الملخص

يمثل الوجود المادي للطرفين المتعاقدين في مكان واحد قاعده اساسيه من اسس التعاقد وتعرف بمجلس العقد. الا ان هذه القاعدة لا يمكن تصورها في الوقت الحالي حيث وسائل التقدم العلمية العالية السرعة في الاتصال والتنوع فيها جعل من العالم قرية صغيرة. فأصبح بإمكان الافراد ان يعقدوا ما يشاؤون من العقود عن طريق وسائل الاتصال المختلفة وهذا ما أسفر عن ظهور ما يسمى "بالتسوق الالي" او "تجارة الأنترنت" او "التجارة الإليكترونية" وهذا كله يتم عن طريق العقد الاليكتروني والذي بدورة يثير بعض المسائل المهمة الجديرة بالمناقشة والتحليل الا وهي تحديد القانون الواجب التطبيق علية والمحكمة المختصة بالنزاعات التي تنشأ عنه وطرح تساؤل مهم الا وهو هل القواعد العامة التقليدية كافيه؟ سيما وان بعض الدول تخلو تشريعاتها من تنظيم صريح ومتخصص لهذا النوع من العقود ومن بينها العراق مثلا. وعليه فان الباحث سيقوم بمناقشة هذه المسائل من خلال اتباع منهج التحليل والمقارنة مع الشريعة الإسلامية حيث سيتم اقتراح بعض الحلول المناسبة لهذه التساؤلات.

Abstract

The Applicable law of electronic contract: A comparative study between law and Islamic Shereaa'.

The physical existence of contractual parties in one place represent a basic rule of contract which is known as "council of contract". However, this rule cannot imagine its existence in present time because of the rapid development in communication methods which have a high speed and diverse. Theses communication methods make the whole world like small village. Therefore, the people can make many and different due to these method of communication. According to that, the "electronic shopping" or "internet trade" or "electronic trade has emerged and become popular. The electronic shopping made by electronic contract. The electronic contract raises many issues which is worthy to analysis and discuss. The applicable law one of that issue. Therefore this article examine this issue and answer the questions that what law should apply on electronic contract and which competent court has the authority to settle the disputes between the contractual parties. In addition to that this article discuss whether the general rule of applicable law is suffice to applying electronic contract or not. Particularly that some countries does not promulgate legislation involvement on electronic contract such as Iraq. Therefore the author discuss all these issues and suggest some solution to these issues.

المقدمة

الأصل في التعاقد هو إن يتم من خلال الوجود المادي للمتعاقدين في مكان واحد وهو ما يعرف بمجلس العقد، إلا إن التقدم العلمي الهائل في مجال الاتصالات قد حول العالم الكبير إلى قرية صغيرة، إذ صار الارتباط بين الأشخاص في مناطق مختلفة من العالم يتم خلال ثوان معدودة يمكن خلالها أن يتم تبادل ألفاظ الإيجاب والقبول وليبرم العقد في النتيجة دون تعاصر مادي لإطراقه وهو ما يُعرف بالعقد عن بعد.

فالتعاقد عن بعد لا يعد حدثاً عالمياً جديداً، فهو معروف منذ القدم، فكانت العقود تُبرم من خلال الرسائل أو بواسطة رسول يحمل معه عرضاً أو إيجاباً إلى شخص أخر ليقبله أو يرده إلى المرسل مع هذا الرسول ليتم أبرام العقد بينهما، بيد إن هذا الأمر يستغرق وقتاً طويلاً. أما بعد شيوع وانتشار وسائل الاتصال الحديثة والتي من أهما شبكة الانترنت التي تتيح للمتعاقدين أبرام الصفقات وتنفيذها بين أطراف متباعدين جغرافياً وهو ما يؤدي إلى انتعاش التجارة وتطورها، إلا أن هذا التطور الايجابي الذي أحدثته التجارة الالكترونية لا يخلو من سلبيات ولا يزال الغموض يكتنف نواح متعددة منها ولاسيما الناحية القانونية.

تختلف 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 يصحّ العقد ولا يُعتبر إلا إذا كان بهيئة معينة وشكلٍ محدّد، ثم تطورت إلى الرضائية بعد المرور بمراحل مختلفة[١]، أما الشريعة الإسلامية فقد جعلت الرضا منذ البداية هو الأساس في نشأة العقود بأي شكل كانت يقول تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء آية (٢٩)] "أي بطيبة نفس كل واحد منكم"[٢]ويقولً 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.

قد مرت العصور السابقة بأنواع مختلفة من أشكال انعقاد العقود كالبيع عن طريق الراديو والتلفزيون والهاتف والفاكس والتلكس وغيرها، وها نحن

نشـهد فـي السـنوات الأخيـرة تطـوراً هـائلاً فـي وسـائل الاتصـال المختلفـة وخاصـة التقنيـات الإلكترونيـة التـي دخلـت جميـع مجـالات الحيـاة بمـا فيهـا المجال التجاري، وظهر ما يسمى (بالتسوق الآلـي(أو (تجـارة الإنترنـت) أو (التجارة الإلكترونية) أو (التعاقد عن بعد) عبر شبكة الإنترنـت التـي ربطـت العالم بعضه مع بعض وألغت الحدود الجغرافيـة والوسـائط الماليـة وأصبح بإمكان تاجر التجزئـة أن يشتري مباشرة من المنتج، والمستهلك أن يتسوق وهو في منزله.

وانتشرت التجارة الإلكترونية في الأعوام الأخيرة وأسست الكثير من الشركات العالميـة والمحليـة مواقـع خاصـة بهـا علـى شبكة الإنترنـت، وتُقدر بعض الدراسات حجم التجارة الإلكترونية حالياً بـ ٢٠% من مجمل التجـارة العالمية، ويُتوقع أن ترتفع النسبة إلى أكثر من ذلك خلال هذا العقد.(٤)

ولما كان العقد الالكتروني هو عصب التجارة الالكترونية والعامل الأساس فيها، فأنه أثار الكثير من الإشكالات القانونية، بدأت بتحديد تعريف له وبيان طبيعته القانونية وكيفية انعقاده وإثباته وتنفيذه وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه والمحكمة المختصة بالنزاعات التي تنشأ عنه وغيرها من المسائل التي كانت مجالا رحباً لمناقشات فقهاء وعلماء القانون.

أما موضوع بحثنا فهو يقتصر على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، ولا سيما انه في الغالب يكون عقداً مشوباً بعنصر أجنبي مما يثير تنازع في القوانين التي تحكمه، لذلك سنتناول موضوع البحث من خلال تحديد القانون المختص في البتّ في النزاعات التي يثيرها العقد وهل تكفي القواعد العامة التقليدية لهذه المهمة ولا سيما في خلو بعض الدول من تشريعات تنظم التجارة الالكترونية كالعراق مثلاً مع مقارنة بعضاً من جوانب البحث بما جاءت به شريعتنا الغراء من تنظيم وافي للعقد ومقاربة ذلك بالعقد الالكتروني لما له أهميه كبيرة في تعاملنا اليومي وعلى كافة الأصعدة.

لذا سنبحث هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مبحثين: نخصص المبحث الأول لماهية العقد الالكتروني دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مفصلة ذلك من خلال مطلبين، خصصنا الأول لتعريف العقد الالكتروني وبينا في الثاني خصاصه، وتناولنا في الثاني تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني مقارنة ذلك بالفقه الإسلامي محددين فيه إشكاليه طرح الموضع وذلك في المطلب الأول وصولاً إلى أهم الحلول

المقترحة لحل هذه الإشكالية، ونختتم بحثنا بخاتمة تتضمن أهم ما توصلنا اليه من خلال هذا الطرح.

المبحث الأول

ماهية العقد الالكتروني، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي

بعد التطور الهائل في مجالات الحياة وخاصة الحياة المدنية من أنشاء التصرفات القانونية بعد أبرام العقود، أصبح العقد الالكتروني من أهم التطورات الحاصلة لارتباطه بالتجارة الدولية. وقبل الدخول في هذا الموضوع لابد من تعريف العقد لغة واصطلاحاً لأهميته بارتباطه بالتجارة الالكترونية.

فالعقد الالكتروني بعد أن ابتعد عن المفهوم التقليدي لارتباط الإيجاب مع القبول لانعقاد التصرف القانوني من خلال العقد أصبح لابد إن يكون له أحكاماً أكثر دقة من اجل صيانة الحقوق التي ترد عليها مثل هذه التصرفات. أذن لابد من تعريف العقد الالكتروني ومعرفة خصائصه وذلك من خلال مطلبين، نُبين في الأول تعريف العقد الالكتروني ونُبين في الثاني خصائصه كدراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول

تعريف العقد الالكتروني

لتعريف العقد الالكتروني لابد من تعريف العقد لغة واصطلاحاً لأهميته في التعامل المدني ولاسيما في التجارة الالكترونية بعد نشوء العقد الالكتروني، فالعقد في اللغة العربية يُطلق على معانٍ ترجع في مجملها إلى معنى الربط الذي هو نقيض الحل، يُقال: "عَقدْتُ الحَبل فهو معقود"[٥] فالعقد في أصل اللغة "الشد والربط ثم نقل إلى الأيمان والعقود كعقد المبايعات ونحوها"[٦].

أما في الاصطلاح الفقهي فنجد أن للعقد معنيان، عام وخاص، فالمعنى العام يُطلق على كلّ التزام تعهّد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا، وسواء كان التزاماً دينياً كالنذر أو دنيوياً كالبيع ونحوه.[٧]

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[٨]. ومن التعاريف الواردة على هذا المعنى يكون تعريف العقد بأنه "ارتباط الإيجاب

الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه"[٩].

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 الزواج ونحوه. والعقد في الشريعة الإسلامية ينعقد – على القول الصحيح -بكل ما يدل عليه من دون اشتراط صيغة معينة أو شكل محدد. اذ جاء في بدائع الصنائع: (وكذا إذا قال البائع: خذ هذا الشيء بكذا أو أعطيتك بكذا، أو هو لك بكذا، أو بذلتك بكذا، وقال المشتري: قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك، فإنه يتم الركن لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي إلى معنى البيع وهو المبادلة، والعبرة للمعنى لا للصورة)[١٠]

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير "وينعقد العقد بكل ما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما"[١١].

وجاء في الكافي لابن قدامه[١٢]: المعاطاة، مثل أن يقول (أعطني بهذا خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار، فيأخذه، فيصح، لأن الشرعي ورد بالبيع وعلَّق عليه أحكاماً، ولم يعين له لفظاً، فعلم أنه ردَّهم إلى ما تعارفوه بينهم بيعاً، والناس في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك)[١٣].

ويتفق العلماء على صحة التعاقد بالكتابة إذا كانت بين غائبين لأن ذلك هو الوسيلة المستطاعة لإتمام العقد[١٤] ، لذا أتت القاعدة الفقهية المشهورة من أن "الكتاب كالخطاب" أي: أن الكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين، وهذا ما اكّده مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة، من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس- عدا الوصية والإيصاء والوكالة - وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالاة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف. حيث قرر ما يأتي[١٥]:

أولاً- إذا تم التعاقد بين شخصين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه وهو ما يسمى بالتعاقد بين غائبين، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة وينطبق ذلك على وسائل الاتصال الحديثة كالتلكس والفاكس والحاسوب، ففي هذه الحالة ينعقد

العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله. او الوسيلة تكون بالهاتف واللاسلكي فانه يعتبر تعاقداً بين حاضرين.

ثانياً-إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه.

ثالثاً-إن القواعد السابقة لا تشمل الزواج لاشتراط الإشهاد فيه ولا الصرف لاشتراط التقابض ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

رابعاً-ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات.[١٦]

أما في مجال التكنولوجيا الحديثة او مايسمى عالم الالكترونيات فقد استُخدمت في التصنيع ودخلت في كثير من المجالات، فظهر الراديو الذي يستقبل هذه الموجات الإلكترونية ثم ظهر التلفزيون والتلكس والهاتف والفاكس والحاسب الآلي وغيرها من الأجهزة التي تعمل عن طريق الإلكترونيات[١٧].

وعلى ذلك فإن العقود الإلكترونية هي العقود التي تتم 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 الالكترونية ينصرف مباشرة إلى: العقود التي تتم عبر شبكة الإنترنت.

وأصبح العصب الأساس للتجارة الالكترونية لأنه يمثل ترجمة قانونية لتلاقي إرادتيّ البائع أو مُقدّم الخدمة من جهة والمشتري أو مستهلك الخدمة من جهة ثانية، وهو يستند على الثقة، ويتطلب وسطاً قانونياً ملائماً كونه عقد ينشأ من تلاقي إرادتين عبر شبكة دولية لإنشاء تصرفا قانونيا معينا. لذا اختلف الفقه في تعريف العقد الالكتروني، فعرفه الفقه الفرنسي بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول، بشأن الأموال والخدمات، عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل "[١٨].

وفي مصر عرّفه بعض الفقه بأنه "اتفاق بين شخصين أو أكثر، يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر تقنيات الاتصال عن بعد بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها"[١٩]، وعرفه البعض الأخر بأنه "العقد الذي يتم

انعقاده بوسيلة الكترونية كلياً أو جزئياً وتتمثل الوسيلة الالكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكهرومغناطيسية أو أية وسيلة أخرى مشابهه صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين"[٢٠].

وعرّفه بعض الفقه في العراق بأنه "العقد الذي يتم إبرامه عن طريق وسائط الكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية وغيرها من الوسائط التقنية الحديثة التي تعمل بصورة تلقائية بمجرد إصدار أوامر التشغيل أليها"[٢١].

ومن خلال ما ورد ذكره من تعريف للعقد الالكتروني نجد انه رغم اختلاف التعبير في التعاريف المتقدمة إلا أنها تصب في معنىً واحد هو انعقاده عن طريق وسائط الاتصال الحديثة وهي الهاتف واللاسلكي والتلغراف والتلكس والفاكس وشبكة المعلومات الدولية (الانترنت) والتي تُعد من أحدث تقنيات الاتصال الحديث كونها من الوسائل التي تنقل الصورة والصوت والكتابة في مجلس واحد أي في نفس الوقت.

أما عن موقف التشريعات العربية من تعريف العقد الالكتروني، فقد عرّفه المشرّع الأردني بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً"[٢٢].

وعرفه المشرع الإماراتي بأنه "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية"[٢٣]. في حين عرفه المشرّع اللبناني بأنه "عقد يتم جزئياً أو كلياً بواسطة عملية الكترونية "[٢٤].

ومن ذلك نجد أن غالبية التشريعات العربية نظمت هذا النوع من العقود من خلال تنظيم تشريعي خاص لما يحمل في إبرامه نوع من المخاطرة والمجازفة لتعلقه بالتجارة الدولية واقتصاد الدول وخاصة فيما يتعلق بالاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق عند التنازع بين إطراف العقد وهذا التنظيم يفتقر إليه التشريع العراقي، فقد لاذ بالصمت تجاه هذه الأنواع من العقود رغم أهميتها وحداثتها، خاصة بعد التطور الهائل والانفتاح الاقتصادي الحاصل في العراق بعد التطورات التي تبعت ٢٠٠٣/٤/٩، فالأجدر بالمُشرّع وضع تشريع خاص يبين تنظيم هذه المسألة.

المطلب الثاني
خصائص العقد الالكتروني

يتميز العقد الالكتروني بخصائص تميزه عن غيره من العقود التي تبرم بين متعاقدين يجمعهما مجلس واحد. وكما ذكرنا أن العقد الالكتروني يتم إبرامه من خلال استخدام وسائل الاتصال الحديثة وانه يتم عن بعد أي قد يكون طرفا العقد من بلدان مختلفة، كما أن تنفيذه قد يتم عن بُعد أيضاً، لذا فهذا العقد يتميز بجملة من الخصائص وهي كالآتي:

أولا: العلاقة غير المباشرة بين أطراف العقد

من المتعارف عليه وقبل التطور التكنولوجي الهائل وعند الرغبة في أنشاء أي عقد يتم من خلال علاقة مباشرة بين طرفيه ومن خلال مجلس العقد[٢٥]. أما بعد ظهور التعاقد الالكتروني فقد أصبح التعاقد يتم عبر الوسائل الالكترونية دون وجود مكان يجمع المتعاقدان، إذ يتم الاتفاق على كافة بنود العقد من خلال شبكة الاتصالات الالكترونية (WEB) وعن طريق الإعلانات التي تعرض بواسطة الشبكة كنوع السلعة والأسعار والشروط ومدة العرض وغيرها وهذه الإعلانات تكون وسيلة للتعرف على المنتج من قبل أطراف العقد. وبذلك تغيرت طريقة العرض والتسوق، وأصبحت الشركات تعرض بضاعتها عبر شبكة المواقع (WEB) وما على العميل إلا أن يبدي رغبته في الموافقة على التعاقد فيتم فوراً ويبدأ سريان آثار العقد من تسليم الثمن والسلعة ونحو ذلك.

وعلى ذلك فان التعاقد بطريق الإنترنت يعتبر في الأصل (تعاقداً بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان). وبيان ذلك: أن مكان المتعاقدين مختلف سواءً كانا في بلدة واحدة أو دولة واحدة أو دول مختلفة، فهما لا يجتمعان في مكان واحد كما هو الحاصل في التعاقد العادي[٢٦].

أما زمان التعاقد فهو واحد حيث أن صفحة العقد تكون مُعدّة سلفاً من قبل العارض وما على المتعاقد سوى القبول أو الرفض، فلا توجد فترة زمنية تفصل ما بين الإيجاب والقبول، ويستثنى من هذا الأصل بعض الحالات التي يكون فيها انقطاع بين الإيجاب والقبول ومن ذلك على سبيل المثال:

١- إذا كان العرض عن طريق البريد الإلكتروني سواءً كان موجهاً إلى موقع أو مجموعة مواقع وكان هذا العرض بشكل غير متصل مع الطرف المقابل أي لا توجد كتابة مباشرة بين الطرفين.
٢- إذا كان العارض في شبكة المواقع قد تحفظ بحقه في قبول التعاقد أو رفضه.

ونخلص في ذلك إلى أن الأصل في التعاقد عبر الإنترنت أنه بين غائبين من حيث المكان حاضرين من حيث الزمان، إلا إذا وجدت فترة زمنية طويلة نسبياً تفصل بين الإيجاب والقبول فإن التعاقد قد يكون بين غائبين مكاناً وزماناً. وقد اختلف الفقه الإسلامي في تحديد الإيجاب من القبول في التعاقد، فذهب الجمهور منهم (المالكية، والشافعية، والحنابلة)[٢٧] إلى أن الإيجاب هو ما صدر من المملِّك والقبول ما صدر من المتملِّك سواءً صدر أولاً أم ثانياً.

وذهب الحنفية[٢٨] إلى أن الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين والقبول ما صدر ثانياً من المتعاقد الآخر وذلك لأنه قبول ورضاً بما أثبته الأول[٢٩]. والاتجاه الأخير (الحنفية) هو الذي أخذت به أكثر الأنظمة في الدول العربية لأنه الأيسر والأسهل في تحديد الموجب من القابل.

وبناءً على هذا الاتجاه (الحنفية)، كيف نحدد الإيجاب والقبول في التعاقد عن طريق الإنترنت؟ وبعبارة أخرى هل يعتبر عرض السلعة أو الخدمة من قبل الشركة المنتجة أو المسوقة إيجاباً، وموافقة العميل على التعاقد قبولاً؟ أم أن هذا العرض مجرد دعوة من قبل الشركة للتعاقد، وأن الإيجاب يكون من قبل العميل لأنه هو المبتدئ والقبول هو في موافقة الشركة على العقد إما موافقة صريحة أو ضمنية؟

فحينما نتأمل الطرق التي يتم بها التعاقد عبر الإنترنت نجد أنها متعددة، ولذا فإن الإيجاب والقبول يختلف بحسب الطريقة التي تم بها التعاقد، وأبرز الطرق المستخدمة حالياً في التعاقد هي: التعاقد عبر شبكة المواقع (WEB)، والتعاقد عبر البريد الإلكتروني، والتعاقد عبر المحادثة والمشاهدة.

ثانياً: توفير الوقت والجهد والسرعة في انجاز المعاملات

لا يوجد في هذا النوع من التعاقد قيود زمنية أو مكانية، فالموقع الافتراضي للمنتج يبقى مفتوحاً أمام الراغبين بالشراء طيلة أيام الأسبوع

وعلى مدار الساعة، فلا عطلات رسمية تحدّ من الرغبة بالشراء ولا حيّز مكاني يستلزم الانتقال إليه وزيارته والبحث فيه وتقليب رفوفه ومستودعاته للحصول على البضاعة المطلوبة. وفي هذه وتلك توفير للنفقات والجهد المبذول إذ يستطيع الراغب بالشراء الحصول على ما يريد وهو في مكانه بمجرد استخدام أزرار لوحة المفاتيح [٣٠]، أضف إلى ذلك سرعة انجاز المعاملات عن طريق الانترنت والتي تعد أحد الميزات الرئيسية والأساسية التي عملت على انتشار التعاقد الالكتروني وانجاز كافة المعاملات التجارية وغير التجارية[٣١]. ومن هذه العقود التي اختلف في صحتها عند انعقادها عبر وسائل التكنولوجيا الحديثة هي:

أولاً: عقد الزواج: فمن شروط الزواج الإشهاد[٣٢]، بأن يَشهد شاهدان رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال "لا نكاح إلا بوليّ وشاهدين عدلين"[٣٣] ولأن في الشهادة حفاظاً على حقوق الزوجين والولد منهما، وفيها درء التهمة عن الزوجين وبيان أهمية الزواج وعظيم مكانته[٣٤].

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 [٣٥] فبناء على إمكان تحقق هذا الشرط هل يصح إجراء عقد الزواج بطريق الإنترنت؟

القول بصحة ذلك له حقه من النظر خاصة على مذهب الحنفية الذين يجيزون انعقاد الزواج بالكتابة، إذا كان الزوجان غائبين عن بعض وحضر شاهدان عند وصول الكتاب[٣٦].

ولكن الذي يظهر ومن خلال التعرف على هذا العقد هو عدم صحة عقد الزواج بطريق الإنترنت وذلك، أن للزواج مكانته الخاصة حيث يترتب عليه آثاراً مهمة تتعلق بالزوجين وولدهما طول الحياة، وعلى ذلك فإنه لا يمكن مساواة عقد الزواج بالعقود المالية التي تكون آثارها مقصورة في الغالب على جانب معين وبشكل محدود. كما أن الشكل في إنشاء عقد الزواج معتبر وهذا ظاهر لمن تأمل أحكامه ومقاصده، وهو بخلاف العقود المالية التي مبناها على التراضي دون النظر إلى شكل العقد. وأخيراً ما يترتب على القول بصحة عقد الزواج

بطريق الإنترنت من الأضرار والمفاسد التي تُخالف مقتضى عقد النكاح ومقاصده التي شُرّع من أجلها.

فلهذه الأسباب ولغيرها أكد البعض على عدم صحة الزواج والمنعقد عن طريق الانترنيت[٣٧].

ثانياً: عقد الصرف: عقد الصرف هو بيع النقد بالنقد سواء بجنسه أو غير جنسه[٣٨]، 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"[٣٩]. وعدم تحقق هذا الشرط يوقع في ربا النسيئة وهو التأخير[٤٠].

والصرف أو التصريف بطريق الإنترنت يختلف حكمه بحسب الطريقة التي تم بها العقد: فإذا تم التعاقد على الصرف مباشرة سواء عبر شبكة المواقع الالكترونية 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 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. وهذا ما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٦/٤/٥٥) بشأن القبض وصوره المستجدة حيث نصّ على أن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً ما يلي:

١- قيد مبلغ من المال في حساب العميل في قيام أحدهم بإيداع مبلغ من المال في حساب العميل مباشرة أو بحوالة مصرفية أو قيام المصرف باقتطاع مبلغ من المال وتحويله الى حساب غير حساب العميل كالمستفيد أو قيام العميل بعقد عقد صرف بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.

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 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.

ثالثاً: عقد السلم: السلم هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد[٤١] ومن شروط صحته تعجيل رأس مال السلم، بأن يتم قبضه في مجلس العقد، وأجاز المالكية تأخيره اليومين والثلاثة[٤٢]، وإذا تفرق المتعاقدان قبل القبض بطل العقد وانفسخ لأنه يؤدي إلى بيع دين مؤجل بدين مؤجل، وقد ورد النهي عن ذلك[٤٣].

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.

رابعاً: زيادة معدلات التنمية الاقتصادية

التعاقد الالكتروني يؤدي إلى زيادة التنافس بين الإفراد فيما يتعلق بتنظيم المواقع الالكترونية الافتراضية التي تُعرّف المستهلك على المنتجات والخدمات، وهذا يؤدي بالضرورة إلى زيادة الطلب على المعلومات والمعرفة وكل ما هو جديد في عالم التكنولوجيا وبالنتيجة فأن صناعة البرمجيات ستزدهر. ومن خلال نمو هذه الصناعة تبدو أهميتها في تحقيق التنمية الاقتصادية داخل الدولة حيث توفر العدد الكبير من الكوادر البشرية وتخلق فرص عمل جديدة ومتجددة دائماً. كما أن هذه الصناعة هي محل أنظار المستخدمين الجدد وتعتبر التربة الخصبة حالياً لاستقبال رؤوس الأموال الأجنبية،

الأمر الذي يؤدي إلى رفد السوق الوطني بالعملة الصعبة وبالتالي ازدياد معدلات التنمية الاقتصادية[٤٤].

كما أن من المعروف أن تكلفة تأسيس شركة وفقاً للمجرى العادي للأمور ونفقات افتتاحها وشهرها وطرح منتجاتها وفتح أبوابها للجمهور تزيد بنسبة كبيرة على نفقات ومصاريف تنظيم موقع افتراضي لنفس الشركة على شبكة الانترنت، إضافة إلى أن ممارسة هذا النوع من التجارة يؤدي إلى توفير تكلفة الكوادر البشرية ونفقاتهم الإدارية والفنية[٤٥].

خامساً: العقد الالكتروني عقد عن بعد

تمتاز التقنيات الالكترونية بكونها عابرة للحدود، وتتلاقى أرادة أطراف العلاقة لتشمل كافة دول العالم دون حواجز، وهذا الاتصال غير المباشر يؤدي إلى إن العلاقة القانونية الناشئة عن التعامل الالكتروني لا تنحصر بدولة أو مكان معين بل تتعداها لتشمل أرجاء العالم، فقد يكون البائع في بريطانيا والمشتري في الأرجنتين والمنتج في كندا، وفي نفس الوقت قد يكون العقد ابرم داخل إقليم الدولة إذا كان المتعاقدين من ذات الدولة ورغم ذلك إلا أن الصفة الغالبة هي الصفة الدولية كونه عقد عن بعد، لذا يفترض وجود حسن النية بين أطراف العلاقة وهو احد المبادئ التي يستند إليها هذا النوع من العقود إضافة إلى ضرورة الالتزام بالمفاوضات التي تسبق إبرام العقد[٤٦].

المبحث الثاني
القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي

ذكرنا في المبحث الأول إن المصالح التي تنشأ بين الأفراد تتم من خلال الاتصال عبر الوسائل الالكترونية وأخذت هذه التصرفات بالتزايد يوماً بعد يوم وتمكنت من تخطي حاجز الزمان والمكان بالوصول إلى معظم الأسواق العالمية في لحظات ودون التنقل عبر الحدود، إنما من خلال المواقع الالكترونية وتصفحها. ويترتب على ذلك إن العقود والمعاملات هي بالضرورة ذات طابع دولي وهذا الطابع أو الشكل الدولي للتعامل يثير مشكلات قانونية عديدة، لعل أهمها هو ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني. هنا 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...؟ مما دفع الدول باتجاه التفكير بأدوات واليات قانونية لمعالجة النزاعات ذات الطابع الدولي التي تثور بمناسبة استعمال وسائل الاتصالات الالكترونية وهو ما سُمّي بالحلول المقترحة والوسائل القانونية لحل مشكلة التنازع وهو ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين: نبين في الأول إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني وفي الثاني الحلول المقترحة لحل التنازع في هذه العقود.

المطلب الأول

إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني وفق القانون الوضعي والفقه الإسلامي

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على أي علاقة قانونية هي مسألة تفرضها الغاية التي من اجلها تم سن القوانين والتشريعات وهي حاجة الأفراد لها في المجتمع لتنظيم العلاقات فيما بينهم، لا سيما وان الإنسان كما يقال كائن اجتماعي بطبعه، فهو بالتالي لا يستغني عن العيش مع أبناء جنسه، وهذا يستتبع بالضرورة تضارب وتعارض في المصالح، الأمر الذي يستلزم وجود تنظيم دقيق يحكم هذه العلاقات، وعملية التنظيم تكمن في إقرار مجموعة من قواعد عامة تحكم سلوك الفرد تودي إلى التزامه وخضوعه إليها وهو ما سمي بالقانون، الذي من شأنه أن يحكم العلاقة سواء كانت بين أفراد متحدي الجنسية أو إفراد مختلفي الجنسية والإقليم وهي ما اصطلح على تسميتها العلاقة الأجنبية سواء كان طرفا العلاقة من بلدان مختلفة أو كانا من بلد واحد، ولكن السبب المنشأ لهذه العلاقة يرجع إلى واقعة تمّت في الخارج.

ومن هذا المنطلق نجد إن العقد الالكتروني أو العلاقة التي بموجبها انعقد العقد الالكتروني قد تكون وطنية من كافة الوجوه كما قد تكون أجنبية في بعض جوانبها، إلا إن الغالب إن تتم بين إفراد مختلفي الجنسية والموطن ومكان التسليم، إذ إن مثل هذه العلاقات الأجنبية في أحد عناصرها (الأشخاص، السبب، الموضوع) الأرضية التي تنطلق منها الدعوة للتصدي ولتحديد القانون الواجب على العلاقة ذات العنصر الأجنبي[٤٧].

إن العقد الالكتروني ما هو إلا شكل جديد من إشكال التعاقدات أملته التطورات المذهلة التي طرأت على وسائل الاتصالات وتقنية المعلومات،

فالعقد الالكتروني يخضع فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق إلى القاعدة العامة التي تتفق عليها معظم التشريعات في دول العالم، وهي قاعدة قانون الإرادة أي خضوع العقد للقانون الذي تتفق عليه إرادة طرفيه، وهذا تكريس لمبدأ حرية التعاقد في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية[٤٨].

اما في حالة عدم التحديد الصريح من قبل الأطراف في العقد للقانون الواجب التطبيق فيكون على القاضي إن يتحرّى عن القانون الذي يطبق على العقد من جملة مؤشرات وظروف تدل على نية الأطراف وإرادتهم في هذا الشأن[٤٩].

وبذلك يتمتع المتعاقدان بحرية طليقة في اختيار قانون العقد، وحينها لا يمكن للقاضي تفسير القانون المختار بدعوى انه يفتقر للصلة المطلوبة بينه وبين الرابطة العقدية، لان ذلك من شأنه الإخلال بتوقعات المتعاقدين[٥٠].

وقد ناقش الفقه القانوني مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية وانتهى إلى خضوع طرفي العقد إلى قانون الإرادة والذي تم اختياره صراحة أو ضمنا، وفي حالة عدم الإشارة لذلك يفسر مكان أنشاء العقد ومكان تنفيذه مؤشرين رئيسيين يعتمد القاضي عليهما مبدئياً في تكوين قناعته باتجاه تحديد القانون الواجب التطبيق. ويمكن للقاضي أن يأخذ شكل العقد ولغته كمؤشرين تكميليين عند انعدام وجود المؤشرين الرئيسيين المذكورين، أو عدم كفايتهما. وأحياناً تُركز المحاكم على شخصية المتعاقدين (جنسيتهم أو محل إقامتهم)، كما تعتمد أيضاً على البنود التحكمية كمؤشرات وقرائن في أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون مكان وجود المحكم[٥١].

إما في العراق فقد نصت المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي مجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين الظروف أن قانوناً أخر يراد تطبيقه).

يتبين من هذا النص إن القانون العراقي اخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدان في العقد بإرادتهما الصريحة إن أعلن عنها في العقد وإلا بإرادتهما الضمنية التي يمكن للقاضي استخلاصها من ظروف الحال، فإذا لم توجد إرادة صريحة ولم يستطع القاضي إن يستكشف الإرادة الضمنية للمتعاقدين من ظروف الحال، فأن القانون قد افترض إن المتعاقدين

أرادا تطبيق قانون موطنهما المشترك، أما إذا اختلفا موطنا فأن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يتم فيها العقد[٥٢].

إلا إن ما تقدم لا يعني انتهاء الإشكالات التي يثيرها العقد المشوب بعنصر أجنبي، لان مسألة تحديد المكان الذي تم فيه العقد تكتنفها صعوبات ولا سيما في العقود التي تبرم عن بعد ومنها العقد الالكتروني موضوع بحثنا، إذ إن ذلك يتطلب منا تحديد المكان الذي ينعقد فيه العقد كونه سيخضع لقانون هذا المكان لاحقاً.

ان الوصول الى تحديد هذا المكان يقتضي منا الرجوع إلى القواعد العامة لان التشريع العراقي يخلو من قانون ينظم المعاملات الالكترونية، اذ تنص المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي (١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويكون مفروضا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما).

والمادة (٨٨) التي تنص على (يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان)

ويتضح من النصوص المتقدمة إن القانون العراقي اخذ بنظرية العلم بالقبول لتحديد مكان انعقاد العقد وزمانه واعتبر استلام القبول دليلاً على العلم به، وبالنتيجة فأن العقد يخضع لقانون البلد الذي يعلم فيه الموجب بالقبول[٥٣].

أما القانون 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.

وهذا الاتفاق صحيح ويُعمل به لقوله صلى الله عليه وسلم "والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً." [٥٤]

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

ومُستمَداً 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﴾ .(٥٥)

ويستوي في ذلك أن يكون جميع الخصوم من المسلمين وغير المسلمين او 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 مِنْ 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(٥٦)، وحكم الجاهلية: كل ما سوى حكم الله سواءً كان قبل دين الإسلام أو بعده.(٥٧)

ووصف جلّ وعلا من لم يحكم بما أنزل بالكفر والظلم والفسوق(٥٨)، 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(٥٩).

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.

المطلب الثاني
الحلول المقترحة لحل التنازع في العقود الالكترونية بموجب القانون الوضعي والفقه الإسلامي

إن عجز القانون الدولي الخاص عن مواجهة النزاعات والأوضاع الدولية المتعددة التمركز على المستوى الجغرافي في شبكة الانترنت، دفع باتجاه التفكير بأدوات واليات قانونية وتنظيمية أخرى يكون لها صفة القانون الدولي المتجاوز للحدود وبإمكانها معالجة العلاقات الدولية المشوبة بعنصر أجنبي التي تنشأ من خلال استخدام وسائل التقنيات الحديثة ومنها:

أولا: المعاهدات والاتفاقيات الدولية

تعد المعاهدات والاتفاقيات الدولية وسيلة لتوحيد الحلول بشأن الفوارق والاختلافات بين التشريعات الداخلية للدول ولتأمين الانسجام بين انظمنها القانونية ولتعالج نقاط الخلاف التي تشوبها.

إن الأخذ بهذا الحل (المعاهدات والاتفاقيات الدولية) ليس سهلا، بل معقداً كونه يصعب جمع عدد كبير من الدول لتحقيق المعاهدة والحصول على موافقتها على الحلول المقترحة، ويبرر ذلك الاختلاف والتمايز بين الأنظمة القانونية للدول وبين الثقافات. فضلاً على إن المعاهدات والاتفاقيات الدولية تفترض بصورة عامة شكلا من إشكال التخلي عن جزء من السيادة الوطنية للدولة، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ حول القانون المطبق بشأن عقود البيع الدولية للأموال المنقولة المادية واتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠ حول عقود البيع الدولية للسلع واتفاقية برن عام ١٩٨٦ واتفاقية روما عام ١٩٨٠ حول القانون المطبق بشأن الموجبات التعاقدية[٦٠].

ثانياً: العقد

ونشير في هذا المجال إلى إن العقود التي توجب مراعاة قواعد قانونية وسلوكية مفروضة من قبل مشغلين آخرين. كأن يفرض مورد خدمة الاتصال على المشتركين التزام باحترام القواعد لدى موردين آخرين متواجدين في شبكة الانترنت. ومثل هذا الأمر يساهم في تعزيز ما يسمى بـ (فدرالية الشبكات) من خلال التداخل والاشتباك بين القواعد المختلفة ولا سيما إذا تضمنت جميع العقود التي يبرمها الموردون بنودا مماثلة[٦١].

ويعتبر ميدان بطاقات الدفع الائتمانية نموذجاً، إذ إن العقد يشكل بالنسبة إلى نظام بطاقات الدفع مختبراً لخلق قواعد قانونية جديدة وهو ما سيكون عليه بالتأكيد في مجال الدفع الالكتروني عن بعد وفي غيره من المجالات الأخرى المستجدة في شبكة الانترنت(٦٢).

ثالثا: التحكيم

لقد قان البعض باللجوء الى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الدولية نتيجة الصعوبة في تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص على شبكة الانترنت من جهة والإجراءات المعقدة التي يتطلبها سلوك طرق المحاكمة العادية والتي لا تتناسب مع طبيعة هذه الشبكة من جهة أخرى(٦٣).

فالتحكيم يهيئ الفرصة لإفلات النزاع الدولي من الخضوع للقوانين الداخلية كي يخضع لقانون خاص يتلاءم ومتطلباته، وبعبارة أخرى هو النظام الذي بمقتضاه يمكن الفصل في المنازعة بواسطة أفراد عاديين بعيدا عن قضاء الدولة شرط عدم مخالفة النظام العام الدولي(٦٤). كما إن اللجوء إلى التحكيم يعرف أطراف العلاقة (الخصوم) مسبقا بالسلطة المختصة بحل نزاعاتهم وما هو القانون الذي سيطبق عليهم وهذا ما يعرف بـ (ثبات الحالة القانونية)(٦٥). وقد ظهرت عدة مشاريع للتحكيم المباشر عبر شبكة الانترنت وفي طليعتها مشروع القاضي الافتراضي والذي أعدته الجمعية التحكمية الأمريكية(٦٦).

إن التطور السريع لوسائل الاتصال الالكترونية وصعوبة تطبيق القانون الدولي الخاص في العديد من الحالات سوف يؤدي ذلك إلى الاعتراف بالتحكيم كوسيلة مثلى لحل النزاعات الدولية، مع الأخذ بنظر الاعتبار ضرورة تعديل النصوص الأساسية التي ترعى التحكيم الدولي والتي تضمنتها اتفاقية نيويورك التي تفرض – الكتابة والتوقيع – لجعلها تتلاءم مع التحكيم على الشبكة.

أما في الفقه الإسلامي فأن الحلول لحل التنازع الناتج عن العقد الالكتروني قد يأخذ منحاً أخر كون التعاقد قد يتم بين إفراد أو شركات دول إسلامية وأخرى أجنبية غير إسلامية. فسبق 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 أجنبية 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(٦٧): 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 مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلالاً بَعِيدًا * وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا إِلَى مَا أَنزَلَ اللَّهُ وَإِلَى الرَّسُولِ رَأَيْتَ الْمُنَافِقِينَ يَصُدُّونَ عَنْكَ صُدُودًا﴾ [النساء ٦٠-٦١] .

أما قاعدة الضرورة والحاجة فإنها غير متوفرة في هذه الحالة إلا في حالات مستثناة لا تنطبق على أكثر حالات التعاقد بطريق الإنترنت.

الخيار الثاني: البحث عن حلول مناسبة تتفق مع هذا الأساس في الدين الإسلامي، ومن الحلول المقترحة:

أولاً: اعتماد نص صريح بتحكيم الشريعة الإسلامية:

عندما يتعاقد المسلم مع الشركات الأجنبية والعالمية فإن عليه ألا 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[٦٨].

ثالثا: 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[٦٩]:

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[٧٠].

أن الاختصاص القضائي يكون للمحكمة التي فيها إقامة المدعي عليه[٧١]. أما 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:[٧٢]

القول الأول: أن القاضي المختص هو قاضي المدعي، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية[٧٣]. ووجه ما ذهبوا إليه: أن المدعي هو المنشئ للخصومة وهو صاحب الحق فيها فله الحق أن يقيم الدعوى عند قاضيه أو قاضي خصمه[٧٤].

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[٧٥].

القول الثالث: أنه لا يوجد قاضٍ مختص وإنما تقام الدعوى أمام أي قاضٍ بصرف النظر عن محلّات المتداعين، وهذا ما ذهب إليه بعضٌ الحنفية والمالكية[٧٦]، 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[٧٧]. 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.

الخاتمة

وبعد أن أتممنا بعون الله من كتابه هذا البحث فقد تم التوصل الى بعض من الاستنتاجات التي قد تفي لغرض كتابة هذا الموضوع لما له مساس مباشر بحياتنا اليومية وتعاملنا المباشر وغير المباشر وان كان عن بعد، فقد افرز التطور الهائل في مجال تكنولوجيا الاتصالات أشكالاً وأساليب جديدة للتعاقد، من أهمها التعاقد بالتقنيات الالكترونية الحديثة، وما ترتب على ظهور هذا الأسلوب من دفع وانتعاش للتجارة وحركة رؤوس الأموال نظرا للسرعة التي تتم فيها المعاملات، وأثارت هذه التطورات الكثير من الإشكالات القانونية التي تتطلب تدخلاً تشريعياً سريعاً لمعالجتها بدلاً من اللجوء إلى القواعد العامة في القانون والتي قد لا تتناسب مع هذا الأسلوب من التعاقد من جهة والتي لا تسعفنا بكل الحلول لكافة المشاكل التي تظهر بسبب انتشار العقود الالكترونية من جهة أخرى، لذا نلفت انتباه المشرع العراقي إلى وجوب إصدار تشريع خاص ينظم التجارة الالكترونية أسوة بالكثير من الدول العربية التي تبنت هذا الموقف ولا سيما بعد الانفتاح الذي يعيشه المجتمع العراقي ودخول كافة وسائل الاتصال الحديثة فيه لكي يتسنى للقضاء مواكبة المشاكل التي تثيرها التعاملات الالكترونية بدلاً من الركون إلى القواعد العامة التي لا تتناسب مع حداثة هذا الأسلوب والغاية منه. فالعقود الإلكترونية هي العقود والتي تتم عبر الوسائل والآلات التي تعمل عن طريق الإلكترون، ومن آخرها وأهمها التعاقد بطريق الإنترنت. وللتعاقد بطريق الإنترنت عدة طرق من أهمها وأكثرها انتشاراً التعاقد عبر شبكة المواقع (WEB)، والتعاقد عبر البريد الإلكتروني (email)، والتعاقد عبر المحادثة والمشاهدة. كما ان التعاقد بطريق الإنترنت يعتبر-من حيث الأصل - تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، إلا إذا وجدت فترة زمنية طويلة نسبياً تفصل بين الإيجاب والقبول، فإن التعاقد يكون بين غائبين زماناً ومكاناً. والعقد في الشريعة الإسلامية ينعقد بكل ما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة من كلا العاقدين أو من أحدهما. بناءً على قول الحنفية في أن الإيجاب ما صدر أولاً والقبول ما صدر ثانياً فإن الإعلان عن السلعة أو الخدمة في شبكة المواقع (WEB) يعتبر إيجاباً من العارض إلا في بعض الحالات التي تكون فيها شخصية المتعاقد الآخر محل اعتبار عند من صدر منه العرض، فالإعلان في هذه الحالة وأمثالها يعتبر دعوة للتعاقد وليس إيجاباً. وقريباً من ذلك إذا كان العرض عبر البريد الإلكتروني أو المحادثة والمشاهدة. يشترط في صيغة

العقد (الإيجاب والقبول) أن يكونا واضحين ودالين على إرادة التعاقد، وأن يكون القبول موافقاً للإيجاب ومتصلاً به وهذه الشروط يلزم تحقيقها في التعاقد بطريق الإنترنت حتى يكون صحيحاً ومعتبراً. وفي التعاقد عبر البريد الإلكتروني المباشر يبتدئ المجلس من صدور الإيجاب ويستمر حتى خروجه من الموقع، وكذا في التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة.

أما في التعاقد عبر البريد الإلكتروني الذي لم يتم مباشرة فإن المجلس يبتدئ من اطِّلاع القابل على المعروض ويستمر حتى نهاية المدة إن وجدت وإلا رُجع في ذلك إلى الأعراف التجارية. أما بالنسبة لعقود المالية تصح بطريق الإنترنت حتى عقد الصرف والسلم وذلك لإمكان السداد مباشرة، أما عقد الن فنظراً لمكانته الخاصة ولوجود عنصر الشكلية فيه ولما يترتب على القول بصحته عبر الإنترنت من مفاسد فإنه لا يصح إجراءه بطريق الإنترنت. كما إن اتفاق المتعاقدان على تحديد قانون معين يحكم العقد فإن الاتفاق صحيح ويعمل به شريطة أن يكون هذا القانون مستمداً من الشريعة الإسلامية، لا فرق في ذلك بين أن يكون أطراف التعاقد جميعهم مسلمين أو بعضهم مسلم والآخر غير مسلم، فإن لم يكن القانون مستمداً من الشريعة فإن الاتفاق باطل ولا يعمل به.

ومن الحلول المقترحة عن تحكيم القوانين الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية اعتماد نص صريح في العقد بتحكيم الشريعة الإسلامية والإلحاح في طلب ذلك، وكذلك الدعوة إلى إيجاد مؤسسات تحكيم شرعية عالمية لها مواقع ثابتة في شبكة المواقع (WEB) تتميز بالنظام الواضح ووجود هيئة رقابة شرعية وتأهيل أعضائها التأهيل الشرعي المناسب.

وقد اختلف العلماء رحمهم الله في المحكمة المختصة (القاضي المختص) بالنظر في النزاع عند الاختلاف المكاني بين الخصوم ومحل الدعوى، ولعل من المناسب في التعاقد بطريق الإنترنت العمل بما ذهب إليه جمهور العلماء من أن القاضي المختص هو قاضي المدعِي، لأنه - في الغالب - هو المستهلك وهو الطرف الأضعف في العقد فكان من المناسب حمايته، مع مراعاة ما اتفق عليه أطراف التعاقد ومحل التنفيذ حسب ما يراه القاضي المختص إلا إذا كان محل الدعوى عقاراً فإن المحكمة المختصة محكمة محل العقار، وفي جميع الحالات يجب التقيد بقاعدة الشرعية .

الهوامش

(١) انظر في ذلك: د. عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص١٨.

(٢) المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت٦٢٠هـ)، تحقيق د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو. دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة ١٤١٧هـ.

(٣) تفسير الطبري المسمى (جامع البيان في تأويل القرآن)، لمحمد بن جرير الطبري(ت٣١٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

(٤) حسن الحنفي، التجارة الالكترونية في الوطن العربي. القاهرة، الجزء الأول، ص ١٩.

(٥) انظر: معجم مقاييس اللغة ٦٥٤ولسان العرب لابن منظور ٩٠٣/٩، والقاموس المحيط للفيروز ص ٣٨٣، والمصباح المنير للفيومي ص ٤٢١.

(٦) أحكام القرآن للجصاص ٥٨٢/٣.

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

(٨) انظر د. خالد التركماني ص٢٤، وضوابط العقد في العقد الاسلامي، د. عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود، ص ٥٩.

(٩) المغني لابن قدامة ٩/٦، والموافقات للشاطبي ٨/٢.

(١٠) أي من انواع البيوع.

(١١) مرشد الحيران، لمحمد قدري باشا، المادة ١٦٨.

(١٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس ،٧٨٥/٢.

(١٣) انظر موسوعة الإلكترونيات لمحمد المتنبي (الجزء الأول).

(١٤) أنظر: البي محمد قدري باشا والتجارة على الإنترنت – عبد الحميد بسيوني ص٥٤.

(١٥) سمير حامد عبد العزيز الجمال: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٦٦.

(١٦) محمد امين الرومي: التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت، سنة ط ٢٠٠٤، ص٤٩.

(١٧) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية ومراحل اعداد العقد، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين، العدد ٣، ١٩٩٧، ص ٥٣.

(١٨) اشار اليه عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، كلية الحقوق، جامعة عمان ،٢٠٠٨، ص٧٤.

(١٩). اشار اليه د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت، جامعة الامارات العربية، سنة ٢٠٠٠

(٢٠) انظر عامر محمود الكسواني، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٢١) د. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في أبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية، دار دجلة، بغداد ٢٠٠٨، ص٦٠.

(٢٢) المادة الثامنة من القانون الاردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ المتعلق بالمعاملات الالكترونية.

(٢٣) المادة الثانية من القانون الاماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ المتعلق بالمعاملات والتجارة الالكترونية.

(٢٤) المادة الثامنة والثلاثون من مشروع قانون أحكام المعاملات الالكتروني اللبناني.

(٢٥) الوليد الشافعي، استخدام الحاسبات الالكترونية، مجلة أكتوبر، العدد ٤، القاهرة، بلا سنة طبع، ص٤٣.

(٢٦) شيرزاد عزيز سلمان، المرجع السابق، ص ٨٧.

(٢٧) أنظر: تفسير البغوي ٢/٣٤-٣٥، الآيات ٤٨-٤٩ من سورة المائدة.

(٢٨) – أنظر: المراجع السابقة. 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.

(٢٩) انظر: المغني ٥٢/٦.

(٣٠) د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت، المرجع السابق، ص ٥٦.

(٣١) الوليد الشافعي، المرجع السابق، ص ١٠٨

(٣٢) مجلة الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ٣٠.

(٣٣) 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.

(٣٤) انظر: المغني ٥٣/٦ وما بعدها.

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

(٣٦) رواه الدار قطني في كتاب النكاح ٢٢١/٣، والبيه في كتاب النكاح ١٢٥/٧.

(٣٧) شيرزاد عزيز سلمان، المرجع السابق، ص٧٩.

(٣٨) بدائع الصنائع، المرجع السابق.١م٣٢٥

(٣٩) د٠الياس ناصيف: المرجع السابق، ص٤٤.

(٤٠) حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ٣م١٩٥.

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

(٤٢) وذلك بنهيه صلى الله عليه وسلم عن " بيع الكالي بالكالي "، وهو الدَّين المؤجل بالدَّين المؤجل. رواه الدار قطني 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 ٣٩/٤، ونيل الأوطار للشوكاني ٦٥٦/٥، وإرواء الغليل للألباني ٢٢٠/٥ برقم ١٣٨٢.

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

(٤٤) د٠غالب علي الداودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد،١٩٨٢، ص ١٥٢-١٥٣.

(٤٥) وللمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع أنظر: عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم، بغداد، بدون سنة طبع، ص٩٠ومابعدها.

(٤٦) 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.

(٤٧) د٠طوني عيسى، التنظيم القانوني لشيكه الانترنيت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، المنشورات الحقوقية، الطبع الأولى، ٢٠٠١، ص ٤٥٣.

(٤٨) د٠ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشاة المعارف بالإسكندرية ،٢٠٠٠، ص١١٥.

(٤٩) د٠ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنيت، دار الكتب القانونية، مصر ،٢٠٠٧.

(٥٠) د٠ عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، الطبعة الأولى ،١٩٨٨، ص٤٥.

(٥١) بولين انطونيوس أيوب، تحديات على شبكة الانترنيت على صعيد القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،٢٠٠٦، ص ٩٠.

(٥٢) المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي.

(٥٣) المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي.

(٥٤) أخرجه مسلم في صحيحه، عن أبي هريرة رضي الله عنه في كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً برقم ٢٩٧٣، 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.

(٥٥) النساء الآية ٥٩.

(٥٦) أنظر: تفسير ابن كثير ٦٤/٢.

(٥٧) الآيات: ٤٧-٥٠ من سورة النور.

(٥٨) في الآيات ٤٤-٤٧ من سورة المائدة.

(٥٩) تفسير الطبري ١٥٥/٤ وانظر تفسير البغوي ٢٩٩/٣.

(٦٠) عبد الله بن محمد الحنين، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، وانظر التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص٣٩ وما بعدها.

(٦١) انظر مثلاً: قانون المرافعات المصري (المادة ٣٠ الفقرة الثانية).

(٦٢) وهي البيع والإيجار والقرض ونحوها من العقود التي يكون موضوعها تقديم سلع وخدمات لمن هو في حاجة إليها.

(٦٣) انظر: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، د. عبد الفتاح حجازي ١٦٨/١.

(٦٤) أنظر: المرجع السابق، ١٧٦/١.

(٦٥) 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.

(٦٦) طوني عيسى، المرجع السابق، ص ٩١.

(٦٧) أنظر: تفسير الطبري ٦١٤/٤، وتفسير البغوي ٣٥/٢.

(٦٨) وهو ما تأخذ به المملكة العربية السعودية انظر: التعميم رقم (٢/٢٣٩٤) ويرد على ذلك بعض الاستثناءات أنظرها في التعميم المشار إليه.

(٦٩) ناصر بن محمد الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي بحث ماجستير، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ص٤٨.

(٧٠) د. محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ٦٦.

(٧١) د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص ١٨٦.

(٧٢) أنظر: 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 فأن المدعي سيقيم الدعوى أينما يريد وهذا هو مؤدي القول الأول.

(٧٣) انظر البحر الرائق ١٩٢/٧.

(٧٤) انظر التاج ١٤٦/٩.

(٧٥) القواعد لابن رجب، القاعدة الثانية والخمسين، ص٧٨.

(٧٦) انظر د. خالد التركماني، ص ٢٤.

(٧٧) عبد الحميد البعلي، ضوابط العقد في الفقه الاسلامي، ص٢٤.

المصادر

أولا: -القران الكريم

ثانيا: الكتب اللغوية والفقهية

١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني الحنفي (ت٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠. تفسير الطبري المسمى (جامع البيان في تأويل القرآن)، لمحمد بن جرير الطبري(ت٣١٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن عرفة الدسوقي(ت١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بيروت.

٣- سنن الترمذي، لأبي عيسى الترمذي (ت٢٧٩هـ) دار الكتب العلمية – بيروت.

٤- صحيح البخاري، لابن عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت٢٥٦هـ) دار القلم – بيروت ١٩٨٧م.

٥- صحيح مسلم – لمسلم بن الحجاج النيسابوري (ت٢٦١هـ) دار إحياء التراث العربي – بيروت ١٩٥٤م.

٦- القاموس المحيط للفيروز آبادي (ت٨١٧هـ) مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ.

٧- القواعد لابن رجب الحنبلي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ.

٨- لسان العرب، لابن منظور(ت٧١١هـ)، دار أحياء التراث العربي، بيروت ١٤٠٨هـ.

٩- مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السادسة.

١٠- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لمحمد الشربيني الخطيب، مطبعة الحلبي ١٣٧٧هـ.

١١- المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت٦٢٠هـ)، تحقيق د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو. دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة ١٤١٧هـ.

١٢- الموافقات في أصول الشريعة، للإمام إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت٧٩٠هـ)، دار المعارف، بيروت.

ثالثا: المصادر القانونية

١- بولين انطونيوس أيوب: تحديات على شبكة الانترنيت على صعيد القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،٢٠٠٦، ص ٩٠.

٢- التحكيم بواسطة الإنترنت، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، دار الثقافة الأردن عمان ٢٠٠٢م.

٣- د. خالد ممدوح إبراهيم: أبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص١٦٣.

٤- د. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في أبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية، دار دجلة-بغداد ،٢٠٠٨، ص٦٠.

٥- د. صبري حمد خاطر: قطع المفاوضات العقدية، ومراحل إعداد العقد، بحث منشور في مجلة علوم صدام (جامعة النهرين، الحقوق، العدد٣، ١٩٩٧، ص١٦.

٦- د٠ أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الانترنيت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت، جامعة الإمارات العربية سنة ٢٠٠٠٠.

٨- د٠ عاطف النقيب: نظرية العقد، منشورات عويدات، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، ص٤٥.

٩- د٠ عبد الفتاح بيومي حجازي التجارة الالكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنيت، دار الكتب القانونية، مصر،٢٠٠٧.

١٠- د٠ محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشاة المعارف بالإسكندرية،٢٠٠٠، ص١١٥.

١١- د٠طوني عيسى: التنظيم القانوني لشيكه الانترنيت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، المنشورات الحقوقية، الطبع الأولى، ٢٠٠١، ص ٤٥٣.

١٢- د٠عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم، بغداد، بدون سنة طبع، ص٩٠ومابعدها.

١٣- د٠غالب علي الداودي، حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد،١٩٨٢، ص ١٥٢-١٥٣.

١٤- سمير حامد عبد العزيز الجمال: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة، العربية ،٢٠٠٦، ص٦٧.

١٥- د. عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الحديثة، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية. ١٤١٣هـ.

١٦- عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي، مكتبة وهبة، مصر، القاهرة.

١٧- عامر محمود الكسواني: التجارة عبر الحاسوب، كلية الحقوق، جامعة عمان،٢٠٠٨، ص٧٤.

١٨- عبد الحميد بسيوني، البيع والتجارة عبر الإنترنت وفتح المتاجر الإلكترونية، مكتبة ابن سينا، القاهرة.

١٩- الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة ١٤٠٩هـ.

٢٠- محمد أمين الرومي: التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت، سنة ط ٢٠٠٤، ص٤٩

٢١- المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون (التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون)، انعقد سنة ١٤١٢هـ ٢٠٠٠م في معهد طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى.

٢٢- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٢م.

٢٣- ناصر محمد الغامدي الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٠هـ.

رابعا: -القوانين العربية

١- القانون الأردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١.
٢- القانون الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢.
٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٤- مشروع قانون أحكام المعاملات اللبناني.