مجلس العقد في التعاقد بطريق الإنترنت:

يختلف مجلس العقد في التعاقد عبر الإنترنت ومن ثم الخيارات الواردة فيه حسب الطريقة التي تم بها هذا التعاقد.

ففي التعاقد عبر شبكة المواقع (Web) يبدأ مجلس العقد من دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع الصادر فيه الإيجاب وبدايته في التفاوض والاختيار ويستمر مجلس العقد حتى خروج القابل من الموقع.

وفي التعاقد عبر البريد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى خروج أحد الطرفين من الموقع.

أما إذا كان التعاقد لم يتم مباشرة فإن مجلس العقد يبتدئ من حين اطلاع القابل على المعروض عليه ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إذا وجدت، وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف.

وفي حال التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة فإن مجلس العقد يبتدئ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى الانتهاء من المحادثة.

وتكون الخيارات في مجلس العقد حسب التالي:

١-يكون من حق الطرف الموجب أن يتراجع عن إيجابه قبل اقترانه بالقبول (خيار الرجوع عن الإيجاب) إلا في حالة تحديده بمدة فإنه يكون ملزماً بالبقاء عليها.

٢-من حق الطرف الراغب في التعاقد أن يتأمل الأمر المعروض عليه وليس ملزماً بأن يختار العقد مباشرة (خيار القبول).

٣-بعد التعاقد من قِبل الطرفين يكون من حقهما جميعاً أن يتراجع أحدهما عن العقد بدون رضا الآخر وذلك مادام الاتصال بالموقع المخصص للتعاقد لازال قائماً (خيار المجلس) إلا في حالة وجود شرط عدم الخيار فإن العقد يكون باتاً وليس من حق أحدهما التراجع إلا في حال رضا الطرف الآخر (الإقالة).

وهذا عند جمهور العلماء القائلين بخيار المجلس، أما على قول الحنفية والمالكية فإن العقد يكون لازماً بعد توافق الإيجاب والقبول ولا يشترط الانتهاء من المحادثة أو الخروج من الموقع.

المطلب الرابع: العقود المستثناة من صحة التعاقد بطريقة الإنترنت:

استثنى قرار مجمع الفقه الإسلامي من صحة التعاقد بطريقة الإنترنت (النكاح لاشتراط الإشهاد عليه، والصرف لاشتراط التقابض، والسلم لاشتراط تعجيل رأس المال)(١). وسنناقش هذه العقود الثلاثة:

أولاً: عقد النكاح:

من شروط النكاح الإشهاد(٢)، بأن يَشهد على عقد النكاح شاهدان رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين" (٣) ولأن في الشهادة حفاظاً على حقوق الزوجين والولد منهما، وفيها درء التهمة عن الزوجين وبيان أهمية النكاح وعظيم مكانته(٤).

وحينما نتأمل شرط الإشهاد نجد أنه في ظل الطرق الحالية للتعاقد بطريق الإنترنت من الممكن حضور وتحكيم للشهادة وخاصة إذا كان التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة (٥) فبناء على إمكان تحقق هذا الشرط هل يصح إجراء عقد النكاح بطريق الإنترنت؟

القول بصحة ذلك له حقه من النظر خاصة على مذهب الحنفية الذين يجيزون انعقاد النكاح بالكتابة ، إذا كان الزوجان غائبين عن بعض وحضر شاهدان عند وصول الكتاب(٦).

ولكن الذي يظهر للباحث هو عدم صحة عقد النكاح بطريق الإنترنت وذلك لما يلي:

١-أن للنكاح مكانته الخاصة حيث يترتب عليه آثار مهمة تتعلق بالزوجين وولدهما طول الحياة، وعلى ذلك فإنه لا يمكن مساواة عقد النكاح بالعقود المالية التي تكون آثارها مقصورة في الغالب على جانب معين وبشكل محدود.

٢-أن الشكل في إنشاء عقد النكاح معتبر وهذا ظاهر لمن تأمل أحكامه ومقاصده، وهو بخلاف العقود المالية التي مبناها على التراضي دون النظر إلى شكل العقد.

٣- ما يترتب على القول بصحة عقد النكاح بطريق الإنترنت من الأضرار والمفاسد التي تخالف مقتضى عقد النكاح ومقاصده التي شُرع من أجلها.

---

(١) أنظر القرار السابق عرضه ص٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٥٢/٢ والشرح الكبير على مختصر خليل ٢٣٦/٢ ، ومغني المحتاج ١٤٤/٣ ، والمغني ٣٤٧/٦.

(٣) رواه الدارقطني في كتاب النكاح ٢٢١/٣ ،والبيهقي في كتاب النكاح ١٢٥/٧.

(٤) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته. د. وهبة الزحيلي ٧١/٧.

(٥) يختلف الفقهاء في صحة عقد النكاح بغير اللفظ أي بالكتابة والإشارة، فذهب الجمهور إلى عدم صحة النكاح بالكتابة سواء كان المتعاقدان حاضرين أو غائبين، وذهب الحنفية إلى صحة عقد النكاح بأن يكتب الرجل للمرأة: تزوجتك، أو زوجيني نفسك فقالت المرأة في مجلس وجود الكتاب: قبلت الزواج بحضور شاهدين فالعقد صحيح والزواج منعقد.

أنظر بدائع الصنائع ٢٥٢/٢ ، والشرح الكبير على مختصر خليل ٢٣٦/٢ ، ومغني المحتاج ١٤٤/٣ ، والمغني ٣٤٧/٦.

(٦) أنظر: بدائع الصنائع ٢٣١/٢، أما بقية المذاهب فلا يرون صحة الزواج بالكتابة ، أنظر مواهب الجليل للحطاب ٢٢٨/٤ ، ومغني المحتاج ١٤١/٣ ومنتهى الإرادات ٥٩/٤.

فلهذه الأسباب ولغيرها أرى أن عقد النكاح لا يصح - حالياً - بطريق الإنترنت(١) والله أعلم.

ثانياً: عقد الصرف:

عقد الصرف هو بيع النقد بالنقد سواء بجنسه أو غير جنسه(٢) ، ومن شروط صحته التقابض قبل الافتراق بين المتعاقدين لقوله صلى الله عليه وسلم "الذهب بالذهب ، وزناً بوزن مِثلاً بمِثل والفضة بالفضة وزناً بوزن مِثلاً بمثل ، فمن زاد أو استزاد فهو ربا"(٣).

وعدم تحقق هذا الشرط يوقع في ربا النسيئة وهو التأخير(٤).

والتصارف بطريق الإنترنت يختلف حكمه بحسب الطريقة التي تم بها العقد:

فإذا تم التعاقد على الصرف مباشرة سواء عبر شبكة المواقع (Web) أو البريد الإلكتروني المباشر أو المحادثة وتم تنفيذ العقد بتحويل المبلغ محل العقد من حساب كل من الطرفين إلى الآخر عن طريق الشيك المصرفي أو النقود الإلكترونية (البينز) أو الحوالة البنكية المباشرة أو غير ذلك من الوسائل والطرق التي تجعل التقابض متحققاً في الحال بين الطرفين فإن العقد صحيح.

وذلك لأن التقابض ليس مقصوراً على التقابض الحقيقي بين الطرفين مباشرة وإنما يكون أيضاً بالقبض الحكمي كالقيد المصرفي في حساب العميل بطريقة الحوالة المصرفية أو الإنترنت المصرفي.

---

(١) وهذا القول هو ما رأته اللجنة الدائمة للبحوث العلمية في المملكة العربية السعودية بشأن عقد النكاح عن طريق الهاتف، أنظر الفتوى في فتاوى إسلامية ٣٣٦/٢.

(٢) انظر: المغني ٥٢/٦.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، عن أبي هريرة رضي الله عنه في كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً برقم٢٩٧٣ ، وقريباً منه حديث أبي بكرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواءً بسواء ، والفضة بالفضة إلا سواءً بسواء ، وبيعوا الذهب بالفضة والفضة بالذهب كيف شئتم " رواه البخاري في كتاب البيوع ، باب بيع الذهب بالذهب برقم ٢٠٢٩.

(٤) انظر: المغني ٥٣/٦ وما بعدها.

وهذا ما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٦/٤/٥٥) بشأن القبض وصوره المستجدة حيث نص على أن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً ما يلي:

١- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية:

(أ) إذا أودع في حساب العميل مبلغاً من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية.

(ب) إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.

(ج) إذا اقتطع المصرف بأمر العميل، مبلغاً من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى في المصرف نفسه أو غيره لصالح العميل أو لمستفيد آخر ، ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسليم الفعلي للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسليم الفعلي.

٢- تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه من قِبل المصرف).

وعلى ذلك فإن ما ذهب إليه قرار المجمع السابق ذكره فيما يتعلق باستثناء عقد الصرف من صحة التعاقد بطريق الإنترنت يعتبر صحيحاً في حالة كون التعاقد قد تم عبر البريد الإلكتروني بشكل غير مباشر كما هو الحال حين صدور القرار (سنة ١٤١٠هـ ، ١٩٩٠م).

أما في العصر الحالي فالأمر تغير عما كان عليه العمل سابقاً وأصبح بالإمكان تحويل النقود مباشرة من كلا الطرفين إلى الآخر عن طريق وسائل متعددة مما يحقق شرط التقابض الحكمي الذي يقوم مقام التقابض الحقيقي.

ونخلص إلى صحة عقد الصرف بطريق الإنترنت إذا توفر فيه شرط التقابض. والله أعلم.

ثالثاً: عقد السلم:

السلم هو: عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد (١).

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٩٥/٣ ، والقوانين الفقهية ص٢٦٩ ، ومغني المحتاج ١٠٢/٢ ، والمغني ٣٨٥/٦.

ومن شروط صحته تعجيل رأس مال السلم، بأن يتم قبضه في مجلس العقد، وأجاز المالكية تأخيره اليومين والثلاثة.

وإذا تفرق المتعاقدان قبل القبض بطل العقد وانفسخ لأنه يؤدي إلى بيع دين مؤجل بدين مؤجل، وقد ورد النهي عن ذلك (٢).

وبيع السلم بطريق الإنترنت يختلف حكمه بحسب الطريقة التي يتم بها التعاقد ودفع الثمن، فإذا تم دفع رأس المال (الثمن) بعد التعاقد مباشرة سواء بطريق الشيك المصرفي أو بحوالة مصرفية مباشرة أو بالنقود الإلكترونية أو نحو ذلك فإن العقد صحيح.

أما إذا لم يتم تسليم الثمن في مجلس العقد فإن العقد باطل عند جمهور العلماء وعلى رأي المالكية يكون العقد صحيحاً إذا كان هذا التأخير أقل من ثلاثة أيام حتى لو كان ذلك مشروطاً ومتفقاً عليه في العقد.

والعمل بقول المالكية هو الأيسر خاصة في التعاقد بطريق الإنترنت. والله أعلم.

---

(٢) وذلك بنهيه صلى الله عليه وسلم عن " بيع الكالي بالكالي " ، وهو الدَّين المؤجل بالدَّين المؤجل. رواه الدارقطني وابن عدي والبزار وابن أبي شيبة وغيرهم من حديث عبد الله بن عمر ورافع بن خديج رضي الله عنهم، وفي سنده موسى بن عبيده ، وفيه كلام ، والحديث ضعيف كما ذكر المحققون من أهل الحديث ، ولكن الأمة تلقت معناه بالقبول حتى نقل بعض العلماء الإجماع على منع بيع الدين المؤجل بالدين المؤجل.

أنظر: نصب الراية للزيلعي ٣٩/٤ ، ونيل الأوطار للشوكاني ٦٥٦/٥ ، وإرواء الغليل للألباني ٢٢٠/٥ برقم ١٣٨٢.

المبحث الثاني

النظام الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة

المطلب الأول: 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 في 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، هل هو نظام المشتري (المستهلك) أم نظام البائع، أم نظام الوسيط في حالة وجوده، أم نظام موِّرد 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 بصفة أنه الطرف الأضعف أمام شركات الإنتاج والتسويق العالمية(٢) ولما تستخدمه هذه الشركات من أساليب دعائية قد تتسبب في إيقاع الغرر لدى المتعاقد.

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 ١/١٦٨.

وهذا الاتفاق صحيح ويعمل به لقوله صلى الله عليه وسلم « والمسلمون 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 راجعاً إلى 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 كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ) النساء:٥٩(٢) وقال سبحانه:(وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ) الشورى ٩.

ويستوي في ذلك أن يكون جميع الخصوم من المسلمين، أو من المسلمين وغيرهم أو كانوا جميعاً من غير المسلمين. قال تعالى: (وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ × فإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ× أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ(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 وتعهدوا له إن حكم لهم ضدهم أن يؤمنوا به فتتبعهم بقية اليهود. فأنزل الله هذه الآيات(٣)، وحكم الجاهلية: كل ما سوى حكم الله سواءً كان قبل دين الإسلام أو بعده.(٤)

ووصف جلّ وعلا من لم يحكم بما أنزل بالكفر والظلم والفسوق(٥)، وبيَّن سبحانه وتعالى أن من شأن المنافقين أنهم إذا دعو إلى من يحكم بينهم وكان الحق عليهم يحكِّمون غير دين الله، وإن يكن الحق لهم يحكِّمون 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 مستمداً من الشريعة الإسلامية مهما كان هذا النظام ، والاتفاق على ذلك اتفاق باطل غير صحيح ، ولا يعمل به لأنه شرط «أحل حراماً».

أما إذا كان الاتفاق على نظام دولة أو جهة تحكِّم الشريعة الإسلامية في تعاملاتها وتحكم وفق ما شرع الله فإنَّ هذا الاتفاق صحيح ويعمل به بين الأطراف.

ثالثاً: الواقع، والحلول المقترحة:

ما سبق أن قررناه من وجوب أن يكون النظام المحكَّم 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 الرئيسة من قواعد الدين الإسلامي، ذلك أن الشركات المتواجدة عبر شاشات العرض من دول اجنبية غير إسلامية، أومن دول إسلامية ولكن لا تحكم بالشريعة الإسلامية، وغالباً ما يكون العقد المعدُّ 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 ؟

إننا نجد أنفسنا بين خيارين هما:

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 يصدُّون 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 أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِن قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَن يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُضِلَّهُمْ ضَلالاً بَعِيدًا × وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا إِلَى مَا أَنزَلَ اللَّهُ وَإِلَى الرَّسُولِ رَأَيْتَ الْمُنَافِقِينَ يَصُدُّونَ عَنكَ صُدُودًا) (النساء ٦٠-٦١).

أما قاعدة الضرورة والحاجة فإنها غير متوفرة في هذه الحالة إلا في حالات مستثناه 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:

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 أنَّ 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 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 لجامعة الأزهر، 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 والتقى 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 المحكِّم 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 محكِّم يفصل بينهما بمقتضى العدالة والإنصاف

المطلب الثاني: المحكمة المختصة

عقود التجارة الإلكترونية تتم 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؟

تختلف الأنظمة الدولية في الاختصاص القضائي لقضايا التجارة والعقود الإلكترونية على اتجاهات مختلفة منها:

١. أن الاختصاص القضائي يكون للمحكمة التي اتفق عليها المتعاقدان، وذلك من أجل التيسير على المدعي حتى يتمكن من الحصول على الحماية القضائية المطلوبة.

٢. أن الاختصاص القضائي يكون لمحكمة إبرام العقد أو تنفيذه وهذا الاتجاه تأخذ به بعض الأنظمة العربية.

٣. أن الاختصاص القضائي يكون للمحكمة التي فيها إقامة المدعي عليه.

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 أخرى فإن العلماء يختلفون في القاضي المختص في نظر الخصومة ، وذلك على أربعة أقوال هي:

القول الأول: أن القاضي المختص هو قاضي المدعي ، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية.

ووجه ما ذهبوا إليه: أن المدعي هو المنشئ للخصومة وهو صاحب الحق فيها فله الحق أن يقيم الدعوى عند قاضيه أو قاضي خصمه.

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

القول الثالث: أنه لا يوجد قاضٍ مختص وإنما تقام الدعوى أمام أي قاضٍ بصرف النظر عن محلات المتداعين، وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية والمالكية، 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 المدعى عليه، وهذا هو المعتمد عند الحنفية وقول لبعض المالكية(٤). ووجه ما ذهبوا إليه: أنَّ الأصل براءة ذمة المدعي عليه فكان أولى بعدم الكلفة عليه بالانتقال إلى محل الخصوم وتعطيل مصالحه حتى يثبت شغل ذمته.

الرأي المختار للعقود الإلكترونية:

بعد عرض الأقوال تبين أن لكل قول وجاهته 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 العقود الإلكترونية 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. والله أعلم..

المبحث الثالث

إثبات العقود الإلكترنية بالتوقيع الإلكتروني

المطلب الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني وأهميته:

يعتبر التوقيع من العناصر المهمة والضرروية للكتابة حتى يكون لها قوة في الإثبات.

والتوقيع عبارة عن علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص استعماله للتعبير عن موافقته على المكتوب في المستند، ويتم التوقيع عادة بالإمضاء وذلك بكتابة الاسم أو اللقب، أو بعلامة رمزية بحيث يتكّون التوقيع من الأحرف الأولى للاسم واللقب، وقد يكون التوقيع بالختم أو ببصمة الأصبع.

وقد كان التوقيع العادي هو المستخدم في جميع المستندات وغالباً ما يوضع في آخر المستند لأهميته وحرصاً على وضوحه.

وبعد استخدام بطاقات الائتمان والحاسب الآلي ظهرت الحاجة إلى توقيع آخر يقوم مقام التوقيع العادي على المستندات الورقية فظهر التوقيع الإلكتروني.

والتوقيع الإلكتروني عبارة عن ملف رقمي صغير يصدر عن إحدى الهيئات المتخصصة والمستقلة، والمعترف بها من قبل الحكومة، وفي هذا الملف يتم تخزين الاسم وبعض المعلومات الهامة كرقم التسلسل وتاريخ انتهاء الشهادة ومصدرها ونحو ذلك.

وللتوقيع الإلكتروني صورتان:

١- التوقيع الرقمي (الكودي) وذلك عن طريق استعمال عدة أرقام يتم تركيبها لتكّون في النهاية كوداً خاصاً يتم التوقيع به.

٢- التوقيع بالقلم الإلكتروني: ويتم ذلك عن طريق استخدام قلم إلكتروني حسابي يمكن عن طريقه الكتابة على شاشة الحاسب الآلي باستخدام برنامج مخصص لذلك.

وقد اعترفت بعض الدول بالتوقيع الإلكتروني وساوت بينه وبين التوقيع العادي في الإثبات.

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في الفقه الإسلامي

يعدُّ أول ظهور للتوقيع في استخدامه في المحررات الرسمية في الإسلام في السنة السادسة للهجرة النبوية بعد غزوة الحديبية حيث أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكاتب الملوك في الدول المجاورة ويدعوهم إلى الإسلام قياماً بالواجب من تبليغ رسالات الله إلى الناس كافة، فعن أنس رضي الله عنه أن نبي الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يكتب إلى رهط أو أناس من الأعاجم، فقيل له: إنهم لا يقبلون كتاباً إلا عليه خاتم، فاتخذ النبي صلى الله عليه وسلم خاتماً من فضة..وفي رواية لمسلم: أن النبي صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتماً من فضة ونقشت فيه " محمد رسول الله " فلا ينقش أحد على نقشه".

واستمر استخدام التوقيع بالختم بعد عصر النبي صلى الله عليه وسلم في القرون الإسلامية الأولى، فعن الإمام مالك بن أنس رحمه الله أنه قال" كان الأمر القديم إجازة الخواتيم".

وقد بحث العلماء رحمهم الله تأكيد المحررات بالتوقيع وأوردوا لها أسماء متعددة حسب الجهة التي تصدر منها (السلطان أو القاضي أو الأفراد) ومن تسمياتها: الصك والحجة والسجل والوثيقة، كما بينوا تأكيدها بالاشهاد عليها خاصة إذا خيف التزوير.

ولما كان المقصود من التوقيع تحديد الشخص الذي صدر منه وتمييزه عن غيره ودلالة على رضاه بمضمونه والتزامه به فقد تطورت صوره وأنواعه وخاصة في العصور المتأخرة وكان من آخرها التوقيع الإلكتروني بأنواعه المختلفة.

والذي يظهر للباحث 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 يبيَّن فيها الحق وتوصل إلى العدل.

٢.أن القصد من التوقيع دلالته على صاحبه وعلمه بمضمون الكتابة التي وقَّع عليها، وهذا متحقق في التوقيع الإلكتروني كما هو متحقق في التوقيع العادي إن لم يكن أكثر.

٣.أن الكتابة ليست محصورة بشيء 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 الأمضاء 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 الموقِّع وعلاقته بالواقعة المنسوبة إليه إلى أن يثبت خلاف ذلك.

وللإمام ابن القيم كلام نفيس في القرائن 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 يقدَّر اشتباه الخطوط وذلك كما يفرض من اشتباه الصور والأصوات"

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.

المطلب الثالث: الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني:

للتوقيع الإلكتروني أهمية رئيسة 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.

وقد قامت بعض الدول العربية 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.

الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني في الفقه الإسلامي:

اهتمت الشريعة الإسلامية بحفظ الأموال، وأمرت باتخاذ الوسائل الكفيلة بحفظها، وشرَّعت العقوبات الرادعة لمن يتجرأ أو يحاول الاعتداء عليها بالتزييف أو التزوير أو غير ذلك من طرق الاعتداء.

وقد حرَّم الله عز وجل أكل الأموال بالحيل الماكرة والطرق الملتوية، قال تعالى:) وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ((البقرة ١٨٨) وأباحت الشريعة الإسلامية للإنسان المدافعة عن ماله إذا اعتدى عليه ولو باستعمال القوة وأنَّ "من قتل دون ماله فهو شهيد".

وجعلت كل من تسبب في اتلاف مال متقوم بغير حق فإنه يضمنه حتى لو كان ذلك بطريق الخطأ.

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

الإلكتروني يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأموال والحقوق الخاصه وحرمة الاعتداء عليها بأي وجه كان.

والعقوبات في الشريعة الإسلامية ثلاثة أقسام:

١) الحدود: وهي العقوبات المقدرة شرعاً لحق الله تعالى، وهي حد الزنا والقذف 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، فمن حِكَم الشارع أن جعل لولي الأمر مجالاً لينظر الجرائم التي تقع في عصره والتي تكون مخالفة لأحكام الشريعة ومقاصدها، فيضع لها العقوبات الرادعة الزاجرة مراعياً في ذلك نوع الجريمة والآثار المترتبة عليها.

والاعتداء على التوقيع الإلكتروني أو محاولة القيام بذلك يعتبر جريمة بحد ذاته، سواءً كان 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 محدَّدة 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.