناس اليوم جار على اعتبار الكتابة الإلكترونية - بشروطها - دليلاً وحجة في الإثبات، فتكون مقبولة فيه شرعاً .

وفي ضوء ما سبق يتضح أنّ الكتابة بالوسائل الإلكترونية الحديثة يمكن أن تعتبر جامعة بين كونها وسيلة للتعاقد، ووسيلة لإثبات وجوده، باعتبار أنّ مجموع الرسائل أو الوثائق المتبادلة إلكترونياً تكون وثيقة العقد، ففي هذه الحالة تكون الوثيقة معبرة عن الإرادة ومثبتة لوجودها في آن واحد، ويمكن للقاضي أن يعتمد عليها ويثق بها نظراً للمميزات السابقة التي أشير إليها .

غير أنّ احتمال التزيف والتزوير وتقليد الشخصيات يبقى وارداً، كما هو وارد أيضاً في التعاقد المباشر، ولذلك إذا ثار النزاع حول ذلك فالقضاء هو الفيصل، وتُسمع دعوى من يدعي ذلك، ولكن يقع عليه عبء الإثبات بالوسائل والطرق المشروعة انطلاقاً من حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : "البينة على المدعى واليمين على من أنكر"^(١) .

المطلب الثاني

التوقيع التقليدي ومدى

توافره في التوقيع الإلكتروني

قد تبين فيما سبق أنّ صحة الاعتماد على الوثيقة في الإثبات لا بدّ له من أمرين مهمين هما : الكتابة والتوقيع، وبعد أن عرفنا أحكام الكتابة في المطلب الأول، فهذا يستلزم منا أن نقف هنا على مفهوم التوقيع وأحكامه .

(١) أخرجه البيهقي في " السنن الكبرى "، في كتاب الدعاوى والبيّنات، باب : البينة على المدعى واليمين على من أنكر، ٢٥٢/١٠ . قال ابن حجر : إسناده حسن (فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ٦١٧/٥) .

الفرع الأول مفهوم التوقيع

التوقيع في كلام العرب معناه : التأثير القليل الخفيف, يقال : جنب هذه الناقة موقع : إذا أثرت فيه حبال الأحمال تأثيراً خفيفاً , وحكي أن أعرابية قالت لجارتها: " حديثك ترويع, وزيارتك توقيع " تريد أن زيارتها خفيفة^(١) .

ويحتمل أن يكون من قولهم : وقع الأمر أو القول : إذا وجب ولزم , و من قولهم : وقع الحق, أي : ثبت, أو من موقعة الطائر : وهي المكان الذي يألفه^(٢) , من حيث إن الموقع على الرفعة يألف مكاناً منها يوقع فيه كحاشية القصة ونحوها^(٣) .
والتوقيع : ما يوقع في الكتاب .

والتوقيع في الكتاب : إلحاق شيء فيه بعد الفراغ منه, قال الأزهري : " توقيع الكاتب في الكتاب المكتوب أن يجمل بين تضاعف سطوره مقاصد الحاجة, ويحذف الفضول, وهو مأخوذ من توقيع الدبر ظهر البعير؛ فكأن الموقع في الكتاب يؤثر في الأمر الذي كتب الكتاب فيه ما يؤكد ويوجب^(٤) .

ويراد بالتوقيع اصطلاحاً : " ما يجعله صاحب الكتاب في ذيل كتابه من علامة تختص به, وتدلّ على إقراره بصحة ما ورد فيه, والتزامه بمضمونه^(٥) .
ويعرّف التوقيع اليدوي أيضاً بأنه : " العلامة الخطية التي يضعها شخص على وثيقة مكتوبة يعبر بها عن وجوده المادي في التصرف, أو تأييده لمضمون الوثيقة التي صدرت عنه^(٦) .

ويعرفه البعض بأنه: " تصرف إداري يقصد به التعبير عن موافقة الموقع على السند^(١) .

(١) القلقشندي, " صبح الأعشى في صناعة الإنشاء ", ٨٣/١ .
(٢) الفيروزآبادي, " القاموس المحيط ", ص ٩٩٨ . الرازي, " مختار الاصحاح ", ص ٧٣٢ .
(٣) القلقشندي, " صبح الأعشى في صناعة الإنشاء ", ٨٣/١ .
(٤) ابن منظور, " لسان العرب ", ٤٠٦/٨ .
(٥) أحمد محمد داود, " أصول المحاكمات الشرعية ", الطبعة الأولى, دار الثقافة, ٢٠٠٤م, ص ٥٨٨ .
(٦) نووي حمد خاطر, " وظائف التوقيع في القانون الخاص ", مجلة المنارة, جامعة آل البيت - المفرق, المجلد الثالث, العدد الأول, ذو القعدة ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م, ص ٥٢ .

يلاحظ على التعريفات المتقدمة شمولها كل صور التوقيع : الخطية، وبصمة الأصبع، وبصمة الختم، والتوقيعات الإلكترونية وغيرها، وأنّ التوقيع أياً كانت صورته ينهض بدورين هامين : تحديد هوية الموقع، والتعبير عن إرادته في قبول محتوى المستند الذي وقع عليه والالتزام به .

أمّا بالنسبة للتوقيع الإلكتروني فقد تباينت التعريفات التي أعطيت له تبعاً لاختلاف وجهات النظر إليه، نذكر بعضها :

أولاً : عرفه القانون الفرنسي بأنه : " التوقيع الذي ينتج عن استخدام أي وسيلة مقبولة موثوق بها، لتحديد هوية الموقع، وتكفل اتصال التوقيع بالعمل أو المستند المرتبط به " (٢)

والذي يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يحدد شكلاً معيناً للتوقيع؛ ليشمل أي توقيع تفرزه الحضارة، على اعتبار أن كل توقيع يحقق وظائف التوقيع هو توقيع جدير بالاعتراف به، غير أنه اشترط أمرين مهمين وهما : أن تكون الطريقة التي يتم بها التوقيع طريقة موثوقة، حتى يتم التعويل عليه كطريقة معتمدة للتوقيع، وأن تكفل وسيلة التوقيع اتصاله بالمستند المرتبط به .

ثانياً : يعرف التوقيع الإلكتروني أيضاً بأنه : " مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمضمونه " (٣) .

وهذه التعريفات تعد وافية بمتطلبات التوقيع الإلكتروني، وهي جديرة بالاعتماد .

(١) عباس العبودي، " السندات العادية ودورها في الإثبات المدني "، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة، ٢٠٠١م، ص ٣٦ .

(٢) نضال برهم، " أحكام عقود التجارة الإلكترونية "، ص ١٧١ .

(٣) لورنس محمد عبيدات، " إثبات المحرر الإلكتروني "، الطبعة الأولى، دار الثقافة، ٢٠٠٥م، ص ١٢٦ .

الفرع الثاني صور التوقيع اليدوي

إنّ التوقيع اليدوي تارة ما يكون بخط اليد؛ بوضع علامة خطية، أو أي اصطلاح خطي يختص به صاحبه للدلالة على التزامه بمضمون الموقع عليه، وقد يكون ببصمة الإبهام أو الأصبع ونذكر كل أسلوب كما يأتي :

أولاً : الإمضاء الكتابي :

ويراد بالإمضاء أو التوقيع الكتابي : " كل إشارة أو اصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه بمحض إرادته للتعبير عن صدور السند منه، وموافقته على ما ورد في هذا السند ومحتوياته " (١) .

وليس للإمضاء الخطي شكل معين، بل قد يأخذ أحياناً شكلاً هندسياً مميزاً، أو شكلاً رمزياً يرتاح إليه كاتبه، وهو بهذه الصورة نتاج لرسالة فورية من المخ البشري لكاتب الإمضاء، وتصدر أوامرهما إلى اليد الكاتبة وفقاً لمسار معين اعتاد المخ البشري على إدراكه، ومن ثم فإنّ اليد الكاتبة تعتاد هذا المسار في كتابتها للإمضاء (٢) .
والتوقيع بالإمضاء هو الأسلوب الشائع والمألوف، فغالباً ما يتم التوقيع بكتابة الإمضاء، ومن ذوي العلاقة المباشرة .

ثانياً : التوقيع ببصمة الإبهام :

يراد بالبصمة : " وضع إصبع الإبهام على السند، أو الصك، أو المعاملة بعد أن يوضع في مادة أو حبر خاص، لتنتقل بواسطتها خطوط الإبهام الخلقية على الورقة الممهورة بإصبع الإبهام " (٣) .

(١) عباس العبودي، " السندات العادية ودورها في الإثبات المدني "، ص ٣٩ .

(٢) نوري خاطر، " وظائف التوقيع في القانون الخاص "، ص ٥٤ .

(٣) أحمد داود، " أصول المحاكمات الشرعية "، ص ٥٨٨ .

أوهو عبارة عن:"الأثر الذي يتركه إصبع الشخص على الورق بعد غرسه في مداد ملون، ويتكون من نقوش وخطوط طويلة وعرضية، يندر أن تتشابه لدى اثنين من البشر (١)".

وتعتبر بصمة الإبهام أو الإصبع من أهم الخصائص المميزة للبشر بأفرادهم، وهي أضمن من الختم الشخصي؛ فقد أكدت الدراسات والبحوث والتجارب والإحصاءات العلمية من أنه لا يمكن للبصمة أن تتطابق أو تتماثل في شخصين في العالم، حتى في التوائم المتماثلة التي أصلها من بويضة واحدة، حيث تتميز بصمات كل شخص بمميزات خاصة ينفرد بها دون أي شخص آخر في العالم أجمع، وقد أثبت الباحث " فرنسيس جالتون " أن صورة البصمة لأي إصبع تعيش مع صاحبها طوال حياته فلا تتغير (٢) .

ونظراً لهذه المميزات الدقيقة التي تتصف بها بصمات الأصابع بكونها كما أثبت العلم دليل قاطع في تحديد شخصية الإنسان، فقد ذهب البعض إلى أن البصمة أقوى حجة في الإثبات من الإمضاء الكتابي (٣) .

وعليه يمكن القول: إن التوقيع ببصمة الإصبع في حكم الإمضاء الكتابي، ويجري مجراه .

ثالثاً : التوقيع بالختم أو الخاتم :

قد يكون بدل التوقيع بالإمضاء الخطي التوقيع بالختم الشخصي الذي يميز صاحبه عن غيره، ويدل على إقراره بمضمون الوثيقة .

والختم مصدر ختم، يقال : ختمه يختمه ختماً، ومعناه : الطبع، ومنه قوله تعالى:

خَتَمَ اللَّهُ عَلَى قُلُوبِهِمْ وَعَلَى سَمْعِهِمْ وَعَلَى أَبْصَارِهِمْ غِشَاوَةً وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ (البقرة: ٧)

(١) ثروت عبد الحميد، " التوقيع الإلكتروني "، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة، ٢٠٠٢م، ص ٢٣ .

(٢) محمد سامي على، " الأعجاز العلمي في القرآن الكريم "، دار المحبة - دمشق، تاريخ الطبع غير مذكور، ص ١٢٨ - ١٢٩ .

(٣) عباس العبودي، " السندات العادية ودورها في الإثبات المدني "، ص ٢٤ .

قال إسحاق : " معنى ختم وطبع في اللغة واحد : وهو التغطية على الشيء والاستيثاق من أن لا يدخله شيء " .

والختم : حفظ ما في الكتاب بتعليم الطينة , لأنّ خاتم الكتاب يصونه , ويمنع الناظرين عما في باطنه , والجمع خواتم وخواتيم^(١) .

ويراد به اصطلاحاً : " شد رأس الكتاب , والطبع عليه بالخاتم , حتى لا يطلع أحد على ما في باطنه , حتى يفضه المكتوب إليه "^(٢) , أو هو : " اتخاذ شيء من الخشب أو المعدن أو غيره يكتب , أو يحفر , أو يرسم عليه اسمه , أو توقيعه , ويمهر به السند أو الصك أو المعاملة "^(٣) , أو هو وسيلة ميكانيكية لطبع توقيع الشخص "^(٤) .

روى البخاري عن أنس - رضي الله عنه - قال : " لما أراد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يكتب إلى الروم قالوا : إنهم لا يقرؤون كتاباً إلا مختوماً , فاتخذ النبي - عليه الصلاة والسلام - خاتماً من فضة , كأنني أنظر إلى وبيصه , ونقشه محمد رسول الله "^(٥) , فكان يختم به الكتب "^(٦) .

وعليه يمكن القول : إنّ التوقيع بالختم بمنزلة التوقيع بالإمضاء الكتابي , وقد جاء في المادة (١٦٠٩) من مجلة الأحكام العدلية : " إذا كتب أحد سنداً , أو استكتبه وأعطاه لأحد ممضياً أو مختوماً , يكون معتبراً ومرعياً كتقريره الشفاهي , لأنه إقرار بالكتابة إن كان مرسوماً , يعني إن كان ذلك السند كتب موافقاً للرسم والعادة , والوثائق التي تعلم القبض المسماة بالوصول , هي من هذا القبيل أيضاً "^(٧) .

(١) ابن منظور , " لسان العرب " , ١٦٣/١٢ .

(٢) القلقشندي , " صبح الأعشى في صناعة الإنشا " , ٣٣٩/٦ .

(٣) أحمد داود , " أول المحاكمات الشرعية " , ص ٥٨٨ .

(٤) ثروت عبد الحميد , " التوقيع الإلكتروني " , ص ٢٢ .

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الأحكام , باب : الشهادة على الخط المختوم , وما يجوز من ذلك وما يضيّق عليه , وكتاب الحاكم إلى عماله , والقاضي إلى القاضي , حديث رقم ٧١٦٢ , ص ٨٣٢ . وأخرجه مسلم في كتاب اللباس , باب : في اتخاذ النبي عليه الصلاة والسلام خاتماً لما أراد أن يكتب إلى العجم , حديث رقم ٢٠٩٢ , ١٦٥٦/٣ .

(٦) ينظر جميع هذه الأقوال في كتاب " صبح الأعشى في صناعة الإنشا " للقلقشندي , ٣٣٩/٦ .

(٧) مجلة الأحكام العدلية , ص ٤٢٧ .

الفرع الثالث صور التوقيع الإلكتروني

كما أنّ التوقيع التقليدي قد يظهر على عدة أشكال, فإنّ للتوقيع الإلكتروني في العصر الحديث أشكالاً وصوراً عدة, نذكر منها :

أولاً : التوقيع الرقمي :

وهو عبارة عن : " رقم سري أو رمز سري ينشئه صاحبه باستخدام برنامج حاسوبي ينشئ دالة رقمية مرمزة لرسالة إلكترونية, يجري تشفيرها بإحدى خوارزميات المفتاح العام والمفتاح الخاص "(١).

ويعمل هذا التوقيع من خلال معادلات رياضية باستخدام " اللوغاريتمات " , يتحول بها النص المكتوب من نمط الكتابة العادية المقروءة إلى رموز وإشارات ومعدلات وصيغ غير مفهومة, ولا يمكن لأحد أن يعيدها إلى سيرتها الأولى إلا الشخص الذي يملك المفتاح الخاص بفك التشفير .

ويعتبر التوقيع الرقمي من أهم صور التوقيع الإلكتروني نظراً لما يمتاز به من قدرة فائقة على تحديد هوية أطراف العقد تحديداً دقيقاً ومميزاً, ولما يتمتع به من درجة عالية من الثقة والأمان في استخدامه وتطبيقه عند إبرام العقود, الأمر الذي حدا بالكثير من الدول إلى تسمية التوقيع الإلكتروني باسم التوقيع الرقمي (٢) .

ويتم تسجيل التوقيع الرقمي لدى جهات متخصصة في إصدار هذه الأنماط من التوقيعات بناءً على طلب العملاء, وكذلك منح شهادات تفيد صحة توقيع العملاء بموجبها, وهذه الجهات تعرف بمقدمي خدمات التوثيق (psa), وهم يمتلكون أجهزة وبرامج خاصة بالتشفير, ويتم صياغة الوثائق والمستندات في شكل معدلات من أرقام وحروف, وكل معادلة تضم من ٨-٢٥ رقماً وحرفاً (٣).

(١) علاء محمد نصيرات, " حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ", الطبعة الأولى, دار الثقافة, ٢٠٠٥م, ص ٣٧ .

(٢) لورنس عبيدات, " إثبات المحرر الإلكتروني ", ص ١٤٤ . علاء محمد نصيرات, " حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ", ص ٣٧-٣٨ .

(٣) ثروت عبد الحميد, " التوقيع الإلكتروني ", ص ٦٣ .

ثانيا : التوقيع بالقلم الإلكتروني :

ويتم ذلك عن طريق قلم إلكتروني حسابي يمكنه الكتابة على شاشة الكمبيوتر, وذلك باستخدام برنامج معين؛ حيث إنّ وظيفة هذا البرنامج هي التقاط التوقيع, والتأكد من صحته عن طريق مقارنة التوقيع المخزن بالتوقيع المنشأ^(١).

ثالثا : التوقيع بالخواص الذاتية (اليوم تري) :

ويتم هذا التوقيع عن طريق استعمال إحدى الخواص الذاتية للشخص مثل : (قزحية العين, وبصمة الإصبع, وبصمة الكف, وبصمة الصوت), والتي يتم تخزينها بصورة رقمية مضغوطة, ويستطيع العميل استخدامها عن طريق إدخال البطاقة في الصراف الآلي؛ ومن ثم تتم عملية المقارنة بين الصفة الذاتية أو الخلقية للشخص مع تلك المخزنة في الكمبيوتر^(٢).

رابعا : النقر على أحد مفاتيح لوحة الحاسب الآلي :

تقدم القول إنّ التعاقد عبر الإنترنت يتم بعدة طرق منها؛ التعاقد عن طريق شبكة المواقع, والتي تتضمن نمودجاً بالتعاقد خاصاً بالمشتري للاطلاع على تفاصيله, فإذا قبل بها يقوم بالضغط على أيقونة القبول .

وهذا التوقيع لا شك أنه يحقق وظيفة الإثبات, ويدلّ على شخصية الموقع, كما يعبر عن إرادته في التعاقد, ويمكن مساواته بالتوقيع اليدوي نظراً لدقة المعلومات التفصيلية المعطاة قبل إتمام المعاملة التجارية^(٣).

خامساً : التوقيع الإلكتروني بخط اليد :

تقوم فكرة هذا التوقيع على نسخ صورة عن التوقيع بخط اليد باستخدام الماسح الضوئي (scanner), وتخزينه في ذاكرة الكمبيوتر بعد إدخاله إليه عن طريق القرص

(١) بيومي حجازي, " مقدمة في التجارة الإلكترونية العربي ", ص ٩٧ . لورنس عبيدات, " إثبات المحرر الإلكتروني ", ص ١٤٨ .

(٢) محمد أبو الهيجاء, " عقود التجارة الإلكترونية ", ص ٧٢ . علاء نصيرات, " حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ", ص ٣٢ .

(٣) بشار المومني, " مشكلات التعاقد عبر الإنترنت ", ص ١١٣ . أبو الهيجاء, " عقود التجارة الإلكترونية ", ص ٧٢ .

المرن (floppy disk), ثم القيام بعدها بإصدار أمر إلى جهاز الكمبيوتر بنسخ صورة عن التوقيع المخزن , وإدراجها في المستند أو الملف المراد توثيقه^(١).

الفرع الرابع

شروط التوقيع التقليدي ومدى توافرها في التوقيع الإلكتروني

يشير الباحثون إلى شروط معينة يجب مراعاتها في التوقيع, وهذه الشروط يمكن إجمالها فيما يأتي :

أولاً : أن يكون التوقيع دالاً بوضوح على شخص موقعه :

يجب أن يكون التوقيع دالاً ومحددًا شخص موقعه وهويته ليتحقق بذلك دوره في الإثبات, بحيث يمكن الجزم معه أن السند صادر من صاحب التوقيع؛ كأن يكون التوقيع مشتملاً على اسم الموقع واسم أبيه ولقبه, أو أن يوقع الشخص بالاسم الذي اشتهر به, بشرط أن يكون قد اعتاد التوقيع بذلك الاسم, ودلّ على أنه صادر عنه بصورة أكيدة, أو أن يصدر المستند بعبارة تكشف عن هوية أطرافه, وتذييله بالتوقيعات الخاصة بهم؛ كعبارة : " أقر أنا الموقع أدناه/.... " .

فالمهم أن يعبر التوقيع عن صاحبه دون عناء, سواء تضمن كتابة الاسم كاملاً أو لم يتضمن, وسواء اتخذ شكل إمضاء خطي, أو ختم, أو بصمة إصبع, ما دام قد ثبت أن هذا هو توقيع الموقع, أو طالما أن الشخص قد اعتاد استخدام هذه الوسيلة لتوقيع معاملاته, وعُرف بها^(٢).

وعلى كل حال ففي حالة كون التوقيع غير معروف يبدو كافياً أن يرد الاسم الكامل لصاحبه إلى جانب الإمضاء الكتابي, أو بصمة الإبهام, للدلالة على صحة التوقيع^(٣).
بيد أن التوقيع بالمعنى المتقدم لا تغني عنه أية علامة أخرى يضعها الموقع على السند في شكل فرمة, أو كنية هزلية أو تهكمية, أو إذا تمّ بواسطة ختم مطموس لم يترك على الورقة سوى مجرد علامة مستديرة غير مقروءة أصلاً^(٤).

(١) محمد أبو الهيجاء, " عقود التجارة الإلكترونية ", ص ٧١ .

(٢) ثروت عبد الحميد, " التوقيع الإلكتروني ", ص ٣٥. عباس العبودي, " السندات العادية ودورها في الإثبات المدني ", ص ٥٠ .

(٣) عباس العبودي, " السندات العادية ودورها في الإثبات المدني ", ص ٥١ .

(٤) ثروت عبد الحميد, " التوقيع الإلكتروني ", ص ٣٥ .

وبتطبيق هذا الشرط على التوقيع الإلكتروني يمكن القول : إنّ التوقيع الإلكتروني بصورة مختلفة من قبيل العلامات المميزة الخاصة بالشخص وحده التي يتميز بها عن غيره .

أمّا التوقيع بالقلم الإلكتروني فهو مثل الإمضاء الخطي في قدرته على تمييز الشخص عن غيره, ويتمتع بقدر من الحماية؛ إذ لا يمكن إجازته وإنجاز المعاملة إلا إذا طابق التوقيع بالقلم الإلكتروني الإمضاء المخزن في جهاز الكمبيوتر .

وأمّا بالنسبة للتوقيع الرقمي فهو كالرقم السري خاص بصاحبه ويميزه عن غيره, فهو يقوم على مفتاحين : عام, وخاص, والمفتاح الخاص لا يعلمه إلا الشخص الموقع, وعند استخدام هذا التوقيع يستطيع الشخص المرسل إليه أن يتحقق من صحة التوقيع بواسطة سلطات الإشهار التي تؤكد صحة التوقيع, ونسبته إلى صاحبه, من خلال ما تحويه من معلومات هامة عن ذلك الشخص .

وعلى هذا فلكل شخص توقيع رقمي مميز له عن غيره, وهو يقوم بذات الدور الذي يقوم به التوقيع اليدوي, بل وربما بدرجة أفضل نظراً إلى قدرته الفائقة على الاستيثاق من شخصية صاحب التوقيع, وبشكل روتيني في كل مرة يتم استخدام التوقيع الرقمي بها^(١).

ثانياً : أن يكون التوقيع واضحاً وثابتاً :

يعدّ التوقيع شكلاً من أشكال الكتابة, وهو بذلك يخضع للشروط التي تخضع لها الكتابة من حيث إمكان الاطلاع عليه وقراءته بشكل مباشر, أو عن طريق استخدام آلة معينة تترك أثراً مادياً يبقى ولا يزول^(٢).

وهذا الشرط يسهل تطبيقه على التوقيع الإلكتروني؛ ذلك أنّ التوقيع الإلكتروني يترك بيانات مختلفة يمكن قراءتها بوضوح, من خلال تغذيتها ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة المعقدة إلى لغة واضحة مقروءة للإنسان .

(١) لورنس عبيدات, " إثبات المحرر الإلكتروني ", ص ١٣٠. علاء محمد نصيرات, " حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ", ص ٦٩. محمد أبو الهيجاء, " عقود التجارة الإلكترونية ", ص ٦٨ .

(٢) محمد أبو الهيجاء, " عقود التجارة الإلكترونية ", ص ٦٨. علاء محمد نصيرات, " إثبات المحرر الإلكتروني ", ص ٦٥ .

أما بالنسبة لشرط ثبات التوقيع واستمراريته فربما يطرأ عليه شك بسبب التكوين المادي والكيميائي للشرائح الممغنطة، وأقراص التسجيل المستخدمة في الحاسبات؛ والتي تتميز بقدر من الحساسية مما قد يعرضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيار الكهربائي، غير أن ذلك أمكن التغلب عليه باستخدام أجهزة وسائط أكثر قدرة وفاعلية، وبالتالي يمكن الاحتفاظ بالبيانات وتخزينها لمدة طويلة قد تفوق قدرة الورق العادي الذي قد يتآكل بفعل الرطوبة، أو لسوء التخزين^(١).

ثالثا : اتصال التوقيع بالسند :

ونقصد بهذا الشرط أن التوقيع يجب أن يرد على السند ذاته؛ بأن يوضع في محل يستدل منه أن الموقع أراد الالتزام بجميع ما ورد فيه من بيانات، لذلك كان المحل المناسب لوضع التوقيع هو نهاية السند؛ وقد استقر التعامل على إدراج التوقيع في أسفل السند لما في ذلك من الدلالة الواضحة على موافقة الموقع لما ورد من بيانات في أعلى التوقيع، بيد أنه لا يوجد ما يمنع من إيراد التوقيع في أي موضع من السند ما دام يدل على موافقة الموقع، ورضاه بما تضمنه السند من التزامات .

وغني عن البيان أن للقاضي سلطة تقدير قيمة التوقيع الذي يرد في أعلى السند أو في هامشه^(٢).

والتوقيع الإلكتروني يمكن تأمين ارتباطه بشكل لا يقبل انفصاله عن المستند؛ فالسند الممهور بالتوقيع الإلكتروني لا يستطيع أحد أن يطلع على مضمونه إلا الشخص الذي يملك المفتاح الخاص القادر على تمكينه من ذلك؛ إذ يحول التوقيع مضمون المستند إلى معادلة رياضية لا يمكن فهمها ولا قراءتها إلا باستعمال المفتاح الخاص كما تقدم .

وبناءً على ذلك فإن السند يرتبط بالتوقيع على نحو لا يمكن فصله، كما لا يمكن لأحد - غير صاحب السند - التدخل بتعديل مضمونه .

(١) علاء محمد نصيرات، "إثبات المحرر الإلكتروني"، ص ٦٥ .
(٢) عباس العبودي، "السندات العادية ودورها في الإثبات المدني"، ص ٥٢. ثروت عبد الحميد، "التوقيع الإلكتروني"، ص ٢٨. محمد أبو الهيجاء، "عقود التجارة الإلكترونية"، ص ٦٩ .

الفرع الخامس

التفرقة بين التوقيع اليدوي والتوقيع الإلكتروني

ممّا سبق دراسته يتضح أنّ الفرق بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع اليدوي يتمثل في أربعة أمور هي :

أولاً : أنه في حين تقتصر صورة التوقيع اليدوي في بعض التشريعات على الإمضاء, ويضاف إليه بصمة الختم وبصمة الإصبع في تشريعات أخرى, نجد أنّ معظم النصوص المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني لم تتطلب ضرورة أن يأخذ هذا التوقيع شكلاً معيناً, بل أجازت كونه صورة, أو حرف , أو أرقام, أو رموز, أو إشارات, أو حتى أصوات, شريطة أن يكون لها طابع منفرد يسمح بتمييز شخص صاحب التوقيع, وتحديد هويته, وإظهار رغبته في إقرار الالتزام والرضا بمضمونه^(١).

ثانياً : التوقيع اليدوي يتم من خلال دعامة أو وسيط مادي ملموس, بخلاف التوقيع الإلكتروني الذي يتم كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني^(٢).

ثالثاً : التوقيع اليدوي يؤدي دورين أو وظيفتين مهمتين هما : تمييز شخصية صاحبه وتحديد هويته, والتعبير عن قبوله بالالتزام بمضمون المستند الموقع . أما التوقيع الإلكتروني فتناط به أربعة وظائف هي :

الأولى : تمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته .

الثانية : الاستيثاق من أنه صاحب التوقيع ذاته .

الثالثة : التعبير عن إرادة الموقع بالموافقة على مضمون المستند .

الرابعة : الاستيثاق من مضمون المستند الإلكتروني, وتأمينه من التعديل فيه بالإضافة أو الحذف؛ وذلك بالربط بينه وبين التوقيع الإلكتروني, بحيث يتطلب أي تعديل لاحق توقيعاً جديداً^(٣).

رابعاً : التوقيع اليدوي يعطي للموقع الحرية الواسعة باختيار توقيعيه وصيغته من خلال الإمضاء الخطي, أو الختم, أو بصمة الإصبع, أو بين بصمة الإصبع والختم,

(١) ثروت عبد الحميد, " التوقيع الإلكتروني ", ص ٥١ .

(٢) بشار المومني, " مشكلات التعاقد عبر الإنترنت ", ص ١١٧ . ثروت عبد الحميد, " التوقيع الإلكتروني ", ص ٥١ .

(٣) ثروت عبد الحميد, " التوقيع الإلكتروني ", ص ٥٢ .

وهكذا دون الحاجة إلى الحصول على ترخيص من الغير، أو تسجيل هذا الاختبار، على عكس التوقيع الإلكتروني الذي يتطلب آلية معينة تضمن نسبة التوقيع لصاحبه، وضمان سلامة المستند من العبث أو التزوير، وهو ما يستلزم تدخل طرف ثالث يضمن توثيق التوقيع .

وينهض بهذه المهمة - أي توثيق التوقيع - كل شخص طبيعي أو اعتباري يرخّص له من الجهة المختصة باعتماد التوقيع الإلكتروني، ويطلق عليهم "مقدمي خدمات التوثيق"^(١).

الفرع السادس

حكم الإثبات بالتوقيع الإلكتروني وحجته

مما سبق تبين أنه ليس المقصود بالتوقيع الإشارة والعلامة الخطية التقليدية التي يتخذها الشخص علامة لنفسه تميزه عن غيره فحسب، وإنما يأخذ معنى أوسع ليشمل التوقيع الإلكتروني بالتنقيب، أو بالختم، أو الرموز، أو بأية طريقة إلكترونية أخرى مما لا يمكن أن يشترك فيه اثنان، ولا يمكن تقليده إلا بمشقة وصعوبة^(٢).

وكما سبق فإنّ العلم قد أثبت تفوق التوقيع الإلكتروني على التوقيع اليدوي؛ من حيث صحة ودقة الدلالة لنسبة المستند إلى الشخص الذي صدر عنه؛ كالتوقيع بالخواص الذاتية مثل : بصمات قزحية العين؛ وهي الجزء الموجود خلف القرنية والذي يمنح العين لونها، وبصمة الصوت، وبصمة الأصابع، أو التوقيع الرقمي، أو التوقيع بالقلم الإلكتروني، أو التوقيع الإلكتروني بخط اليد؛ إذ يتم برمجة الحاسب الإلكتروني بأن لا يصدر أو امره بفتح القفل، أو فك الشفرة، إلا بعد أن يطابق كل هذه التوقيعات والبصمات على البصمات والتوقيعات المبرمجة في ذاكرته .

إلا أنّ التزوير قرين التقدم العلمي، وأنّ قابلية هذه الأساليب الجديدة في التوقيع للمحاكاة والمشابهة يجب أن لا ينال من مشروعية التوقيع والمطالبة بتطويره، شأنه في

(١) لورنس عبيدات، "إثبات المحرر الإلكتروني"، ص ١٣٢. بشار المومني، "مشكلات التعاقد عبر الإنترنت"، ص ١١٨ ثروت عبد الحميد، "التوقيع الإلكتروني"، ص ٥٣ .

(٢) عباس العبودي، "الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني"، ص ٨٣ .

ذلك شأن وسائل الإثبات الأخرى كالشهادة والكتابة، وبما أنّ التزوير يمكن كشفه في النهاية من قبل الخبراء المختصين فيمكن للقاضي أن يستعين بالخبراء في كشف هذا التزوير .

واستناداً إلى هذه الحقيقة فإنّ أي تقنية تسمح بتمييز الشخص وتحديد هويته، وتدلّ بلا غموض على موافقته لمضمون التصرف، وتكون جديرة بالمحافظة على المعلومات الواردة ضمن رسالة البيانات، تعتبر وسيلة مستوفية للشروط المطلوبة في التوقيع، ويمكن الاعتماد عليها كدليل في الإثبات، فإنه ليس من المقبول فقهاً ومنطقاً رفض هذه الأساليب الجديدة إذا كانت مستوفية شروطها، وهو الأليق بالواقع المعاصر ومستجداته؛ ذلك أنّ عدم استخدام هذه الأساليب الجديدة سوف لا يكون منسجماً مع تطورات العصر الحديث .

ولإضفاء مزيد من الثقة على التوقيع الإلكتروني يجب أن يراعى فيه أمران :
أولاً : أن يتم التصديق عليه من قبل سلطات التوثيق؛ حيث تقوم هذه السلطات بمنح شهادة رقمية لمنتسبها تحتوي على معلومات تمكن التعريف بالشخص عبر شبكة الإنترنت، وتخوله استعمال التوقيع الإلكتروني لكل رسالة، وحمايتها من الفضوليين .
ويتم تخزين هذه الشهادة على شبكة الإنترنت (on – line)، ويمكن الوصول إليها من قبل الجميع للتحقق من مطابقتها للأصل عبر التوقيع الرقمي للسلطة؛ حيث يمكن التثبت منها بالمفتاح العام والعلني الخاص بالشهادة، وتعمل سلطات التوثيق على حماية الشهادة من مخاطر التزوير .

ثانياً : من خلال قيام مستلم الرسالة بتشفير جزء من الرسالة باستخدام المفتاح العام المرسل؛ وبرنامج التشفير، فإذا كانت النتيجة واحدة فهذا يدلّ على صحة الرسالة، والتوثق من المرسل، أمّا إذا اختلفت النتيجة فهذا يدلّ على أنّ التوقيع لا يخص المرسل، أو أنّ الرسالة قد تم العبث بها^(١) .

(١) لورنس عبيدات، "إثبات المحرر الإلكتروني"، ص ١٣٢. ثروت عبد الحميد، "التوقيع الإلكتروني"، ص ٧٥. نضال برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية"، ص ١٧٤. علاء نصيرات، "حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات"، ص ٣٩.

النظام الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة

الفرع الاول النظام الواجب تطبيقه

أولاً : أهمية تحديد النظام الواجب تطبيقه :

تعتبر الأعمال والعقود التي تتم عبر شبكات الإنترنت ذات طابع دولي لأن أطرافها في الغالب ينتمون إلى دول مختلفة, فقد وضعت شبكة الإنترنت أكثر دول العالم وفي حالة اتصال مستمر حيث أن المعلومات التي يتم تحميلها على الشبكة تنتشر في أنحاء العالم في لحظات وجيزة.

وهنا يأتي السؤال عن النظام الذي يجب تطبيقه في هذه العقود والأعمال إذا ما ثار نزاع بشأنها, هل هو نظام المشتري (المستهلك) أم نظام البائع, أم نظام الوسيط في حالة وجوده, أم نظام مورّد خدمة الإنترنت...؟

لقد ناقشت الاتفاقيات الدولية والفقه القانوني هذه المسألة وتوصلوا إلى أن النظام الذي يجب تطبيقه هو نظام إدارة المتعاقدين الذي اتفقا عليه عند العقد (قانون الإرادة) شريطة أن لا يتبع ذلك حرمان المستهلك في عقود الاستهلاك^(١) من الحماية التي توفرها الأحكام الآمرة لنظام الدولة التي بها محل إقامته العادية, ولعل السبب في ذلك واضح وهو حماية المستهلك باعتبار أنه الطرف الأضعف أمام شركات الإنتاج والتسويق العالمية^(٢) ولما تستخدمه هذه الشركات من أساليب دعائية قد تتسبب في إيقاع الغرر لدى المتعاقد^(٣).

ثانياً : النظام الواجب تطبيقه في الفقه الإسلامي :

يحدد - في الغالب - أطراف التعاقد النظام الذي يجب تطبيقه على العقد, بأن يكونا اتفقا عليه في بداية العقد, أو أن الشركة قد نصت عليه في نموذج العقد .

(١) وهي البيع والإيجار والقرض ونحوها من العقود التي يكون موضوعها تقديم سلع وخدمات لمن هو في حاجة إليها.

(٢) انظر: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية- د. عبد الفتاح حجازي ١٦٨/١ .

(٣) أنظر: المرجع السابق - ١٧٦/١ .

وهذا الاتفاق صحيح ويعمل به لقوله صلى الله عليه وسلم " المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً " (١)

ويستوي أن يكون هذا النظام لدولة معينة أو لجهة من الجهات أو المؤسسات التحكيمية، ولكن هذا الاتفاق محكوم بقاعدة شرعية أساسية هي أن يكون هذا النظام الذي اتفق عليه المتعاقدان مرجعه الشريعة الإسلامية ومستمداً منها. وهذه المسألة مقررة في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، واتفق عليها أئمة الهدى في جميع الأعصار والأمصار، قال تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [النساء: ٥٩] (٢) وقال سبحانه: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ (٣)

ويستوي في ذلك أن يكون جميع الخصوم من المسلمين، أو من المسلمين وغيرهم أو كانوا جميعاً من غير المسلمين. قال تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ [المائدة: ٤٩-٥٠] فالضمير في قوله " بينهم " راجع إلى اليهود، وذلك حينما أتى كبارهم إلى النبي صلى الله عليه وسلم يريدون تحكيمه بينهم وبين غيرهم من عامتهم وتعهّدوا له إن حكم لهم ضدّهم أن يؤمنوا به فتتبعهم بقية اليهود ،فأنزل الله هذه الآيات (٣)، وحكم الجاهلية: كل ما سوى حكم الله سواء كان قبل دين الإسلام أو بعده. (٤)

ووصف جلّ وعلا من لم يحكم بما أنزل بالكفر والظلم والفسوق (٥)، وبين سبحانه وتعالى أن من شأن المنافقين أنهم إذا دعو إلى من يحكم بينهم وكان الحق عليهم يحكمون غير دين الله، وإن يكن الحق لهم يحكمون دين الله (٦).

ومن خلال هذه النصوص القرآنية الكريمة يتبين لنا بوضوح وجلاء وجوب تحكيم شرع الله، وحرمة تحكيم غيره، وعلى ذلك فإنه لا يجوز الاتفاق على تحكيم نظام ليس مستمدّاً من الشريعة الإسلامية مهما كان هذا النظام ، والاتفاق على ذلك اتفاق باطل غير صحيح ، ولا يعمل به لأنه شرط "أحل حراماً" .

(١) رواه الترمذي من حديث عمرو المزني، في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح، برقم ١٢٧٢ وقال عنه حسن صحيح.

(٢) أنظر: تفسير البغوي ٣٤/٢-٣٥، الآيات ٤٨-٤٩ من سورة المائدة.

(٣) سورة الشورى آية رقم ٩

(٤) أنظر: تفسير الطبري ٦١٤/٤ ، وتفسير البغوي ٣٥/٢.

(٥) أنظر: تفسير ابن كثير ٦٤/٢.

(٦) الآيات: ٤٧-٥٠ من سورة النور.

(٦) في الآيات ٤٤-٤٧ من سورة المائدة.

أما إذا كان الاتفاق على نظام دولة أو جهة تحكّم الشريعة الإسلامية في تعاملاتها وتحكم وفق ما شرع الله فإنّ هذا الاتفاق صحيح ويعمل به بين الأطراف .

ثالثاً: الواقع، والحلول المقترحة:

ما سبق أن قررناه من وجوب أن يكون النظام المحكّم راجعاً إلى الشريعة الإسلامية ومستمداً منها محل اتفاق لا نزاع فيه، ولكن الوضع العملي للتعاقد بطريق الإنترنت حالياً قد لا يساعد على تطبيق هذه القاعدة الرئيسية من قواعد الدين الإسلامي، ذلك أن الشركات المتواجدة عبر شاشات العرض من دول أجنبية غير إسلامية، أو من دول إسلامية ولكن لا تحكم بالشريعة الإسلامية، وغالباً ما يكون العقد المعدّ من قبل الشركة العارضة موجوداً به اسم النظام الذي يحكم العقد، فكيف نوفق بين هذا الأساس في الدين الإسلامي وهو تحكيم شرع الله وبين الوضع العملي المنتشر حالياً؟ وما هي الحلول المناسبة لهذا الأمر؟

إِنَّا نَجِدْ أُنْفُسَنَا بَيْنَ خِيَارَيْنِ هُمَا :

الخيار الأول:

أن نرضى بالأمر الواقع ونسلم به وهو التحاكم إلى تلك الأنظمة والقوانين بدعوى الضرورة والحاجة.

وهذا الخيار غير معتبر لأن تحكيم الشريعة الإسلامية أمر لا خيار فيه وليس متروكاً لرغبات المتعاقدين وإرادتهم، وقد نفى الله سبحانه وتعالى الإيمان عن الذين يصدّون ويعرضون عن تحكيم شرعه، فقد أخرج ابن جرير الطبري في تفسيره^(١) : أن رجلاً يزعم أنه مسلم كان بينه وبين رجل من اليهود خصومة، فقال اليهودي : أحاكمك إلى أهل دينك، لأنه قد علم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يأخذ رشوة في الحكم، وأبى المسلم، فنزل قوله تعالى: ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أَنزَلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنزَلَ مِنْ قَبْلِكَ يَرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا * ١ .

أما قاعدة الضرورة والحاجة فإنها غير متوفرة في هذه الحالة إلا في حالات مستثناء لا تنطبق على أكثر حالات التعاقد بطريق الإنترنت.

الخيار الثاني: البحث عن حلول مناسبة تتفق مع هذا الأساس في الدين الإسلامي.

ومن الحلول المقترحة التي أراها مناسبة للتطبيق ما يلي :

(١) تفسير الطبري ١٥٥/٤ وانظر تفسير البغوي ٢٩٩/٣.

(١) سورة النساء الآية (٦٠ - ٦١)¹

أولاً: اعتماد نص صريح بتحكيم الشريعة الإسلامية :

عندما يتعاقد المسلم مع الشركات الأجنبية والعالمية فإن عليه أن لا يرضى بالعقد الذي ينص على تحكيم نظام معين لدولة أجنبية لا تحكم بما أنزل الله، بل عليه أن يشترط أن الذي يحكم العقد هو الشريعة الإسلامية، أو يذكر نظام دولة معينة تطبق الشريعة الإسلامية في معاملاتها. ومن عوامل نجاح هذا الاقتراح الإلحاح في إيراد هذا الشرط من قبل المتعاقدين المسلمين، فإذا رأت شركات التسويق والإنتاج العالمية هذا الإلحاح المستمر والرغبة العامة فإنها لا شك سترضي بهذا الشرط وتضمنه عقودها مع المسلمين.

ثانياً: إنشاء مؤسسات تحكيم شرعية عالمية :-

بحيث يكون لها مواقع عبر الإنترنت مما يتيح المجال لتحكيم الشريعة الإسلامية، وتلافي الوقوع في المخالفات الشرعية التي نصت عليها القوانين الوضعية وتكون هذه المؤسسات متميزة بما يلي:

١- النظام الواضح: ينبغي أن يكون لهذه المؤسسات نظام واضح وصريح تعتمد فيه على الأقوال الراجحة في الفقه الإسلامي مع الاستفادة مما توصلت إليه المجامع الفقهية وهيئات الرقابة الشرعية لبعض الدول الإسلامية كهيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، ومجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر، واللجنة العليا لتطبيق الشريعة الإسلامية في الكويت وغيرها من الهيئات العلمية الشرعية في وطننا الإسلامي.

٢- الإشراف المباشر: يلزم أن يكون لهذه المؤسسات ارتباط مباشر بأهل العلم والتقوى بأن يكون على كل مؤسسة تحكيم هيئة رقابة شرعية تمتاز بالعلم والأمانة والعدل والقدرة على فهم المسائل المستجدة وتكييفها حسب الأحكام والمقاصد الشرعية.

٣- التأهيل الشرعي : وذلك بأن يكون القائمون على التحكيم مؤهلين لهذا الأمر ولديهم الإلمام الكافي بالأحكام الشرعية في مسائل التحكيم التي يختصون بها. ومما يؤيد جدوى هذا الحل ونجاح هذه الفكرة ما يلي :-

١. أن التحكيم يمتاز بالبساطة والحرية في اختيار المحكم والنظام الذي يجب تطبيقه.
٢. ما يمتاز به التحكيم من السرعة في فصل الخصومة، والسرية، وقلة التكاليف والرسوم وأتعاب المحامين .

٣. أن التحكيم أصبح في العصر الحالي الوسيلة الرديفة للقضاء وخاصة تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير الأنظمة .

٤. أن أكثر الأنظمة تعتبر بالتحكيم المطلق الذي يجيز للطرفين المتحاكمين تولية محكم يفصل بينهما بمقتضى العدالة والإنصاف^(١).

المحكمة المختصة:-

عقد التجارة الإلكترونية يتم في الغالب بين أطراف مقيمين في أماكن مختلفة إما في دولة واحدة أو دول متعددة، وهنا يأتي السؤال بعد تحديد النظام الذي يحكم العقد عن المحكمة المختصة بالنظر فيه؟

إذ تختلف الأنظمة الدولية في الاختصاص القضائي لقضايا التجارة والعقود الإلكترونية على اتجاهات مختلفة منها :

١. اتجاه يرى أن الاختصاص القضائي يكون للمحكمة التي اتفق عليها المتعاقدان، وذلك من أجل التيسير على المدعي حتى يتمكن من الحصول على الحماية القضائية المطلوبة .

٢. واتجاه ثان يرى أن الاختصاص القضائي يكون لمحكمة إبرام العقد أو تنفيذه وهذا الاتجاه تأخذ به بعض الأنظمة العربية^(١).

٣. اتجاه ثالث يرى أن الاختصاص القضائي يكون للمحكمة التي فيها إقامة المدعي عليه^(٢).

المحكمة المختصة في الفقه الإسلامي :

بحث الفقهاء -رحمهم الله -المحكمة المختصة عند التنازع تحت مسمى "القاضي المختص" , وقد اختلفوا في تحديد القاضي المختص بالنظر في النزاع بين المدعي والمدعى عليه عند الاختلاف المكاني بينهم، مع اتفاقهم على أنه إذا كان الخصوم ومحل الدعوى في مكان واحد (أي مدينة واحدة) فإن الدعوى تقام عند قاضي المدينة، أما إذا اختلفوا في محل الإقامة أو كان محل الدعوى في مدينة

(١) انظر في ذلك: المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون وهو بعنوان (التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون) ١٤٢١- ٢٠٠٠م- معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، وانظر التحكيم في الشريعة الإسلامية - عبد الله بن محمد الخنين ص ٣٩ وما بعدها .

(١) انظر مثلاً: قانون المرافعات المصري (المادة ٣٠ الفقرة الثانية).

(٢) وهو ما تأخذ به المملكة العربية السعودية انظر: التعميم رقم (٢/٢٣٩٤) ويرد على ذلك بعض الاستثناءات أنظرها في التعميم المشار إليه.

أخرى فإن العلماء يختلفون في تحديد القاضي المختص في نظر الخصومة , وذلك على أربعة أقوال هي: (٣)

القول الأول: أن القاضي المختص هو قاضي المدعي , وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية. (٤)
ووجه ما ذهبوا إليه: أن المدعي هو المنشئ للخصومة وهو صاحب الحق فيها فله الحق أن يقيم الدعوى عند قاضيه أو قاضي خصمه (١).

القول الثاني: أن القاضي المختص هو قاضي المدعي إلا إذا تعلق الحق بعقار فإن القاضي المختص هو قاضي المكان الذي فيه محل الدعوى وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية وبعض المالكية (٢)

القول الثالث : أنه لا يوجد قاضٍ مختص وإنما تقام الدعوى أمام أي قاضٍ بصرف النظر عن محل الخصوم وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية والمالكية (٣),
ووجه ما ذهبوا إليه: أنه لا يوجد دليل يحدد ذلك فيبقى الأمر على إطلاقه بدون تحديد قاضٍ معين والإلزام به.

القول الرابع : أن القاضي المختص هو قاضي المدعي عليه , وهذا هو المعتمد عند الحنفية وقول لبعض المالكية (٤).
ووجه ما ذهبوا إليه : أنَّ الأصل براءة ذمة المدعي عليه فكان الأولى عدم الكلفة عليه بالانتقال إلى محل الخصوم وتعطيل مصالحه حتى يثبت شغل ذمته .

(٣) انظر في تفصيل هذه الأقوال: الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي بحث ماجستير - جامعة أم القرى - مكة المكرمة - ناصر بن محمد الغامدي ص ١٨٤ .
(٤) انظر: البحر الرائق ١٩٢/٧ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢٩/٤ , ومغني المحتاج ٢٦٩/٦ , وكشاف القناع ٢٩٢/٦ .

(١) انظر: المراجع السابقة.
(٢) انظر: البحر الرائق ٢٨٠/٦ , والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ١٦٤/٤ .
(٣) انظر: البحر الرائق ٢٨٠/٦ , وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٦٤ , وهذا القول راجع في غالب الحالات إلى القول الأول حيث أن القاضي إذا لم يكن محدداً فإن المدعي سيقوم الدعوى أينما يريد وهذا هو مؤدي القول الأول .
(٤) انظر البحر الرائق ١٩٢/٧ , والتاج والإكليل للمواق ١٤٦/٩ .

الرأي المختار:

بعد عرض الأقوال تبين أن لكل قول وجهته وحظه من النظر ، وأنه لا يوجد نص صريح في تحديد جهة التقاضي، ولذا فالمسألة تحكمها القواعد العامة للشريعة الإسلامية التي تعود إلى تحقيق العدل والإنصاف للمظلوم.

ولعل من المناسب في العقد الإلكتروني العمل بما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من أن القاضي المختص هو قاضي المدعي بصفته صاحب الحق في الخصومة وذلك لما عليه الحال في التعاقد عبر الإنترنت حيث أن المستهلك هو الطرف الأضعف في العقد فإذا تضرر منه بسبب عدم مطابقة السلعة للإعلان أو الوصف أو عدم تنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه ونحو ذلك فيكون غالباً هو المدعي، وهذا يحقق حماية المستهلك من تلاعب الشركات العالمية التي قد تستخدم وسائل تسويقية فيها شيء من الإغراء فكان من المناسب حماية المستهلك في هذا الحال ، مع مراعاة ما اتفق عليه أطراف التعاقد والمكان الذي فيه محل الدعوى وذلك حسب ما يراه قاضي الموضوع المختص ، أما إذا تعلقت الدعوى بعقار فإن القاضي المختص هو قاضي محل المدعى به ، لأنه أقرب إلى محل الدعوى وأقدر على معرفة الأعراف والأنظمة المتعلقة به. وهذا القول قريب من قول جمهور العلماء الذين يرون أن القاضي المختص هو قول المدعي مطلقاً.

وفي جميع الحالات يلزم التقيد بقاعدة الشرعية بأن تكون المحكمة التي تنفذ الموضوع محكمة شرعية.

حجية التوقيع الإلكتروني

لما كان المقصود من التوقيع تحديد الشخص الذي صدر منه وتمييزه عن غيره ودلالة على رضاه بمضمونه والتزامه به فقد تطورت صورته وأنواعه وخاصة في العصور المتأخرة وكان من آخرها التوقيع الإلكتروني بأنواعه المختلفة.

والذي يظهر صحة استخدام التوقيع الإلكتروني وخاصة التوقيع الرقمي لإثبات العقود الإلكترونية في الفقه الإسلامي، وأن هذا يتفق مع مبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية وذلك لما يلي:

١. أن وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية غير محصورة في عدد معين أو شكل محدد على القول الراجح بل تشمل كل وسيلة يبين فيها الحق وتوصل إلى العدل^(١).

٢. أن القصد من التوقيع دلالاته على صاحبه وعلمه بمضمون الكتابة التي وقّع عليها، وهذا متحقق في التوقيع الإلكتروني كما هو متحقق في التوقيع العادي إن لم يكن أكثر.

^(١) وهذا هو قول ابن قيم الجوزية وقد أقاض القول في بيان هذه القاعدة والاستدلال على صحتها ، انظر كتابه الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية..

٣. أن الكتابة ليست محصورة في شيء معين كالورق بل تصح على الأشجار والأحجار والجلود وغيرها، وكان هذا مستخدماً في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم، فكذلك التوقيع ليس محصوراً بالطريقة العادية من الإمضاء باليد أو الختم أو بصمة الأصبع بل يصح بالرقم من خلال معادلات رياضية لا يمكن إعادتها لصيغتها المقروءة إلا من قبل الشخص الذي له المعادلة، خاصة وأن هذا التوقيع منسجم مع الكتابة المستخدمة فيه وهو المحرر الإلكتروني حيث يتم وضع المعلومات في صورة رقمية وتخزينها على شرائط ممغنطة أو أقراص CD، وهذا يتحقق في التوقيع الإلكتروني فهو يدل على شخصية الموقع وعلاقته بالواقعة المنسوبة إليه إلى أن يثبت خلاف ذلك.

وللإمام ابن القيم كلام نفيس في القران الكتابية وحجتها في الإثبات حيث يقول رحمه الله: "فإن القصد حصول العلم بنسبة الخط إلى كاتبه فإذا عرف ذلك وتيقن كان كالعلم بنسبة اللفظ إليه، فإن الخط دال على اللفظ، واللفظ دال على القصد والإرادة، وغاية ما يقدر اشتباه الخطوط وذلك كما يفرض من اشتباه الصور والأصوات"^(١)

٤. إن التوقيع الإلكتروني الرقمي يحدد هوية المرسل والمستقبل، ويحافظ على مستوى الأمن والخصوصية لدى المتعاملين على الشبكة من حيث سرية المعلومات والرسائل بشكل لا يستطيع معه الأجنبي الاطلاع عليها وهذه المزايا وغيرها تؤكد صحة استخدام التوقيع الإلكتروني في الإثبات على المحررات الإلكترونية.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٢٠٣.

الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني

للتوقيع الإلكتروني أهمية رئيسية في التجارة الإلكترونية، فعن طريقه يتم تأكيد العقود والاتفاقيات التجارية ، وتحديد هوية المرسل والمستقبل ، والتأكد من صحة وصدق البيانات .. الخ ونظراً لهذه الأهمية فإن من الضروري وجود حماية جنائية للتوقيع الإلكتروني إذ إن الاعتداء عليه يعتبر اعتداءً على مضمون التجارة الإلكترونية وليس فقط على البيانات المتعلقة بها ^(١).

وقد قامت بعض الدول العربية ^(٢) بالنص على تجريم بعض الأعمال المتعلقة بالاعتداء على التوقيع الإلكتروني ووضع العقوبات المناسبة لهذه الجرائم.

ومن هذه الجرائم ما يلي :

١ - الدخول بطريق الغش على قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني .

٢ - جريمة صنع أو حيازة برنامج لإعداد توقيع إلكتروني .

٣ - جريمة تزوير وتقليد المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني ^(٣).

وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بحفظ الأموال، وأمرت باتخاذ الوسائل الكفيلة بحفظها ، وشرعت العقوبات الرادعة لمن يتجرأ أو يحاول الاعتداء عليها بالتزيف أو التزوير أو غير ذلك من طرق الاعتداء.

وقد حرم الله عز وجل أكل الأموال بالحيل الماكرة والطرق الملتوية، قال تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة ١٨٨] وأباح الشريعة الإسلامية للإنسان المدافعة عن ماله إذا اعتدى عليه ولو باستعمال القوة فقد روى أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "من قتل دون ماله فهو شهيد" ^(٤).

وجعلت كل من تسبب في اتلاف مال متقوم بغير حق فإنه يضمنه حتى لو كان ذلك بطريق الخطأ ^(٥). وهذه الأحكام وغيرها تبين مدى حرص الشريعة الإسلامية على إيجاد الحماية الجنائية للأموال ذاتها وعلى وسائل حفظها أيضاً .

وبما أن الاعتداء على التوقيع الإلكتروني أو محاولة القيام بذلك يترتب عليه مخاطر كبيرة على المجني عليه خاصة، وعلى التجارة الإلكترونية عامة، حيث يؤدي إلى استخدام هذا التوقيع في المعاملات والحقوق المالية مما يسبب سرقة الأموال وضياعها فإن وضع الحماية الجنائية للتوقيع

(١) انظر: القانوني لحماية التجارة الإلكترونية - د. عبد الفتاح حجازي ٢٩٤/٢.

(٢) من الدول العربية مصر، أنظر المواد ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ من مشروع التجارة الإلكترونية في مصر.

(٣) أنظر: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية - د. عبد الفتاح حجازي ٢٩٦/٢-٣٠٤.

(٤) متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب المظالم باب من قتل دون ماله برقم ٢٣٠٠، ومسلم في كتاب الإيمان برقم ٢٠٢.

(٥) انظر في حفظ المال وأهميته : الإسلام مقاصده وخصائصه - لمحمد عقله ص ٢٠٩-٢٢٤.

الإلكتروني يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأموال والحقوق الخاصة وحرمة الاعتداء عليها بأي وجه كان.

والعقوبات في الشريعة الإسلامية ثلاثة أقسام:

(١) الحدود: وهي العقوبات المقدرة شرعاً لحق الله تعالى، وهي حد الزنا والقتل والشرب والسرقة والحرابة والردة.

(٢) القصاص: وهي عقوبة مقدرة شرعاً لحق الأفراد، فمن حق المجني عليه أو ورثته أن يستوفيه أو يعفو عنه، وهو قسمان: في النفس، وفي الأطراف.

(٣) التعزيرات: وهي عقوبات غير مقدرة شرعاً، وإنما ترك شأنها وتقديرها إلى ولي أمر المسلمين^(٢).

ومن حكمة الشارع أن جعل لولي الأمر -ماعد جرائم الحدود والقصاص- مجالاً لينظر الجرائم التي تقع في عصره والتي تكون مخالفة لأحكام الشريعة ومقاصدها، فيضع لها العقوبات الرادعة الزاجرة مراعيًا في ذلك نوع الجريمة والآثار المترتبة عليها^(٣).

والاعتداء على التوقيع الإلكتروني أو محاولة القيام بذلك يعتبر جريمة بحد ذاته، سواء كان الأمر يتعلق بصنع برنامج لإعداد توقيع إلكتروني بدون إذن الجهة صاحبة الصلاحية، أو تزوير وتقليد التوقيع الإلكتروني، أو الدخول بطريق الغش على قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني، أو غير ذلك من الجرائم التي تقع على التوقيع الإلكتروني.

ووضع عقوبة محدّدة على هذه الجرائم هو من باب التعزير الموكول إلى ولي أمر المسلمين سواءً بنفسه أو عن طريق السلطة التنظيمية في الدولة الإسلامية التي تتولى تحديد الجرائم ووضع العقوبات المناسبة لها.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦٣/٧، والشرح الكبير على مختصر خليل ٣٥٤/٤، والكافي لابن قدامة ٤٣٩/٥.

(٣) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة ١٠/٢٩٩.

الخاتمة

- بعد عرض محتوى موضوع البحث أمكن من خلالها استخلاص النتائج التالية:-
- التجارة الإلكترونية جائزة ومشروعة بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول،
 - وقد جاء الشرع الإسلامي بمجموعة من الضوابط التي تحكم المعاملات التجارية بما يتفق مع أهدافه وتوجيهاته، ولا بدّ من اعتبار مشروعيتها على ضوء هذه الضوابط، وإلا تبدّل الحكم من الحلّ إلى الحرمة .
 - عقد التجارة الإلكترونية عقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يجتمع الطرفان فيه وجهاً لوجه؛ إذ تمثل الوسيلة الإلكترونية التي ينعقد بها أهم وجه لخصوصيته لذا فهو يخضع للأحكام العامة التي تضبط مسائل العقود في الفقه الإسلامي .
 - يمكن للشخص أن يفصح عن إرادته في عقد التجارة الإلكترونية بأي وسيلة ما دامت تشير بشكل قاطع إلى حقيقة المقصود .
 - يعتدّ بالسكوت في عقود التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف، أو غير ذلك من القرائن تقضي اعتبار السكوت قبولاً؛ كما في حالة التعامل السابق بين المتعاقدين .
 - من أجل اعتبار الأثر المترتب على الإيجاب والقبول، واستكمال العقد لصيغته النهائية، يشترط في الإيجاب والقبول ما يلي :

١- وضوح دلالة الإيجاب والقبول على توجه إرادة العقدين إلى إبرام العقد وإنجازه.

٢- ارتباط القبول بالإيجاب؛ ويتحقق ذلك بتوافقهما، وأن يكونا في مجلس واحد، وأن يحصل العلم بضمومنها، وأن لا يصدر من أحد العقدين ما يدلّ على إعراضه، وإلا يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر .

- عقد التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت تعاقّد خاص؛ ليس مثل التعاقد بين الحاضرين في جميع الوجوه، ولا مثل التعاقد بين الغائبين بالمكاتبة والمراسلة من كلّ الوجوه .
- يتم عقد التجارة الإلكترونية بمجرد القبول في مجلس العلم بالإيجاب (نظرية إعلان القبول) هذا فيما إذا كان التعاقد بالكتابة عبر البريد الإلكتروني أو غرف المحادثة، أمّا إذا كان مشافهة باللفظ عبر هاتف الإنترنت فلا بد من سماع الموجب للقبول .
- يرتّب العقد آثاراً أصلية وتبعية لا يجوز للعاقدين تجاوزها ولو تراضيا؛ لأنّ الشارع الحكيم هو الذي نظم الآثار المترتبة عليه؛ كنقل الملكية، وتسليم المبيع، وضمان العيب، وأداء الثمن .

- أمّا بالنسبة لزمان ومكان تنفيذ المشتري لالتزاماته فإنّ الاتفاق بين الطرفين هو الذي يحدده، وإلا فيرجع فيه إلى القواعد الشرعية العامة والتي منها العرف.
- معاملة التسويق الشبكي لشركة بزناس وما شاكلها حرام شرعاً؛ لأنها قائمة على الغش، والخداع، والتدليس، والاستيلاء على أموال الآخرين بغير حق .

-وسائل الإثبات : هي الطرق التي يلجأ إليها الخصوم لإظهار الحق في واقعة متنازع فيها, ويشترط أن تتوافر فيها الشروط التالية :

١- أن تكون الوسيلة مشروعة .

٢- أن تفيد العلم اليقيني أو غلبة الظن .

٣- أن تكون سالمة من أي قاذح يزعزع الثقة بها .

-يصح الاعتماد على الكتابة الإلكترونية والاستناد إليها كحجة في الإثبات .

-كما يصح الاعتماد على التوقيع الإلكتروني وقبوله كدليل في الإثبات شرعاً .

- نظراً لأهمية التوقيع الإلكتروني , ولما يترتب على الاعتداء عليه من مخاطر على المجني عليه والتجارة الإلكترونية فإن الذي يظهر للباحث أن وضع الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأموال والحقوق الخاصة وحرمة الاعتداء عليها, وهذا داخل ضمن التعازير الموكولة في تحديدها وتقديرها إلى ولي أمر المسلمين ليرى العقوبة المناسبة لكل جريمة حسب نوعها وآثارها مع مراعاة المكان والزمان الذي يعيش به.

بيان بأهم مراجع البحث

- القرآن الكريم وعلومه
- الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، الدكتور أحمد الغندور، ط٤، الكويت، مكتبة الفلاح، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل - محمد ناصر الدين الألباني - المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ).
- أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي للجصاص (ت ٣٧٠هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات. د. محمد فتح الله النشار، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الإسكندرية ٢٠٠٠م.
- أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية د. محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٢م.
- أصول عقد البيع في الفقه الإسلامي، د. محمد فهمي السر جاني، دار الإتحاد العربي، القاهرة، ١٤٠٦هـ.
- أصول نظام الحكم في الإسلام، د. فؤاد عبد المنعم، مركز الإسكندرية للكتب، الإسكندرية.
- الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، ناصر محمد أغمدي، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٠هـ.
- الإلكترون وأثره في حياتنا، جين بندق، دار المعارف، مصر ١٩٥٧م.
- الأشباه والنظائر، ابن نجيم، القاهرة، مؤسسة الحلبي، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م.
- الاتصالات السلوكية واللاسلكية في الوطن العربي، بحث مقدم من ميسر حمدون سليمان، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، ١٩٨٢م.
- الأقمار الصناعية وسفن الفضاء، سعد شعبان، بيروت، دار الفكر، ١٩٧٣م.
- الإنصاف للمر داوي، صححه وحققه: محمد حامد الفقي - بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٣٧٦هـ - ١٩٥٧م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ.
- البحر الزخار، لابن المرتضى، بيروت، مؤسسة الرسالة، د. ت.
- بدائع الصنائع للكاساني، القاهرة، الطبعة الجمالية، ١٩١٠م، ط٢، بيروت، دار الكتاب

- العربي، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
- بداية المجتهد، مصطفى البابي الحلبي، طبعة رابعة، ١٣٩٥هـ.
- التحكيم بواسطة الإنترنت، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، دار الثقافة الأردن عمان ٢٠٠٢م.
- التحكيم في الشريعة الإسلامية، عبد الله بن محمد الخنين، مؤسسة فؤاد بعينو، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ.
- التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت- دراسة مقارنة- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، دار الثقافة ، الأردن، عمان ٢٠٠٢م.
- التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة- أحمد خالد العجلون، دار الثقافة، الأردن، عمان ٢٠٠٢م.
- التلكس وكمبيوتر الاتصالات، وضع إدوارد جورج،تنفيذ فاروق العامري، بيروت، دار الراتب الجامعي، ١٩٨٧م.
- تطبيقات الإنترنت في التسوق ، د. بشير عباس العلق، دار المناهج ، عمان ، الأردن، ١٤٢٢هـ.
- تفسير البغوي المسمى (معالم التنزيل) لحسين بن مسعود البغوي(ت٥١٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
- تفسير الطبري (جامع البيان في تأويل القرآن)، لمحمد بن جرير الطبري(ت٣١٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
- ثقافة الكمبيوتر الوعي والتطبيق والترجمة، غازي ج بيتر. قبرص، سلسلة الأبحاث اللغوية، ١٩٨٧م.
- الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ط٣، القاهرة، دار الكتب المصرية، د. ت.
- حاشية ابن عابدين، ط٢، القاهرة، المطبعة الأميرية، د. ت، ط٢، القاهرة، مطبعة البابي الحلبي، ١٣٦٨هـ-١٩٤٩م، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، القاهرة، مصطفى البابي الحلبي، ، القاهرة، مكتبة زهران، د. ت.
- حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، محمد عقلة إبراهيم، دار الضياء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- حكم التعاقد عبر أجهزة الاتصال الحديثة في الشريعة الإسلامية، عبدالرزاق الهيتي، عمان، دار البيارق، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- الخرشي على مختصر خليل، القاهرة، ١٣١٧هـ، بيروت، دار صادر، د. ت.

-روضة الطالبين، للنووي، ط٣، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤١٢هـ-١٩٩١م.
الروضة الندية شرح الدرر البهية، للسيد صديق حسن خان، القاهرة، المطبعة الأميرية،

-سنن ابن ماجه , لأبي محمد بن يزيد القزويني (ت٢٧٥هـ) دار إحياء التراث العربي
- بيروت .

-سنن الترمذي - لأبي عيسى الترمذي (ت٢٧٩هـ) دار الكتب العلمية - بيروت
-سنن أبي داود - لسليمان بن الأشعث (ت٣٠٧هـ) - المكتبة العصرية - بيروت
-الشرح الصغير، للدردير، تحقيق كمال وصفي، ١٤١٠هـ-١٩٨٩م دار المعارف -
القاهرة.

-صحيح البخاري ، لابن عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري(ت٢٥٦هـ) دار القلم -
بيروت ١٩٨٧م.

-صحيح مسلم - لمسلم بن الحجاج النيسابوري (ت٢٦١هـ) دار إحياء التراث العربي
- بيروت ١٩٥٤م.

-ضوابط العقود، محمود البعلي، القاهرة، مكتبة وهبة، د. ت.
-ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، د. عدنان خالد التركماني، دار المطبوعات
الحديثة، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية. ١٤١٣هـ.
-ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي
وفقهه، د. عبد الحميد محمود البعلي، مكتبة وهبة، مصر، القاهرة ، الطبعة
الأولى.

-الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لشمس الدين محمد بن قيم
الجوزية(ت٧٥١هـ)، دار إحياء العلوم، بيروت.

-الفتاوى الهندية، القاهرة، المطبعة العامرة، د. ت، القاهرة، المطبعة الأميرية، د. ت.
-الفتاوى، جمع وترتيب محمد عبدالعزيز المسند، لمجموعة علماء بالإضافة لفتاوى
اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية، د. ت.
-فتح القدير، القاهرة، المطبعة الأميرية، ١٣١٦هـ.

-الفتاوى الكبرى ، لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية
(ت٧٢٨هـ) جمع عبد الرحمن القاسم وابنه محمد طبع تحت إشراف الرئاسة
العامّة لشئون الحرمين الشريفين - المملكة العربية السعودية.
-الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة
١٤٠٩هـ.

-فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر "، على أحمد السالوس الطبعة الأولى ، دار الثقافة

— قطر ، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ٣٨٩/١

— القاموس المحيط للفيروزآبادي (ت ٨١٧هـ) مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ.

— القواعد لابن رجب الحنبلي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ.

— المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون (التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون) ، انعقد سنة ١٤١٢هـ - ٢٠٠٠م في معهد طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى.

— وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد مصطفى الزحيلي، مكتبة دار البيان، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ.

— معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسن أحمد بن زكريا بن فارس (ت ٣٩٥هـ) دار - إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

— المصباح المنير - لأحمد بن محمد الفيومي - المكتبة العلمية - بيروت. المشروعية الإسلامية العليا، د. علي محمد جريشة ، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٩٦هـ.

— كشف القناع، للبهوتي، الرياض، مكتبة النصر الحديثة، د. ت. كيف تعمل الشبكات، فراتك درفلرولس فريد، ترجمة مركز التعريب والترجمة، بيروت، الدار العربية للعلوم، ١٩٩٤م.

— مبدأ الرضا في العقود، علي محيي الدين القرة داغي، بيروت، دار البشائر، ١٩٨٥م. -المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو. دار عالم الكتب ، الرياض، الطبعة الثالثة ١٤١٧هـ.

— مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لمحمد الشربيني الخطيب، مطبعة الحلبي ١٣٧٧هـ

— الموافقات في أصول الشريعة، للإمام إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، دار المعارف، بيروت.

— مجمع الفقه الإسلامي قرارات وتوصيات المجمع، تنسيق وتعليق عبدالستار أبوغدة، ط ٢، دمشق، دار القلم، ١٣٨٨هـ - ١٩٨٨م.

— المجموع للنووي، القاهرة، مطبعة العاصمة، د. ت، القاهرة، دار الطباعة المنيرية، د. ت، المدينة المنورة، المكتبة السلفية، د. ت. -المحلى لابن حزم، القاهرة، ١٣٥٢هـ.

- مختصر المزني مطبوع على هامش الأم، القاهرة، المطبعة الأميرية، ١٣٢١هـ.
- المدخل الفقهي العام للزرقا، ط٢، دمشق، مطابع أ.ب. الأديب، ١٩٦٧م.
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيهوري، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
- مغني المحتاج، القاهرة، مطبعة البابي الحلبي، د.ت.
- المغني لابن قدامة، تحقيق: عبدالله التركي والحلو، القاهرة، مطبعة هجر، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.
- المنتزع المختار، للشيخ عبدالله مفتاح، القاهرة، ١٣٣٢هـ.
- منتهى الإرادات، عالم الكتب.
- المهذب للشيرازي، القاهرة، مطبعة البابي الحلبي، د.ت.
- الموافقات للشاطبي، القاهرة، المكتبة التجارية الكبرى، ١٩٧٥م.
- المسند - للإمام أحمد بن حنبل الشيباني (ت ٢٤١هـ -) دار المعارف ، القاهرة ١٩٨٠م.
- مواهب الجليل للحطاب، بيروت، دار الفكر، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- الموجز في القانون المدني العراقي، عبد المجيد الحكيم، ط٣، بغداد، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م.
- منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوح (ت ٩٧٢هـ)، تحقيق د. عبد الله التركي - الطبعة الأولى - بيروت ١٤١٩هـ.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني، جدة، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- النيل وشفاء العليل، مطبوع على هامش الشرح ضياء الدين الثميني، ط٢، بيروت، دار الفتح، ١٩٧٢م.
- الهداية مع فتح القدير، مطبعة مصطفى محمد - القاهرة.
- نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية لجمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي (ت ٧٦٢هـ) دار الحديث - القاهرة.
- لسان العرب، لابن منظور (ت ٧١١هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٤٠٨هـ.