

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية: الشريعة والاقتصاد
قسم: الشريعة والقانون
تخصص شريعة وقانون



جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية
قسنطينة

الوساطة التجارية في المعاملات المالية
دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي
والتشريعات الوضعية

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه ل م د شعبة: علوم إسلامية-شريعة- تخصص: الشريعة والقانون

إشراف الدكتورة:
بن بغيلة ليلي

إعداد الطالبة:
قاسمي فاطمة الزهرة

لجنة المناقشة

اللقب والاسم	الرتبة	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د/ ليندة بومحراث	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة-	رئيسا
د/ ليلي بن بغيلة	أستاذ محاضر أ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة-	مشرفا ومقررا
د/ صورية عائشة باية بن حسين	أستاذ محاضر أ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة-	عضوا مناقشا
أ.د/ دليلة بوزغار	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة-	عضوا مناقشا
د/ نضيرة بوعزة	أستاذ محاضر أ	المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف- ميله-	عضوا مناقشا
د/ عائشة قصار الليل	أستاذ محاضر أ	جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي -	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: (2024-2025 م / 1445-1446 هـ)



شكر ونقماير

الشكر الأول لله الواحد القهار، الذي يكور الليل على النهار، تذكرة لذوي القلوب والأظفار، والصلاة والسلام على سيدنا المختار، فالحمد لله حمدا تتم به الصالحات على توفيقه لنا وإمدادنا بالعون واليسير. ووقفا عند قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿من لم يشكر الناس لم يشكر الله﴾

فالشكر موصول إلى من حملوا أقدس رسالة في الحياة، إلى الذين مهدوا الطريق العلم والمعرفة إلى جميع أساتذتنا الأفاضل.

كما أتقدم بخالص الامتنان والعرفان للأستاذة المشرفة (د. ليلي بن بغيلة) على ما قدمته من نصائح وتوجيهات، داعية الله أن يجعله في ميزان حسناتها.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل الطاقم الإداري القائم في جامعة الأمير عبد القادر، وأخص بالذكر طاقم كلية الشريعة والاقتصاد.

وشكر خاص لكل من قدم لنا يد المساعدة من قريب أو بعيد في إنجاز هذا البحث.

إهداء

إلى سكان قلبي... إلى رجل الكفاح، إلى من زرع فينا ثمار القيم والمبادئ، إلى من أفنى زهرة شبابه في الكد لأجلنا، إلى الذي اختار درب الشقاء لإسعادي ومدني ثقته ليرسم لي طريقا نحو النجاح، إلى من علمني فضلا وكفلي بعطفه دهرًا... إلى العظيم والذي

إلى التي رأني قلبها قبل عينيها، وحضنتني أحشاها قبل يديها، إلى شجرتي التي لا تذبل، إلى الظل الذي آوي إليه في كل حين، إلى التي غمرتني بحنانها وحبها، وآنستني بدعائها ولطفها، لازالت دعواتها حصنا يحميني في كل خطوات دربي، إلى من تحت قدميها الجنة، إلى الحبيبة أُمي.

إلى من أوصاني الله بكما خيرا أدامكما المولى ذخرا لي وأطال الله عمركما.

إلى طيب العائلة، إلى سندي وعتادي في معترك الحياة، إلى الذي رافقني طفولتي، وكان قوتي و قدوتي و نبراسي المنير، إلى الذي علمني الكد والجهد فكان الناصح المرشد. إلى أخي العزيز أمين.

إلى البشوشة اللطيفة والحنونة الصادقة، إلى رقيقة القلب وطيبة الفؤاد، إلى التي طالما كان وجودها معي أنسا ومودة، وكانت رفقتها منارة أهتدي بنورها، إلى مهجتي وبهجتي، إلى ملاكي أختي سلسبيل. وفقك الله وكلل خطواتك بالنجاح والفلاح.

إلى الملاك الصغير. إلى المتفوق المجتهد، إلى حبيب قلبي ومدللي البريء، إلى مصدر ضحكتي ونبوع بسماتي، إلى آخر عنقود عائلتنا، إلى برعمي الصغير أنس.

إلى من شاركني دروب الحياة و حملن اسم الصداقة، أخوات لم تنجبهن أُمي وأنجبتهن المواقف، إلى رفيقات عمري ومؤسسات دربي أنعام، نسرين، بلقيس، فتيحة، عايدة، سارة...إليكن يامن كنتن مثال للوفاء، ومنبع للإخاء، شكرا لكل الأيام التي جمعتني بكن بحلوها ومرها.

إلى كل من حملتهم ذاكرتي وغفلت عنهم مذكرتي...

إليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي

فاطمة الزهراء
فاطمة الزهراء

شكرا لكم جميعا

قائمة المختصرات:

ع	عدد
مج	مجلد
ج	جزء
م	ميلادي
هـ	هجري
ص	صفحة
ط	طبعة
د.ط	بدون طبعة
د.ت	بدون تاريخ
د.د.ن	بدون دار النشر
د.م	دون مؤلف

مقدمة

إن المعاملات المالية من أهم ركائز المجال الاقتصادي، فهي جوهر النشاطات التجارية والاستثمارية، فمنذ كانت تتم بمبادلات للسلع والخدمات تلبية لاحتياجات الإنسان، كان لها الدور البالغ في تسهيل متطلبات حياته، ومع تزايد حجم التجارة واتساع نطاقها برزت الحاجة إلى أدوات لتنظيم هذه المعاملات المالية، فبات اللجوء إلى أطراف خارجيين لتنظيم هذه المعاملات وتسهيلها أمراً حتمياً، فكان السماسرة قديماً يقومون بمثل هذه الخدمات في الأسواق التقليدية ويقومون بربط البائعين بالمشتريين اعتماداً على خبرتهم ومعرفتهم بحال السوق، ثم تطور الوضع إلى أن بات السمسار يقوم مقام الوكيل في القيام بهذه المعاملات المالية، وينوب عن موكله في ممارسة بعض أعماله التجارية، مروراً بكونه أجييراً يعمل على تسهيل صفقات وعقود مستأجره وغيرها الكثير من الصور التي تندرج ضمن توسطه في عمليات تجارية، وهو ما انبثق عنه دوره كوسيط تجاري في هذه التعاملات المالية، فهذه الممارسات ورغم أنها لم تكن تندرج تحت مسمى واحد إلا أنها كانت تدور حول الأداء الرئيسي للوسيط التجاري، وهو ما أدرج هذه الأعمال حديثاً تحت مسمى **الوساطة التجارية**، والتي برزت للساحة المالية في صورة يحددها الدور الذي يقوم به الوسيط في تعاملاته.

ولم يكن الفقه الإسلامي بمنأى عن تسليط الضوء على هاته المعاملة، بل سعى كل السعي إلى تنظيم هذه العقود من حيث مشروعيتها، وأركانها قياساً على العقود المشابهة لها، وواكبه في ذلك القانون الوضعي حيث جاءت القوانين تنظم في قواعد عامة وأطر قانونية مجموعة العقود التي تقوم عليها تعاملات الأفراد المالية.

ومع التطور الحديث الذي عرفته قطاعات عدة، شهد القطاع التجاري تطوراً كبيراً، وانتقلت التعاملات المالية من الأساليب التقليدية إلى أساليب أكثر تطوراً تقوم على آليات متنوعة ووسائل أكثر حداثة، ومع هذا التطور برزت الحاجة إلى وسطاء يمارسون أعمالهم في البيئة الحديثة التي أنتجت تكنولوجيا المعلومات، وهو ما أعطى الصورة الحديثة لعملية الوساطة التجارية تبعاً لدور الوسيط الذي يقوم بها وللوسائل التي يعتمد عليها، ففتحت المجال أمامه لإدخال وساطته في التعاملات المالية المعاصرة وتلتها التعاملات المالية الإلكترونية، وهو ما جعل للوساطة التجارية أشكالاً متعددة تغطي مجالات وميادين شتى، فباتت تدخل في العقارات والتأمينات والتعاملات المصرفية والحقوق المعنوية والتعاملات المالية الإلكترونية وغيرها كثير.

إن التطور الذي تحدثنا عنه لم يمس آليات الوساطة التجارية وأعمال الوسيط بل حتى وسائله في القيام بأعماله، مما دفع بنا إلى إعادة النظر في المبادئ الفقهية والأطر القانونية التي تحكم هذه المعاملة المالية، فمع ما يشهده العصر من وسائل جديدة وتقنيات حديثة وأعمال أكثر تعقيدا مما كانت عليه أعمال الوسيط التجاري سابقا، بل وحتى وفقا لأنظمة تقنية وبيئة رقمية بحتة، وجب علينا دراسة الوساطة التجارية ومدى توافقها مع أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. ومن هنا تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع:

- في تسليط الضوء على الحكم الشرعي للوساطة التجارية في الفقه الإسلامي، وتوضيح الضوابط والمبادئ التي تقوم عليها، ومدى توافقها مع العقود الشرعية من إجارة وجعالة ووكالة وغيرها في صورتها التقليدية والحديثة.
- تسهم الدراسة في توضيح الأحكام القانونية التي يمكن تطبيقها على مثل هذه التعاملات، ووضع الأطر القانونية من خلال تحليل ما جاءت به التشريعات محل الدراسة فيما يخص الوساطة التجارية، مواكبةً للتطورات الحادثة على الوسيط والموسط وأعمال والتزامات كل منهما، ليتسنى للمشرعين تعزيز المنظومة القانونية ما يحقق أكبر قدر من الاستقرار في هذه التعاملات.
- إبراز مدى الانسجام بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية في هذا الموضوع، سواء في الوساطة التجارية التقليدية أو الحديثة ومدى التوافق بين الممارسات الحديثة والمبادئ الشرعية، لتقديم توجه أكثر شمولاً وعدالة.

أولاً- إشكالية البحث

لما كان موضوع الوساطة التجارية في المعاملات المالية على قدر كبير من الأهمية، فهذا يستوجب منا دراسة العقد من كل جوانبه، وبصوره التقليدية والحديثة، وهو ما يطرح الإشكال التالي: إلى أي مدى تتوافق الوساطة التجارية في المعاملات المالية مع أحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية؟

على أنه تندرج تحت هذا التساؤل الرئيس جملة من التساؤلات الفرعية أهمها:

- ما هو نطاق ممارسة الوساطة التجارية ؟
- فيما تتمثل تكييفاتها في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ؟
- ما هي المعاملات المالية التي تجري فيها الوساطة التجارية ؟
- فيما تتمثل الأحكام الفقهية والقانونية التي يقوم عليها انعقاد عقد الوساطة التجارية ؟

- ما هي أبرز التطبيقات المعاصرة لعمليات الوساطة التجارية ؟ وعلى أي أساس يتم تكييفها فقها وقانونا ؟

ثانيا- أسباب اختيار الموضوع

كان وراء اختيارنا لهذا الموضوع جملة من الأسباب الذاتية والموضوعية، نوضحها في الآتي:

أ. الأسباب الذاتية

- الرغبة الملحة في تقديم دراسة تجمع بين الجانبين الفقهي والقانوني، من أجل توضيح الأحكام والضوابط التي تقوم عليها الوساطة التجارية في كل جانب.
- اهتمام الباحثة بالتعرف على الصور الحديثة للوساطة التجارية وذلك مواكبة للتطورات التكنولوجية الحاصلة والتي أتاحت دخول الوساطة التجارية في أغلب التعاملات المالية بصورتها المعاصرة.

ب. الأسباب الموضوعية

- أهمية موضوع الوساطة التجارية والدور الذي يلعبه الوسطاء في تسهيل العقود والسعي في إبرامها أو التدخل فيها.
- معرفة مدى توافق الأطر القانونية مع الشريعة الإسلامية وضوابطها فيما يخص موضوع الوساطة التجارية.
- ترتبط الوساطة التجارية بالتقنية الحديثة فهي تعتبر موضوع وقضية لها صيتها الخاص في عصرنا الحالي، خاصة فيما يتعلق بالجانب الفقهي والقانوني، خصوصا مع ظهور الأنظمة الحديثة التي تلعب دور الوسيط التجاري في التعاقدات المالية، لذا قررنا البحث في هذا الموضوع والوقوف على حقيقة التعامل معه من الناحيتين الفقهية والقانونية.

ثالثا- أهداف الدراسة

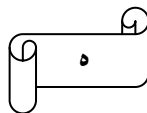
تهدف هذه الدراسة إلى:

- السعي لمعرفة الماهية الحقيقية لعقد الوساطة التجارية من الناحية الفقهية والقانونية وبيان الأسس التي تقوم عليها وتحكمه من الناحيتين، خصوصا لترابطه بعدة عقود مشابهة له وما يندرج تحته من عقود أخرى تتفرع عنه.

- محاولة البحث في أحكام عقد الوساطة التجارية من خلال دراسة شروط انعقاده فقها وقانونا، وتحديد أركانه وما يقوم عليه من ضوابط فقهية، وأطر قانونية تحكم علاقة الوسيط بالموسط، إلى غاية الوصول إلى انتهاء العقد صحيحا حتى تترتب آثاره المرجوة منه.
- المقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي (المذاهب الفقهية الأربعة) والتشريعات الوضعية (الجزائري، الإماراتي، الفرنسي، الأمريكي) فيما يتعلق بالوساطة التجارية لمعرفة مدى تطابقهما وتوافقهما.
- تسليط الضوء على الصور الحديثة للوساطة التجارية من خلال تأصيلها فقها وتكييفها قانونا، من خلال الجانب التطبيقي، لمعرفة مدى مشروعيتها واستخراج أحكامها من الناحيتين.
- دراسة موضوع الوساطة التجارية خصوصا في التطبيقات المعاصرة لتقديم نظم وأطر، وفهم متكامل حولها من منظور فقهي وقانوني، وفق ما يتماشى مع التطورات الحديثة وحتى تتم ممارستها بضوابطها الشرعية والقانونية.

رابعا- منهج البحث

- اعتمدنا في هذه الدراسة على مجموعة من المناهج وفق ما يقتضيه البحث، تمثلت أهمها في:
- **المنهج الوصفي:** من خلال عرض النصوص الفقهية والقانونية، ووصف الأحكام القانونية والفقهية المتعلقة بموضوع الوساطة التجارية.
 - **المنهج الاستقرائي:** استعملناه في استقراء وتتبع النصوص الفقهية والقانونية، من خلال استقراء مصادر الفقه الإسلامي وأمّهات الكتب في المذاهب الأربعة، إضافة إلى استقراء نصوص من مختلف القوانين (المدني، التجاري...) في جميع التشريعات محل الدراسة، واستخلاص الأحكام المتعلقة بعقد الوساطة التجارية في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية.
 - **المنهج التحليلي:** استعملنا المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص الشرعية والقانونية ذات الصلة بموضوع الوساطة التجارية، وتطبيقه في بيان أحكامها فقها وقانونا، لفهم العلاقة بينها وبين العقود المشابهة لها أو العقود التي يكيف عليها عقد الوساطة التجارية.



- **المنهج المقارن:** كان المنهج الرئيسي المعتمد في الدراسة، فمن خلاله تمت المقارنة بين الأسس والضوابط الفقهية المختلفة فيما بينها، وبين النصوص والمواد القانونية فيما بينها، ومقارنة الأحكام المستنبطة من كليهما لإبراز مدى موافقتهما وتقديم رؤية شاملة حول الوساطة التجارية من خلالهما.

خامساً- منهجية البحث

لكل دراسة أكاديمية منهجية خاصة في الإجابة على التساؤلات المطروحة في الموضوع، وتحقيق الأهداف المرجوة من هذه الدراسة، ووفقاً لذلك تم اتباع المنهجية التالية:

- تحريماً للأمانة العلمية في نقل المعلومات وكتابتها فقد قمنا بذكر المعلومات من مصادرها الرئيسية في حين توفرت سواء من النسخ الورقية أو الإلكترونية وعرضها ومناقشتها ثم التعليق عليها برأينا الشخصي نهاية كل فرع.

- كما اعتمدنا على الاستدلال بآيات من القرآن الكريم والعزو إلى ذكر السورة التي وردت فيها ثم نذكر رقم الآية في المتن، وكذلك اعتمدنا على ذكر أحاديث نبوية شريفة وتخريجها كما يلي: اسم المخرج، عنوان كتاب الحديث، الكتاب، الباب، دار النشر، طبعة، الجزء، مكان النشر، سنة النشر، الصفحة.

- تم الاعتماد على مجموعة من المصادر والمراجع من كتب قانونية وكتب فقه إسلامي ومعاجم لغوية وقواميس تخدم الموضوع بشكل رئيسي أو تعالج أحد جزئياته، وقد تم اعتماد طريقة التهميش التالية: ذكر اسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، رقم الطبعة، الجزء، مكان النشر، سنة النشر، الصفحة، وإذا تكرر تهميش المصدر أو المرجع نكتفي بذكر اسم المؤلف، عنوان الكتاب، الجزء، مرجع سابق والصفحة، وإذا كان المصدر أو المرجع متكرر ومتتالي استعملنا في التهميش: اسم المؤلف، عنوان الكتاب، المصدر نفسه، نذكر الصفحة، أما إذا فصل بينهما مرجع آخر قمنا بذكر اسم المؤلف، عنوان الكتاب، المرجع السابق، الجزء ثم نذكر الصفحة. ومن أهم المصادر التي اعتمدناها: رائد أحمد خليل القره غولي، عقد الوساطة التجارية (دراسة مقارنة)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014م/ وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1423هـ-2002م / ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مكتبة الملف فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1432هـ.

- تم الاعتماد أيضاً على جملة من الدراسات السابقة وكان تهميشها كما يلي: اسم الباحث، عنوان المذكرة، نوع المذكرة، الكلية، القسم، اسم الجامعة، البلد، السنة، الصفحة.

-اعتمدنا على جملة من المقالات سواء تلك المنشورة في المجلات أو المنشورة عبر الإنترنت كمقال إلكتروني وقمت بتهميشها كما يلي: اسم صاحب المقال، عنوان المقال، اسم المجلة، العدد، المجلد، مكان النشر، تاريخ نشر، وفيما يخص المنشورة عبر الإنترنت تم تهميشها كالتالي: اسم صاحب المقال، عنوان المقال، الموقع الإلكتروني، تاريخ ووقت دخول الموقع.

-فيما يخص النصوص القانونية الواردة في متن البحث قمنا بذكر رقم المادة، رقم الفقرة إن وجدت، القانون رقم.... المؤرخ في.... المتعلق ب.... المعدل والمتمم ب.... المؤرخ في.... المتضمن....، الجريدة الرسمية، العدد، الصفحة.

- كما قمنا بذكر بعض التعريفات في التهميش لمصطلحات ذكرت في المضمون فقط كإشارة لها وإعطاء فكرة عامة حولها.

سادسا- نطاق الدراسة

- تم اختيار دراسة موضوع الوساطة التجارية في الجانب الفقهي في المذاهب الفقهية الأربعة (المالكية، الحنفية، الحنابلة، الشافعية) كونها تمثل الأساس الفقهي الذي يعتمد عليه الفقه الإسلامي والركيزة الأساسية التي تحتوي الاجتهادات الفقهية التي تغطي موضوع دراستنا، فكان الاختيار من قبيل ضمان التركيز على الجوانب الأكثر صلة بالموضوع في هذه المذاهب ومعرفة الاختلافات الفقهية التي تدور بينها.

- أما في الجانب القانوني فقد ركزت الدراسة على بعض التشريعات الوضعية (الجزائري، الفرنسي، الإماراتي، الأمريكي) دون غيرها، فكان القانون الجزائري هو القانون الأساسي في الدراسة كونه القانون المحلي المعمول به، مما يعطي فهما أعمق للنصوص وتطبيقاتها على أرض الواقع، ولمقارنتها بالقوانين الأخرى سعيا لتطويره حتى يتلاءم مع المعاملات المالية من خلال الاستفادة من القوانين الأخرى محل الدراسة، وكان اختيار القانون الفرنسي كونه القانون الذي تأثرت به القوانين الجزائرية وحاولت تدارك ما يتماشى مع مبادئ الشريعة الإسلامية مما يجعله نموذجا مناسباً خصوصاً في القضايا الحديثة، وتم إختيار القانون الإماراتي كونه من بين القوانين الرائدة في القطاع التجاري، وفي المعاملات المالية الإلكترونية خصوصاً، فهي تمتلك نظاماً قانونياً متطوراً ينظم التجارة التقليدية والرقمية، كما أنه يقوم بشكل أساسي وكبير على مبادئ الشريعة الإسلامية، فهو يستند في أغلب قواعده على أحكامها وعدم التعارض معها،

خصوصا في العقود والتعاملات المالية، وأخيرا تم اختيار القانون الأمريكي نظرا لمرونته في احتواء أغلب العقود التجارية والمالية، وكونه من بين أكثر القوانين والنظم تأثيرا في الأسواق التجارية، وهو ما برز في مساعي المؤسسات القانونية والاقتصادية الأمريكية لوضع قانون تجاري موحد حول العالم، حتى يعتبر مرجعية قانونية ومصدر رئيسي للقوانين التشريعية الموحدة.

- عند دراسة انعقاد عقد الوساطة التجارية وبالأخص في موضوع شروط انعقاده، وفيما يخص العاقدان، ونظرا لتعدد الصور التي يكون عليها أطراف عقد الوساطة التجارية فلقد تناولنا الوسيط والموسط في صورتهم كأفراد، وكمنصات أو أنظمة إلكترونية ووكلاء رقميين فقط دون التطرق لكون أحدهما أو كلاهما مؤسسات أو شركات، وذلك تماشيا مع الجانب التطبيقي الذي قمنا به والذي حصرناه في التطبيقات المعاصرة للوساطة التجارية (تفاديا لتكرار ما تضمنته الدراسات السابقة من تطبيقات للوساطة التجارية بصورتها التقليدية فقط) عبر المنصات الإلكترونية التي تربط بين أطراف طبيعيين أو بين منصات ووسائط تقنية حديثة في عمليات البيع والحجز والدفع، كونها أهم العمليات التي تقوم عليها المعاملات المالية الإلكترونية والتي تدخل فيها الوساطة التجارية.

سابعا- الدراسات السابقة

إن موضوع هذه الدراسة والمعنون بـ الوساطة التجارية في المعاملات المالية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية ينطوي على أكثر من متغير منها، ومن ثم يمكن تقسيم الدراسات السابقة التي كانت مرجعا أساسيا لهذه الدراسة إلى قسمين:

1- الدراسة التي عاجلت الإشكال الرئيسي للدراسة:

- عبد الرحمان بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، قسم الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1408هـ. وقد نشرت هذه الأطروحة ككتاب: عبد الرحمان بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، دار اشبيليا، ط1، الرياض، السعودية، 1416هـ، 1995م.

استفدنا من هذه الدراسة في التعرف على ماهية الوساطة التجارية خصوصا في الجانب الفقهي، وكانت كالقاعدة الأساسية التي بُنيت عليها أفكار الدراسة، كما ساعدتنا في توضيح التكييفات الفقهية وتبيين مشروعيتها وأحكام الوساطة التجارية كعقد في الفقه الإسلامي كونها ركزت أساسا على الجانب الفقهي. وإضافة إلى ذلك في دراستنا اعتمدنا على البحث في الجانب القانوني أيضا فتمت دراسة التشريع (الجزائري، الإماراتي، الفرنسي، الأمريكي) وكانت الإضافة في التحليل القانوني للنصوص القانونية المستمدة من هذه التشريعات، ولم نتفق كثيرا مع التقسيم المعمول به في الدراسة السابقة فقد أضفنا ما يلزم وسعينا إلى تقديم رؤية تجمع بين الفقه والقانون في إثراء موضوع الوساطة التجارية، في حين لم توضح الدراسة السابقة المعاملات المالية ولم تركز عليها، ارتأينا أن ندرس المعاملات المالية التي تجري فيها الوساطة التجارية ووضحنا كل المعاملات المالية بداية بالمعاملات المالية المعاصرة إلى التعاملات المصرفية إلى المعاملات الإلكترونية وما تشتمله من تجارة إلكترونية وصيرفة إلكترونية، ودرستها في الجانبين الفقهي والقانوني، كما أن الدراسة السابقة اعتمدت وبشكل رئيسي على صور الوساطة التجارية التقليدية التي يكون فيها الوسيط التجاري إما سمسارا أو وكيلًا أو أجيروا (شخص) ودرست العمليات المعاصرة التي يقوم بها في الأسواق التجارية التقليدية، غير أن دراستنا اشتملت على الجانب الحديث للوساطة التجارية والمتمثل في التطبيق على الصور الحديثة للوساطة التجارية عبر المنصات الإلكترونية في عمليات مختلفة من بيع وحجز ودفع، وتأصيلها شرعا وتكييفها قانونا لمعرفة مدى مطابقتها لأحكام الوساطة التجارية التقليدية أو تخريجها على عقود جديدة تتطلب أحكاما فقهية خاصة وتنظيما قانونيا محددا. كما أن دراستنا اعتمدت على الاستدلال بأهم المستجدات الفقهية من قرارات مجلس الفقه الإسلامي وقرارات هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية AAOIFI، بالإضافة إلى المستجدات القانونية من نصوص واجراءات نظرا للتطور الحاصل في المجال التجاري عموما وفي الوساطة التجارية على الخصوص.

2- الدراسات التي عالجت المتغيرات الفرعية للدراسة:

- أحمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية السمسرة، مذكرة ماجستير، قسم القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، الجزائر، 2002م.

استفدنا من هذه الدراسة في أنها كانت قد تناولت موضوع الوساطة التجارية في أبرز صوره وهي السمسرة من الجانب القانوني في القانون الجزائري وهو ما ساعدنا في الجانب القانوني خصوصا في عملية التكييف القانوني لعقد الوساطة التجارية، إضافة إلى القوانين الوضعية محل الدراسة والتي درسنا فيها تكييف الوساطة التجارية، بالإضافة إلى الجانب الفقهي الذي لم تركز عليه الدراسة السابقة، وهو ما تناولته دراستنا

من تكييف ومشروعية وتأصيل عند المذاهب الأربعة. كما استفدنا من هذه الدراسة في جزئية انتهاء عقد الوساطة التجارية في الجانب القانوني وخصوصا عند المشرع الجزائري، وبينما ركزت الدراسة السابقة على السمسرة التقليدية كانت دراستنا دراسة حديثة وهذا ما ساعدنا كثيرا في ادراج آخر المستجدات القانونية في المعاملات المالية الإلكترونية.

ثامنا - خطة البحث

قسمت الدراسة إلى مقدمة وأربعة فصول، وخاتمة.

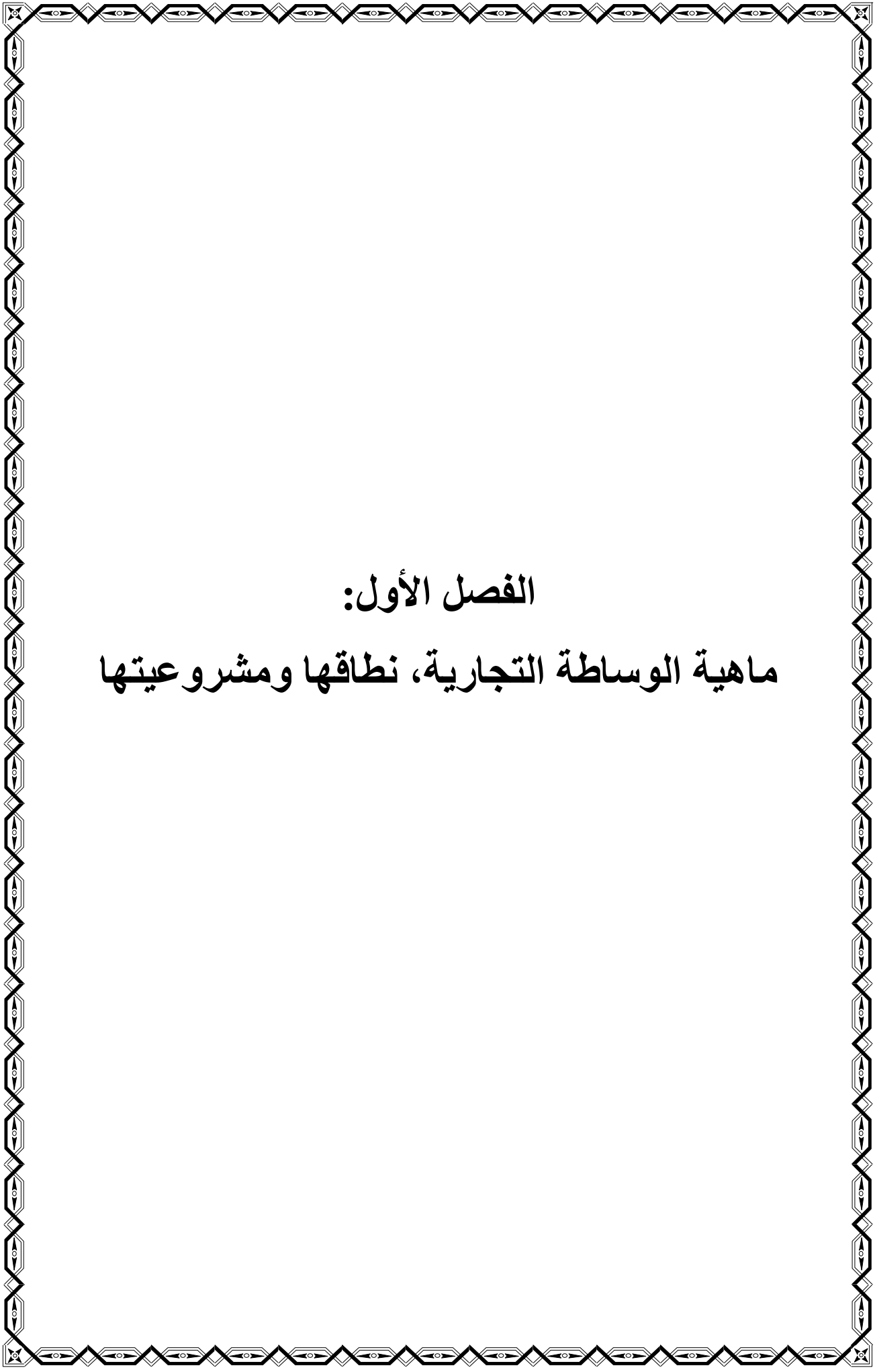
فجاءت المقدمة تتضمن مدخل عام حول الموضوع. كان الفصل الأول معنونا بماهية الوساطة التجارية، مشروعاتها وتكييفها، وجاء فيه مبحثين، الأول تضمن ماهية الوساطة التجارية ونطاقها ومشروعاتها، أما المبحث الثاني فكان حول التكييف الفقهي والقانوني للوساطة التجارية.

أما الفصل الثاني فكان تحت عنوان المعاملات المالية التي تجري فيها الوساطة التجارية، وتناول مبحثين أيضا، جاء في الأول المعاملات المالية المعاصرة، وجاء في الثاني المعاملات المالية الإلكترونية.

تضمن الفصل الثالث والذي أُدرج تحت عنوان أحكام عقد الوساطة التجارية في الفقه والقانون، مبحثين، الأول كان عن انعقاد عقد الوساطة التجارية، والثاني عن انتهاء العقد.

والفصل الأخير الموسوم بعنوان والذي تضمن التطبيقات الحديثة لعمليات التوسط عبر المنصات الإلكترونية، فجاء المبحث الأول عن التوسط في عمليات بيع الحقوق المعنوية من خلال منصة إلكترونية، في حين خصصنا المبحث الثاني للتحديث عن التوسط في عمليات الحجز والدفع عبر المنصات الإلكترونية.

وختمت هذه الدراسة بخاتمة تضمنت النتائج التي توصلنا إليها، إضافة لبعض التوصيات التي من شأنها أن تفتح آفاق جديدة في البحث الأكاديمي.



الفصل الأول:

ماهية الوساطة التجارية، نطاقها ومشروعيتها

تمهيد:

تعد الوساطة في المعاملات المالية من الآليات المهمة التي تسهم في تسهيل وتيسير عمليات التبادل المالي بين الأطراف المتعاقدة سواء كانوا أفراد أو مؤسسات، حيث يقوم الوسيط بدور حلقة الوصل بين بينهم لتحقيق المصالح المتبادلة من إجراء هذه الصفقات والتعاملات. وقد شهدت هذه الوساطة تطوراً ملحوظاً مع توسع الأسواق المالية وظهور أدوات استثمارية جديدة، وهذا ما جعل منها وسيلة فعالة لتعزيز السيولة وتحقيق الكفاءة في المعاملات المالية. وأوجب أن تستند مشروعية الوساطة المالية إلى قواعد الفقه الإسلامي التي تجيز العقود المبنية على التراضي والعدالة والشفافية، وتحكمها إلى ضوابط وأحكام تضبطها، شريطة خلوها من الممارسات المحرمة. لذا وجب دراسة ماهيتها ومدى مشروعيتها وتكييفها وفقاً لطبيعة العلاقة بين الوسيط والأطراف المتعاقدة، وما يترتب عليها من التزامات وحقوق.

المبحث الأول: مفهوم الوساطة التجارية ومشروعيتها

المبحث الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للوساطة التجارية

المبحث الأول: مفهوم الوساطة التجارية ومشروعيتها

إن دراسة الوساطة التجارية ومشروعيتها تتطلب منا الوقوف على ماهيتها ومفهومها، ومعرفة مدى مشروعيتها في الفقه الإسلامي، حتى نتمكن من تحديد الإطار الذي يحكمها ويضبط ممارستها. ونفصل في ما يلي ذلك:

المطلب الأول: مفهوم الوساطة التجارية ونطاقها

إن الوساطة التجارية من الآليات التي تتدخل في المعاملات المالية وإبرامها، ويجمع مفهوم الوساطة التجارية بين الكلمات المركبة لها وهي الوساطة والتجارة، فحتى ندرك ما مفهومها وجب علينا معرفة ما يندرج ضمنها ونطاق المعاملات التي تتيح تطبيقها.

الفرع الأول: مفهوم الوساطة التجارية

أولاً: تعريف الوساطة

أ- لغة:

والوساطة في اللغة أصلها (و س ط): الوَسَطُ بالتحريك المعتدل يقال شيء وَسَطٌ أي بين الجيد والردىء، وعبد وَسَطٌ وأمة وَسَطٌ وشيء أَوْسَطُ وللمؤنث وَسْطَى بمعناه. وفي التنزيل: ﴿إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ (المائدة: 89)، أي من وَسَطٍ بمعنى الْمُتَوَسِّطِ واليوم الأَوْسَطُ والليلة الوُسْطَى¹. ويُقال: وَسَطْتُ القومَ أَسْطَهُمَ وَسْطاً وَسِطَةً أي تَوَسَّطْتُهُمْ. وَوَسَطَ الشيءَ وَتَوَسَّطَهُ: صار في وَسْطِهِ. وَوُسُوطُ الشمس: تَوَسَّطُهَا السماء. وَوَاسِطُ الرَّحْلِ وَوَاسِطَتُهُ: ما بَيْنَ القَادِمَةِ والآخِرَةِ، وَوَاسِطَةُ الْفِلَادَةِ: الدَّرَّةُ التي وَسَطَهَا وهي أنفُسُ خَرْزِهَا وأجودها².

¹ - (ويجمع الأَوْسَطُ على الأَوَاسِطِ مثل الأَفْضَلِ على الأَفْضَلِ ويُجمع الوُسْطَى على الوُسْطِ مثل الْفُضْلَى وَالْفُضْلُ، وإذا أُريدَ اللَّيَالِي قِيلَ الْعَشْرُ الوُسْطُ وإن أُريدَ الأيام قِيلَ الْعَشْرَةُ الأَوَاسِطُ وقولهم العشر الأَوْسَطُ عَاقِبِي ولا عبرة بما فشا على السنة العوام مخالفا لما نقله أئمة اللغة. ويصح دخول العوامل عليه فيكون فاعلاً ومفعولاً ومبتدأً فيقال اتَّسَعَ وَسْطُهُ وَضَرِبْتُ وَسْطَ رَأْسِهِ وَجَلَسْتُ فِي وَسْطِ الدَّارِ وَوَسَّطَهُ خَيْرٌ مِنْ طَرَفِهِ قَالُوا وَالسُّكُونُ فِيهِ لُغَةٌ وَأما وَسْطٌ بِالسُّكُونِ فهو بمعنى (بَيْنَ) نحو جَلَسْتُ وَسْطَ القَوْمِ أي بَيْنَهُمْ ويقال وَسَطْتُ القَوْمَ والمكان أَسِطٌ وَسْطاً مِنْ بَابِ وَعَدَ إِذَا تَوَسَّطْتُ بَيْنَ ذَلِكَ وَالْفَاعِلُ وَاسِطٌ) أنظر: الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، ج2، بيروت، لبنان، د.ت، ص658.

² - ابن منظور، لسان العرب، فصل الواو، دار صادر، ط3، ج7، بيروت، لبنان، 1414هـ، ص429.

وجاء في الصحاح، التوسيط: أن تجعل الشيء في الوسط. وقرأ بعضهم ﴿فَوَسَّطَنَ بِهِ﴾¹ جمعا (العاديات: 5). والتوسيط: قطع الشيء نصفين. والتوسُّط بين الناس، من الوساطة. والوسط من كل شيء: أعدله¹.

وسيط (مفرد)، وَسَطَاءُ (جمع)، وسيطة (مؤنث)، وسيطات ووسطاء (ج مؤنث)، صفة مشبهة تدلّ على الثبوت، ومعتدل بين شيئين: هو وسيط فيهم: أوسطهم نسباً وأرفعهم مجداً².

وهو وسيط فيهم، أي: أوسطهم نسباً، وأرفعهم محلاً. والوسيط: المتوسِّط بين المتخاصمين³. فالوساطة بين المتخاصمين: دخول طرف بين طرفين متخاصمين لإنهاء الخصومة بينهما صلحا، والوساطة بين التجار: دخول طرف ثالث بين مريد البيع ومريد الشراء للتوفيق بينهما بأجر، والوساطة لدى الحكام ونحوهم: السعي لديهم لصالح شخص آخر لينال ما يريد منهم⁴.

والوسيط التجاري: شخص أو مؤسسة تقبل اعتمادات كضمان للقروض قصيرة الأجل. أو شخص يقيم علاقة تجارية بين المشتري والبائع بدون أن يقوم هذان الشخصان بالتعاون المباشر فيما بينهما. ويسمى مَنْ ينقل الخواطر والأفكار من عقل إلى عقل بوسائل غير محسوسة ولا مُدركة، وسيط روحي في التنويم المغنطيسي بالوسيط الروحاني. وهناك وسيط استيراد: الذي يوكل من قبل عملاء للقيام بالتفاوض

¹ - أبو نصر الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، ط4، ج3، بيروت، لبنان، 1407هـ-1987م، ص1167.

² - أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة (و س ط)، عالم الكتب، ط1، م1، القاهرة، مصر، 1429هـ-2008م، ص2438.

³ - (ويقال: والواسِطُ: البابُ، ووسَطُهُم، كوعَدَ، وسَطاً وسِطَةً: جَلَسَ وسَطُهُم، كتوسَّطُهُم، ووسَّطَ الشيءَ: ما بين طرفَيْهِ. وصارَ الماءَ وسيطةً: غَلَبَ على الطينِ. ووسَّطَهُ تَوسِيطاً: قَطَعَهُ نِصْفَيْنِ، أو جَعَلَهُ في الوَسْطِ، وتوسَّطَ بينهم: عَمِلَ الوَساطَةَ، وأخَذَ الوَسْطَ بين الجِدِيدِ والرَّديءِ. ومؤسَّطُ البيتِ، كمنكَّرِم: ما كان في وَسْطِهِ خاصَّةً). أنظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة (فصل الواو، باب الطاء)، ط8، بيروت، لبنان، 1426هـ-2005م، ص692.

⁴ - مُجَدِّ رواس قلججي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، حرف الواو، المرجع السابق، ص501-502.

في شأن شراء البضائع والسلع الأجنبية من بلد المنشأ ليعمل فيما بعد على تصديرها إلى موكله لقاء عمولة معينة، ويقابله: وسيط تصدير¹.

ب- اصطلاحاً:

أما الوساطة في اصطلاح الفقهاء فتطلق على معان عدة، تختلف تبعا للسياق الذي صيغت فيه العملية، وفي عمومها يمكن فهم الوساطة على أنها:

- عملية لتسوية النزاعات والمفاوضات، فتتفاوت التعريفات الواردة لـ "الوساطة" في النصوص والمطبوعات القانونية بشكل كبير فيما بينها، وغالبا ما تعكس حدا أدنى معين من الشروط المتعلقة بعملية الوساطة وشخص الوسيط في الأنظمة القضائية ذات الصلة. وانطلاقا من الصفات المشتركة التي تجمع بين هذه التعريفات على اختلافها، يمكن تعريف الوساطة بأنها عملية طوعية منظمة يقوم الوسيط من خلالها بتسهيل التواصل بين أطراف نزاع معين، على نحو يمكنهم من تحمل المسؤولية عن إيجاد حل لهذا النزاع، وبدون أي تحيز خاص للنموذج أو الطريقة المطبقة في ذلك².

وجاء تعريفها هنا على أنها من الوسائل القضائية، عن طريق تدخل طرف ثالث لا يملك سلطة أو يملك سلطة محدودة في اتخاذ القرار، ويكون مقبول من طرفي نزاع أو مفاوضة، يعمل على مساعدة الأطراف المعنية على الوصول طوعا إلى تسوية مقبولة من الطرفين المتنازعين³.

فالوساطة تعتبر أحد أبرز الوسائل لحل الخلافات وتسوية المنازعات بين الأطراف المتنازعة، بغية الوصول إلى اتفاق خارج الإطار القضائي، من خلال تقديم الموسط للحلول المستقلة والمحيدة لحل الخلافات وتسهيل عملية الحوار والتفاهم بين المتنازعين.

¹ - أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، م1، ص2438.

² - مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، الوساطة (نموذج دليل الممارسة السليمة وفقا لاتفاقية لاهاي المؤرخة في 25 أكتوبر 1980م بشأن الجوانب المدنية للاختطاف الدولي)، مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص 2012م، المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي القانون الدولي، هولندا، ص7.

³ - كريستوفرو مور، عملية الوساطة (استراتيجيات عملية لحل النزاعات)، دار الأهلية، ط1، الأردن، 2007م، ص38.

- **مهارة شخصية**، فقد تم تعريف الوساطة كذلك بالصفات التي يجب أن يتمتع بها الوسيط كالحياد والكفاءة والاجتهاد، سواء تم تعيينه من قبل الأطراف أو من قبل القاضي الذي ينظر في النزاع¹.

فقد تم تعريف الوساطة على أنها قدرة الوسيط على تسوية تفاوض بين مجموعة أفراد أو جهات معينة، سواء كان ذلك في بيئة خاصة كالعمل أو على المستوى الشخصي في الحياة الخاصة، اعتمادا على مهاراته الشخصية وصفاته الخاصة في ابداء الرأي والمحاولة في إيجاد الحلول والوصول إلى الاتفاق.

- **عملية تسويقية**: فقد يلعب الوسيط دورا في البحث عن المشتري، وذلك لأن لديهم الحوافز التي تدفعهم إلى وضع المعلومات على الإنترنت أو في أماكن قد لا يتمكن البائعون من الوصول إليها. فعلى سبيل المثال، قد يقوم الوسيط بتقديم أو وضع معلومات المنتجات أو الخدمات مع توضيح الأسعار عبر الإنترنت أو غيرها من وسائل التسويق حيث لا يقوم البائعون الفعليون بذلك. ويمكن للوسيط أيضا محاولة تسهيل عملية البحث وتوفير الوصول إلى المعلومات، دون التصديق على المعلومات أو تقييمها فعليا²، فتتم عملية التسويق عن طريق الوسيط لكل ما يخص المنتج أو الخدمة، وقد يقوم بهذه العملية فرد أو مجموعة من الأفراد، أو المؤسسات أو المواقع الإلكترونية أو غيرها من الوسائط.

- **عملية تجارية وقانونية**، أي أن تكون الوساطة كعملية بين البائع والمشتري، يسعى فيها الوسيط للتفاوض على شروط العقد في العمليات التجارية وتسهيل الوصول إلى اتفاق بين أطراف العملية والتقريب بينهما، كما يقدم الاستشارات والتوجيهات التجارية للعملاء من أجل تحسين الأداء التجاري، ويمارس الوسيط مهامه فيها وفق ما يسمح له القانون.

¹- Béatrice Blohorn-Brenneur, Conciliation et médiation commerciales (Domaines d'application et droit comparé), L'Harmattan, Paris, France, 2013, p21.

²-Nirvikar Singh, Electronic Commerce Economics and Strategy (Chapter8: (Intermediaries), Economics Department, University of California Santa Cruz, 2000, p16.

ثانياً: تعريف التجارة

أ- لغة:

مصطلح التجارة من الفعل تجر: تَجَرَ يَتَجَرُّ تَجَرًّا وَتِجَارَةً؛ بَاعَ وَشَرَى، وكذلك اتَّجَرَ وهو افْتَعَلَ¹. وَتَجَرَ يَتَجَرُّ، تِجَارَةً وَتَجَرًّا، فهو تاجر. ويقال تجر الشخص: مَارَسَ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ². وَالتَّجَارُ جماعة التَّاجِرِ، وقد تَجَرَ تِجَارَةً، وأرض مُتَجَرَّةٌ: يتجرُّ إليها³. وإنه لتاجر بذلك الأمر، أي حاذق به. ويقال: ربح فلان في تِجَارَتِهِ، إذا أفضل، وأربح، إذا صادف سوقاً ذات ربح⁴.

والتجارة هي أيضاً: "تقليب المال بغرض الربح" كما في الأساس، ويقال: (هو على أكرم تاجرٍ) أي (على أكرم خيل عتاقٍ)، ومن المجاز: عليكم بـتِجَارَةِ الآخرة، وعليك بالسلع التَّوَّاجِرِ: التَّوَّافِقِ⁵.

وقد جاء في حديث للرسول ﷺ عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: {أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَلَّى بِأَصْحَابِهِ، ثُمَّ جَاءَ رَجُلٌ، فَقَالَ نَبِيُّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " مَنْ يَتَّجِرْ عَلَى هَذَا - أَوْ يَتَّصَدَّقْ عَلَى هَذَا - فَيُصَلِّيَ مَعَهُ " قَالَ: فَصَلَّى مَعَهُ رَجُلٌ⁶}. وقال ابن الأثير في ذلك: " فقال: من يَتَّجِرْ فيقوم فيصلي معه - الرواية إنما هي يأبجر - وإن صح فيها يَتَّجِرْ فيكون من التِّجَارَةِ لا من الأَجْرِ، كأنه بصلاته معه قد حصَّل لنفسه تِجَارَةً أي مكسباً"⁷.

¹ - ابن منظور، لسان العرب (مادة تجر)، مرجع سابق، ج4، ص89.

² - أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة (مادة تجر)، مرجع سابق، ج1، ص285.

³ - الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، دار ومكتبة الهلال، ج6، القاهرة، مصر، دت، ص91.

⁴ - الأزهرى، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، ط1، ج11، بيروت، لبنان، 2001م، ص5.

⁵ - مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس (مادة تجر)، وزارة الارشاد والأبناء، د.ط، ج10، الكويت، 1972م، ص279، 280.

⁶ - أخرجه أحمد بن حنبل، مسند أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي سعد الخدري، مؤسسة الرسالة، ط1، ج17، بيروت، لبنان، 1421هـ-2001م، ص63. (رقم الحديث: 11019).

⁷ - ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية، دط، ج1، بيروت، لبنان، 1399هـ-1979م، ص25.

وقد جاء ذكر كلمة التجارة في القرآن الكريم 9 مرات، وقد احتملت في هذه المواضع معنيين، المعنى الحقيقي للتجارة وهو المتعارف عليه من بيع وشراء وغيرهما، كما يقول تعالى في آية الدين: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ (البقرة: 282). ويقول أيضا عز وجل: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (النساء: 29)، وقوله أيضا: ﴿رِجَالٌ لَا تُلْهِمُهُمْ تِجَارَةً وَلَا بَيْعَ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ﴾ (النور: 37)، والمعنى المجازي الذي جاء في عدة مواضع وهو "التجارة مع الله عز وجل"، حيث يقصد به عرض العبادات التي تقرب من الله تعالى من صلاة وذكر وجهاد في سبيل الله بالأنفس والأموال لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى تِجَارَةٍ تُشْجِيكُمْ مِّنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ ۝١٠ تُوْمِنُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ (الصف: 10-11)، وقال تعالى أيضا: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَتْلُونَ كِتَابَ اللَّهِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَنفَقُوا مِمَّا رَزَقْنَاهُمْ سِرًّا وَعَلَانِيَةً يَرْجُونَ تِجَارَةً لَّن تَبُورَ﴾ (فاطر: 29).

ب- اصطلاحاً:

عرفها الكاساني على أنها: "التجارة هي كسب المال بدل ما هو مال"¹.

وجاء في مواهب الجليل بأنها: "إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل"².

وجاء في كلام البهوتي عن وضع التجارة بأنها: "التجارة للتقلب والاستبدال بثمن وعرض"³.

وعرفها ابن عابدين على أنها: "كسب المال بالمال بعقد شراء أو إجارة أو استقراض"¹، والتجارة ليست خاصة بالبيع والشراء، بل شاملة لجميع أنواع المعاولات، لذا عرفت بأنها: واقع على عقود

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1407هـ-1986م، ص12.

² - الرعيني الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، ج4، بيروت، لبنان، 1412هـ-1992م، ص228.

³ - البهوتي، كتاب كشف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، ج2، بيروت، لبنان، 1388هـ-1968م، ص242.

المعاوضات المقصود بها طلب الأرباح، وقد سمي الله تعالى الإيمان تجارة على وجه المجاز تشبيها بالتجارات المقصود بها الأرباح، و لِمَا استحق به من الثواب الجزيل والأبدال الجسيمة، ويدخل في قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (النساء: 29)، عقود البيّعات والإيجارات والهبات المشروطة فيها الأعواض، لأن المبتغى في جميع ذلك في عادات النا تحصيل الأعواض لا غير².

وبما أن مصطلح الوساطة يحمل العديد من المعاني، فإن ربطها بالنشاط التجاري، يعطيها معنى جوهرى في تسوية وتسهيل وتنظيم العلاقات التجارية بين الأطراف المختلفة. وبذلك فهي تبنى على معنيين مختلفين، يقوم كل معنى على وظيفة معينة، تختلف بحسب ما يمارسه الوسيط من مهام، فعموما فالوساطة التجارية حسب ما يقوم به الوسيط تقوم على وظيفتين.

وظيفة التسوية ويكون ذلك في حال المنازعات التجارية من خلال محاولة الوسط الوصول إلى حل ودي بين الأطراف. ووظيفة التسهيل والتنظيم هي التي يقوم فيها الوسيط بالربط بين الأطراف في العمليات التجارية المختلفة سواء في عمليات البيع والشراء، أو التسويق للمنتجات أو الخدمات، أو التوسط في ابرام العقود دون أن يكون طرفا فيها وغيرها من وظائف الوسيط التجاري.

ثالثا: مفهوم الوساطة التجارية كمُرَكَّب

الوساطة التجارية بحسب مفهوم الوساطة وكما أشرنا سابقا قد تكون في المنازعات وقد تكون تنظيم العلاقات التجارية.

في المنازعات فتتيح تحديد المبادئ المشتركة فيما يتعلق بالأهداف والتنظيم والأساليب والأخلاقيات والجهات الفاعلة ووضع الأطراف وممثليهم، كما تسعى لوضع الحلول وتنفيذها، من خلال تجميع الحقوق والخبرات للحصول على أفضل النتائج، والتميز بين الممارسات الجيدة ومنح الوساطة قوة مفاهيمية وأسس

¹ - ابن عابدين، رد المختار، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط2، ج2، بيروت، لبنان، 1386هـ-1966م، ص 274.

² - أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1415هـ-1994م، ص217.

نظرية وترسيخها كمبدأ عادي وعالمي لتسوية المنازعات وتراجع تطبيقاتها في المجالات المتميزة العائلية والتجارية والإدارية والاجتماعية¹.

أما فيما يخص تسهيل وتنظيم العلاقات التجارية، فتعرف الوساطة التجارية على أبرز صورها وهي السمسرة في إبرام العقود كما يطلق نفس اللفظ على العمولة التي يتقاضاها المتوسط الذي يسمى سمساراً، ومهمة السمسار هي التقريب بين طرفي التعاقد نظير عمولة². وهذا هو نوع الوساطة الذي يهمنا، والذي يحرص غالبية الفقهاء معنى الوساطة التجارية فيه.

يعد الوسيط تبعاً لذلك حلقة وصل بين أطراف العملية التجارية أي بين البائع والمشتري، مهما كان نوع العملية أو السلعة أو الخدمة محل الاتفاق، إذ يقتضي عمل الوسيط أن يقدم المساعدة حرصاً منه على إتمام الصفقات وإبرام العقود، فيضمن تطبيق جل بنود الاتفاق في العقد. إضافة إلى ذلك فالوسيط قد يقدم خدمة البحث عن المنتج المطلوب أو الخدمة المرجوة والقيام بالتنسيق بين طرفي العملية التجارية سواء على المستوى المحلي أو على المستوى الدولي عن طريق عمليات تبادل تجاري بين الدول.

وفي الفقه، هناك عدة تعاريف لعقد الوساطة التجارية، فيمكن تعريفه بأنه عقد من العقود التجارية يلتزم بمقتضاه الوسيط التجاري للموسط بأن يؤدي له خدمة تتمثل في البحث عن طرف ثان لإبرام صفقة تجارية معينة، والعمل على تقريب وجهات النظر بينهما بحيث تثمر جهوده إلى إبرام العقد مقابل أجره معينة وينتهي دوره عند هذا الحد، إذ لا يلتزم بتنفيذ هذا العقد إلا إذا تم الاتفاق صراحة على ضمان التنفيذ وعمل الوسيط التجاري عملاً مادياً وقانونياً على شكل خدمة وقد ينتهي بالتقاء الطرفين واستحقاقه الأجر على ما قدمه من عمل³. ويطلق على عقد الوساطة التجارية أيضاً عقد الدلالة كما يطلق عليه البعض الآخر عقد وكالة (في حال قام السمسار بتنفيذ المهام والصفقات نيابة عن العميل)، وأبرز

¹ - Béatrice Blohorn-Brenneuer, Conciliation et médiation commerciales (Domaines d'application et droit comparé), p21.

² - محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، دار النشر العلمي والمطابع بجامعة الملك سعود، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1404هـ - 1984م، ص65.

³ - ممتاز مطلب خبصي، حاتم غائب سعيد، عقد الوساطة التجارية والمركز القانوني للوسيط، مجلة جامعة تكريت للحقوق، كلية الحقوق، العراق، 1 أكتوبر 2020م، ص58.

التسميات التي تطلق على عقد الوساطة التجارية، تسمية عقد السمسرة وتختلف تسميتها بحسب الأعمال التي يقوم بها الوسيط.

والسمسرة هي الوساطة في إبرام العقود ويطلق نفس اللفظ كذلك على العمولة التي يتقاضاها المتوسط الذي يسمى سمساراً، ومهمته هي التقريب بين طرفي التعاقد نظير عمولة تكون عادة نسبة مئوية من قيمة الصفقة، وهو يستحق العمولة متى تم إبرام العقد بناء على وساطته.

فالوسيط التجاري إذا كان سمساراً فهو ليس وكيلاً عن طرف أو آخر من أطراف التعاقد، بل هو وسيط ينحصر دوره في التقريب بين وجهتي نظر طرفي العقد والتوفيق بينهما بغية تسهيل إبرام العقد دون أن يكون طرفاً فيه، فهو يتوسط ويقرب بين البائع والمشتري في عقد البيع، وبين الناقل والشاحن في عقد النقل، وبين العامل ورب العمل في عقد العمل¹. ويلاحظ على التعريف أنه يبين جوهر عقد الوساطة التجارية وهو السعي للتقريب بين الأطراف المتعاقدة سواء كانوا على معرفة سابقة ببعضهم أم لا، فيلجأ كل طرف إلى البحث عن وسيط سعيًا للتقريب بينهم وتسهيلاً لإبرام العقد.

ووفقاً للتعريف السالفة الذكر نقول أن الوساطة التجارية هي عملية توسط تتم بين طرفين في عملية تجارية أو تبادل تجاري. يقوم الوسيط التجاري بالعمل كوسيط بين البائع والمشتري، حيث يقوم بتسهيل التواصل والتفاوض بين الجانبين ويعمل على إتمام الصفقة بطريقة مرضية لكلا الطرفين، ويرتبط نوع العقد ارتباطاً وثيقاً بمهامه التي يؤديها، وأشهر صور للوسيط التجاري هي أن يكون سمساراً.

تستخدم الوساطة التجارية في مجموعة متنوعة من الصناعات والقطاعات، مثل العقارات، والتجارة الدولية، والتجارة بالجملة والتجزئة، والتأمين، والأسواق المالية، وغيرها. يمكن أن يكون الوسيط التجاري

¹ - محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط4، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417هـ-1996م، ص70.

شخصاً أو شركة تعمل كوكيل للعملاء وتتولى المسؤولية عن إيجاد عروض التجارة المناسبة وتسهيل عملية البيع والشراء¹.

والوسيط التجاري يكون سمساراً حينما يتعاقد لحساب عميله وليس باسمه ولا بأي اسم آخر، بل هو يقدم لهذا العمل خبرته في البحث عن متعاقد آخر، ويقدم قدرته على التفاوض والاقناع حتى يصل بهذا المتعاقد إلى التعاقد مع العميل مباشرة، ولا يتدخل السمسار في العلاقة القانونية التي تتم مباشرة بين ذوي الشأن، ومن ثم فليس على السمسار أن يلتزم شخصياً ولا أن يبرم عقداً لحساب عميله، وبالتالي فهو في غير حاجة إلى ضمانات خاصة كتلك التي يحتاج إليها الوكيل بالعمولة مثلاً².

إن جوهر عقد الوساطة التجارية يكمن في تكليف الوسيط بالسعي للحصول على متعاقد لإبرام عملية أو صفقة معينة، وذلك مقابل أجر متفق عليه أو نسبة معينة، فالمهمة الأساسية للوسيط هي التقريب والتوفيق بين شخصين يريدان التعاقد، يعمل الوسيط التجاري باسمه الشخصي وباستقلالية تامة عن طرفي التعاقد الأصلي، ويسعى الوسيط لإبرام العقد بدون أن يتدخل هو في العقد، وقد حدث خلاف حول طبيعة عقد الوساطة التجارية بين اعتباره وكالة أو مقالة بعيداً عن كونه سمسرة، فهناك اتجاه يعتبر الوساطة التجارية وكالة، وبالتالي يتم اعتبار الوسيط على أنه وكيل عن المتوسط، لذا هذا الرأي هو السائد واتجاه ثاني لا يعتبر الوساطة وكالة، لكنها صورة خاصة لعقد المقالة وفيه يتعهد أحد الطرفين بصناعة أو تأدية عمل معين مقابل أجر أو نسبة يتعهد بها الطرف الآخر³.

ويختلف دور الوسيط التجاري بين الوكيل والسمسار فالسمسار يختلف دوره عن دور الوكيل، لأن الوسيط لا يمكنه التعاقد باسم موكل لأنه غير نائب عنه، والشخص الذي يريده هو من يتعاقد بشكل مباشر من الطرف الآخر، حيث أن فكرة النيابة هي من تميز بين الوكيل والوسيط، حيث أن الوكيل يمثل الموكل عنه ويقوم بإبرام العقد بدلاً منه، في مقابل أن الوسيط التجاري لا يمكنه أن ينوب المتوسط، لذا لا

¹ - سعد محمد آل عائش، الوساطة التجارية وعقد الوساطة التجارية في النظام السعودي، <https://wasital-itqan.com>، 12-07-2024م، 22:26.

² - علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2001م، ص 101.

³ - هشام محمد علي أحمد، خصوصية التحكيم في عقود الوساطة التجارية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري والبحري، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2020م، ص 1، 2.

تنتهي مهمته عند القبول بين الطرفين، ومهمة السمسار هي القيام بالأعمال المادية، ويبحث عن شخص يوافق على التعاقد بالشروط المحددة بواسطة الذي لجأ للتوسط لإبرام صفقات معينة، دون اشتراكه بنفسه في توقيع وإبرام العقد¹.

هناك عدة أنواع للوساطة التجارية وفقا للمجال أو العمل الذي يقوم به الوسيط التجاري، فهناك أنواع متعددة تعتمد على الصناعة والقطاع الاقتصادي الذي تتم فيه العملية التجارية، وهذه أمثلة شائعة لبعض أنواع الوساطة²:

الوساطة التجارية العامة: الوسيط العام يساعد في تسهيل التواصل والتفاوض بين الأطراف المعنية في صفقة تجارية، بشكل عام دون تخصص في صناعة محددة.

الوساطة المتخصصة: الوسيط لديه معرفة وخبرة في صناعة محددة أو قطاع معين. يمكن أن تشمل الوساطة في العقارات، والوساطة في التجارة الدولية، والوساطة في التأمين، وغيرها.

الوساطة عبر الإنترنت: يمكن للوسيط التجاري استخدام الوسائط الرقمية والإلكترونية لتسهيل التواصل والتفاوض بين الأطراف المعنية. يمكن أن تتعلق هذه الوساطة بالتجارة الإلكترونية، والمزادات العلنية عبر الإنترنت، والتعاملات المالية الإلكترونية، وغيرها.

الوساطة الدولية: تتمثل في الوساطة بين أطراف من دول مختلفة، يمكن أن تتضمن الوساطة الدولية تعاملات التجارة الخارجية، والتصدير والاستيراد، وتوسيع نطاق الأعمال إلى أسواق خارجية.

على عكس بعض التشريعات لم يعرف المشرع الجزائري عقد الوساطة التجارية، إلا من خلال إدراجه ضمن الأعمال التجارية بحسب موضوعها، حيث جاء في الفقرة 13 من المادة 2 من القانون التجاري أنه يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسة أو خاصة بالعمولة، وأضافت الفقرة 14 إلى ذلك كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم

¹ - هشام محمد علي أحمد، خصوصية التحكيم في عقود الوساطة التجارية، المرجع نفسه، ص 2، 1.

² - سعد محمد آل عائش، الوساطة التجارية وعقد الوساطة التجارية في النظام السعودي، <https://wasital-itqan.com>، 08-07-2024م، 20:09.

العقارية¹. ونلاحظ أن المشرع الجزائري أدرج الوساطة التجارية تحت تسمية السمسرة في حيث أشار لمصطلح الوساطة أيضا من خلال عملية التوسط في بعض العمليات التجارية.

وعلى عكس المشرع الجزائري، فقد عرف المشرع الإماراتي السمسرة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين وبالوساطة في مفاوضات التعاقد وذلك مقابل أجر². والمشرع الإماراتي ذكر مصطلح الوساطة ضمن التعريف على أن السمسار هو الوسيط الذي يقوم بعملية الوساطة في التفاوض بين أطراف العقد، مقابل عمولة معينة، كما أن المشرع الإماراتي يطلق اسم الدلالة على عملية السمسرة أيضا، وقد تم تضمين المصطلح إلى جانب مصطلح السمسرة.

وقد خصص المشرع الإماراتي بابًا كاملاً في قانون المعاملات التجارية لتنظيم أحكام السمسرة أو ما يسميها بالدلالة وقد أدرجها تحت كتاب الالتزامات والعقود التجارية.

أما في التشريعين الفرنسي والأمريكي فلم يرد تعريف صريح لعملية الوساطة التجارية، وإنما نظماً أحكام العقد وما يتعلق بالأطراف المتعاقدة، والشروط والعمولة بموجب عدة قوانين أخرى وفقاً لنوع الوساطة، التي تختلف أنواعها فهناك الوساطة العقارية والوساطة في البيع والشراء والوساطة في الأوراق المالية والوساطة التأمينية وغيرها من الوساطات.

فالمشرع الفرنسي على سبيل المثال قد أدرج مصطلح الوساطة في إطار الأعمال التي يعتبرها القانون تجارية، فذكر من بينها جميع عمليات الوساطة لشراء أو اشتراك أو بيع العقارات أو الأعمال أو الأسهم أو الحصص في الشركات العقارية، بالإضافة إلى أي معاملة صرف أجنبي أو أعمال مصرفية أو وساطة أو

¹ - المادة 2 الفقرتين 13 و 14 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 م الصادر بتاريخ 16 ذو الحجة 1395 هـ الموافق لـ 19 ديسمبر 1975 م المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-09 المؤرخ في 4 شوال 1443 هـ الموافق لـ 5 ماي 2022 م المتضمن القانون التجاري، ج.ر، ع 101، الجمهورية الجزائرية، ص 1306.

² - المادة 252 مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية الصادر بتاريخ 7 ربيع الأول 1444 هـ الموافق لـ 3 أكتوبر 2022 م، ج.ر، ع 737 (ملحق 1)، الإمارات العربية المتحدة، ص 47.

نشاط إصدار وإدارة الأموال الإلكترونية وأي خدمة دفع¹. فهنا أدرج وبصراحة عمليات الوساطة التجارية في كل الأعمال السابقة الذكر بأنها من قبيل الممارسات التجارية.

الفرع الثاني: نطاق الوساطة التجارية

إن المعاولات المالية التقليدية جزء أساسي من النظام الاقتصادي، فكون هذه المعاولات تشمل مختلف العمليات المالية التي تتم بين المتعاملين فيما بينهم، سواء كانوا أفراداً أو مؤسسات، فهي تعتمد على الأساليب التقليدية للتداول والتحويل والوفاء، ومع ذلك فهي تلعب دوراً كبيراً وحيوياً في تمويل النشاط الاقتصادي ودفع عجلة التنمية كونها المنطلق الأساسي لجميع المعاولات المالية التي لحقت بها سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي.

المعاملات المالية التقليدية تنقسم حسب الأنواع إلى (معاولات وتبرعات وشركات وتوثيقات) في حين أن هناك من يضيف (الاسقاطات، الاطلاقات، التقييدات، الاستحقاقات). ومن الجدير بالذكر أن هذا التقسيم وما يندرج تحته يشمل في العموم جميع آراء فقهاء المذاهب الأربعة على اختلافها.

ونظراً لما يقتضيه موضوع البحث سنتناول قسم المعاولات كونه النطاق الأساسي الذي تدور فيها أعمال الوسيط التجاري، وفقاً لصور الوساطة أو للعملية المالية التي تتم (بغض النظر عن قسمي التبرعات والتوثيقات التي لا حاجة فيهما غالباً للوسيط التجاري وقسم الشركات الذي تدخل الوساطة أحياناً في بعض أنواعها دون البعض الآخر).

¹ - " La loi répute actes de commerce:

3° Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières.

7° Toute opération de change, banque, courtage, activité d'émission et de gestion de monnaie électronique et tout service de paiement." Article L110-1 Modifié par Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021, LIVRE 1: Du commerce en général, TITRE 1: De l'acte de commerce, Partie législative, Code de commerce, République Française.

المعاملات المالية لم يجري فيها التفصيل في القانون الوضعي مثلما جرا فيها في الفقه الإسلامي، فهي في القانون الوضعي قسم إلى تقسيمات أخرى كطبيعة العقد وآثاره، وبما أن البيوع والإجارة عقود ملزمة للجانبين، فهي عقود معاوضة في مضمونها لكنها لا يصطلح عليها عقود معاوضة كما هو الحال في الفقه.

وقبل الخوض في الموضوع نشير إلى أن المعاملات* المالية* مرت بعدة مراحل نظرا للتطورات الحاصلة في المجال الاقتصادي، فهناك معاملات مالية تقليدية ومعاملات مالية معاصرة، ونعرف في البداية المعاملات المالية.

- **المعاملة في الاصطلاح** تطلق في الفقه على الأحكام الشرعية المتعلقة بالأموال الدنيوية أو الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا¹. كما وضحها ابن عابدين بقوله: "المعاملات خمسة: المعاوضات المالية، والمناكحات، والمخاصمات، والأمانات، والتركات"²، وخصها بعض العلماء بالأحكام المتعلقة بالمال حيث قسموا الفقه الإسلامي أربعة أقسام: عبادات، معاملات، مناكحات (أحوال شخصية)، وعقوبات، فالمعاملات المالية خاصة بالتعامل المالي³.

* **المعاملة لغة:** مُعَامَلَةٌ (مفرد)، مُعَامَلَات (جمع): من الفعل عمل، يقال منه: أعملته وعملته، وعاملت الرجل أعماله معاملة، والمعاملة في كلام أهل العراق: هي المساقاة في كلام الحجازيين **أنظر:** (ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط3، ج11، بيروت، لبنان، 1414هـ، ص476). وعَامَلْتُهُ في كلام أهل الأمصار يراد به التصرف من البيع ونحوه، وعَمَلْتُهُ على البلد بالتشديد وَلَيْتُهُ عَمَلُهُ. وَالْعَمَالَةُ بضم العين أجرة العامل. **أنظر:** (الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مادة (ع م ل)، مرجع سابق، ج2، ص430). مُعَامَلَةٌ تجارية: ماله علاقة بالبيع والشراء. **أنظر:** (عبد الغني أبو العزم، معجم الغني، مؤسسة الغني، ط1، ج4، الرباط، المغرب، 1434هـ-2013م).

* **المال لغة:** يقول ابن منظور: مول: المال: مَعْرُوفٌ مَا مَلَكَتْهُ مِنْ جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ. وَالْجَمْعُ أَقْوَال. **أنظر:** (ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج11، ص635). وأموال: كل ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع أو عروض تجارة أو عقار أو نقود أو حيوان "قل/كثُر. ويقال: خَرَجَ فلانٌ إلى ماله: إلى ضياعه أو إبله. وكرائم الأموال: خيبارها. وبَيْتُ المال: خزانة الدولة. أما مال الدولة أو المال العام: فهو ما تملكه الدولة. وتوظيف المال: استثماره. (أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة (م و ل)، المرجع السابق، م1، ص213).

¹ - مُجَدِّ رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء (حرف الميم)، دار النفائس، ط2، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م، ص438.

² - ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مكتبة مصطفى الباوي الحلبي، ط2، ج1، بيروت، لبنان، 1386هـ-1966م، ص79.

³ - مُجَدِّ صالح حمدي، فقه المعاملات المالية، مركز التميز للبحوث والدراسات الاقتصادية، ط1، الدار البيضاء، الجزائر، 1435هـ-2014م، ص09.

وقانون المعاملات يصطلح على شرط معاملة الدول الأكثر رعاية، المعاملة بالمثل هي إقرار الدولة للأجنبي الحقوق التي تطابق أو تعادل حُقوقه في دولته. وهي عموماً تعتبر الأحكام الشرعية أو القانونية المتعلقة بأمر دنيوي كالبيع والشراء والإجارة ونحوها¹.

- المال اختلف الفقهاء في تعريفه، فذهب الجمهور (المالكية، الشافعية، والحنابلة) إلى رأي مغاير لرأي الحنفية، فعند المالكية عرفه الشاطبي بأنه: "ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه. ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها، وما يؤدي إليها من جميع المتمولات"². وتعريفهم هذا جاء مسنداً إلى معيار التملك والاستبداد، أي المالية فكل ما يملكه الانسان ويستبد به فهو مال.

وأما ابن العربي فقد عرفها كما يلي: "هو ما تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادة وشرعاً للانتفاع به، فإن منع منه الشرع لم ينفع تعلق الطماعية فيه، ولا يتصور الانتفاع منه، كالخمر والخنزير مثلاً"³، وقال ذلك في تعريف المسروق. أما عند الشافعية فيقول الشافعي: "...ولا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها وتكون إذا استهلكها مستهلك أدى قيمتها وإن قلَّت وما لا يطرحه الناس من أموالهم مثل القُلُس وما أشبه ذلك الذي يطرحونه"⁴. وعرفه الزركشي كما يلي: "المال ما كان منتفعاً به أي مستعداً، لأن يُنتفع به وهو إما أعيان أو منافع. والأعيان قسمان: جماد وحيوان، فالجماد مال في كل أحواله، والحيوان ينقسم إلى ما ليس له بُنية صالحة للانتفاع فلا يكون مالا كالذباب والبعوض والحشرات، وإلى ما له بُنية صالحة وهذا ينقسم إلى ما جُبِلَتْ طبيعته على الشر والإيذاء كالأسد والذئب وليس مالا، وإلى ما جُبِلَتْ طبيعته على

¹ - أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة مادة (ع م ل)، المرجع السابق، م1، ص1556.

² - الشاطبي، الموافقات (حرف الميم)، دار ابن عفان، ط1، ج2، المملكة العربية السعودية، 1417هـ-1997م، ص32.

³ - ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، ط3، ج2، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م، ص107.

⁴ - الشافعي، الأم، دار الفكر، ط2، ج5، بيروت، لبنان، 1410هـ-1990م، ص171.

الاستسلام والانقياد كالبهائم والمواشي قهي أموال¹. وعند الحنابلة، جاء تعريف المال عند ابن قدامة أنه: "هو ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة"². كما عرفه الفتوحي: "هو ما يباح نفعه مطلقا واقتناؤه بلا حاجة"³.

أما الأحناف فقد عرفوا المال بكل ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة⁴. فهو عندهم كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة، أي أن المالية تتطلب توفر عنصرين: (إمكان الحيازة والإحراز: فلا يعد مالاً ما لا يمكن حيازته كالأموال المعنوية مثل العلم والصحة والشرف والذكاء، وما لا يمكن السيطرة عليه كالهواء الطلق - أما الهواء المضغوط المعبأ في زجاجات فهو مال محرز-). (وإمكان الانتفاع به عادة: فكل ما لا يمكن الانتفاع به أصلاً كلحم الميتة، أو ينتفع به انتفاعاً لا يعتد به عادة عند الناس (حبة قمح) لا يعد مالاً. والعادة تتطلب معنى الاستمرار بالانتفاع بالشيء في الأحوال العادية، أما الانتفاع بالشيء حال الضرورة كأكل لحم الميتة عند الجوع الشديد (المخمصة) فلا يجعل الشيء مالاً⁵). وثبتت المالية بتمول الناس كلهم أو بعضهم، فالخمر أو الخنزير مال لا انتفاع غير المسلمين بهما. وإذا ترك بعض الناس تمول مال كالثياب القديمة فلا تزول عنه صفة المالية إلا إذا ترك كل الناس تموله⁶.

وقد اختلف الفقهاء في تعريف المال، فالجمهور (المالكية، الشافعية، الحنابلة) يوسع مفهوم المال ليشمل المنافع إلى جانب الأعيان، أما الأحناف يقصرونه على الأعيان⁷. ويتضح مما سبق أن الفرق بين مسلك الجمهور ومسلك الحنفية ما يلي:

- أن الحنفية لا يشترطون في المال إباحة الانتفاع به شرعاً بخلاف الجمهور.

¹ - بدر الدين الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، ج3، الكويت، 1405هـ-1985م، ص222.

² - ابن قدامة، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة السوادى، ط2، جدة، المملكة العربية السعودية، 1421هـ-2000م، ص152.

³ - ابن النجار الفتوحي، منتهى الارادات، مؤسسة الرسالة، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1419هـ-1999م، ص255.

⁴ - زيد الدين ابن نجيم، البحر الرائق (حرف الميم)، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج5، القاهرة، مصر، دت، ص277. أنظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج4، ص501.

⁵ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط3، ج4، مرجع سابق، ص40، 41.

⁶ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، ص41.

⁷ - محمد صالح حمدي، فقه المعاملات المالية، مرجع سابق، ص10.

- أنهم يشترطون في المال إمكانية الادخار، بخلاف الجمهور فإنهم لا يشترطون ذلك، لأن الادخار في بعض الأموال قد يكون سببا لفسادها¹.

وذهب الفقهاء المعاصرون أيضا إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فعرفوا المال بأنه: "ما كان له قيمة مادية بين الناس، وجاز شرعا الانتفاع به في حال السعة والاختيار"². وقد رجح ما ذهب إليه الجمهور في تعريف المال لأمر عدة وهي (أن المقصود الأساس من شراء الأعيان الحصول على المنفعة وبالتالي فإن العين والمنفعة لا ينفكان عن بعضهما بأي حال من الأحوال. وأن قيد الادخار لا يمكن أن ينضبط أبدا فهناك من الأموال ما لا يصلح له الادخار. وأن توسيع مفهوم المال فيه نوع من تحقيق المصالح للناس واتخاذ دولة بينهم)³.

ومما سبق نصوغ التعريف التالي للمال: "كل ما له قيمة مادية بين الأفراد وأباح الشرع أن ينتفع به، سواء كان مدخرا أو شيئا يقوم مقامه".

أما في الاصطلاح الاقتصادي، وفي مجال التمويل خصوصا فهي تشمل جميع المعاملات المالية التي تتم بين الوحدات المؤسسية نفسها، وبين الوحدات المؤسسية والعالم الخارجي. وتغطي جميع المعاملات التي تنطوي على تغيير في ملكية أصول مالية، بما في ذلك إنشاء مطالب مالية أو تصفياتها وتسجيل هذه المعاملات في الحساب المالي. وقد أدت الابتكارات المالية إلى تطور كبير في انتشار أصول وأدوات مالية جديدة⁴.

¹ - إبراهيم بن علي بن محمد السفياي، ضوابط المعاملات المالية عند الفقهاء، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، ع71، م11، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، ص86.

² - محمد صالح حمدي، فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص10.

³ - إبراهيم بن علي بن محمد السفياي، ضوابط المعاملات المالية عند الفقهاء، مرجع سابق، ص86.

⁴ - Financial transactions: "In the balance of payments, transactions in the financial account component of the capital and financial account would correspond to entries in columns for the financial account of the rest of the world, but changes in assets of the rest of the world would represent changes in liabilities for the compiling economy and vice versa". Statistical Terms Glossary, <https://www.unescwa.org/ar/sd-glossary/>, 21/01/2023, 18:30.

وهناك من يرى أن المعاملات المالية هي: "الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال وهي تشمل المعاوضات من بيع إجارة، والتبرعات من هبة ووقف ووصية، والاسقاطات كالإبراء من الدين والمشاركات، وأيضا التوثيقات من رهن وكفالة وحوالة"¹.

- المعاملات المالية هي جملة التصرفات المالية والعقود المتصلة بالبيع والشراء وبالإجارة والمزارعة والمساقاة والسلم والضمانات وغير ذلك، مما يكون فيه التعامل المالي قائما على تبادل الأموال والممتلكات والأمتعة والعوضات، فهناك من سمى المعاملات المالية بالمعاوضات، لما فيها من التعاوض والتبادل بين المتعاملين أو المتبايعين².

فعقود المعاوضة هي كل عقد اشتمل على بذل عوض مقابل شيء كالبيع والإجارة ونحوهما³. ويقوم هذا العقد على أساس المبادلة بين المتعاقدين وتملك كل من الطرفين ما عند صاحبه، وهذه المبادلة قد تكون مبادلة مال بمال وهذا يشمل البيع بجميع صوره كالبيع المطلق والسلم والصرف والقرض والصلح عن اقرار، وقد تكون مبادلة مال بمنفعة كالإجارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة والاستصناع، وقد تكون مبادلة منفعة بمنفعة⁴.

فمن وجهة نظرنا أن عمليات البيع والشراء والإجارة هي الأساس الجوهرية والمجال الرئيسي لكل المعاملات المالية والتجارية (لذلك لم نصنفها كنوع من المعاملات المالية التي تجري فيها الوساطة كمعاملات مالية تقليدية) فلا نتطرق لها هنا كمعاملة مالية تقليدية وإنما كمجال يقوم فيه الوسيط بممارسة أعمال الوساطة التجارية، فنعتبر البيع والشراء والإجارة المرتكز الأساسي، كونها القاعدة التي تبنى عليها باقي أنواع الوساطات التجارية، والأنواع الأخرى كالمعاملات المالية المعاصرة والمعاملات المالية الإلكترونية تعتبر امتدادات تدخل ضمن المجال الأوسع للتجارة، مما يظهر اتساع نطاق الوساطة التجارية.

¹ - محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، ط6، عمان، الأردن، 1427هـ-2007م، ص12.

² - نور الدين الخادمي، علم المقاصد الشرعية، مكتبة العبيكان، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1421هـ-2001م، ص175.

³ - محمد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، ط1، ج3، الأردن، 1430هـ-2009م، ص362.

⁴ - عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط1، جدة، المملكة العربية السعودية، 1401هـ-1981م،

ولأن المعاولات شامل بالبيع بأنواعه والإجارة فسنفصلها فيما يلي:

أولاً: البيوع

البيع هو العملية الأساسية في النظام الاقتصادي، والذي يعتمد على المعاملة بين المتعاقدين، وفقاً لشروط محددة تتم من خلالها المبادلة أو الخدمة، وهو يلعب دوراً حيوياً في تحقيق التبادل الاقتصادي وتلبية احتياجات الأفراد والمؤسسات والمجتمعات. ولذلك جاءت تعريفات كثيرة للبيع في الفقه الإسلامي، والقوانين الوضعية.

البيع في المذاهب الفقهية جاء على تعريفات عدة، فعند المالكية في اصطلاح الفقهاء تعريفان، أحدهما، تعريف لجميع أفراد البيع شامل الصرف والسلم ونحوهما، وثانيها: تعريف لفرد واحد من هذه الأفراد، وهو ما يفهم من لفظ البيع عند الإطلاق عرفاً. ويسمى الأول تعريفاً للبيع بالمعنى الأخص، فأما تعريفه بالمعنى الأعم¹، كما عرفه ابن عرفة بأنه: "عقد معاملة على غير منافع ولا متعة لذة، فيخرج الإجارة والكراء والنكاح وتدخل هبة الثواب، والصرف، والمراطلة، والسلم"².

وعند الحنفية يعتبرونه مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب، وهو من الأضداد لغة واصطلاحاً، فيقال: باع الشيء شراه، ويقال باعه الشيء وباع منه"³، والبيع عندهم له معنى خاص ومعنى عام، أما البيع بمعناه الخاص فهو مبادلة السلعة بالنقد على وجه مخصوص، أما البيع بالمعنى العام فهو مبادلة المال بالمال على وجه مخصوص، فالمال يشمل ما كان عينا أو نقداً⁴.

يرى الشافعية أن حقيقة البيع في الشرع مقابلة المال بمال أو نحوه تمليكا⁵، فمقابلة مال بمال تكون على وجه مخصوص، أي عقد ذو مقابلة، والمقصود بالمقابلة المعاملة، وهي أن يدفع كل واحد من الجانبين

¹ - عبد الرحمن الجزيري، مختصر الفقه على المذاهب الأربعة، دار القلم، م2، بيروت، لبنان، 2020م، ص06.

² - ابن عرفة، المختصر الفقهي، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط1، ج5، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 1435هـ- 2014م، ص79.

³ - البائري، العناية شرح الهداية، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط1، ج6، مصر، 1389هـ- 1970م، ص246، 247.

⁴ - عبد الرحمن الجزيري، مختصر الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص05.

⁵ - النووي، المجموع شرح المذاهب، إدارة الطباعة المنيرية، ج9، القاهرة، مصر، 1344هـ، ص149.

عوضا للآخر، فتخرج بذلك الهبة لأنها تمليك بلا عوض، وقولهم مال بمال خرج به عقد النكاح لأنه مقابلة مال بغيره. وينقسم عندهم إلى قسمين: الصحيح وهو ما توفرت فيه الشروط والأركان، وفاسد ما اختل به بعض ذلك، وكل منهما ينقسم إلى محرم وجائز¹.

أما عند الحنابلة فالبيع مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأييد غير ربا وقرض². فمبادلة مال بمال عقد صاحب عوض من الجانبين، وهو عبارة عن جعل شيء في مقابلة آخر ويشمل المال النقد وغيره فيدخل فيه مقايضة سلعة بسلعة، ولا فرق في المال بين أن يكون معينا حاضرا أو موصوفا ولو كان ذلك المال دينا في الذمة، وقوله على التأييد متعلق بمبادلة يخرج به الاجارة، والاعارة³. وله صورتان ينعقد بهما: إحداها الصيغة القولية وهي غير منحصرة في لفظ بعينه بل كل ما أدى معنى البيع فمنها الإيجاب من بائع فيقول بعثك أو ملكتك ونحوهما، والقبول بعده من مشتر بلفظ دال على الرضا فيقول ابتعت أو قبلت أو رضيت وما في معناه، ويشترط أن يكون القبول على وفق الإيجاب في القدر والنقد وصفته والحلول والأجل، والثانية هي المعاطاة وتصح في القليل والكثير ونحوه أعطني بهذا الدرهم خبزا فيعطيه ما يرضيه أو يقول البائع خذ هذا بدرهم فيأخذه⁴.

وهذه التعاريف معناها ومؤداها واحد، لا فرق بينها تقريبا إلا من حيث الصيغة والشكل، فجميع المذاهب تتفق على أن البيع هو مبادلة مال بمال. ونجد أن المالكية شددوا على عدم وجود منافع أو متعة في البيع، في حيني ركز المذهب الحنفي على أن التراضي والاكتساب شرط في البيع، ومن جهة أخرى يتطرق المذهب الشافعي إلى التمليك كشرط، ويضيف المذهب الحنبلي أنه يسمح بالمبادلة في الذمة أو لأغراض مباحة.

ومقابلة للفقهاء الإسلامي جاءت التشريعات الوضعية على تعريف البيع، فالمشرع الجزائري عرف البيع في المادة 351 من القانون المدني على أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء

¹ - عبد الرحمن الجزيري، مختصر الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 08.

² - الحجاوي أبو النجا، الاقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، ج 2، بيروت، لبنان، د.ت، ص 57.

³ - عبد الرحمن الجزيري، مختصر الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 08.

⁴ - الحجاوي أبو النجا، الاقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج 2، ص 57.

أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"¹. جاء تعريف المشرع الجزائري للبيع على أنه نقل الملكية شيء مقابل ثمن نقدي، وهذا ما يميز البيع عن المقايضة. وقد أورد المشرع عبارة "أو حقا ماليا آخر" أي إضافة إلى بيع الملكية يمكن أن يكون البيع يشمل بيع حق مالي آخر كالحقوق الفنية وحقوق الانتفاع والارتفاق والحقوق الشخصية وحقوق الملكية الفكرية والأدبية وغيرها من الحقوق. وفي قانون المعاملات المالية المدنية الإماراتي جاء في المادة 489 على أنه: "مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي"². والمشرع الفرنسي جاء على تعريفه في المادة 1582 من التقنين المدني أن: "البيع اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بتسليم الشيء، والآخر بدفع ثمنه"³. وعرفه القانون التجاري الموحد UCC للولايات المتحدة على أنه: "نقل الملكية من البائع إلى المشتري مقابل ثمن"⁴.

هذه التعريفات في التشريعات الوضعية جميعها تشير إلى أن البيع يتضمن نقل الملكية من البائع إلى المشتري، حدد المشرع الجزائري والقانون التجاري الموحد والمشرع الفرنسي أن المقابل في عملية البيع هو ثمن نقدي في حين المشرع الإماراتي وضع احتمالية أن يكون غير نقدي. في حين لا يشير التعريف في القانون الموحد UCC وفي القانون الإماراتي إلى التزام البائع بتسليم الشيء بينما عند المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي جاءت الإشارة إلى تسليم الشيء أو نقله.

¹ - المادة 351 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، ج.ر، ع78، ص1010.

² - المادة 489 من قانون اتحادي رقم 1 لسنة 1987م بتعديل القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م، بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة المؤرخ في 14 فيفري 1987م، ج.ر، ع172، ص121.

³ - (La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer) Article 1582, code civil française du 16 mars 1804, livre 3 "Des différentes manières dont on acquiert la propriété", titre 6, chapitre 1, République Française.

⁴ - (sale consists in the passing of title from the seller to the buyer for a price), Article 2-106, "Definitions "Contract, Agreement, Contract for sale, Sale, Present sale, Conforming to Contract, Termination, Cancellation", Uniform Commercial Code (UCC), <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-106>, 14/02/2024, 12:59.

للبيع أقسام مختلفة على اعتبارات مختلفة، فإن كانت ثمننا بثمان سمي صرفاً، وإن كانت ثمننا بثمان سمي مطلقاً، وإن كانت عيننا بثمان سمي سلماً، وإن كان على الخيار سمي بيع خيار، وإن كان على المراجعة سمي بيع مراجعة، وإن كان على المزايدة سمي بيع مزايدة¹.

فأما البيع المطلق فهو الصورة الشائعة للبيع ولا نكاد نجد تعريفاً له، كونه يعتبر البيع على صورته الرائجة، أي مبادلة السلع بالأثمان (النقود)، أي أنه المعنى العام والمتعارف عليه للبيع.

فعند المالكية إذا كان البيع ثمناً بثمان سمي بيعاً مطلقاً²، كما جاء في تعريفه ما يلي: "وهو مبادلة العين بالدين وهو أشهر الأنواع، ويتيح للإنسان المبادلة بنقوده على كل ما يحتاج إليه من الأعيان، وإليه ينصرف البيع عند الإطلاق فلا يحتاج كغيره إلى تقييد"³. وعند الحنفية البيع المطلق هو بيع العين بالدين أي السلعة بالثمن⁴. ولم نجد له تعريفاً صريحاً من البيوع عند الحنابلة والشافعية. و لكن جاء تعريفه في موسوعة الفقه الإسلامي على أنه: "بيع المثلث بالثلث، وهو البيع الشائع المعروف، تدفع الذهب أو الفضة أو ما في حكمهما من الأوراق النقدية في مقابل السلعة سواء كانت عقاراً، أو منقولاً، أو غيرهما"⁵. وشرحت مجلة مجمع الفقه الإسلامي هذا التعريف على أنه: "مبادلة المال بالثلث أي مبادلة المثلثات

¹ - مُجَدِّد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، ط6، ج2، بيروت، لبنان، 1402هـ - 1982م، ص125.

² - مُجَدِّد بن حمود الوائلي، بغية المقتصد شرح بداية المجتهد، دار ابن حزم، ط1، ج12، بيروت، لبنان، 1440هـ - 2019م، ص664.

³ - مجموعة مؤلفين (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية)، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، ص2، ج9، الكويت، 1407هـ - 1987م، ص08. أنظر أيضاً: التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة (كتاب البيوع والمعاملات)، دار الوعي، ط2، ج5، الرويبة، الجزائر، 1431هـ - 2010م، ص79.

⁴ - الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر، ط2، ج6، بيروت، لبنان، د.ت، ص247. أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج7، ص105. أنظر أيضاً: الشيرازي وآخرون، تكملة المجموع شرح المذهب، دار الكتب العلمية، ج13، بيروت، لبنان، 2011م، ص134. أنظر أيضاً: حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي، النهاية في شرح الهداية، دار الكتب العلمية، ج6، بيروت، لبنان، 2023م، ص249.

⁵ - مُجَدِّد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج3، ص382.

بالأثمان، وهذا القسم هو أشهر أنواع البيوع وهو الذي يسمى بيعا عند إطلاق الوصف"¹. أما بقية الأنواع، فنوضحها في ما يلي:

أ. بيع المقايضة:

اتفق جمهور الفقهاء على أنه بيع العين بالعين أي بيع السلع بالسلع، وبالتالي مبادلة مال بمال غير النقدين².

وبيع المقايضة في الفقه له ثلاث حالات³:

- الحالة الأولى: مقايضة عين بعين، كأن يبيع سيارته مثلاً ببيته.
 - الحالة الثانية: مقايضة منفعة بمنفعة، كأن يبيع عليه حق الانتفاع بممر في أرضه بمثله من الجهة الأخرى.
 - الحالة الثالثة: مقايضة عين بمنفعة، وذلك أن يعطيه عروضاً مقابل الانتفاع بممر في أرضه.
- وقد عرف المشرع الجزائري المقايضة بموجب المادة 413 من القانون المدني على أنها: "المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل ملكية مال غير النقود"⁴. فالمشرع لا يخرج المعدل والمتمم، ج.ر، ع78، ص1014.

¹ - سامي حسن محمود، بيع الدين وسنات القرض وبدائله الشرعية في مجال القطاع العام والخاص، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي بمجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع11، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1419هـ - 1998م، ص143.

² - الكاساني، بدائل الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، ط1، ج5، مصر، 1328هـ، ص134. أنظر: التوجيهي، موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج3، ص371. أنظر أيضاً: البركتي، قواعد الفقه، مرجع سابق، ص215.

³ - ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مكتبة الملة فهد الوطنية، ط2، ج12، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1432هـ، ص22.

⁴ - المادة 413 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، ج.ر، ع78، ص1014.

عن النطاق العام في تعريف المقايضة باعتبارها عقدا ينصب على تبادل ملكية أشياء أو أموال من دون النقود. وعلى هذا الأساس أخرج من نطاق المقايضة قطاع الخدمات¹.

وعند المشرع الإماراتي جاء تعريفها في المادة 607 كما يلي: "المقايضة هي مبادلة مال أو حق مالي بعوض غير النقود"².

وعرفها المشرع الفرنسي بموجب المادة 1702 من القانون المدني الفرنسي على أنها: "عقد يتبادل بمقتضاه الأطراف شيئا فيما بينهم"³.

أما في القوانين الفدرالية الأمريكية فلم تعرف المقايضة كمصطلح بل تمت الإشارة إليها في إحدى القوانين الخاصة في ما يعرف بلوائح الدولة لولاية "أوهايو" في اتفاقيات المقايضة والغرض من هذه السياسة حيث جاءت على ذكر معاملات المقايضة كما يلي: "... معاملات المقايضة التي تتمثل في تبادل السلع أو الخدمات أو الأصول (بخلاف النقد) أو الخدمات أو الأصول غير النقدية الأخرى، يمكن أن يكون التبادل لسلع أو خدمات أو أصول متشابهة أو غير متشابهة"⁴. وهذه السياسة تتناول كيفية تبادل السلع

¹ - يعقوب بن حدة، تنظيم تجارة المقايضة في القانون الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، جامعة حسنية بن بوعلي، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، م14، ع2، الشلف، الجزائر، 2022م، ص259.

² - المادة 607 من قانون اتحادي رقم 1 لسنة 1987م بتعديل القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م، بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص147.

³ - (L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre) Article 1702, code civil française du 17 mars 1804, livre 3 "Des différentes manières dont on acquiert la propriété", titre 7, République Française, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/, 17/01/2024, 11:22.

⁴ - ("B" Purpose of policy: This policy establishes the directives to account for barter transactions which are the exchange of goods, services or assets (other than cash) for other non-monetary goods, services or assets. The exchange can be for similar or dissimilar goods, services, or assets). State Regulations Ohio Administrative Code 3364, University of Toledo Chapter 3364-35, Bartering Agreements Ohio Admin, Code 3364-35-01, Non-monetary transactions- barter agreements, <https://www.law.cornell.edu/regulations/ohio/Ohio-Admin-Code-3364-35-01#>, 17/02/2024, 16:45.

والخدمات و الأصول، فالمقايضة هنا جاءت ضمن مفاهيم أخرى بدلا من تعريفها بشكل مستقل، كما أدرجت جزئية (أن يقوم شخص أو منظمة مع أعضاء أو عملاء يتعاقدون مع بعضهم البعض لتداول أو مقايضة الممتلكات أو الخدمات بشكل مشترك)¹، تحت مفهوم "تبادل المقايضة". فيما معناه أن المقايضة صفقة تبادلية تقوم على تبادل الأشياء بدون الحاجة إلى الاعتماد على النقد أي وفق ما يتماشى مع مفهوم البيع والتبادل العام في القانون.

والمقايضة جائزة شرعا مطلقا بالسلع القيمة، وهي السلع التي ليس لها مثل في السوق، معجلا كان البيع أو بأجل، ومع التساوي في الجنس والقدر، أو مع الاختلاف فيهما، إذا استوفت المقايضة شروط البيع العامة²، فأحكام البيع كلها تسري في عقد المقايضة، إلا الأحكام المتعلقة بالثمن أو الالتزامات الراجعة إلى الثمن، إذ ليس لها محل في المقايضة، لخلوها من النقد. ولما كانت المقايضة من أنواع البيوع، فيشترط لها ما يشترط في البيع³، وهذا ما أشارت له التشريعات (الجزائري والإماراتي و الفرنسي في المواد 415* و 611* و 1703* على الترتيب)، بأن المقايضة تسري عليها أحكام البيع إلا في ما ينافي طبيعتها، لكن هناك شروط خاصة ببيع المقايضة ومن هذه الشروط: (الأول: أن لا يكون البدلان فيها نقدا، فإن كانا نقدين كان البيع صرفا وإن كان أحدهما نقدا فالبيع مطلق أو سلم)، (الثاني: أن يكون كل من البدلين في المقايضة

¹ - ("C " Barter exchange. Any person or organization with members or clients that contract with each other (or with the barter exchange) to jointly trade or barter property or services.) The same reference, 17/02/2024, 21:45

² - مجموعة مؤلفين (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية)، الدرر البهية من الفتاوى الكويتية (كتاب المعاملات)، دار الإفتاء، ط1، ج5، الكويت، 1436هـ-2010م، ص336.

³ - مجموعة مؤلفين (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية)، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار الصفوة، ط1، ج38، مصر، 1419هـ-1998م، ص343.

* - (تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايس عليه). المادة 415 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص1014.

* - (تسري أحكام البيع على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها). المادة 611 من قانون اتحادي رقم 1 لسنة 1987م بتعديل القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م، بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص147.

*(L'échange s'opère par le seul consentement, de la même manière que la vente). Article 1703, code civil française du 17 mars 1804, livre 3 "Des différentes manières dont on acquiert la propriété", titre 7, République Française, 17/02/2024, 16:55.

عينا معينة، لأن يبيع شيء غير معين بآخر معين ليس مقايضة بل هو من البيع المطلق أي يبيع العين، ولأن المبيع إذا كان ديناً والتمن سلعة، فهو من باب السلم)، (الثالث: التقابض في المقايضة، فلا يؤمر أحد العاقلين بالتسليم قبل صاحبه، لأن كلا من السلعتين متعین)، (الرابع: أن تكون المقايضة فيما لا يجري فيه ربا الفضل، لذلك يشترط لصحتها التساوي في التقابض إن اتفقا جنسا وقدرًا)¹. ففي بيع المقايضة تثار مسألة الأموال الربوية، وقد بين حكمها حديث الرسول ﷺ: {الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِصَّةُ بِالْفِصَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَيَبْعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ}²، واختلف الفقهاء فيما يقاس على هذه الأجناس، وعليه فإن السلع المثلية إذا اختلف الجنس بين البدلين جاز البيع مع تساوى القدر أو اختلافه، بشرط التقابض في البدلين في مجلس العقد، ولا يجوز من غير تقابض فيه، وإذا اتحد الجنس بينهما، فيجوز البيع بشرط عدم التأجيل في أي من البدلين، وبشرط التساوي في القدر بين البدلين، وإلا كان البيع ربويا محرما، أما بيعها بعضها ببعض بأجل، فلا يجوز سواء اتحد الجنس أو اختلف، وسواء تساوى القدر أو اختلف³.

المقايضة من أنواع البيوع، فهي تأخذ حكمه من الجواز، وهذا ما اتفق فيه الفقه الإسلامي (المذاهب الفقهية الأربعة) والتشريعات القانونية المذكورة (الجزائري، الإماراتي، الفرنسي، الأمريكي) من حيث احاطة بيع المقايضة بالشروط الخاصة بعقد البيع وأنه تسري عليها أحكامه إلا في ما يخالف طبيعتها كنوع من البيوع القائمة بذاتها.

¹ - مجموعة مؤلفين (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية)، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار الصفوة، ط1، ج38، مصر، 1419هـ-1998م، ص343.

² - أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، ج3، القاهرة، مصر، 1374هـ-1955م، ص1211. (رقم الحديث: 1587).

³ - مجموعة مؤلفين (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية)، الدرر البهية من الفتاوى الكويتية (كتاب المعاملات)، مرجع سابق، ج5، ص336-337.

ب. بيع الصرف:

جاء الصرف في الفقه الإسلامي في تعاريف مختلفة، فهو عند المالكية: "بيع الذهب بالفضة"¹، أي باختلاف الجنس كبيع الذهب بالفضة أو أحدهما بنقود²، فأما بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة فإن كان بالوزن فهو مراطة وإن كان بالعدد فيقال له مبادلة³، وهو ما عرفه بعض المالكية على أنه صرف أيضاً، أي "بيع أحد النقدين بمثله"⁴، وهو كما يعرف بأنه بيع الأثمان بعضها ببعض، أي أن تباع ذهباً بذهب، أو فضة بفضة، وكذلك دراهم بدراهم، فهو بيع نقد بنقد، سواء كان هذا النقد مضروباً (عملة معروفة كالتي تتعامل بها)، أو كان سبائك (قطعا من الذهب أو الفضة)، أو كان مصوغاً كالصياغات المعروفة⁵، وعند الحنفية: "اسم لبيع الأثمان المطلقة بعضها ببعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة وأحد الجنسين بالآخر"⁶. أما عند الشافعية فهو: "بيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب والذهب بالذهب وفضل الدرهم على الدرهم والدينار على الدينار"⁷. والحنابلة عرفوا الصرف على أنه: "بيع الأثمان بعضها ببعض"⁸. ويتفق الفقهاء على أن الصرف يتم بيعاً لأحد البدلين بالآخر أو ببعضها البعض، إلا بعض المالكية الذين حصروا معناه في البيع عند اختلاف الجنس.

¹ - ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن حزم، ط1، بيروت، لبنان، 1434هـ - 2013م، ص423.

² - ابن عرفة، المختصر الفقهي، مرجع سابق، ط1، ج5، ص157.

³ - ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، المرجع السابق، ص423.

⁴ - ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1423هـ - 2003م، ص641.

⁵ - ابن رشد القرطبي (ابن رشد الحفيد)، بغية المقتصد شرح بداية المجتهد، دار ابن حزم، ط1، مج13، بيروت، لبنان، 1440هـ - 2019م، ص7393، 7394.

⁶ - الكاساني، بدائل الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص215.

⁷ - تقي الدين السبكي، تكملة المجموع شرح المهذب، مطبعة التضامن الأخوي، ج10، القاهرة، مصر، 1348هـ، ص166. أنظر أيضاً: الماوردي، الحاوي الكبير في شرح فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، ط1، ج5، بيروت، لبنان، 1419هـ - 1999م، ص146. أنظر أيضاً: الزركشي، شرح الزركشي، دار العبيكان، ط1، ج3، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1413هـ - 1993م، ص472.

⁸ - ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، ط3، ج6، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417هـ - 1997م، ص112.

والصرف في القانون الجزائري جاء في نظام رقم 91-07 المتعلق بقواعد الصرف وشروطه: "كل تبادل بين العملات الصعبة الحسابية والدينار أو العملات الصعبة فيما بينها"¹. وينقسم الصرف عند المشرع الجزائري حسب ما وضعه في المادة السابعة من نفس النظام والتي تنص على: "يمكن أن يكون الصرف نقدا أو لأجل"².

وجاء على تعريف هذه الأقسام لاحقا، فجاء في المادة الثامنة أن: "يمثل الصرف نقدا، في مفهوم هذا النظام، كل معاملة شراء أو بيع العملات الصعبة مقابل الدينار بسعر محدد يسمى سعر النقد"³. وجاء تبين شروطه وقواعده فيما يليها من المواد من المادة 09 إلى المادة 15 بالإضافة إلى المادة 34. أما الصرف لأجل فجاء على تعريفه في المادة 16 في فقرتها الأولى على أنه: "الصرف لأجل في مفهوم هذا النظام، هو كل معاملة لشراء أو بيع العملات الصعبة مقابل الدينار بسعر يسمى (سعر لأجل)، ويتم في هذه الحالة تسليم إحدى العملتين المتبادلتين أو كليتهما (الدينار والعملات الصعبة) في تاريخ لاحق يسمى أجل (الاستحقاق)"⁴.

في حين غفل المشرع الإماراتي عن تعريف بيع الصرف، إلا أنه ضمن قانون في شأن المصرف المركزي وكيفية تنظيم المنشآت المالية، وهو مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) لسنة 2018م، وكذلك المشرع الفرنسي الذي لم نجد له تعريفا لبيع الصرف، وتستمد الأحكام العامة والخاصة ببيع الصرف من قوانين أو نصوص قانونية أخرى تتعلق بالأوراق المالية أو عمليات تبادل العملات الأجنبية.

في القانون الأمريكي في ما يخص قانون ولاية "نيويورك" جاء تعريف الصرف تحت مسمى صرف العملات كما يلي: "بيع العملات المعدنية أو العملات الأخرى لدولة ما مقابل عملة أخرى (أي التبادل) الذي هو معاملة مالية وليس بيعا لممتلكات شخصية ملموسة تخضع لضريبة المبيعات أو الاستخدام،

¹ - المادة 01 الفقرة 02 من نظام رقم 91-07 المرخ في 4 صفر 1412 هـ الموافق لـ 14 أوت 1991م يتعلق بقواعد الصرف وشروطه، ج.ر، ع24، ص732.

² - المادة 07 من نظام رقم 91-07 المتعلق بقواعد الصرف وشروطه، مرجع سابق، ص732.

³ - المادة 08 من نظام رقم 91-07 المتعلق بقواعد الصرف وشروطه، مرجع سابق، ص732.

⁴ - المادة 16 الفقرة 01 من نظام رقم 91-07 المتعلق بقواعد الصرف وشروطه، مرجع سابق، ص733.

حيث: (يتم تبادل العملات المعدنية أو العملات الأخرى، يعكس سعر الصرف القيمة الفعلية للعملة، العملات المعدنية أو العملات الأخرى متداولة بشكل عام في الدول المعنية)¹.

عادة الفقهاء أنهم يضيفون الصرف إلى الربا فيقولون "باب الصرف والربا" أو كتاب الربا والصرف²، فباب الصرف من أضيّق أبواب الربا، فالتخلص من الربا من كان عمله الصرف عسير، إلا لمن كان من أهل الورع والمعرفة بما يحل فيه ويحرم منه، ومما بين النبي ﷺ من وجوه الربا أن الذهب بالذهب والورق بالورق لا يباع إلا مثلاً بمثل يدا بيد، وأن الذهب بالورق لا يباع إلا يدا بيد³، فعن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: { لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، لَا تُشَفُّوا بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا الْوَرَقَ بِالْوَرَقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، لَا تُشَفُّوا بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا غَائِبًا بِنَاجِرٍ }⁴. وحدثنا عبد الرحمن بن أبي بكرة، عن أبيه قال: { نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ، وَالذَّهَبِ بِالذَّهَبِ، إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ. وَأَمَرَنَا أَنْ نَشْتَرِيَ الْفِضَّةَ بِالذَّهَبِ كَيْفَ شِئْنَا. وَنَشْتَرِيَ الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْنَا. قَالَ: فَسَأَلَهُ رَجُلٌ فَقَالَ: يَدًا بِيَدٍ؟ فَقَالَ: هَكَذَا سَمِعْتُ }⁵.

¹ - (Currency exchange: The sale of coins or other currency of one nation for that of another (i.e., an exchange) is a financial transaction and is not a sale of tangible personal property subject to sales or use tax where: "the coins or other currency is exchanged", "the exchange rate reflects actual currency value", "and " the coins or other currency is in general circulation in the respective nations"). State Regulations, New York Codes, Rules and Regulations, Title 20 – Department of Taxation and Finance, Chapter IV, Sales And Use And Other Miscellaneous Taxes, Subchapter A, Sales And Use Taxes, Part 527 Taxable Transactions, Sale of tangible personal property, <https://www.law.cornell.edu/regulations/new-york/20-NYCRR-527.1>, 18/02/2024, 19:10.

² - ابن رشد القرطبي (ابن رشد الحفيد)، بغية المقتصد شرح بداية المجتهد، مرجع سابق، مج13، ص7393.

³ - ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهّدات، دار الغرب الإسلامي، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م، ص14.

⁴ - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، دار ابن كثير، ط5، ج2، دمشق، سوريا، 1414هـ-1993م، ص761. (رقم الحديث: 2068).

⁵ - أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ج3، القاهرة، مصر، 1374هـ-1955م، ص1213. (رقم الحديث: 1590).

حكم الصرف هو حكم البيع، لكونه نوعاً منه إذا توفرت شروط صحته¹ وجوازه، فشروط جوازه على الخصوص ثلاثة (أن لا يتفرقا عن تقابض، أن لا يكون في هذا العقد خيار الشرط لأحدهما، أن لا يكون في هذا العقد أجل)²، فلا بد من قبض العوضين قبل الافتراق، ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن بيع الكالئ بالكالئ، ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق الربا، ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ، أو لا يتعينان كالمضروب، أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر، ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقه، فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربا، والمراد هنا هو الافتراق بالأبدان حتى لو ذهباً عن المجلس يمشيان في جهة واحدة، أو ناما في المجلس، أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف³، وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض، فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض، ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه، ولا الأجل، لأن أحدهما لا يبقى القبض مستحقاً، وبالتالي يفوت القبض المستحق، إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرر⁴. لأن الخيار استثناء لحكم العقد وهو الملك عن العقد، فيمتنع الملك ما بقي الخيار، وإذا امتنع الملك يمتنع القبض الذي حصل به التعيين الذي هو شرط جواز هذا العقد، أما فيما يخص الأجل فشرط الأجل يتقدم استحقاق القبض الذي يحصل به التعيين، فرجع الكل إلى معنى واحد أن التعيين، وخيار الرؤية وخيار العيب يخالف خيار الشرط في هذا الباب، لأنه بخيار العيب والرؤية لا يمتنع الملك فكان القبض الذي يحصل به التعيين ثابتاً، فيصح العقد، وهذا هو الفرق بين هذه الفصول، فإن افترقا من غير تقابض أو شرط الخيار أو الأجل فسد البيع ثم لا يصح بعد ذلك، أما إذا افترقا من غير تقابض، فلأنه فات شرط الصحة وهو التقابض، وأما إذا كان فيه خيار الشرط، فكذلك لهذا المعنى أيضاً، وأما إذا كان فيه أجل قائم يفسد العقد إذا لم يتقابضا،

¹ - ديان الديان، ديان الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، ج12، ص25.

² - محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري المرغيناني، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، دار احياء التراث العربي، ط1، ج8، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م، ص295، 296.

³ - بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، ط2، مج8، بيروت، لبنان، 2012م، ص395 إلى 398.

⁴ - بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، مرجع سابق، ص395 إلى 398.

فأما إذا تقابضا لا يفسد العقد، لأن التقابض يكون اسقاطا للأجل ولو شرطا الخيار ثم أبطلا قبل الافتراق أو كان الخيار لأحدهما فأبطله الذي هو له قبل الافتراق جاز استحساناً¹.

اتفق في ذلك الفقه الإسلامي مع التشريعات الوضعية المذكورة أن الصرف نوع من البيوع الجائزة، وكره مالك العمل به إلا لمن يتقي الله، فجنس به في ظاهر الأقوال هو الإباحة عندهم، وثبتت مشروعيتها بعموم نصوص مشروعية البيع، وما أجازته النبي ﷺ من بيع الأموال الربوية ببعضها البعض سواء اتحد الجنس أو اختلف، مفاضلة أو مماثلة، مادام يدا بيد.

ج. بيع السلم:

عرفه القرطبي عند المالكية بأنه: "هو بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم. فتقييده بمعلوم في الذمة يفيد التحرز من المجهول"². وعند الحنفية هو: "تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر"، وقيل السلم والسلف بمعنى واحد وإنما سمي هذا العقد به لكونه معجلاً على وقته فإن أوان البيع ما بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد وإنما يقبل السلم في العادة فيما ليس بموجود في ملكه فلكون العقد معجلاً على وقته سمي سلماً وسلفاً³. إلا أن السلم لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق⁴، أما الشافعية فعرفه النووي على أنه: "عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً"⁵. وعند الحنابلة هو: "عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد"⁶.

¹ - محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري المرغيناني، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، مرجع سابق، ج8، ص297، 296.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج3، ص378.

³ - السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، د.ط، ج12، مصر، د.ت، ص124.

⁴ - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، ط2، ج2، بيروت، لبنان، 1424هـ - 2003م، ص272.

⁵ - النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، ط2، ج11، بيروت، لبنان، 1392هـ، ص41.

⁶ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، وزارة العدل، ط1، ج8، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1427هـ - 2006م، ص85.

عرف المشرع الجزائري بيع السلم على أنه: "عقد يقوم من خلاله البنك أو المؤسسة المالية، الذي يقوموا لمشتري بشراء سلعة، التي تسلم له آجلا من طرف زبونه، مقابل الدفع الفوري والنقدي"¹. عرفه المشرع الإماراتي على أنه: "بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل"². ويتفق المشرع الجزائري مع المشرع الإماراتي في عدم اشتراط الكتابة في عقد السلم، حيث لم ينص صراحة على ذلك على اعتبار أنه بيع رضائي، يتم بمجرد التراضي. في حين لم نجد له تعريف عند المشرعين الفرنسي والأمريكي كونه المنتجات التي تخص التعاملات البنكية التي تتعلق بالصيرفة الإسلامية.

حكم بيع السلم هو الجواز فهو رخصة مستثناة من بيع ما ليس عند بائعه. ودليل جوازه الكتاب والسنة والإجماع. فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُتِبُوهٗ﴾ (سورة البقرة: 282)، والدين عام يشمل دين السلم ودين غيره، وقد فسر ابن عباس بدين السلم. وأما من السنة فعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: {مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزَنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ}³. ومن الإجماع فقد أجمع أئمة المسلمين على جوازه⁴، فقال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز، ولأن المثلث في البيع أحد عوضي العقد، فجاز أن يثبت في الذمة، كالثمن، ولأن بالناس حاجة إليه، لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل، وقد تعوزهم النفقة، فجوز لهم السلم ليرتفقوا، ويرتفق المسلم بالإسترخاص⁵، وبالتالي يجوز لهم السلم دفعا للحاجة، وقد استثنى عقد السلم من قاعدة عدم جواز بيع المعلوم، لما فيه من تحقيق مصلحة اقتصادية، ترخيصا للناس، وتيسيرا عليهم⁶.

¹ - المادة 09 من نظام رقم 20-02 المؤرخ في 20 رجب 1441هـ الموافق لـ 15 مارس 2020م المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج.ر، ع16، الجمهورية الجزائرية، ص34.

² - المادة 568 من قانون اتحادي رقم 1 لسنة 1987م بتعديل القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م، بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص137.

³ - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، دار ابن كثير، ط5، ج2، دمشق، سوريا، 1414هـ-1993م، ص78. (رقم الحديث: 2125). أنظر: صحيح مسلم، 3/1604، ص1227.

⁴ - عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج2، ص273.

⁵ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج6، ص385.

⁶ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط4، ج5، دمشق، سوريا، 1409هـ-1989م، ص3603.

ثانياً: الإجارة

عرفها المالكية على أنها: "بيع منافع معلومة بعوض معلوم"¹، والحنفية يعرفون الإجارة على أنها: "تمليك منفعة"². وعند الشافعية: "معاملة ترد على منافع مقصودة قابلة للبذل على شرط الإعلام مع العوض المبيّن"³. أما عند الحنابلة: "عقد على المنافع تنعقد بلفظ الإجارة والكراء وما في معناهما"، وهي نوع من البيع لأنها تمليك⁴، وجاء أيضاً في تعريفها عندهم أنها: "عوض معلوم، في منفعة معلومة، من عين معينة أو موصوفة في الذمة، أو في عمل معلوم"⁵. وتعريف الحنابلة هو الشامل لكل تعاريف المذاهب الأخرى.

وجاءت التشريعات الوضعية مبنية على ما جاء في الفقه الإسلامي فيما يخص الإجارة، فعند المشرع الجزائري يعرف الإيجار بأنه: "عقد يمكن المؤجر بمقتضاه من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم"⁶، كما جاء النظام رقم 20-02 على تعريف الإجارة كأحد منتجات النوك المتعلقة بالصيرفة الإسلامية على أنها: "عقد إيجار يضع من خلاله البنك أو المؤسسة المالية، المسمى (المؤجر) تحت تصرف الزبون المسمى (المستأجر)، وعلى أساس الإيجار، سلعة منقولة أو غير منقولة، يملكها البنك أو المؤسسة المالية، لفترة محددة مقابل تسديد إيجار يتم تحديده في العقد"⁷.

¹ - الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، إدارة إحياء التراث الإسلامي، ط1، ج4، قطر، 1403هـ، ص121.

² - ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط2، ج6، بيروت، لبنان، 1386هـ-1966م، ص3.

³ - الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، ط1، ج8، جدة، المملكة العربية السعودية، 1428هـ-2007م، ص65.

⁴ - ابن قدامة، المغني على الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، ج6، بيروت، لبنان، 1403هـ-1983م، ص3.

⁵ - شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخراقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة العبيكان، ط1، مج4، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1413هـ-1993م، ص216.

⁶ - المادة 467 (معدلة) من القانون رقم 05-07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق لـ 13 ماي 2007م يعدل ويتمم القانون رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع31، ص3.

⁷ - المادة 08 من نظام رقم 20-02 المؤرخ في 20 رجب 1441هـ الموافق لـ 15 مارس 2020م المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج.ر، ع16، الجمهورية الجزائرية، ص34.

الْمَاهِرُ بِالْهَدَايَةِ) قَدْ غَمَسَ يَمِينَ حَلْفٍ فِي آلِ الْعَاصِ بْنِ وَائِلٍ، وَهُوَ عَلَى دِينِ كُفَّارِ قُرَيْشٍ، فَأَمْنَاهُ فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاحِلَتَيْهِمَا، وَوَعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، فَأَتَاهُمَا بِرَاحِلَتَيْهِمَا صَبِيحَةَ لَيَالٍ ثَلَاثٍ، فَارْتَحَلَا، وَأَنْطَلَقَ مَعَهُمَا عَامِرُ بْنُ فُهَيْرَةَ، وَالذَّلِيلُ الدَّيْلِيُّ، فَأَخَذَ بِهِمْ أَسْفَلَ مَكَّةَ، وَهُوَ طَرِيقُ السَّاحِلِ¹، وقد بعث النبي ﷺ والناس يعملون بالإجارة، فكانوا يؤاجرون ويستأجرون، ولم ينكر عليه الصلاة والسلام عليهم ذلك، فكان ذلك تقريراً عن أن الإجارة جائزة.

أجمع العلماء على جواز عقد الإجارة لحاجة الناس إليه، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى الإجارة، لأنه ليس لكل أحد دار يملكها، وسيارة يركبها، ولا يلزم كل أحد أن يتعلم جميع الحرف، ولا يقدر كل مسافر على بغير أو دابة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر، ولا يمكن كل أحد عمل ذلك، ولا يجد متطوعاً به، فلا بد من الإجارة لذلك، بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقاً للرزق، حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع، فإباحة تبادل المنافع على وجه الإجارة مما تقتضيه الفطرة².

ومن القياس يقول ابن قدامة أن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان، وجب أن تجوز الإجارة على المنافع³، فهي من البيوع وبالتالي فهي تقاس على عقد البيع في الجواز، فالبيع يقع على الأعيان، أما الإجارة فتقع على المنافع، والحاجة لهما كبعضهما، فلما أجاز العقد على الأعيان جاز العقد على المنافع.

وبالتالي فأعمال الوساطة التجارية تدور في صلب المعاملات المالية الأساسية، حيث تركز أعمال الوسيط التجاري على تسهيل وتنظيم المعاملات من بيع وشراء وإجارة. فمن خلال دور الوسيط، يتم تسهيل الاتفاقات بين الأطراف المختلفة في هذه العقود، مما يساهم في تحقيق الالتزامات التي يسعى الوسيط

¹ - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب: استئجار المشركين عند الضرورة، أو إذا لم يوجد أهل الإسلام، المرجع نفسه، ط5، ج2، ص790. (رقم الحديث: 2144).

² - الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج3، 2002م، ص490. أنظر: ابن قدامة، المغني على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج6، ص3. أنظر أيضاً: زيد الدين عبد العزيز بن زيد الدين المليباري، فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، دار الكتب العلمية، ط1، ج3، بيروت، لبنان، 1415هـ-1995م، ص187.

³ - ابن قدامة، المغني على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج6، ص3.

في تحقيقها وربط الأطراف لتنفيذها. ولذلك، تُعتبر الوساطة التجارية جزءاً أساسياً في النظام التجاري القائم على عقود المعاوضات.

ويتضح لنا أن نطاق الوساطة التجارية لا يخرج عن كونه تدخلاً لتيسير معاملات المعاوضة، سواء تعلق الأمر بالبيع والشراء أو بالإجارة. فالوسيط التجاري يضطلع بدور رئيسي في إتمام هذه العمليات، ويتكيف مع كل عملية حسب مهامه الموكلة إليه وعليها يمارس وساطته، عبر الجمع بين الأطراف وضمن تحقيق مصالحهم وفقاً لشروط متفق عليها، ووفقاً للعقد في ذاته. وبذلك، تظل أعمال الوسيط التجاري كونه يتوسط في إبرام إحدى عقود المعاوضات.

المطلب الثاني: مشروعية الوساطة التجارية

تعد الوساطة التجارية من التعاملات التي لها أهميتها في المجال التجاري وفي الحياة الاقتصادية، فهي تسهل العمليات المالية، لذا وجب معرفة مدى مشروعيتها في أحكام الشريعة الإسلامية، للوقوف على مدى توافقها مع الأحكام والضوابط الشرعية للمعاملات الإسلامية، ونفصل في ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: من القرآن

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (سورة المائدة: 01)، قال ابن عاشور: "تصدير السورة بالأمر بالإيفاء بالعقود مؤذن بأنه سترد بعده أحكام وعقود كانت عقدت من الله على المؤمنين إجمالاً وتفصيلاً، ذكرهم بها لأن عليهم الإيفاء بما عاقدوا الله عليه¹، فمنها ما عاقد المسلمون عليها ربهم وهو الامتثال لشريعته، وذلك كقوله تعالى: ﴿وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمِيثَاقَهُ الّذِي وَاثَقَكُمْ بِهِ إِذْ قُلْتُمْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِذَاتِ الصُّدُورِ﴾ (المائدة 07)، و أيضاً مثل ما كان يبايع عليه الرسول المؤمنين أن لا يشركوا بالله شيئاً ولا يسرقوا ولا يزنوا، ويقول لهم: فمن وفي

¹ - ابن عاشور الطاهر، التحرير والتنوير، الدار التونسية، ج6، تونس، 1984م، ص74.

منكم فأجره على الله، وشمل أيضا العقود التي عاقد المسلمون عليها المشركين، كما تشمل أيضا العقود التي يتعاقد بها المسلمون فيما بينهم¹، والوساطة التجارية من بين هذه العقود.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْتُمْ تَكُونُ

بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (النساء 29)، فالله تبارك وتعالى ينهى عباده المؤمنين عن أن يأكلوا أموال بعضهم بعضا بالباطل أي بأنواع المكاسب التي هي غير شرعية كأنواع الربا والقمار وما جرى مجرى ذلك من سائر صنوف الحيل... وقال قتادة بأن قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة)، قرئ تجارة بالرفع والنصب وهو استثناء منقطع كأنه يقول لا تتعاطوا الأسباب المحرمة في اكتساب الأموال لكن المتاجر المشروعة التي تكون عن تراض من البائع والمشتري فافعلوها وتسببوا بها في تحصيل الأموال²، وليست الوساطة التجارية ولا أجرتها من ذلك الباطل بل هي من التراضي بين المتعاقدين وهذه هي التجارة، فالرسول عليه الصلاة والسلام سمى السماسرة تجارا، فهم من يقومون بدور الوسيط التجاري بين المتعاقدين.

أيضا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْرِمُوا طَبِيبَتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا

يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ (المائدة 87)، والاعتداء هنا قيل وتضمن الطرفين، أي لا تشددوا فتحرموا حالا، ولا تتخروصوا فتحلوا حراما³، ولأن الأصل في المعاملات الجواز والاباحة فلا يصح تحريم الوساطة التجارية إلا بنص شرعي.

الفرع الثاني: من السنة النبوية

- حدثنا عبد الرحمان بن مهدي، عن سفيان، عن حبيب بن أبي ثابت، عن أبي وائل، عن قيس بن أبي غرزة رضي الله عنه قال: {كُنَّا نَبْتَاعُ الْأَوْسَاقَ بِالْمَدِينَةِ، وَكُنَّا نُسَمِّي السَّمَّاسِرَةَ، قَالَ: فَأَتَانَا رَسُولُ اللَّهِ

¹ - ابن عاشور الطاهر، التحرير والتنوير، المرجع نفسه، ص 74.

² - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار ابن حزم، 1420هـ-2000م، بيروت، لبنان، ص 466.

³ - القرطبي شمس الدين، 1384هـ - 1964م، الجامع لأحكام القرآن، ج 6، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط 2، ص 263.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَسَمَّانَا بِاسْمِهِ هُوَ أَحْسَنُ مِمَّا كُنَّا نُسَمِّي بِهِ أَنْفُسَنَا، فَقَالَ: يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ إِنَّ هَذَا الْبَيْعَ يَحْضُرُهُ اللَّغْوُ، وَالْحَلْفُ، فَشُوبُوهُ بِالْصَّدَقَةِ¹.

والمقصود من إيراد الحديث بيان جواز ذلك، وذكر أن النبي ﷺ سماهم بما هو أحسن مما كانوا يسمون به أنفسهم، وهو الأليق بكرم رسول الله ﷺ وحسن معاملته مع الناس، وإنما كان اسم التجار أحسن لأن ذلك يطلق في العبادات، كما بين أن التاجر يندب له أن يستكثر من الصدقة لما أشار صلوات الله عليه في قوله أن البيع يحضره اللغو والحلف أي قد يبالغ في وصف سلعته حتى يتكلم بما هو لغو وقد يجازف في الحلف لترويج سلعته فيندب إلى الصدقة ليمحو أثر ذلك². فالنبي ﷺ شهد على عمل السماسرة وأقرهم على ذلك ولم ينههم عنه، بل أمرهم أن يشوبوا عملهم بالصدقة ليكون كفارة لما قد يكون بينهم من الأيمان والكذب وغيرها، وكما يعرف فالسمسرة إحدى صور الوساطة التجارية وأبرزها، ويتدخل فيها الوسيط في الربط بين طرفي العقد لإتمامه، وبالتالي فما جاء في الحديث بخصوص السماسرة وعقد السمسرة ينطبق على الوسطاء التجاريين وعلى الوساطة التجارية، وذلك يدل على جوازها وأقرارها من طرف الرسول ﷺ لأنه لم ينكر عليهم عملهم بالتوسط.

- حدثنا الصلت بن محمد، حدثنا عبد الواحد، حدثنا معمر، عن عبد الله بن طاوس، عن أبيه، عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: {لَا تَلَقُّوا الرُّكْبَانَ، وَلَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ. (قَالَ: فَقُلْتُ لِابْنِ عَبَّاسٍ: مَا قَوْلُهُ): لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ قَالَ: لَا يَكُونُ لَهُ سِمْسَارًا³.

و المراد منه قوله في تفسير المنع لبيع الحاضر للبادي أن لا يكون له سمسار، فإن مفهومه أنه يجوز أن يكون سمساراً في بيع الحاضر للحاضر، ولكن شرط الجمهور أن تكون الأجرة معلومة⁴. فالسمسرة من

¹ - أخرجه أحمد ابن حنبل، مسند المدنيين، حديث قيس بن أبي غرزة، مسند الإمام أحمد، مرجع سابق، ج26، ص58. (رقم الحديث: 16135).

² - السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، د.ط، بيروت، لبنان، 1414هـ-1993م، ص105.

³ - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب: هل يبيع حاضر لباد بغير أجر وهل يعينه أو ينصحه، مرجع سابق، ج2، ص757. (رقم الحديث: 2050).

⁴ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري (شرح صحيح البخاري)، 1379هـ، دار المعرفة، د.ط، بيروت، لبنان، ص152.

أهل الحضر فيما بينهم هي جائزة، فالنهي هنا اختص بالسمسرة للبادي، ولم تعلم علة نهي الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك، لأنه لو كانت السمسرة محرمة مطلقاً لكان نهي عنها الرسول ﷺ في جميع أحوالها لا في حالة واحدة.

- وفيما يخص أجر السمسرة، ما جاء في صحيح البخاري: (لم ير ابن سيرين، وعطاء، وإبراهيم، والحسن بأجر السمسار بأساً)، وقال ابن عباس: (لابأس أن يقول: بع هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا فهو لك)، وقال ابن سيرين: (إذا قال: بعه بكذا، فما كان من ربح فهو لك، أو بيني وبينك، فلا بأس به)¹، وعن رافع بن خديج رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: {الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ}². والشروط هنا هي التي تقع بينهم جائزة شرعاً فيجب الوفاء بها، مادامت لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً.

وقد اختلف العلماء في أجر السمسار، فأجازته غير من ذكرهم البخاري، ومنهم: مالك وأحمد ابن حنبل، وقال مالك: يجوز أن يستأجره على بيع سلع إذا ضرب لذلك أجلاً، وقال إذا قال له: بع لي هذا الثوب ولك درهم، أنه جائز وإن لم يوقت له ثمناً، وهو جعل، وكذلك إن جعل له في كل مائة دينار شيئاً وهو جعل. وقال أحمد بن حنبل: لا بأس أن يعطيه من الألف شيئاً معلوماً³. وسنفصل لاحقاً في ذلك.

الفرع الثالث: من المعقول

إن الأصل في العقود والشروط التي يقوم بها الناس هو الإباحة والجواز والصحة، وأن المستصحب فيها الحل وعدم التحريم... ولا يبطل منها إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله بالنص أو بالقياس⁴. والوساطة التجارية من بين هذه العقود فهي شيء مقصود للناس في حياتهم وكثيراً ما يحتاجون إليه، فكم من

¹ - الصنعاني، التنوير شرح الجامع الصغير، مكتبة دار السلام، د. ط، الرياض، السعودية، 1432هـ، 2011م، ص138.

² - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب: أجر السمسرة، مرجع سابق، ج2، ص794. (رقم الحديث: 2153)..

³ - ابن بطال، شرح صحيح البخاري، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، 1423هـ - 2003م، ص92.

⁴ - محمد شلتوت، الفتاوى دراسة مشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية، دار الشروق، د. ط، القاهرة، مصر، 1424هـ - 2004م،

ص309. أنظر أيضاً: محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية في المذاهب الأربعة، دار الفكر، ط1، ج2، دمشق، سوريا، 1427هـ - 2006م، ص815-817.

أناس لا يعرفون طرق المساومة في البيع والشراء، ولا يعرفون طرق الوصول إلى شراء أو بيع ما يريدون شراءه أو بيعه، وكم من ناس لا تسمح لهم مراكزهم بالنزول إلى الأسواق، والاتصال بالبائعين والمشتريين، ولا يجدون من يقوم لهم بالبيع والشراء¹، وآخرون ليس عندهم القدرة على تمحيص ما يشترون ومعرفة عيوبه²، فليس كل انسان يهتدي إلى السلع المختلفة وخاصة الأراضي والعقارات والسيارات، فيحتاج إلى من يدلّه عليها³، ومن هنا كانت الوساطة التجارية عملاً شرعياً نافعا للبائع والمشتري والوسيط، ويحتاج إليه ككل عمل آخر يحتاج إليه الناس وينفعهم، وليس فيه ما يوجب التحريم. غير أنه يجب على الوسيط ليكون ما يأخذه حلالاً الإخلاص في التوسط والبعد عن التدليس والتغريب، وذلك بالاستتجار عليها اجارة شرعية صحيحة ذات منفعة معلومة وأجرة معلومة⁴.

وفي وقتنا الحاضر ونظراً للتطور السريع والواسع في الميادين كافة بشكل عام وفي التعامل التجاري بشكل خاص، فإن التاجر أصبح يستعين في مباشرة نشاطه التجاري بعدد كبير من الأشخاص الوسطاء، حيث لا يستطيع في الغالب أن يباشر نشاطه التجاري على الوجه الأكمل بمفرده، خاصة إذا كانت التجارة التي يقوم بها على قدر من الأهمية⁵.

وبما أنه ليس في الشرع ما يدل على أي حصر لأنواع العقود وتقييد الناس بها. فكل موضوع لم يمنعه الشرع بنص صريح ولا تقتضي القواعد والأصول الشرعية منعه، يجوز أن يتعاقد عليه الناس ويلزمون فيه بعقودهم، وحينئذ يخضع التعاقد للقواعد والشرائط العامة في العقود من أهلية التعاقد وقابلية المحل... وغيرها.

ولأن الوساطة التجارية عقد الأصل فيه الإباحة، وفق ما سبق كنوع من العقود فالجواز يكون في صورتها التقليدية أو الحديثة (الوساطة التجارية الإلكترونية، السمسرة الإلكترونية...)، وفقاً لشروط إباحتها،

¹ - مُجَدِّ شَلْتوت، الفتاوى دراسة مشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية، المرجع السابق، ص356.

² - مُجَدِّ صالح المنجد، حكم السمسرة، <https://islamqa.info/ar/answers/45726/>، 27-09-2021م، 10:20.

³ - عبد الله الشعيب، أحكام السمسرة في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والدراسات، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع66، م21، الكويت، 2006م، ص273.

⁴ - مُجَدِّ شَلْتوت، الفتاوى دراسة مشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية، 1424هـ-2004م، دار الشروق، القاهرة، مصر، ص309.

⁵ - صرصور غادة غالب يوسف، 2008م، عقد السمسرة بين الواقع والقانون - دراسة مقارنة بين القانون التجاري المصري والقانون التجاري الأردني، قسم القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

مادامت الوساطة التجارية تتم في العمل النافع المباح منضبطة بالأحكام الشرعية، إضافة إلى كونها وسيلة تيسير على الناس في الحصول على ما يبتغونه من المنافع التي لا ملك لهم فيها، ومراعاة حاجة الناس أصل في تشريع العقود، فتشريع أيضا أجرته على وجه ترتفع به الحاجة، وموافقا لأصل الشرع .

ليس من الممكن التطرق لكل العقود جملة وتفصيلا في الكتاب والسنة النبوية وإنما وجب العمل بكل ما أجازته الشرع ويخدم مصلحة الأفراد، فحاجة الناس إلى أشخاص أجراء في أعمالهم التي يريدون القيام بها ولا يستطيعون سواء لانشغالاتهم الكثيرة أو لعدم اتقانها، فالمنع هنا من الاستعجار عليها فيه تفويت لمصالح الناس وتضييق عليهم.

وعموما فالوساطة التجارية والتي لم يعرفها الفقه الإسلامي ولا حتى التشريع الوضعي كعملية تجارية، ولكن الفقهاء والقانونيين لم يختلفوا على جوهرها في أنها عقد توسط لإبرام عقد آخر مقابل أجره تحدد باتفاق الأطراف، ولم يختلف الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة والقانون الوضعي المتمثل في القوانين محل الدراسة في نطاق ممارسة هذه المعاملة المالية، فأغلب تدخلات الوسيط التجاري تكون في عمليات البيع والشراء والإجارة باختلاف أنواعها وكلها معاملات مالية أقرها الفقه والقانون، ولكن أحاطوها بأحكام وضوابط شرعية وقانونية حتى تتم بصورتها الصحيحة التي تضمن حفظ الأموال والعدالة.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للوساطة التجارية

تعتبر الوساطة التجارية من العقود التي اكتسبت أهمية بالغة في المعاملات المالية على اختلافها تقليدية أو حديثة كانت، فهي تقوم على عديد الممارسات التي تجعلها قد تأخذ أشكال عقود متعددة، وفقا للمعاملة المالية التي تتم ووفقا لأعمال الوسيط فيها، لذلك وجب دراسة تكييفها فقها وقانونا لفهم طبيعتها و أحكامها في كل عقد، ومدى توافقها مع الأحكام الشرعية والقانونية. ونفصل ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: التكييف الفقهي للوساطة التجارية

والوساطة التجارية لم تفرد بهذا الاسم في كتب الفقه، فالوساطة التجارية تشمل جميع أشكال التوسط بين الأطراف المتعاقدة لتحقيق عقد معين، ولكن الصورة التقليدية والأبرز لها هي السمسرة، فالسمسار يقوم بدور الوسيط بين المتعاملين مقابل أجر محدد، وبالنظر إلى أن الفقه الإسلامي تناول أحكام السمسرة، فيمكن الاعتماد على أحكامها لمعرفة أحكام الوساطة التجارية، كونها الصورة الأساسية لعملية التوسط التجاري التي يقوم بها الوسيط.

فقد وردت جملة من أحكام السمسرة والسماسرة في أبواب متفرقة أهمها باب الإجارة وباب الجعالة، كما ورد لها ذكر في عدد من الأبواب مثل البيع والوكالة والشركة والشفعة والنكاح، ولم تجمع أحكام السمسرة في مكان خاص بها على أنها عقد من العقود المستقلة، وفي أثناء هذه الأبواب عدها الفقهاء إجارة وبعضهم جعالة، وفرق بعضهم باعتبارها تارة إجارة وتارة جعالة، ومنهم من سماها وكالة¹.

إن عمل الوسيط من حيث تقديره يأتي إما بتحديدته بالزمن (ينتهي بانتهاء المدة دون النظر إلى النتيجة من حيث حصول العقد المتوسط فيه من عدمه) أو بتحديدته بانتهاء العمل المعين (كالتعاقد معه على الوساطة في بيع عقار مثلا، فيكون تمام عمله بحصول البيع ولا ينظر في ذلك إلى الزمن). ولذلك فإن تحديد التكييف الفقهي للسمسرة يكون من خلال تقديرها بالزمن أو بالعمل، ولكن محل الخلاف عند العلماء في ما إذا كانت السمسرة تجوز مطلقا سواء قدر عمل الوسيط فيها بالزمن أو بانتهاء العمل سواء

¹ - عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، دار اشبيليا، ط1، الرياض، السعودية، 1416هـ، 1995م، ص97.

كان باليسير أو بالكثير، وبتتبع أقوال العلماء واستقراءها نجد قول بجواز السمسرة مطلقاً، وقول بجوازها مقدرة بالزمن دون العمل، وقول بجوازها مقدرة بالزمن والعمل إذا كان يسيراً¹.

وسنوضح السمسرة فيما يلي وعلى أي العقود تم تكييفها وفقاً لتقديرها بالزمن أو بالعمل، ومعرفة الحكم لكل منهما.

الفرع الأول: تكييف الوساطة التجارية المقدرة بالزمن

السمسرة المقدرة بالزمن هي التعاقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، بمعنى أن الأساس في إنشاء العلاقة بين السمسار والغير هو الزمن، وفيه يتعاقد الغير مع السمسار على أن يعمل لحسابه مدة معينة، وبانتهاء هذه المدة ينتهي التعاقد سواء أتم السمسار العمل أم لا فلا عبرة للعمل هنا².

يعني أن الوساطة التجارية تعتمد على تحديد مدة لممارسة الوسيط أعماله، سواء كانت في الربط بين الأطراف المتعاقدة أو التفاوض أو إبرام الصفقات أو غيرها من أعمال الوسيط.

والسمسرة جائزة مطلقاً إذا قدرت بالزمن وذلك قول (ابن سيرين، وعطاء واحد أقوال الحنفية والمشهور عند المالكية، والظاهر من مذهب الشافعية وهو مذهب الحنابلة)³، فقد نص أصحاب المباحث الثلاثة، الحنفية والمالكية والحنابلة، على جواز السمسرة في البيع والشراء، إذا كانت مقدرة بمدة معلومة، أما الشافعية فظاهر مذهبهم الجواز حيث نصوا على جواز الاستئجار على السمسرة في البيع والشراء⁴.

¹ - عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ص 70.

² - لطفي أحمد مجّد، أعمال السمسار في بورصة الأوراق المالية دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2013م، ص 40.

³ - عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ص 71.

⁴ - مبارك بن سليمان بن مجّد آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، دار كنوز إشبيلية، ج 1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1426هـ-2005م، ص 442.

وهذا النوع من السمسرة هو ضرب من ضروب الإجارة المعروفة لدى الفقهاء، وقد جاء النص صراحة على هذه الصورة¹ في عديد المواضع.

فقال ابن قدامة: (... ويجوز أن يستأجر سمسارًا، يشتري له ثيابا... وهي منفعة مباحة، تجوز النيابة فيها، فجاز الاستئجار عليها كالبناء، ويجوز على مدة معلومة، مثل أن يستأجر عشرة أيام يشتري له فيها، لأن المدة معلومة...)².

وقال السرخسي: (... وإن استأجره يوما إلى الليل بأجل معلوم ليبيع له أو ليشتري له فهذا جائز لأن العقد يتناول منافعه هنا وهو معلوم ببيان المدة والأجير قادر على إيفاء المعقود عليه، ألا ترى و أنه سلم إليه نفسه في جميع اليوم استوجب الأجر و إن لم يتفق له بيع أو شراء)³. وقال الكاساني: (ولو استأجر انسانا ليبيع له ويشري ولم يبين المدة لم يجز لجهالة قدر منفعة البيع والشراء، ولو بين المدة بأن استأجره شهرا ليبيع له ويشري يجوز ذلك لأن قدر المنفعة صار معلوما ببيان المدة...)⁴.

وقال مالك بن أنس في الرجل يستأجر الرج شهرا على أن يبيع له ثوبا وله درهم: (...أرأيت إن استأجرته شهرا على أن يبيع لي ثوبا وله درهم؟ قال: ذلك جائز إذا كان إن باع قبل الشهر أخذ بحساب الشهر...)⁵.

والعلة في تكييف هذه المعاملة بأنها من قبيل الإجارة أنها عقدت على عمل مباح معلوم علما نافيا لجهالة، وهذا العلم تم بتحديد المدة، وقبول بعوض معلوم، وقد قرر الفقهاء أن المدة المعلومة من وسائل العلم بالعمل في عقد الإجارة⁶.

¹ - لطفي أحمد مجّد، أعمال السمسار في بورصة الأوراق المالية دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص 40.

² - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 42.

³ - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 15، ص 115.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 4، ص 184.

⁵ - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، ط 1، ج 3، بيروت، لبنان، 1415هـ - 1994م، ص 423.

⁶ - لطفي أحمد مجّد، أعمال السمسار في بورصة الأوراق المالية دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص 41.

فالسمسرة المقدرة بالزمن عند الفقهاء يقع تكييفها على أنها عقد إجارة، وبالتالي فمن التكييفات الفقهية لعقد الوساطة التجارية أنها تكييف على أنها إجارة، كون السمسار يتقاضى أجرا مقابل قيامه بأعمال الوساطة في مدة محددة، بغض النظر عن إتمام العمل أو تحقق النتيجة أو الصفقة.

الفرع الثاني: تكييف الوساطة التجارية المقدرة بالعمل

السمسرة المقدرة بالعمل هي التي يكون العمل هو المحور الذي تدور في فلكه عملية السمسرة، وفيه يتم التعاقد على أن يقوم السمسار بعمل معين، وبمقتضى هذا الاتفاق لا يستحق السمسار شيئا إلا إذا قام بالعمل المتفق عليه، فالتزامه هنا هو التزام بتحقيق نتيجة¹.

اختلف أهل العلم في حكم السمسرة المقدرة بالعمل على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جوازها مطلقا أي سواء كان العمل قليلا أم كثيرا

ذهب إلى ذلك بعض الحنفية في ظاهر قولهم، وهو المشهور عند المالكية والظاهر من مذهب الشافعية والحنابلة، حيث لم يفرقوا بين القليل والكثير².

فالسمسرة المقدرة بالعمل عند الحنفية أحد القولين عندهم جوازها، مما لا تقدير فيه للوقت وما لا يقدر فيه الوقت ولا مقدار للعمل، لما كان للناس به حاجة جاز، وعند المالكية يجمعون على جوازها قليلا كان أو كثيرا على المشهور، والقول بجوازها مطلقا مبني على المشهور عندهم في الجعالة من أنها تجوز في القليل والكثير، إذ يرون أن السمسرة المقدرة بالعمل عندهم جعالة، أما القول عند الشافعية والحنابلة فظاهره جواز السمسرة المقدر نفعها بالعمل مطلقا³.

وجاء في المدونة (قلت: أرايت هل يجوز أجر السمسار في قول مالك؟ قال: نعم سألت مالكا عن البزاز يدفع إليه الرجل المال يشتري له به بزا ويجعل له في كل مائة يشتري له بها بزا ثلاثة دنانير؟ فقال: لا

¹ - لطفي أحمد مجذ، أعمال السمسار في بورصة الأوراق المالية دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص 40.

² - مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان، أحكام التعامل في المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ج 1، ص 444.

³ - عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص 71-74.

بأس بذلك، فقلت: أمن الجعل هذا أم من الإجارة؟ قال: هذا من الجعل...¹، ويجوز عند الإمام مالك وأصحابه الجعل على الشراء فيما قل وكثر في الحضر والسفر²، وهذا استنادا للمشهور عندهم في أن السمسرة المقدرة بالعمل إنما هي جعالة. وتوجيه جعل عقد السمسرة جعالة أن غاية العمل في السمسرة مجهولة، إذ تمام عمل السمسار يرتبط بوجود من يتم به التعاقد، وهذا ليس في مقدور الوسيط، فتكون جعالة، لأن الجعالة تصح على ما جهل من الأعمال، فوجه اعتبارها جعالة هو وجود الجهالة في غابة العمل³.

وقال الخرشي: (...المشهور أن الجعل يجوز على بيع أو شراء سلع كثيرة من ثياب أو حيوان أو دواب إلا أن يكون الجعل وقع على بيع سلع كثيرة أو على شرائها على شرط أن لا يأخذ شيئا من جعله إلا إن باع أو اشترى الجميع فلا يجوز والعرف كالشرط، وأما لو دخل على أنه بحساب ما باع أو ابتاع لجاز، لا يقال الجعالة لا يستحق العامل فيها شيئا إلا بانتهاء العمل فالعقد مقتضى للشرط، لأننا نقول كثرة السلع بمثابة عقد متعددة وهو يستحق جعله في كل عقدة بانتهاء عمله فيها وحينئذ فالشرط مناف لمقتضى العقد والاستثناء من قوله ولو في الكثير...)⁴.

القول الثاني: عدم جوازها

وهو مذهب الحنفية. وجاء ذلك في أشهر كتب الفقه الحنفي، من كتاب تبين الحقائق والمبسوط وبدائع الصنائع وغيرها...

فقد جاء في تبين الحقائق ما يلي: (...السمسار هو الذي يبيع ويشترى للناس بأجرة من غير أن يُسْتَأْجَرَ، ولو أُسْتُؤِجَرَ بأجرة معلومة على أن يشتري أو يبيع شيئا معلوما لا تجوز الإجارة، لأنه أُسْتُؤِجَرَ

¹ - مالك بن أنس، المدونة، مرجع سابق، ط1، ج3، ص466.

² - محمد بن أحمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج8، ص65.

³ - يوسف صلاح الدين يوسف نصر، أجرة السمسار عند المالكية وصورها المعاصرة، مجلة الشريعة والقانون طنطا، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، م34، ع01، مصر، 2019م، ص284-285.

⁴ - محمد بن عبد الله الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، ط2، ج7، بيروت، لبنان، 1317هـ، ص63.

على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فالشراء والبيع لا يتم إلا بمساعدة غيره، وهو البائع والمشتري فلا يقدر على تسليمه...¹.

و جاء في المبسوط: (...وإذا دفع الرجل إلى سمسار ألف درهم وقال اشتر بها زطيا* لي بأجر عشرة دراهم فهذا فاسد، لأنه استأجره لعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات، ثم استأجره على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فإن الشراء لا يتم ما لم يساعده البائع على البيع، وكذلك إن سمى له عدد الثياب، أو استأجره لبيع طعام، أو شراء طعام وجع أجره على ذلك من النقود، أو غيرها فهذا كله فاسد، وكذلك لو شرط له كل ثوب يشتريه درهما...فهو فاسد...)².

كما جاء في بدائع الصنائع: (...بيان العمل في استئجار الصنائع والعمال، لأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة فيفسد العقد...ولو استأجر انسانا لبيع له ويشترى ولم يبين المدة لم يجوز لجهالة قدر منفعة البيع والشراء...)³.

القول الثالث: جوازها إذا كان العمل قليلا، وعدم جوازها إذا كان العمل كثيرا

وذهب إلى ذلك بعض المالكية، وهو عند من يقول أن السمسرة المقدرة بالعمل عندهم هي جعالة كما سبق ذكر ذلك.

فقد جاء في المدونة: (...قلت: وكل ما يجوز الجعل فيه عندك تجوز فيه الاجارة؟ قال: نعم إذا ضرب للإجارة أجلاً، قلت: والكثير من السلع لا يصلح فيه الجعل في قول مالك؟ قال: نعم لا يصلح فيه

¹ - خير الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، ج5، القاهرة، مصر، 1314هـ، ص67.

* - زطيا: من الزطط، الزط: جيل أسود من البَيند إليهم تنسب الثياب الزطية، وقيل: الزط إعراب جت بالهندية، وهم جيل من أهل الهند. (ابن منظور، لسان العرب، ج7، ص308).

² - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج15، ص115.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص184.

الجعل وتصلح فيه الاجارة عند مالك، قلت: والقليل من السلع تصلح فيه الاجارة والجعل جميعا في قول مالك؟ قال: نعم...¹.

وقد نوقش هذا القول من قبل المالكية القائلين بجواز السمسرة المقدرة بالعمل بأن ما ورد عن الإمام مالك -رحمه الله- في هذا الشأن، ليس راجعا إلى الكثرة أو القلة، إنما هو راجع إلى أن السلع إذا كانت كثيرة، فإن ذلك يؤدي إلى انتفاع الجاعل بحفظ السمسار لها قبل أن يتم العمل، ومن شرط الجعالة أن لا ينتفع الجاعل بعمل العامل قبل تمامه، سواء كان العمل قليلا أم كثيرا². واستندوا في ذلك إلى ما جاء في المدونة: (...قلت: لم كره مالك في السلع الكثيرة أن يبيعها الرجل للرجل بالجعل؟ قال: لأن السلع الكثيرة تشغل بائعها عن أن يبيع أو يشتري أو يعمل في غيرها، فإذا كثرت السلع هكذا حتى يشتغل الرجل لم يصلح إلا بإجارة معلومة)³، فإذا كان العمل كثيرا انشغل السمسار به عن مصالحه، مع أنه قد يبيع أو يشتري بعضا ويعجز عن الباقي، فلا يستحق شيئا من العوض، وفي ذلك ضرر وغرر بالنسبة له، حيث يذهب عمله باطلا⁴.

وبناء على ذلك لم يختلف الجمهور في جواز الوساطة إذا قدرت بالزمن أو بالعمل مطلقا، إلا من حيث اليسير من العمل وكثيره، فلم يجوزها الحنفية.

والسمسرة المقدرة بعمل هي عقد يكيف على أحد العقود المشابهة لها فتدور بين الإجارة و الجعالة والوكالة على الخلاف، والاجارة والوكالة مشروعة بلا خلاف، والجعالة مشروعة عند الجمهور، فهي لا تخرج عن هذه العقود المشروعة سواء قدرت بالزمن أو بالعمل، فتكون مشروعة مطلقا، كما بينا سابقا.

ولأن الوساطة التجارية هي أحد هذه الصور سواء سمسرة أو إجارة أو جعالة أو وكالة وتكيف على هذه العقود، فإن، الوساطة كعقد تحكمها أحكام هذه العقود.

¹ - مالك بن أنس، المدونة، مرجع سابق، ج3، ص423.

² - مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، مرجع سابق، ج1، ص454.

³ - مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج3، ص423.

⁴ - مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، المرجع السابق، ج1، ص453.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للوساطة التجارية

إن تحديد التكييف القانوني لأي عقد من العقود هو أساسي لتحديد الآثار والالتزامات والحقوق التي تترتب في ذمة أطراف العقد، وذلك يكون وفقا لنوع العقد وشروطه، لذا وجب إعطاء العقود الوصف الحقيقي والقانوني لمعرفة طبيعتها وتكييفها وفقا لما ينص عليه القانون، وعقد السمسرة من بين العقود التي وجب تكييفها قانونيا لمعرفة نوع العقود التي تنتمي إليها وتحديد الآثار والالتزامات التي قد تترتب عنها.

الفرع الأول: تكييف الوساطة التجارية على أنها عقد غير مسمى

العقد غير المسمى هو الذي لم يتناول القانون المدني تنظيمه ولا وضع له اسم خاص له¹، والمشرع الجزائري قد نص على الوساطة والسمسرة في المادة 2 في الفقرتين 13 و 14 من القانون من القانون التجاري (مذكورة سابقا)، وقد قصد بذلك عملية التوسط أو عملية السمسرة بذاتها باعتبارها عمل من الأعمال التجارية بحسب الموضوع، ولم يقصد التصرف القانوني الذي هو مصدر هذا العمل التجاري، وبالتالي المشرع الجزائري لم ينظم عقد الوساطة التجارية كعقد تجاري بحسب الموضوع، دون التطرق له كتصرف لهذا العمل التجاري، وبالتالي فهي من العقود غير المسماة لأن القانون لم يخصها ولم يتولّى تنظيمها، وهي لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها للقواعد العامة².

المشرع الجزائري لم يخص عقد الوساطة التجارية باسم معين ولم يتولى تنظيمه، عليه سيخضع تكوينه وفي الآثار المترتبة للقواعد العامة للعقد.

وإلى جانب ذلك كان القانون الفرنسي من القوانين التي لم تتطرق لعقد الوساطة التجارية ولم تنظمه في قانون خاص بل حسب كل نوع من الوساطة تحكمه المبادئ العامة للعقود والالتزامات، أو وفقا للشروط المتفق عليها من قبل الأطراف.

¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني)، ديوان المطبوعات الجمعية، ط5، بن عكنون، الجزائر، 2003م، ص24.

² - أحمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية السمسرة، مذكرة ماجستير، قسم القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، الجزائر، 2002م، ص18.

وسار على نفس النهج المشرع الأمريكي حيث تعتبر الوساطة التجارية عقدا غير مسمى، تنظمها وتحكمها مبادئ العقود العامة، سواء كان ذلك في قوانينه الفدرالية أو حتى ضمن قوانينه المحلية على مستوى الولايات.

أما المشرع الإماراتي والذي خصص في قانون المعاملات التجارية باباً كاملاً ضمن كتاب الالتزامات والعقود التجارية تحت مسمى السمسرة (الدلالة) وهي الصورة الأساسية لعقد الوساطة التجارية وبالتالي يمكن اعتمادها لتنظيم أحكامها وفقاً للمواد القانونية ابتداءً من المادة 252 إلى غاية المادة 269، بالإضافة إلى أنه أشار في المادة 269 أن السمسرة في الأوراق المالية والبضائع تسري عليها أحكام القوانين والنظم الخاصة بذلك، وبالتالي فالوساطة التجارية كعقد يشمل عدة عقود هو عقد غير مسمى عند المشرع الإماراتي ولكن عند الحديث عن أحد صوره وأهمها وهو عقد السمسرة فتعتبر **عقد مسمى** عند المشرع الإماراتي.

ولكن اعتبار عقد الوساطة التجارية من العقود غير المسماة يطرح اشكالا حول معرفة الطبيعة القانونية للعقد، إضافة إلى آثار العقد (الالتزامات التعاقدية)، كما أن فكرة العقد غير المسمى تعتبر عند البعض ليست تكييفاً للعقد، لأنه بالرجوع إلى هذا العقد، أي عقد الوساطة التجارية يظهر أنه منصب على عمل مادي¹.

وكذلك جاءت الوساطة التجارية في صورتها الحديثة وهي الوساطة التجارية الإلكترونية، والتي يمكن اعتبارها أيضاً من العقود غير المسماة في أغلب التشريعات الوضعية، فالوسيط التجاري الإلكتروني يعمل كجهة ربط بين الأطراف المتعاقدة سواء كانوا تجاراً أو مزودين خدمات أو عملاء، دون أن يكون له قانون خاص وصريح يتعلق بتنظيم الوساطة التجارية الإلكترونية.

ومن بينها التشريع الجزائري، فلا يتحدث عنها صراحة كنوع من العقود المسماة، وهذا ما يجعلها عقداً غير مسمى يخضع في تنظيمه للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري (المادة 01: يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي

¹ - أحمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص 20.

بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة¹، وقانون التجارة الإلكترونية (القانون 05/18). وعموما فكل العقود التي يلعب فيها الوسيط التجاري الإلكتروني دور غير مباشر في إبرام العقود أو تنفيذها بل بمجرد أن يكون وسيلة تربط بين الأطراف، فهنا تعتبر الوساطة التجارية الإلكترونية عقدا غير مسمى.

وكذلك انتهج المشرع الإماراتي في قوانينه فلم يحدد الوساطة التجارية الإلكترونية كعقد مستقل، وتخضع هذه المعاملة إلى القوانين العامة للمعاملات المدنية مثل ما نصت عليه المادة 128 من قانون المعاملات المدنية: "1) تسري على العقود المسماة وغير المسماة القواعد العامة التي يتضمنها هذا الفصل. 2) أما القواعد التي تنفرد بها بعض العقود فتقررها الأحكام الخاصة المنظمة لها في هذا القانون أو في غيره من القوانين"².

والمعاملات الإلكترونية. وعلى ذلك قد التشريعين الفرنسي والانجليزي أيضا، حيث في القانون الفرنسي تخضع هذه المعاملة إلى القانون المدني، وفقا لما جاء في المادة 1105 من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أنه: "تخضع العقود، سواء كانت تحمل اسما خاصا بها أم لا، للقواعد عامة...

وتحدد القواعد الخاصة ببعض العقود في الأحكام الخاصة بكل منها.

تنطبق القواعد العامة مع مراعاة هذه القواعد الخاصة"³.

¹ - المادة 01 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، ع78، الجمهورية الجزائرية، ص990.

² - المادة 128 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية الصادر بتاريخ 03 ربيع الأول 1406 هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1985م، ع158، الدولة الإمارات العربية المتحدة، ص21.

³ - "Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales...

Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières". Article 1105 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Sous-titre Ier : Le contrat,

أما في القانون الأمريكي والذي يعرف بمرونته في الاعتراف بالعقود غير المسماة، فتعتبر الوساطة التجارية الإلكترونية من بين هذه العقود التي لم يخصصها المشرع بقانون خاص لتنظيمها، وجاءت الفقرة الثانية من المادة 1-103 من القانون التجاري الموحد توضح بأنه ما لم يتم استبعادها بأحكام معينة من القانون التجاري الموحد، فإن المبادئ العامة للقانون والعدالة، بما في ذلك قانون التاجر والقانون المتعلق بالأهلية للتعاقد، والموكل والوكيل... والاحتيايل، والتضليل، والإكراه، والخطأ، والإفلاس، وغيرها من الأسباب التي تؤثر على صحة العقود، ستطبق لتكملة أحكام هذا القانون¹.

الفرع الثاني: تكييف الوساطة التجارية على أنها عقد مقاوله

عقد المقاوله وانطلاقاً من الشريعة الإسلامية التي لم تعرفه كعقد مستقل، بل عرفته على أنه يجمع عقدين من نوعين مختلفين. جاء تعريف عقد المقاوله على أنه عقد بين طرفين، يصنع فيه أحدهما وهو المقاول شيئاً آخر، أو يقدم له عملاً، في مقابل مبلغ معلوم، وعقد المقاوله إذا كان موضوعه أداء عمل فهو في معنى عقد الإجارة (إجارة الأشخاص: الإجارة المشتركة) المعروف في الفقه الإسلامي. وإذا كان موضوعه صنع شيء، وكانت المادة مقدمة من المستصنع فهو إجارة أيضاً. أما إذا كانت المادة مقدمة من الصانع فهو استصناع بالمصطلح الحنفي. وهو عقد مركب من بيع وإجارة².

وهذا ما جاء به قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 129 (14/3) بأن عقد المقاوله عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر، وهو عقد جائز سواء

Chapitre Ier : Dispositions liminaires, Titre III : Des sources d'obligations, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Code civil.

¹ - "(b) Unless displaced by the particular provisions of the [Uniform Commercial Code](#), the principles of law and equity, including the law merchant and the law relative to capacity to [contract](#), principal and agent, estoppel, fraud, misrepresentation, duress, coercion, mistake, bankruptcy, and other validating or invalidating cause supplement its provisions". Article 1-103 (Construction of Uniform Commercial Code to Promote its Purposes and Policies: Applicability of Supplemental Principles of Law), Part 1: General Provisions, UCC.

² - رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، دار المكتبي، ط1، دمشق، سوريا، 1420هـ-1999م، ص 25.

قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء بالإستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل¹.

غير أن رجال القانون يميزون بين عقد المقاولة وعقد الإجارة الخاصة، وهذا التمييز صحيح، ولكنهم لم يميزوا بينه وبين عقد الإجارة المشتركة، كما هو الحال عند التعاقد مع أرباب المهن الحرة كالنجار أو الحداد أو الصباغ...، فعقد المقاولة إما أنه إذن إجارة، أو أنه يجمع بين بيع وإجارة أشخاص، كالعقد مع مؤسسة. وقد يجمع بين إجارة أشخاص وإجارة أشياء. والواقع أن عقد المقاولة (الإجارة المشتركة) وعقد العمل (الإجارة الخاصة) كانا مندمجين معاً في عقد الإجارة في التشريع الوضعي القديم، فكان هذا العقد يضم إجارة الأشياء وإجارة الأشخاص وإجارة أرباب الصنائع، ويعود الفصل بين هذه العقود في التشريع الجديد لأسباب تتعلق بالتنظيم أكثر مما تتعلق بجوهر الأحكام².

يقول الكاساني أن ما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً³، وعقد المقاولة دائر بين عقدين جائزين، وليس مشتملاً عليهما في آن واحد معاً، وهذا الاشتمال إذا كان على سبيل البدلية كان بالجواز أولى، وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي على جوازه، ولم يوجد من العلماء والباحثين المعاصرين من خالف ذلك، وأدلة جواز عقد المقاولة هي قاعدة الأصل في العقود وأدلة جواز الإجارة وجواز الاستصناع باعتباره عقداً مستقلاً عن السلم⁴.

جاء في المادة 549 من القانون المدني الجزائري تعريف عقد المقاولة بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"⁵. أما المشرع

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 129 (14/3) بشأن عقد المقاولة والتعمير حقيقته تكييفه صورته، دورة المؤتمر الرابعة عشر من 8-13 ذو القعدة 1423هـ الموافق لـ 11-16 جانفي 2003م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع14، الدوحة، قطر، ص287.

² - رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، مرجع سابق، ص 25.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص3.

⁴ - رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، مرجع سابق، ص 25.

⁵ - المادة 549 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، ع78، ص1025.

الإماراتي فقد ذكر عقد المقاولة من بين عقود العمل على أنه "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"¹.

وعقد المقاولة في القانون الفرنسي جاء تحت تسمية تأجير العمل والذي يطلق عليه بالفرنسية " **Le louage d'ouvrage** " وهذا ما كان عليه القانون الروماني. وعقد تأجير الأعمال هو عقد يختلط بين الإيجار والعمل، فقد كانت سابقاً علاقة صانع ومستصنع بالنسبة للأعمال اليدوية أما فيما يخص الأعمال الذهنية التي تكون محلاً للمقاولة فقد اعتبرها القضاء الفرنسي عقد وكالة لينفي عن أصحابها صفة الأجير لرب العمل². وجاء تعريف اجارة العمل بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين بأن يقوم بشيء للآخر مقابل أجر متفق عليه بينهما³.

أما عقد المقاولة في القانون الأمريكي لم نجد تعريفاً له صريحاً، وإنما تناول أحكام تنظيم عقود مقاولات الإنشاءات وغيرها من العقود، أو عقود توكيل المقاولين في الأعمال لقاء مقابل، في مجموعة متفرقة من القوانين التجارية والمدنية سواء كانت الفدرالية أو الولاية المختلفة كل حسب شروطه وأحكامه التي تنظمه حتى يتم العقد بالصورة الصحيحة.

وقد تطرقنا للجانب الفقهي من أجل أن نخلص من تعريف عقد المقاولة أن له خصائص أهمها:

- أنه عقد رضائي لا يشترط في انعقاده شكل معين.

¹ - المادة 872 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية الصادر بتاريخ 3 ربيع الثاني 1406 هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1985م، ج.ر، ع158، الإمارات العربية المتحدة، ص148.

² - Michel Zavarro, Philippe Malinvaud, la responsabilité des constructeurs, litec, paris, 2005, page 05.

³ - "Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles". Article 1710 crée par loi 1804-03-07 promulgué le 17 mars 1804 de code civil, Chapitre 1: Dispositions générales, Titre 8: Du contrat de louage, Livre 3: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, République Française.

- عمل المفاوض هو عمل مادي وليس تصرفا قانونيا، أي أداء عمل لحساب شخص آخر¹.
- هو عقد ملزم للجانبين وهو من عقود المعاوضة، وأن المفاوض يعمل مستقلا عن رب العمل، فهو لا يخضع لإشرافه ولا يكون تابعا له.
- المقابلة قد يكون العمل فيها متصلا بشيء معين، وقد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل كالنقل والطبع والنشر والاعلانات والعلاج والتدريس².
- ويتبين من خلال خصائص عقد المقابلة، بأن عقد الوساطة التجارية وعقد المقابلة يتميزان ببعض الخصائص المشتركة، فإنه يمكن القول أن عقد الوساطة التجارية قد يكون عقد مقابلة، في بعض الحالات. لأن الوسيط قد يكون في مركز المفاوض، سواء كان محله مجرد البحث عن شخص يقبل التعاقد مع العميل، أو تعدى ذلك إلى تقديم المشورة للعميل أو إجراء مفاوضات بين الطرفين دون نيابة عن أحدهما³. حتى أن بعض الآراء تقول بأن الوساطة في شراء العقارات وبيعها وفي إيجارها واستئجارها وفي عقد الصفقات المختلفة والقروض والرهن وما إلى ذلك، ليست إلا عقد مقابلة مع رجل أعمال وهو الوسيط (السمسار)، حيث تخصصت الوساطة هنا بكيان ذاتي فأصبحت في بعض القوانين عقدا مسمى يدعى بعقد السمسرة أو عقد الوساطة التجارية، ينظمها القانون التجاري في أغلب القوانين⁴.

أي أن الوسيط التجاري قد يكون مقاولا في حالات معينة بناء على ما أسند له، فقد يتولى الوسيط التجاري القيام ببعض الأعمال محددة أو إدارة بعض الأعمال التي يكلفه بها أحد أطراف العقد كجزء من دوره كوسيط مقابل أجر، كأن يقدم بعض الخدمات الاستشارية أو التفاوض فيما يخص شروط

¹ - جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع - الإيجار - المقابلة) دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، دار العاتك لصناعة الكتب، ط2، القاهرة، مصر، د.ت، ص370.

² - أحمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص26.

³ - أحمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية، المرجع نفسه، ص27.

⁴ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود الواردة على العمل: المقابلة والوكالة والوديعة والحراسة)، منشأة المعارف جلال حزي وشركاؤه، ج7، م1، الاسكندرية، مصر، 2004م، ص326.

العقد أو شكله، وبذلك قد يتعهد الوسيط بتقديم أحد الأطراف أو الخدمات أو المشاريع كجزء من عمل الوساطة التي يقوم بها.

أما دوره كمقاول فلا تنطبق عليه أحكام عقد المقاولة من عدة وجوه منها مسؤولية المقاول تختلف عن الوسيط، وكذلك الوسيط لا يضمن تنفيذ الصفقة وسلامتها من العيوب في حين أن القوانين نصت على ضمان خاص بالمقاول، وكذلك فإن المقاولة لا تنتهي بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد بينما الوساطة تنتهي بموت الوسيط¹.

عادة لكل من الوسيط التجاري والمقاول مركز قانوني ودور خاص به يختلف في ذاته عما يقوم به الآخر، لكن في بعض الحالات التي تتداخل فيها مهامهما، يصبح الوسيط التجاري ملزما بالتنفيذ الفعلي لبعض الأعمال التي تندرج ضمن عقد المقاولة.

الفرع الثالث: تكييف الوساطة التجارية على أنها عقد وكالة

الوكالة عند الفقهاء تعرف على أنها الوكالة عقد بمقتضاه يقوم الوكيل بتمثيل الموكل أمام الغير ويتعاقد باسم هذا الموكل وحسابه بمقتضى السلطة المخولة له من الموكل². فهي اتفاق بين شخصين وهما الموكل والوكيل، والتي ترد عليه الأعمال القانونية، و لعل أهم ما يميزها أن محلها هو عبارة عن تصرف أو عمل قانوني يقوم به الوكيل لحساب الموكل³.

عرف المشرع الجزائري الوكالة العادية في المادة 571 من القانون المدني بأنها: "عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه"⁴. وعرف عقد الوكالة التجارية على أنه اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة بإعداد أو إبرام البيوع أو الشراءات وبوجه عام جميع العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر، والقيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص ولكن دون أن

¹ - رائد أحمد خليل القره غولي، عقد الوساطة التجارية (دراسة مقارنة)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014م، ص 43.

² - أحمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية السمسرة، مرجع سابق، ص 19.

³ - أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2009م، ص 17.

⁴ - المادة 571 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، ع78، ص1026.

يكون مرتبط بعقد إجارة الخدمات¹. ويفهم من هذا التعريف أن عقد الوكالة التجارية وعقد الوساطة التجارية يتفقان في كون الوكيل والوسيط تنتفي فيهما التبعية، أي لهما صفة الاستقلالية عند القيام بأعمالهما، وأن لكلاهما أجر يتقاضاه مقابل أداء عمله.

أما الوكالة بعمولة فلم يتطرق لتعريفها المشرع الجزائري. لأن في تطرقه للوكالة التجارية نظم العلاقة بين الوكيل والموكل دون أن يتطرق إلى مفهوم الوكالة بالعمولة. ويكمن الاختلاف في أن الوكيل التجاري يتعاقد باسم ولحساب موكله في العقد وفي تصرف قانوني يظهر فيه هذا الوكيل، ويقتصر على العمليات التجارية، أما الوسيط التجاري فمهمته هي تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتعاقدة أي عمل مادي ولا يظهر في العقد الذي توسط فيه ويقتصر على معاملات مدنية أو تجارية.

موافقا في ذلك التشريع الفرنسي في نص المادة 1984 من القانون المدني على أن التفويض أو التوكيل هو الفعل الذي يمنح بموجبه شخص لآخر سلطة فعل أي شيء لفائدة الموكل وباسمه. حيث لا يتم العقد إلا بقبول الوكيل². وجاء القانون الفرنسي على ذكر الوكلاء التجاريين ووكلاء العمولة والوسطاء في القانون التجاري منظما أحكام تعاملاتهم والأحكام التي تنظم عقود الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوساطة التجارية بالخصوص دون تعريف هذه العقود صراحة، وذلك في المواد من (131-1 إلى 135-3)، بالإضافة إلى الباب الثالث عشر من الكتاب الثالث من القانون المدني الذي حدد واجبات وحقوق الوكلاء والتزاماتهم تجاه موكلهم ونظم أحكام العقد القائم بينهم، في المواد من 1984 إلى 2010.

¹ - المادة 34 من القانون الأمر رقم 59-75 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09-22 المتضمن القانون التجاري، ج.ر، ع101، ص1310.

² - "Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire" Article 1984 Création Loi 1804-03-10 promulguée le 20 mars 1804, Chapitre 1: De la nature et de la forme du mandat, Titre 13: Du mandat, Livre 3: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Code civil, République Française.

اكتفى التشريع الفرنسي بتعريف الوكيل بالعمولة، وهو الذي يعمل باسمه الخاص أو تحت اسم الشركة نيابة عن الموكل¹، بالإضافة إلى تعريفه للوكيل التجاري بأنه من يكون مسؤولاً، على أساس دائم، عن التفاوض وربما إبرام عقود البيع أو الشراء أو الإيجار أو تقديم الخدمات، باسم ونيابة عن المنتجين أو الصناعيين أو التجار أو غيرهم من الوكلاء التجاريين، ويمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً². وبناءً على هذه التعريفات فقد وافق تعريف المشرع الجزائري والفرنسي هنا إن الوكالة تفويض من شخص لآخر وهو الوكيل حتى يقوم نيابة عنه، بعمل أو تصرف، لم يوضح المشرع هنا ماهية العمل الذي سيقوم به الوكيل.

وعند المشرع الإماراتي تناول الوكالة ضمن باب الوكالة التجارية وقسمها إلى نوعين وهما وكالة العقود والوكالة بالعمولة، وعرف كل منهما تعريفاً صريحاً في المادتين 215 و 227 على التوالي. فجاءت المادة 215 تنص على أن وكالة العقود عقد يلتزم بموجبه الوكيل بأن يتولى على وجه الاستمرار، وفي منطقة نشاط معينة، السعي والتفاوض على إبرام الصفقات لمصلحة الموكل مقابل أجر ويجوز أن تشمل مهمته إبرام هذه الصفقات وتنفيذها باسم الموكل وحسابه. في حين جاءت المادة 227 تنص بأن الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل وذلك مقابل عمولة يتقاضاها من الموكل³.

ويظهر جلياً بناءً على هذا التعريف بعض الجوانب التي تشترك فيها الوساطة التجارية والوكالة، فكلاهما من العقود التجارية التي تتفاوت فيها أدوار ومسؤوليات من يقوم بها (الوسيط أو الوكيل)، فمثلاً

¹ - "Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant". Article L132-1 du code de commerce.

² - "L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale ". Article L134-1 Modifié par Ordonnance n°2021-1189 du 15 septembre 2021, du code de commerce.

3- المادتين 215 و 227 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية، ع 737 (ملحق 1)، الإمارات العربية المتحدة، ص 42 و 44 على التوالي.

وفقا للتعريفات فوكالة العقود والوساطة التجارية كليهما يكون للوكيل أو الوسيط دور يتعلق بالتفاوض، ويمكن الفرق في أن الوسيط التجاري يعمل فقط على تسهيل التفاوض والاتصال دون التدخل المباشر بين الأطراف المتعاقدة بينما للوكيل مسؤوليات أكبر وصلاحيات أكثر تشمل القيام بالتفاوض والسعي لإبرام الصفقة، في حين أن المشرع هنا أضاف عنصر الاستمرار فهنا يختلف دور الوسيط عن الوكيل بأن عمل الوكيل ضمن منطقة نشاط معينة وبصفة مستمرة.

في حين أن الوكيل والوسيط كلاهما لهما أجر ومقابل ما يقومان به من أعمال، فإن الوسيط يستحق الأجر بمجرد إبرام العقد إذا تم عن طريق وساطته ولا يمكن أن يكون طرف في العقد أو يتدخل في إبرامه، فلا يتخذ أي تصرف قانوني باسم الأطراف أو لحسابهم، أو نيابة عنهم، في حين الوكيل يعمل لمصلحة موكله، ويمكن أن تشتمل مهامه على التدخل في إبرام العقد أو الصفقة باسم موكله ولحسابه ويتقاضى أجره في مقابل ذلك، أما الوكيل بعمولة فوفقا لما جاء في نص المادة فيقوم بالصفقات باسمه ولحساب موكله ويتلقى عمولته تبعا لذلك.

أما في القوانين الأمريكية فلم يوجد أي تعريف صريح للوكالة في القوانين الفدرالية، وإنما نظمت أحكامها وفقا لمجموعة من القوانين والمبادئ التي تنظم علاقة الوكلاء وموكليهم مثل قانون الوكالة **Agency Law**¹، إلى جانب ذلك نجد أن قانون التجارة الموحد **UCC** ينظم الوكالة كنوع من المعاملات التجارية وجزء من العقود التجارية، إضافة إلى بعض القوانين المحلية (قوانين الولايات) في تنظيم علاقة الوكيل وموكله.

وفقا لكل ما سبق التطرق إليه فالفرق بين الوكالة والوساطة التجارية يكمن في أن الوسيط لا يكون من ضمن مهامه أن يقوم بالتعاقد باسم ولحساب الطرف الذي يعمل لمصلحته بل يقتصر دوره في إيجاد شخص آخر يتعاقد مع هذا الأخير، مقابل أجر.

¹ - قانون الوكالة (Agency Law) هو القانون العام الذي يتحكم في العلاقات بين الوكلاء وموكليهم، في أنه يوضح كيف يتم إنشاء علاقة بين الموكل والوكيل عندما يتم منح الوكيل سلطة التصرف نيابة عن الموكل، وتكون الاتفاقية المبرمة من قبل الوكيل ملزمة للموكل طالما كانت ضمن السلطة الممنوحة بالفعل للوكيل أو ينظر إليها بشكل معقول من قبل طرف ثالث. أنظر: <https://www.law.cornell.edu/wex/agency>، 09/09/2024م، 17:41.

أما الرأي الذي يعتبر عقد الوساطة التجارية عقد وكالة، أن ذلك يكون في حال استمرت مدة طويلة مع الوسيط التجاري، فهذه قرينة على أنه ليس وسيطا وإنما هو وكيل عن الموطن، لذلك يتم تطبيق أحكام الوكالة، لأن عقد الوساطة يجب أن يكون عرضيا، وطول مدة العقد قرينة على وجود الوكالة، ولكن تعرض هذا الرأي لانتقادات أهمها اختلاف المركز القانوني للوسيط عن الوكيل، حيث أن الوكيل يوقع على العقد باسمه فيعتبر طرفا فيه على أن تنتقل آثار العقد فيما بعد إلى موكله أما الوسيط فتقتصر مهمته على التقريب بين طرفي العقد فقط¹.

ولم يحض هذا التكييف بالتأييد بل انتقده كثير من فقهاء القانون التجاري لاختلاف دور الوسيط عن الوكيل فالوسيط لا يتعاقد باسم موكله فهو ليس نائبا عنه وأن الشخص الذي يبحث عنه هو الذي يتعاقد مباشرة مع من وسطه ففكرة النيابة هي التي تميز بين الوكيل والوسيط، فالوكيل يمثل الموكل وينوب عنه في إبرام العقد في حين أن الوسيط لا ينوب عن الموطن لذلك تنتهي مهمته بمجرد تلاقي الإيجاب مع القبول بالنسبة لكل من الموطن والشخص الذي عثر عليه الوسيط.

فضلا عن ذلك فإن مهمة الوسيط هي القيام بعمل مادي هو البحث عن شخص يقبل التعاقد بالشروط التي حددها من لجأ إلى توسيطه لإتمام صفقة معينة دون اشتراك من جانبه في إبرام العقد في حين أن عمل الوكيل هو عمل قانوني هو إبرام العقد باسم موكله وحسابه بينما لا يقوم الوسيط بأي عمل قانوني لحساب عميله².

ونظرا للعلاقة القائمة بين المنتج والتاجر الذي يقوم بتوزيع المنتجات وضرورة التعرف عن قرب إلى أذواق العملاء وحاجاتهم وما يرغبون فيه من سلع ومنتجات فضلا على الرغبة الدائمة في تنشيط الصناعة والتجارة في المجتمع، لذا استلزم الأمر الاستعانة إلى جانب السماسرة بوسطاء آخرين يقومون بإبرام العقود مع الغير بأسمائهم لحساب موكلهم كالوكلاء بما يقتضي عدم ظهور هؤلاء الموكلين أمام الغير، أو يقومون

¹ - إبراهيم عنتر فتحي، واقعية عقد الوساطة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، كلية القانون، جامعة تكريت، 2014م، ع24، ص37.

² - رائد أحمد خليل القره غولي، عقد الوساطة التجارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص44.

بإبرام العقود مع الغير بإظهار أسماء موكلهم في التعامل كما هو الحال في وكلاء العقود¹، وسواء تعلق الأمر بالوكالة بالعمولة أو بوكالة العقود، فكلها أعمال تدرج ضمن نطاق الوكالة التي تتميز في الكثير من مضمونها عن الوساطة التجارية التي يقوم بها الوسطاء السماسرة في تعاملاتهم التجارية.

الفرع الرابع: تكييف الوساطة التجارية على أنها عقد بيع خدمة

بيع الخدمات يغطي كل الأنشطة الإنسانية التي تظهر تحت شكل الالتزام بعمل مقابل دفع مبلغ من المال، فمكاتب الدراسات تباع خدمة على أساس أنها تلتزم بتقديم دراسة فنية واقتصادية، والبيع يشتمل أيضا على الأموال المعنوية كالخطط والأفكار والاستشارات الهندسية والاقتراحات، أو الاستشارات الفنية أو القانونية وأن الضمانات الموجودة في عقد البيع.

من المقرر قانونا أن كل شيء له قيمة مالية يمكن أن يرد عليه البيع، و عقد البيع هو من العقود الناقلة للملكية وإذا علمنا أن عقد الوساطة ينصب في الغالب على خدمات وأراء كتقديم المشورة و الاستعلام، فقد يثور التساؤل هل أن الوسيط التجاري الذي يتمتع بمهارات وخبرات فنية يقدمها للعميل أو للطرفين يكون قد باع هذه الخدمات أو المهارات الذهنية الفنية للعميل أو للطرفين مقابل العمولة التي تعد عندئذ ثمن في عقد بيع الخدمة².

وأن أول من قال بهذا الرأي الفرنسي **Savater** في بحثه عن بيع الخدمات حيث يذهب هذا الفقيه إلى أن الخدمات ما هي إلا قيمة اقتصادية يمكن أن تنسب إلى من يؤديها، وتأخذ وصف السلعة وتصبح قابلة للتقويم ويقدر لها ثمن، فعقد تقديم الخدمة وبيعها يختلف عن العقود التقليدية في كون محل الشيء فيه غير مادي³.

¹ - حسني المصري، العقود التجارية، مكتبة الصفار، ط1، الكويت، 1990م، ص190.

² - أحمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية السمسرة، مرجع سابق، ص25.

³ - رامي، هل عقد تقديم الاستشارة القانونية عقد بيع خدمة؟، <https://www.syrian-lawyer.club/>، 23-09-2024م، 23:09.

ونقل الملكية ليس بالمعنى التقليدي لنقل شيء مادي، إنما بيع الخدمة التي تستهلك بمجرد أن تصل للمشتري¹. فمحل العقد أي الخدمة هي أموال معنوية تعد نتاجا لمجهود مضمّن، فهو قيمة تقوم بالمال، أي شأنه شأن الأشياء المعنوية الأخرى التي استقر الفقه بشأنها على أنها من قبيل الأموال². فالخدمة التي سيقدمها الوسيط، في البحث عن أطراف للتعاقد أو المشورة و المفاوضات وغيرها من أعمال الوسيط في إيصال الطرفين لبعضهما، هي تعتبر أموال معنوية تعد نتاجا لمجهود يقوم به في حدود واجباته، ويقوم هذا المجهود بقيمة مالية وهي العمولة التي يتقاضاها الوسيط مقابل أعماله.

وبالتالي فعقد الوساطة يمكن تكييفه على أنه عقد بيع خدمة، فالأشياء غير المادية يمكن أن تكون محلا لعقد البيع طالما تتمتع بقيمة مالية اقتصادية، ولكن لم يسلم هذا الرأي من النقد حيث أن البيع يرد على الملكية ومن الصعب إطلاق وصف الملكية على ما يقدمه الوسيط للموسط من خدمات³.

ومما يجدر به الذكر، أنه في وقتنا الحالي تطورت عملية بيع الخدمات بشكل كبير. ولم تعد تعتمد في أساسها على التفاعل المباشر والعقود التقليدية، بل واكبت التقدم التكنولوجي والرقمي في عالم المعلوماتية، فبات التسويق لهذه الخدمات وبيعها يتم بطرق إلكترونية أكثر فعالية وسرعة، عن طريق تطبيق استراتيجيات التسويق الإلكتروني حتى تتم في أوسع نطاق، وذلك تعزيزا للتفاعل مع العملاء، لاستقطابهم لابتياح هذه الخدمات. بخلق فرص جديدة ومبتكرة تساهم في تحسين عملية تقديم الخدمة وبيعها، ومن هنا تطور عمل الوسيط التجاري أيضا في تقديم خدماته وعرضها بطرق الكترونية، وأيضا القيام بها بالوسائل الحديثة.

فالحاجة داعية في هذا العصر إلى الوساطة التجارية الإلكتروني، فليس كل انسان يهتدي إلى السلع والخدمات المختلفة، فيحتاج إلى من يدلّه عليها، وتساعد الناس في الحصول على المنافع والخدمات التي هم

¹ - حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة (دراسة قانونية لعقد تقديم الاستشارات الفنية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998م، ص112-113.

² - هاني حمدان عبد الله المرسومي، ذنون يونس صالح الحمدي، مفهوم عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة تكريت للحقوق، م1، ع1، ج2، العراق، سبتمبر 2016م، ص211.

³ - إبراهيم عنتر فتحي، واقعية عقد الوساطة، مرجع سابق، ص37.

في حاجة إليها، كأن يقوم موقع إلكتروني بدور الوسيط بين بائعي ومقدمي الخدمات ومن يريدونها من الجمهور نظير أخذ عمولة مقابل هذه الخدمات¹.

وهناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الإنترنت، على سبيل المثال عمليات الوساطة في التوسط بين ذوي الخبرات والكفاءات بأصحاب رؤوس الأموال، أو التوسط بين الأطراف المتعاقدة، وأيضا كتقديم الاستشارات القانونية من قبل المحامين، أو الاشتراك في بنوك المعلومات عبر شبكة الإنترنت، وكل ذلك لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة، بل يكون تنفيذه متتبع على فترات زمنية متتالية، وتتطلب مثل هذه العقود تعاون الزبون والمورد قصد الاستعلام لتلقي النصائح الفنية التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاج إليها كقاعدة عامة، فإن التزام المورد بأداء الخدمة هو التزام بتحقيق نتيجة².

فالوسيط التجاري في وقتنا المعاصر يعتمد في تقديم خدمته على طرق عديدة، عن طريق استعمال المواقع أو التطبيقات الإلكترونية أو المنصات الرقمية، أو عن طريق المؤسسات التي تقدم وسطاء الكترونيين، كما يمكن ذلك عن طريق التسويق الإلكتروني لخدمات الوساطة التجارية، لتحسين كفاءة الوصول إلى العملاء وتوسيع نطاق الخدمات والتقريب بين الأطراف المتعاقدة بشكل سلس وآمن.

وبعد التكيف الفقهي والقانوني لعقد الوساطة التجارية نجد أن الفقه الإسلامي بمذاهبه (المالكية، الشافعية، الحنابلة، الحنفية) يعتمد على المبادئ التي تقوم عليها العقود التي كيفنا عليها عقد الوساطة التجارية فهو ينظمها بأحكام الإجارة أو الجعالة أو الوكالة وما يلزمها من ضوابط شرعية على أن الوسيط التجاري تدور أعماله في أعمال الأجير وعامل الجعالة والوكيل بصورة عامة، فهو يصنفها وفقا لما يرتبط به عمله، ووفقا لعقد السمسرة والذي يعد الصورة الأبرز لعقد الوساطة التجارية، وكذلك القانوني الوضعي وفقا للقوانين محل الدراسة (الجزائري، الإماراتي، الفرنسي، الأمريكي) فقد اعتمد على القواعد التشريعية والقانونية، وفقا للعقود التي نظمها بنصوص قانونية خاصة، وبالتالي فقد الوساطة التجارية هو عقد حديث

¹ - يوسف صلاح الدين يوسف نصر، أجرة السمسار عند المالكية وصورها المعاصرة، مرجع سابق، ص 300 إلى 302.

² - عشير جيلالي، قاشي علال، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، م 6، ع 2، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2022م، ص 716.

لم يحظى بتكييف أحكامه وتأصيلها سواء في الفقه الإسلامي أو في التشريع الوضعي، فكل منهما أسقطه على أحكام عقود مشابهة له.

كما نشير إلى أن القانون الوضعي في نصوصه التي وجهت تكييفنا إلى عقد الوكالة أو المقاوله أو بيع الخدمة، لم تختلف عن فكرة الفقه الإسلامي الذي وجهنا في الحكم على أعمال الوسيط إلى الوكالة والوكالة والإجارة، فمن خلالهما ينظر إلى الوسيط في بعض أعماله أنه وكيل حين يتصرف لحساب غيره، في حين يمكن أن يشترك عقد المقاوله والوكالة في فكرة أن الوسيط يعمل مقابل أجر، دون أن يضمن تحقيق نتيجة، أما عند النظر إلى عقد الإجارة في الفقه الإسلامي وعقد بيع الخدمة في القانون الوضعي نجد أن كلاهما يكون فيه تقديم للمنفعة والخدمة مقابل أجر.

خلاصة الفصل:

الوساطة التجارية ومن خلال ما تم التطرق إليه هي أداة مهمة في العمليات المالية التي تتطلب وسيطا لإتمامها أو تسهيل التفاوض عليها أو إتمام عقد آخر، وهي تجري في عقود المعاوضات على اختلافها، وقد حظيت هذه الوساطة التجارية بمشروعية في الفقه الإسلامي على أن تقوم مضبوطة بضوابط شرعية تنفي عنها كل يمكن أن يشوبها من غرر وجهالة وربما وغيرهم مما لا تنضبط المعاملات المالية بوجوده، كما أن القانون الوضعي لم ينكر ذلك حتى وإن لم تكن عقدا قائما بذاته إلا أنها تمارس كمعاملة مالية في الأسواق والتعاملات التجارية المختلفة.

ويمكن اعتبار الوساطة التجارية كعقد يتكون من عدة عقود، ويتكيف على عدة عقود أيضا وهذا مرتبط بطبيعة العلاقة التعاقدية بين الوسيط والأطراف المتعاقدة، ففي الفقه الإسلامي جرى تكييفها إلى عقود عدة (وكالة، إجارة، جعالة،...)، وكذلك في القانون الوضعي الذي كیفها على عدة عقود وفقا لدور الوسيط فيها (بيع خدمة، وكالة، مقالة،...)، وكل ذلك شريطة أن تمارس وفق ضوابط شرعية وإطار قانوني يضمن تحقيق الهدف من مشروعيتها.



الفصل الثاني:

المعاملات المالية التي تجري فيها الوساطة التجارية

تمهيد:

تاريخيا، كانت التجارة تعتبر وسيلة أساسية لتلبية احتياجات البشر وتبادل السلع والخدمات بين مختلف المجتمعات والثقافات، لتلبية احتياجاتهم ورغباتهم. ومع تطور المجتمعات وتعقيد العلاقات التجارية، نشأت الحاجة إلى تطوير وسائل لتنظيم وتسهيل تلك المعاملات، فبرزت المعاملات المالية التي تتم عادة عن طريق استخدام النقود الورقية أو العملات المعدنية، إضافة إلى استخدام الشيكات والسندات والفواتير وغيرها من الوثائق المالية لتسهيل التبادل المالي بين الأفراد والشركات،

وشينا فشيئا بدأت المعاملات المالية تواكب العصر وتتطور مما أدى إلى خلق أدوات أكثر، فهذه التطورات ساهمت في تحسين فعالية وسرعة المعاملات المالية، بالإضافة إلى زيادة الأمان والثقة في النظام المالي. ومع تطور التكنولوجيا وانتشار الإنترنت، شهدت المعاملات المالية تحولاً نحو العالم الرقمي، حيث أصبح من الممكن إجراء العديد من العمليات المالية بسرعة وسهولة عبر الإنترنت. فأصبح من الممكن الآن تحويل الأموال بين الحسابات المصرفية، ودفع الفواتير، وشراء الخدمات والسلع، وإدارة الاستثمارات، وغيرها الكثير، عن طريق تكنولوجيات الاعلام والاتصال المختلفة، فجمعت هذه المعاملات جميع أنواع المعاملات منذ ظهورها وأضفت عليها اللمسة الرقمية فأصبحت تجمع السمات التقليدية مع الخدمات الرقمية الحديثة، مما أسهم وبشكل جذري في رقمنة كل القطاعات، فباتت الأنشطة المالية والتجارية تتم بشكل رقمي متزايد، ساهم في تسريع عمليات الاقتصاد وتعزيز الفعالية والكفاءة في الأنظمة المالية.

المبحث الأول: المعاملات المالية المعاصرة

المبحث الثاني: المعاملات المالية الإلكترونية

المبحث الأول: المعاملات المالية المعاصرة

تعد المعاملات المالية المعاصرة بالغة الأهمية لما تضمنته من موضوعات مهمة ومختلفة في عصرنا الحديث، بداية من الحقوق المعنوية، والأوراق المالية والتجارية، وكذا أنظمة التأمين على اختلافها بالإضافة إلى معاملات المصارف الإسلامية، هو ما يتطلب منا معرفتها لمعرفة ما قد تجري فيه الوساطة التجارية من معاملات.

والمعاملات المالية المعاصرة تدخل فيها الوساطة بصورها التقليدية والحديثة، فالتى نقصدها هنا هي المعاملات المالية التي تشمل الوساطة التجارية في الأعمال التجارية التي تتم بطرق مباشرة وغير إلكترونية، ويتم إدارتها والتوسط فيها بطرق وأساليب تقليدية كالعقود الورقية والتفاوض الشخصي والأنظمة المصرفية التقليدية، يندرج تحت هذه المعاملات التعاملات المالية المعاصرة التي تتم بطرق تقليدية، منها توسط في عمليات بيع وشراء وتأجير للحقوق المعنوية أو التوسط في العمليات المصرفية التي تتم عن طريق الأوراق المالية والتجارية أو التعاملات المصرفية الإسلامية، أو التوسط من خلال مؤسسات التأمين التقليدي.

المطلب الأول: الحقوق المعنوية

يطلق على الحقوق المعنوية أيضا تسميات أخرى، كالملكية الأدبية والفنية والصناعية (تم انتقاد هذه التسمية لأن حق المؤلف والمخترع ليسا حقوق ملكية، بل حق عيني أصلي يستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة، وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شيء غير مادي، لأن الملكية تقع على الأشياء المادية المحسوسة، في حين أن الفكر ونتاج العقل ثماره بالانتشار لا بالاستئثار)، **والحقوق الذهنية** (أطلقها عليها السنهوري كونها التي ترد على الأشياء غير المادية، فهي نتاج الذهن وخلقه وابتكاره)¹، وأطلق عليها الزرقا مصطلح **حقوق الابتكار** (لأن اسم الحقوق الأدبية ضيق لا يتلاءم مع كثير من أفراد هذا النوع، كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجارية، والأدوات الصناعية المبتكرة، وعناوين المحال التجارية، مما لا صلة له بالأدب كحق المؤلف في استغلال كتابه، والصحفي في امتياز صحيفته، والفنان في أثره الفني من الفنون

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (حق الملكية)، دار النهضة العربية، م8، القاهرة، مصر، د.ت، ص276، 279، 281.

الجميلة. كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه اليوم بالملكية الصناعية، كحق مخترع الآلة، ومبتدع العلامة الفارقة التي نالت الثقة، ومبتكر العنوان التجاري الذي أحرز الشهرة... وغيرهم¹.

أما الأمر في الفقه الإسلامي فيختلف، ذلك أن دائرة الملك في الشريعة أوسع منها في القانون، فلا تشترط الشريعة أن يكون محل الملك شيئاً مادياً معيناً بذاته في الوجود الخارجي، إنما هو كل ما يدخل في معنى المال من أعيان ومنافع على الراجح من أقوال الفقهاء، والذي معياره أن يكون له قيمة بين الناس، ويباح الانتفاع به شرعاً وهو ما تقرر وفق اصطلاح جمهور الفقهاء. وعلى ذلك، فمحل الحق المعنوي والذي سماه القانون بالشيء غير المادي، داخل في مسمى المال في الشريعة، ذلك أن له قيمة بين الناس، ويباح الانتفاع به شرعاً، بحسب طبيعته، فإذا قام الاختصاص به تكون حقيقة الملك قد وجدت. ولما كانت الأشياء غير المادية تدخل في مسمى المال في الشريعة، لأن لها قيمة بين الناس ومباح الانتفاع بها شرعاً، وقد قام الاختصاص بها، فعلى هذا الأساس يمكن أن تنظم باعتبارها نوعاً من أنواع الملك². واختار المجمع الفقهي وكثير من الفقهاء مصطلح الحقوق المعنوية وهي تلك: "التي تنصب على أشياء معنوية لا تدرك بحاسة من الحواس وإنما تدرك بالعقل والفكر، كالأفكار والاختراعات، ولذا كان الحق المعنوي سلطة على شيء غير مادي وهو ثمرة فكر صاحب الحق أو خياله أو نشاطه، كحق المؤلف فيما ابتدعه من أفكار علمية وحق الفنان في مبتكراته الفنية، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية وهكذا"³.

والأولى تسميتها بحقوق الابتكار لأن فيها من الاتساع ما يشمل الصور المطروحة، وفيها من الإحكام ما يمنع دخول حقوق غير مالية (كحق القصاص، وحق الطلاق، وحق الرهن...) فهي حقوق معنوية وتدخل تحت تلك التسمية⁴. فقد عرفها الدريني تحت مسمى الانتاج الذهني المبتكر على أنها:

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، ط1، دمشق، سوريا، 1420هـ-1999م، ص32.

² - عبد السلام داود العبادي، الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع5، ج5، جدة، المملكة العربية السعودية، 1998م، ص2014.

³ - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية (معناها، أنواعها، عناصرها، خواصها، قيودها)، دار الفكر العربي، مصر، 1416هـ-1996م، ص14.

⁴ - محمد عثمان شبيب، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص40.

"الصور الفكرية التي تفتقت عنها الملكية الراسخة في نفس العالم أو الأديب ونحوه، مما يكون قد أبدعه هو، ولم يسبقه إليه أحد"¹.

ولم يرتض بعض الفقهاء المعاصرين تسمية الحقوق المعنوية بحق الابتكار، لأنه أخص من المطلوب، لأن الابتكار يوحي بتخصيص هذه الحقوق بما فيه الابتكار والإبداع فقط، في حين أن الحق قد يترتب هنا وإن لم يوجد ابتكار سواء أكان في الأدبيات أم في الأسماء التجارية أم الصناعية أو نحوها، ولذلك نرى إبقاء هذا الاسم، وهو الحقوق المعنوية².

وعموماً فالحقوق المعنوية هي سلطة لشخص على شيء غير مادي، سواء أكان نتاجاً ذهنياً كحق المؤلف في المصنفات العلمية والأدبية، أم براءة اختراع في المخترعات الصناعية، أم ثمرة لنشاط تجاري يقوم به التاجر لجلب العملاء كما في الاسم التجاري والعلامة التجارية³.

وقد عرف القانونيون الحق المعنوي بأنه سلطة لشخص على شيء غير مادي هو ثمرة فكره أو خياله أو نشاطه كحق المؤلف في مؤلفاته العلمية وحق الفنان في مبتكراته الفنية وحق المخترع في مخترعاته وحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية وثقة العملاء⁴. وقد استعمل القانونيون أيضاً اصطلاحات متعددة في وصف الاختصاصات التي تقوم للأشخاص على الأشياء المعنوية ذات القيمة المالية بحيث يخولهم ذلك سلطات معينة عليها، وبعض الاصطلاحات شامل لكل أنواعها أو لكثير منها، وبعضها يطلق على نوع منها دون غيره، ومن هذه الاصطلاحات: الحقوق المعنوية، الحقوق الذهنية، الحقوق الأدبية، الحقوق الفكرية، حقوق الابتكار، الملكية الأدبية والفنية والصناعية، الاسم التجاري، حق الاختراع، حقوق

¹ - فتحي الدريني، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، مؤسسة الرسالة، ط2، بيروت، لبنان، 1401هـ-1981م، ص9.

² - علي محي الدين علي القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، ط1، بيروت، لبنان، 1422هـ-2001م، ص400.

³ - محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص37.

⁴ - عبد السلام داود العبادي، الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، مرجع سابق، ص2012.

التأليف¹. وجميع هذه الأعيان تعد في العرف التجاري المعاصر مملوكة تجري عليها أحكام الأموال والأموال الشخصية فإنها تباع وتشترى، وتؤجر وتوهب وتورث، شأن الأعيان والأموال المادية سواء بسواء².

الفرع الأول: حق المؤلف

حق التأليف هو من الحقوق المعنوية أو حقوق الابتكار يعطي المؤلف الحق في الاحتفاظ بثمرة جهده الفكري، ونسبة هذا الجهد إليه، واحتجاز المنفعة المالية التي يمكن الحصول عليها من نشره وتعميمه³. وهو في الفقه ينقسم إلى نوعين من الحقوق:

حق عام: وهو حق للأمة لحاجتها إلى ما فيه، من علوم ومعارف سدا لحاجتها وتنمية لمواهبها⁴. فالمصنف إذا خرج من المؤلف استحق عموم الناس الاطلاع عليه والاستفادة منه، لما يثبت من حق التعاون على البر والتقوى، ولما في كتمانهم وحجبه عن الناس من منع للتواصي بالحق⁵، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِلْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ (المائدة: 02)، ولقوله ﷺ: {مَنْ سُلِّ عَنْ عِلْمٍ عَلِمَهُ ثُمَّ كَتَمَهُ أَجَلَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يُلْجَأُ مِنْ نَارٍ}⁶. ومن الحقوق العامة التي ترد

¹ - عبد السلام داود العبادي، الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، مرجع سابق، ص 2012.

² - ناظم خالد محسم حمود، الحقوق المعنوية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة الريان للعلوم الانسانية والتطبيقية، ع2، م3، اليمن، ديسمبر 2020م، ص44.

³ - محمد عثمان شبيب، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص42.

⁴ - بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة (التشريع وزراعة الأعضاء، المراجعة، الحساب الفلكي، حق التأليف، البوصلة)، مؤسسة الرسالة، ط1، م2، بيروت، لبنان، 1416هـ-1996م، ص160.

⁵ - أحمد محمد الشحي، حقوق التأليف في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة بقانون حقوق المؤلف الإماراتي، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، ع1، م14، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، رمضان 1438هـ- جوان 2017م، ص126.

⁶ - أخرجه الترمذي، سنن الترمذي، أبواب العلم، باب ما جاء في كتمان العلم، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط2، ج5، مصر، 1395هـ-1975م، ص29. رقم الحديث: 2649.

على المؤلفات، حق الاقتباس أو الترجمة أو الاستشهاد، التضمنين¹، وكل ذلك مشروط بأداء أمانته وهي نقله بأمانة منسوباً إلى قائله دونما غموض أو تدليس أو إخلال².

حق خاص: وهو ينقسم إلى حقين متعلقين بالمؤلف وهما الحق الأدبي والحق المالي. فأبي انتاج علمي أو ابداع في أو ابتكار صناعي لابد له من وعاء يحتويه (كتاب، لوحة، شريط مسموع، رقائق الحاسوب CD...) يُمكن الناس من الاطلاع عليه والاستفادة منه. وإن الأعمال المتمثلة بالمؤلفات العلمية، والابداعات الفنية، والابتكارات الصناعية، لا يمكن أن تظهر للوجود وتبدو فائدتها وقيمتها مادامت مجرد أفكار وتصورات حبيسة في أذهان أصحابها لا يمكن الاستفادة منها إلا بالجهد والمشقة التي يبذلها صاحبها لإظهارها وهو ما يبرز قيمة هذا الابداع، ويضعه في موقعه الملائم³. فالأفكار والحقائق والنتائج لمن ألف كتاباً مثلاً هي حصيلة جهده وعمله وبخه لذلك فهي حقوقه الخاصة التي يحرص عليها، وكونها حق لمن اجتهد في تحصيلها وتأليفها⁴، وهذا ما يسمى بالحق الأدبي وهو لصيق بشخص صاحبه لا يقبل التنازل عنه، فهو مظهر من مظاهر الشخصية بذاتها ويعبر عنها، وهو ما يخول للمؤلف وحده حق تقرير نشر مصنفه على الجمهور ونسبته إلى نفسه، وسحبه من التداول، والزام غيره باحترامه⁵. وهذا ما أجمع عليه الفقهاء المسلمين أجمعوا على وجوب نسبة الابتكار إلى صاحبه، فتجعل للمؤلف حرمة والاحتفاظ بقيمته وجهده، ويتجلى ذلك في تعاليم الإسلام في عدة مظاهر كمبحث الأمانة وتحريم الكذب والتدليس والسرقة والانتحال وغيرها⁶. فحتى الناشر ليس من حقه أن يتصرف بالمضمون العلمي، بأي شكل من أشكال

¹ - أحمد مُجد الشحي، حقوق التأليف في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة بقانون حقوق المؤلف الإماراتي، مرجع سابق، ص161.

² - بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة (التشريح وزراعة الأعضاء، المراجعة، الحساب الفلكي، حق التأليف، البوصلة)، مرجع سابق، ص162.

³ - مُجد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، ط6، دمشق، سوريا، 1431هـ-2010م، ص216.

⁴ - مُجد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، المرجع نفسه، ص216، 217.

⁵ - عبد الله مبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، دار المريخ، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1420هـ-2000م، ص55، 56.

⁶ - بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة (التشريح وزراعة الأعضاء، المراجعة، الحساب الفلكي، حق التأليف، البوصلة)، المرجع السابق، ص165.

التصرف التي يمكن أن تغير صيغته، ولا أن ينتحله أو ينسبه إلى غير مؤلفه، بل يجب أن ينسبه إلى مؤلفه كما هو مقتضى الأمانة العلمية.

وفي الناس من يحرص على الانتفاع بهذه المؤلفات، فهي تعتبر منفعة، والمنفعة لها قيمة مادية معتبرة شرعا (مال). ولعل اعطاء هذه المادة العلمية أو الفنية أو غيرها من المصنفات قيمة مادية كان له وجود من العصور السالفة كإعطاء الجوائز للمؤلفين والمعلمين والمربين... وغيرهم، غير أن هذه الجوائز لا تسلبهم الحق الأدبي في مؤلفاتهم، بل كان الحق الأدبي محفوظا لهم، من خلال الحكم بضرورة نسبة العمل إلى صاحبه ومنع انتحاله، وتسمية من يسطو عليه لصا وسارقا¹.

وما لم يكن سابقا هو حق النشر والطبع وهو ما يحتاج النظر إليه، فلم يكن المؤلف يمنع النسخ من نسخ كتابه، لأنهم في الحقيقة لا يستثمرون عمله العلمي، وإنما يمنعهم من احتكار استنساخ كتابه، واليوم فالمطابع تعمل على اخراج آلاف النسخ وتحتصر الجهد والوقت والمال الذي بُذِل في جمع المادة العلمية التي هي حق لمؤلفها يحرم شرعا انتحالها أو ادعاؤها، وهو من يملك أن يبيع للآخرين قراءتها من خلال طبع كتاب يتضمنها، أو من خلال السماح للآخرين بتداولها ونشرها، وله الحق في استثمارها لنفسه ومنع الآخرين من استثمارها²، وهذا هو الجانب المالي لحقوق المؤلف فهي بمثابة الامتيازات المالية للمؤلف لقاء مؤلفه وهي حق عيني أصلي مالي منقول، تأتي قسيم للحق الأدبي المعنوي الشخصي، وهي إما حق مالي في حياة المؤلف يفيد إعطائه حق الاستئثار بمصنفه لاستغلاله بأي صورة من صور الاستغلال المشروعة بنفسه أو بغيره من قبله مدة معينة، وهذا في فترة حياته (طيلة حياته في العائدات المالية، أو في فترة محددة بحسب المدة التي تحددها القوانين اضافة على فترة حياته)، أو بعد وفاته وهو الحق المالي الذي يعود لورثته شرعا قدر الفريضة الشرعية، فإن لم يكن له ورثة فلشركائه في التأليف³.

¹ - مُجَدّ توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، مرجع سابق، ص 216، 217، 219، 224.

² - مُجَدّ توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، المرجع نفسه، ص 220 و 221.

³ - بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة (التشريح وزراعة الأعضاء، المراجعة، الحساب الفلكي، حق التأليف، البوصلة)، مرجع سابق، ص 167، 168.

هذه المسألة من المسائل المعاصرة التي لم يوجد فيها نص من القرآن أو السنة أو الإجماع أو أقوال الصحابة والمجتهدين، ولهذا اختلف فيها العلماء المعاصرون في اعتباره حق مالي، على قولين، (الأول: ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى عدم اعتبار حق التأليف، وبالتالي عدم حل المقابل المالي لهذا الحق. والثاني: ذهب الكثير من العلماء المعاصرين إلى اعتبار حق التأليف، وبالتالي حل المقابل المالي لهذا الحق لأن المنافع تعتبر أموالاً عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وهي من الأمور المعنوية، ولا ريب أن الانتاج الذهني أيضاً من المنافع فيعد مالا تجوز شرعا معاوضة عنه، كما أن العرف جرى على اعتباره وأقر التعويض عنه)¹. ولكل أدلته التي استدلت بها على قوله. والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، من أن حق التأليف معتبر شرعا، ويجوز الاعتياض عنه، لأنه يحتل مكانة مهمة في حياة الناس، وهو من أكد المصالح وأقواها أثرا وأعمها نفعا، وعدم حل الاعتياض عنه يسبب الانقطاع عن القيام بالتأليف والكتابة، لأنه يكلف العالم تكاليف مالية كثيرة وتكاليف ذهنية، فإذا لم يجد الحافز عليه، أهمله وأراح نفسه من تحمل أعباءه المالية والذهنية².

جاء القانون الجزائري رقم 03-05 يعرف المؤلف في المادة 12 في فقرتها الأولى على أنه: "يعتبر مؤلف مصنف أدبي أو فني في مفهوم هذا الأمر الشخص الطبيعي الذي أبدعه"، وفي الفقرة الثانية: "يمكن اعتبار الشخص المعنوي مؤلفا في الحالات المنصوص عليها في هذا الأمر"³. وهنا نجد أن المشرع أضفى صفة المؤلف على كل شخص توفر فيه شرط الإبداع أي في مصنفه، والمصنفات الأدبية أو الفنية تم تحديدها ضمن المادة 4* والفقرة الأولى من المادة 5* من الأمر 03-05. كما لم يقتصر وصف المشرع

¹ - محمد عثمان شبيب، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 43، 44، 45.

² - محمد عثمان شبيب، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص 47.

³ - المادة 12 من الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 هـ الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003م المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع 44، ص 5.

* - "يعتبر على الخصوص كمصنفات أدبية أو فنية محمية ما يأتي:

أ) المصنفات الأدبية المكتوبة مثل: المحاولات الأدبية، والبحوث العلمية والتقنية، والروايات، والقصص، والقصائد الشعرية، وبرامج الحاسوب، والمصنفات الشفوية مثل المحاضرات والخطب والمواظع وباقي المصنفات التي تماثلها.

ب) كل مصنفات المسرح والمصنفات الدرامية، والدرامية الموسيقية والإيقاعية، والتمثيلات الإيمائية.

ج) المصنفات الموسيقية، المغناة أو الصامتة.

د) المصنفات السينمائية والمصنفات السمعية البصرية الأخرى سواء كانت مصحوبة بأصوات أو بدونها.

للمؤلف على الشخص الطبيعي فقط بل حتى الشخص المعنوي وفقا للحالات التي ينص عليها هذا القانون.

وجاء في المادة 03 من نفس القانون أنه: "يمنح كل صاحب ابداع أصلي لمصنف أدبي أو في الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر"¹. وجاء في المادة 13 ما يلي: "يعتبر مالك حقوق المؤلف ما لم يثبت خلاف ذلك، الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يصرح بالمصنف باسمه أو يضعه بطريقة مشروعة في متناول الجمهور، أو يقدم تصريحاً باسمه لدى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المنصوص عليها في المادة 131* من هذا الأمر"². فحسب القانون يعد مؤلفاً من يصرح بالمصنف باسمه أو يقدمه للجمهور وفقاً للطرق المشروعة أو عن طريق تصريح يحمل اسمه لدى الهيئة المعنية ما لم يثبت ما يخالف ذلك، فقد أولى المشرع الجزائري أهمية للمؤلف وحماية حقوقه وعلى هذا الأساس يمنح صاحب هذا الابداع الحقوق التي نص عليها القانون.

كما تنص المادة 21 من القانون 03-05 على: "يتمتع المؤلف بحقوق معنوية ومادية على المصنف الذي أبدعه.

هـ) مصنفات الفنون التشكيلية والفنون التطبيقية مثل: الرسم، والرسم الزيتي، والنحت، والنقش، والطباعة الحجرية، وفن الزرابي.

و) الرسوم، والرسوم التخطيطية، والمخططات، والنماذج الهندسية المصغرة للفن والهندسة المعمارية والمنشآت التقنية.

ز) الرسوم البيانية والخرائط والرسوم المتعلقة بالطوبوغرافيا أو الجغرافيا أو العلوم.

ح) المصنفات التصويرية والمصنفات المعبر عنها بأسلوب مماثل التصوير.

ط) مبتكرا الألبسة للأزياء والوشاح". المادة 4 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع44، ص4.

* - "تعتبر أيضا مصنفات محمية الأعمال الآتية:

- أعمال الترجمة والاقتباس، والتوزيعات الموسيقية، والمراجعات التحريرية، وباقي التحويرات الأصلية للمصنفات الأدبية أو الفنية.

- المجموعات والمختارات من المصنفات، مجموعات من مصنفات التراث الثقافي التقليدي وقواعد البيانات سواء كانت مستنسخة على دعامة قابلة للاستغلال بواسطة آلة أو بأي شكل من الأشكال الأخرى، والتي تتأني أصلاتها من انتقاء موادها أو ترتيبها". المادة 5 الفقرة الأولى

من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع44، ص4.

¹ - المادة 3 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع44، ص4.

* - "يكلف الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بالحماية القانونية للحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر. يحدد قانونه الأساسي صلاحياته وكيفية تنظيمه وسيره في إطار تنفيذ أحكام هذا الأمر. تحدد كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم". المادة 131 من

الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع44، ص18.

² - المادة 13 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع44، ص5.

تكون الحقوق المعنوية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا يمكن التخلي عنها.

تمارس الحقوق المادية من قبل المؤلف شخصيا أو من يمثله أو أي مالك آخر للحقوق بمفهوم هذا الأمر¹. كما وضع القانون امكانية استغلال المصنف بأي شكل من أشكال الاستغلال والحصول على عائد مالي منه وذلك حسب ما تنص عليه المادة 27 من نفس القانون².

يعرف المشرع الإماراتي المؤلف في المادة الأولى من مرسوم بقانون اتحادي رقم 38 على أنه: "الشخص الذي يبتكر المصنف، أو من يُذكر اسمه عليه أو ينسب إليه عند نشره باعتباره مؤلفا له، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، كما يعد مؤلفا للمصنف من ينشره بدون اسم أو باسم مستعار أو بأي طريقة أخرى، بشرط ألا يقوم شك في معرفة حقيقة شخصية المؤلف، فإذا قام الشك اعتبر ناشر أو منتج المصنف سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا، نائبا عن المؤلف في مباشرة حقوقه إلى أن يتم التعرف على حقيقة شخصية المؤلف"³. ومنحه بذلك القانون حقوق كما جاء في المادة 5 من نفس المرسوم في فقرتها الأولى (البند الأول): "يتمتع المؤلف وخلفه العام على المصنف بحقوق أدبية غير قابلة للتقادم أو التنازل". وجاءت الفقرة الثانية (البند الثاني) موضحة النحو التي تأتي عليه هذه الحقوق: "تكون حقوق المؤلف وخلفه العام المشار إليها في البند (1) من هذه المادة على النحو الآتي:

أ. نشر المصنف لأول مرة.

ب. نسبة المصنف إلى مؤلفه.

ج. الاعتراض على أي تعديل للمصنف إذا كان فيه تشويه أو تحريف للمصنف أو اضرار بسمعة المؤلف.

¹ - المادة 21 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع44، ص6.

² - المادة 21 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع44، ص7.

³ - البند 1 من المادة 01 من مرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2021 الصادر بتاريخ 13 صفر 1443هـ الموافق لـ 20 سبتمبر 2021م بشأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع 712 (ملحق)، الإمارات العربية المتحدة، ص 428.

د. تقديم طلب إلى المحكمة المدنية لسحب المصنف من التداول، بناءً على أسباب تبرر ذلك، باستثناء التطبيقات الذكية وبرامج الحاسب الآلي وتطبيقاتها¹.

وما يحسب للمشرع الإماراتي تعريفه للمؤلف تعريفاً دقيقاً ومفصلاً وذلك لتحديد المؤلف الأصلي في حال الشك في نسبة مصنف ما إلى شخص معين، على عكس المشرع الجزائري الذي لم يعرفه بتعريف صريح وإنما أتى على المقصود بصيغة مباشرة.

وتناول المشرع الفرنسي حق المؤلف على أنه: "المؤلف لعمل فكري يتمتع بحقوق حصرية وغير ملموسة على هذا العمل، بمجرد ابداعه، وهذا الحق قابل للتنفيذ ضد الجميع.

يتضمن هذا الحق جوانب فكرية وأخرى مالية، والتي يتم تحديدها بواسطة الكتاب الأول والثالث من هذا القانون"².

أما في القانون الأمريكي فجاء على تعريف من يملك حقوق المؤلف أو صاحب حقوق النشر بأنه المالك للحق الخاص الذي يتعلق بأي من الحقوق المشمولة بحقوق النشر³. ووضح بأن مالك هذه الحقوق وموجب نفس القانون يمكنه القيام والترخيص بما يلي¹:

¹ - البند 2 من المادة 01 من مرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2021م، ج.ر، ع 712 (ملحق)، ص 428.

² - "L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code". Article L111-1 Code de la propriété intellectuelle modifié par Loi n°2020-1674 du 24 décembre 2020, Partie législative, Première partie (la propriété littéraire et artistique, Livre 1 (Le droit d'auteur), Titre 1 (Objet du droit d'auteur), Chapitre Ier (Nature du droit d'auteur), République Française.

³ - " Copyright owner, with respect to any one of the exclusive rights comprised in a copyright, refers to the owner of that particular right". Article 101 (Definitions), U.S Code "Copyright Law of the United States", Title 17(Copyrights), Chapter 1 (SUBJECT MATTER AND SCOPE OF COPYRIGHT), LII.

- (1) إعادة إنتاج العمل المحمي بحقوق الطبع والنشر في نسخ أو تسجيلات صوتية.
- (2) إعداد أعمال مشتقة مبنية على المصنف المحمي بحقوق الطبع والنشر.
- (3) توزيع نسخ أو تسجيلات صوتية للمصنف المحمي بحقوق الطبع والنشر على الجمهور عن طريق البيع أو أي نقل آخر للملكية، أو عن طريق التأجير أو الإيجار أو الإعارة.
- (4) في حالة المصنفات الأدبية والموسيقية والدرامية والرقصية، والأفلام الإيمائية والأفلام السينمائية وغيرها من المصنفات السمعية البصرية، يعرض المصنف المحمي بحقوق الطبع والنشر علنا.
- (5) في حالة المصنفات الأدبية والموسيقية والدرامية والرقصية، والتمثيل الإيمائي والمصنفات التصويرية أو الرسومية أو النحتية، بما في ذلك الصور الفردية لصورة متحركة أو غيرها من المصنفات السمعية البصرية، يعرض المصنف المحمي بحقوق الطبع والنشر علنا.
- (6) في حالة التسجيلات الصوتية، عرض العمل المحمي بحقوق الطبع والنشر علنا عن طريق البث الصوتي الرقمي.

¹ - "Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

- (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords.
- (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work.
- (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending.
- (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly.
- (5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly.
- (6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission". Article 106 (Exclusive rights in copyrighted works), U.S Code "Copyright Law of the United States", Title 17(Copyrights), Chapter 1 (SUBJECT MATTER AND SCOPE OF COPYRIGHT).

وبالتالي فالتشريع الإسلامي يعترف بحقوق المؤلفين جنبا إلى جنب مع القانون الوضعي، ولا يعتبر حق المؤلف للكتاب فقط بل ينطبق على جميع المصنفات التي وضعتها الشريعة والقوانين، وهو ما يخلق حماية خاصة لحقوق المؤلفين، في إطار فقهي وقانوني.

الفرع الثاني: حق براءة الاختراع

يمكن تعريفه أيضا بأنه ما يثبت للمخترع بمقتضى الشرع من سلطة على ما اخترعه، تمكنه من الاحتفاظ بنسبته إليه، والاستئثار بالمنفعة المالية التي يمكن استغلالها منه. أي حق الاختراع هو ما يثبت للمبتكر "صاحب الاختراع" من سلطة على ما ابتكر تمكنه من الاحتفاظ بنسبته إليه، واحتكار المنفعة المالية التي يمكن استغلالها منه، ولا بد من تقييد ذلك الثبوت بالشرع حتى يكون هذا الق حقا شرعيا محترما¹.

إذا كان حق المؤلف يتعلق بالأعمال الأدبية والفنية، فإن حق براءة الاختراع يتعلق بالأعمال الصناعية كابتكار أو اكتشاف شيء معين، فبراءة الاختراع مجرد سند، أو وثيقة، أو شهادة بالبراءة تشهد أن المخترع لم يسبق إليه، وأنه بريء من التقليد، أو التزوير، أو الانتحال، وأنه في أمان من الاعتداء على حقه حين أذاعه وأعلنه².

وعرف المشرع الجزائري براءة الاختراع كما يلي: "البراءة أو براءة الاختراع: وثيقة تسلم لحماية اختراع"³.

عند المشرع الإماراتي جاء تعريف براءة الاختراع في القانون الذي ينظم ويحمي الملكية الصناعية لبراءات الاختراع على أنها: "سند الحماية الذي تمنحه الوزارة عن الاختراع"¹، كما أشارت المادة الخامسة

¹ - حسين بن معلوي الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، دار طيبة، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1425هـ-2004م، ص76.

² - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، ط1، دمشق، سوريا، 1423هـ-2002م، ص586.

³ - المادة 02 من الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424هـ الموافق لـ 19 جويلية 2003م المتعلق ببراءات الاختراع، ج.ر، ع44، الجمهورية الجزائرية، ص28.

من نفس القانون في سياق شروط منح براءة الاختراع فجاءت كما يلي: " تمنح براءة الاختراع عن كل اختراع جديد ناتج عن فكرة مبتكرة أو تحسين مبتكر ويمثل خطوة إبداعية وقابل للتطبيق الصناعي.

تمنح البراءة استقلالاً، عن كل تطبيق جديد أو تعديل أو تحسين أو إضافة ترد على اختراع سبق أن منحت عنه براءة، إذا توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"².

وجاء في المادة **L611-1** من قانون الملكية الفكرية الفرنسي أنه يجوز أن يكون أي اختراع موضوع سند ملكية صناعية صادر عن مدير المعهد الوطني للملكية الصناعية يمنح مالكة أو خلفائه في سند الملكية حقا حصريا في الاستغلال³. كما جاءت الفقرة الأولى من المادة **L611-10** من نفس القانون توضح ذلك بأن الاختراعات الجديدة التي تنطوي على خطوة ابتكارية وقادرة على التطبيق الصناعي قابلة للحماية ببراءة⁴.

¹ - المادة 01 من قانون اتحادي رقم 17 لسنة 2002م الصادر بتاريخ 7 شوال 1442هـ الموافق لـ 19 ماي 2021م في شأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية، ج.ر، ع 703، الامارات العربية المتحدة، ص2.

² - المادة 05 الفقرة 1 و 2 من قانون اتحادي رقم 17 لسنة 2002م الصادر بتاريخ 7 شوال 1442هـ الموافق لـ 19 ماي 2021م في شأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية، ج.ر، ع 703، الامارات العربية المتحدة، ص3.

³ - "Toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation". Article L611-1 Code de la propriété intellectuelle modifié par Loi n°2008-518 du 3 juin 2008 , Livre 6 (Protection des inventions et des connaissances techniques), Titre 1 (Brevets d'invention), Chapitre 1 (Champ d'application), Section 1 (Généralités), République Française.

⁴ - " Sont brevetables les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle". Article L611-1 Code de la propriété intellectuelle modifié par Loi n°2004-1338 du 8 décembre 2004, Livre 6 (Protection des inventions et des connaissances techniques), Titre 1 (Brevets d'invention), Chapitre 1 (Champ d'application), Section 3 (Inventions brevetables), République Française.

كما جاء قانون القانون الأمريكي المتعلق ببراءات الاختراع أنه يمكن لكل من يخترع أو يكتشف أي عملية أو آلة أو يُصنّع أو يكون منتج أو تركيبة مادية جديدة ومفيدة، أو أي تحسين أو تطوير لأي مما سبق، الحصول على براءة اختراع لها، وفقا للشروط والمتطلبات التي ينص عليها هذا العنوان¹.

استعمل المشرع الجزائري مصطلح وثيقة في حين المشرع الفرنسي والإماراتي استعمالا مصطلح سند، وعلى الرغم من الاختلاف في العبارة إلا أنها تصب في معنى واحد، في حين حافظ المشرع الأمريكي على مصطلح براءة الاختراع لوصف ما يترتب على الإبداع الذين تم تعيينه في نص المادة.

في الشرع الإسلامي متسع لهذا التدبير تخريجا على قاعدة المصالح المرسلّة في ميدان الحقوق الخاصة، والقصد من اقرار هذه الحقوق إنما هو تشجيع الاختراع والابداع، كي يعلم من يبذل جهده فيهما أنه سيختص باستثمارها، وسيكون محميا من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره ويزاحموه في استغلالها². للاختراع مجالين، مجال مسموح به وهو اختراع المصنوعات وما ينفع الناس وتصلح به حياتهم وتستمر وهو من المباحات التي سمح بها الشرع، من حيث استعمالها واعمال العقل في ابتداعها، فلا تصادم أصلا من أصول العبادات كالبدع والضلالات، ومن المعاملات كالتعامل بالربا والحرام، أو تنافي أحد المقاصد الخمسة. ومجال ممنوع وهو الذي يتناقض مع الدين فلا يجب اعمال العقل فيه كالابتداع في الدين، واثارة الشبهات أو برامج تسيء للإسلام. فعليه فان فقهاء المسلمين وضعوا للاختراع ضوابط³.

¹ - "Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title". Article 101 (Inventions patentable), U.S Code (Patent Law), Part 2 (Patentability Of Inventions and Grant Of Patents), Title 35 (Patents), Chapter 10 (Patentability Of Inventions).

² - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص31.

³ - لونيس واري، حق براءة الاختراع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر 1 (بن يوسف بن خدة)، الجزائر، 2019م، ص36،35.

الفرع الثالث: حق الاسم التجاري

الاسم التجاري تسمية يستخدمها التاجر علامة تميز منشأته التجارية عن نظائرها. ويعرف المتعاملون معه نوعا خاصا من السلع وحسن المعاملة والخدمة¹. فهو اللقب المخصص لمحل تجاري اكتسب شهرة بهذا اللقب، والتحقيق أن الاسم التجاري لا يعني مجرد اطلاق الاسم، بل أن صاحبه قد بذل جهودا ذهنية وأموالا وأوقاتا واستعان بخبراء ليساعدوه في تحقيق المواصفات الجيدة لسلعته، ودفع مبالغ للدعاية، حتى يبنى اسما مشهورا له سمعة طيبة بين التجار.

فعلى ضوء ذلك فالاسم التجاري وإن كان ظاهره أمرا معنويا لكنه في حقيقته له واقع ملموس، وقيمة ذاتية مستقلة عن السلع التي تمثلها وهو منفعة يستفيد منها التاجر، والمتعاملون معه، والعبرة في المالية بالمنفعة². وإلى جانب ذلك فإن للاسم التجاري أيضا أهدافا وأغراضا يحققها، أخصها وأهمها أنه يحفظ السلع من التقليد والتزييف، ويوجد ارتباطا وصلة وانطبعا معينا بينه وبين الجمهور، هذا الارتباط الذي ينتج ما نسميه السمعة والشهرة التجارية³. فالاسم التجاري له واقع ملموس، كما أن له قيمة ذاتية مستقلة عن السلع التي يمثلها ويحتويها.

في القانون الجزائري لم يعرف الاسم التجاري وإنما تم التطرق له على أنه أحد عناصر المحل التجاري كما جاء في المادة 78 من القانون التجاري: "تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري".

ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه وشهرته.

¹ - عجيل جاسم النشمي، الحقوق المعنوية (بيع الاسم التجاري والتراخيص)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع5، ج5، جدة، المملكة العربية السعودية، 1998م، ص1846.

² - علي محي الدين علي القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص426، 427.

³ - عجيل جاسم النشمي، الحقوق المعنوية (بيع الاسم التجاري والتراخيص)، المرجع السابق، ص1846.

كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الايجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك"¹.

كما تبعه المشرع الاماراتي في تضمين الاسم التجاري من بين عناصر المحل التجاري وجاء ذلك في المادة 37 من قانون المعاملات التجارية والتي نصت على ما يلي: "يضم المحل التجاري العناصر اللازمة للعمل التجاري، وتنقسم هذه العناصر إلى عناصر مادية كالبضائع والمهمات والآلات والأدوات وعناصر معنوية كالاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري والحق في الإجارة وحقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية والرخص.

لا تعتبر العناصر المادية أساسية في المحل التجاري على خلاف العناصر المعنوية التي لا يوجد المحل التجاري إلا إذا توافر عنصر منها أو أكثر"². إلا أن المشرع الإماراتي أضاف في تعديله الأخير لقانون المعاملات التجارية فرعاً خاص بالاسم التجاري موضحاً مكوناته، وشروط (التسمية، وتقييده في السجل التجاري، وكيفية انتقال ملكيته)، من المادة 53 حتى المادة 59 من نفس المرسوم، وسنذكر فقط المادة 53 والتي جاء فيها ما يلي: "بمراعاة الأحكام والاشتراطات المنصوص عليها في التشريعات المنظمة لحماية حقوق الملكية الفكرية، يتألف الاسم التجاري للتاجر الفرد من اسمه ولقبه، ويجوز له أن يتضمن بيانات خاصة بالأشخاص المذكورين فيه متعلقة بنوع التجاري المخصص لها، كما يجوز أن يكون تسمية مبتكرة، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الاسم التجاري مطابقاً للحقيقة وألا يؤدي إلى التضليل أو المساس بالنظام العام أو الآداب". أما فيما يتعلق بالشركات التجارية فذكرت المادة 54 أنه: "يكون الاسم التجاري للشركات التجارية وفق الأحكام المقررة بالتشريعات النافذة في الدولة"³.

¹ - المادة 78 من الأمر رقم 75-59 المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-09 المتضمن القانون التجاري، ج.ر، ع101، ص1312.

² - المادة 37 من المرسوم الاتحادي رقم (50) لسنة 2022م الصادر في 7 ربيع الأول 1444هـ الموافق لـ 03 أكتوبر 2022م بإصدار قانون المعاملات التجارية، ج.ر، ع737 (ملحق 1)، الامارات العربية المتحدة، ص12.

³ - المادة 53 و 54 من المرسوم الاتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية، ج.ر، ع737 (ملحق 1)، الامارات العربية المتحدة، ص 15.

وفي القانون الفرنسي لم يتم تعريف الاسم التجاري صراحة، إنما تم التطرق إليه مرار في قانون الملكية الفكرية كأحد عناصر العلامة التجارية وضمن الأحكام التي تنطبق عليها والتي تناولتها في المواد (من L711-1 إلى L714-8) *.

وفي القانون الأمريكي جاء تعريف الاسم التجاري على أنه أي اسم يستخدم من قبل الشخص لتحديد عمله أو تجارته¹.

فأغلب التشريعات التي تم ذكرها لم تعرف صراحة الاسم التجاري إلا على أنه عنصر من عناصر المحل التجاري، باستثناء المشرع الأمريكي الذي أسند تعريف للاسم التجاري موضحا استخداماته.

الاسم التجاري من الحقوق المعنوية، والحقوق المعنوية لا تدخل في مسمى المال عند الحنفية كسائر المنافع العرضية على عكس الجمهور الذين يعتبرون أن المنافع أموال يجوز المعاوضة عنها وتجاز بحيازة أصلها، لأن الشيء لا يكون مالا حتى يمكن حيازته وادخاره، وهذا من خصائص الأعيان، وعليه فالمنافع كسكنى الدار، والحقوق المعنوية ومنها الاسم التجاري لا تعتبر مالا². وقد اتفق العلماء المعاصرون على اعتبار الاسم التجاري حقا ماليا، وذا قيمة مالية ودلالة تجارية معينة، يحقق رواج الشيء الذي يحمل ذلك الاسم، وهو مملوك لصاحبه، والمملك يفيد الاختصاص أو الاستبداد أو التمكن من الانتفاع والتصرف فيه بالبيع أو

* - جاءت أحكام العلامة التجارية في قانون الملكية الفكرية الفرنسي في (الكتاب السابع "علامات المنتج أو الخدمة وغيرها من العلامات المميزة"، العنوان الأول "علامات المنتج أو الخدمة"، الفصل الأول "العناصر المكونة للعلامة من المادة" والفصل الثاني "اكتساب الحق في العلامة التجارية" والفصل الثالث "الحقوق التي تمنحها العلامة التجارية"، الفصل الرابع "نقل وفقدان حقوق العلامات التجارية").

(Livre 7 (Marques de produits ou de services et autres signes distinctifs), Titre 1 (Marques de produits ou de services), Chapitre 1 (Eléments constitutifs de la marque), Chapitre 2 (Acquisition du droit sur la marque), Chapitre 3 (Droits conférés par la marque), Chapitre 4 (Transmission et perte du droit sur la marque), Code de la propriété intellectuelle, République Française.

¹ - "Trade name, commercial name. The terms (trade name) and (commercial name) mean any name used by a person to identify his or her business or vocation", Article 1127 (Construction and Definitions), Subchapter 3 (General Provisions), Chapter 22 (Trademarks), Title 15 (Commerce and Trade), U.S. Code.

² - ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، ج 1، ص 180.

الاجارة أو غير ذلك، ويمنع الغير من الاعتداء عليه إلا بإذن صاحبه. والعرف الذي يستند إليه هذا الحق عام، ولا يتصادم مع نص شرعي خاص أو قاعدة كلية عامة في الشريعة الإسلامية¹.

وفي ختام موضوع الحقوق المعنوية جاء قرار مجمع الفقه الاسلامي، كالتالي²:

أولاً: الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها وهذه الحقوق يعتد بها شرعا فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعا ولأصحابها حق التصرف فيها ولا يجوز الاعتداء عليها.

وكون هذا المصطلح جديد لا يمنع من اعتباره إذ العبرة بالمحتوى وليس باللفظ والمسمى، ووجه استيعاب الفقه لهذه الحقوق المعنوية راجع إلى نظرة الفقه الإسلامي لمعنى المال والحق والملك.

وقد تبين أن المال يشمل معظم الحقوق، وأن كل ما يجري فيه الملك فهو مال، والحقوق مما يجري فيها الملك، فهي أموال باستثناء مالا يقبل التبعض، فهذه الحقوق المعنوية سواء كانت حقوقاً أدبية أو فنية أو حقوقاً صناعية أو تجارية، فإنها مال في مفهوم جمهور الفقهاء خاصة عند المالكية الذين يرون أن الحقوق كلها أموال على خلاف الحنفية³.

وليس في الفقه الإسلامي ما يمنع من اعتبار هذه الحقوق من الحقوق العينية الأصلية، لأن الحق العيني في الفقه الإسلامي لا يشترط فيه أن يكون محله عينا مادية، بل يجوز أن يكون منفعة أو معنى، إذ

¹ - محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 55، 56.

² - القرار رقم 5 من مجمع الفقه الاسلامي بشأن الحقوق المعنوية المنعقد في دورة المؤتمر الخامس من 1 إلى 6 جمادى الأولى 1309 هـ الموافق ل 10 إلى 15 ديسمبر 1988م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع 5، ج 3، ص 2267.

³ - ناظم خالد محسم حمود، الحقوق المعنوية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ع 2، م 3، ص 50.

المنظور في الحق العيني هو العلاقة المباشرة التي يقرها الشرع بين صاحب الحق ومحلّه، خلافا لما استقر عليه الفقه الوضعي من اشتراط كون المحال ماديا حتى يعتبر عينيا، وبذلك يشمل الحق العيني في الشريعة الحقوق المالية، وغير المالية¹.

والحقوق المعنوية أصبحت من الأصول الاقتصادية المهمة في عصرنا، مما قد أدى إلى ظهور الحاجة إلى وسطاء تجاريين يعملون على تسهيل العمليات المختلفة التي تقع على هذه الحقوق سواء من خلال ترخيصها أو نقلها أو استثمارها. فلم تقتصر الوساطة التجارية على الأصول الأعيان المادية فقط وإنما تعدتها لتشمل الأصول المعنوية غير الملموسة (الحقوق المعنوية).

والحقوق المعنوية باتت تنشأ في البيئة الرقمية، وتتم عليها عمليات عدة من بيعها وشرائها وتأجيرها أو ترخيصها واستثمارها. فإضافة إلى الحقوق المعنوي المتعارف عليها والتي تطورت إلى حقوق معنوية رقمية فهناك حقوق معنوية نشأت إلكترونية مثل البرامج والبرمجيات وغيرها.

فقد سمح التطور التكنولوجي بانتقال حقوق المؤلف من وضعيتها الكلاسيكية إلى وضعها الحالي، الذي أصبح يؤكد على الأطراف المعنية بالتأليف والنشر استعمال وسائل جديدة للنشر والاستنساخ في ميدان استغلال المصنف في السوق، وتطورت صناعات النشر خاصة باستعمال وسائل الإعلام الآلي التي أدت إلى انخفاض مصاريف إنتاج المنتجات العلمية والثقافية والمصنفات... وتوسع نطاق حقوق المؤلف. وساهمت في هذا التقدم وسائل أخرى باستخدام البرامج المرتبطة بالأقمار الصناعية للتطور التكنولوجي في الآلات (فيديو، الهاتف الشخصي، الإنترنت...)، وفي جميع الحالات يجب الحصول على إذن المؤلف على نشر مصنفه بل وعلى صورة النشر المقررة بالتحديد، فالإذن بنشر المصنف في صورة كتاب لا يمتد إلى ترقيمه بل ذلك يتوجب إذنا خاصا وهذا ما يكفله الحق المعنوي للمؤلف بتقرير طريقة هذا النشر².

¹ - ناظم خالد محسم حمود، الحقوق المعنوية في الفه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص50.

² - سمية بن قويدر، النشر الإلكتروني وحقوق المؤلف (رهانات مالية وقانونية دولية)، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والأنظمة السياسية، ع1، م5، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله، تيبازة، الجزائر، 2021م، ص09.

ولعل من أهم القضايا حول النشر الإلكتروني، المسائل القانونية التي تتعلق بحقوق النشر والنسخ التي أصبحت تستدعي تشريعات خاصة لحماية حقوق المؤلف، وهذا نتيجة الاستغلال الفوضوي للنشر عبر الإنترنت، مما جعل الخبراء والمعنيين في مجال الاتصال يتوقفون لمناقشة السبل التي تقلل من هذه الانتهاكات، فحماية المنتجات الفكرية والمعرفية أخذت أهمية خاصة بعد التطورات التكنولوجية التي سهلت نسخها، وتداولها بسرعة فائقة عبر الإنترنت، والأشكال هنا لا يكمن في النشر الإلكتروني باعتباره طريقة اتصال توفر تبادل المعلومات، ونقلها بكافة صورها في حال تمتعها بالحماية بعيدا عن موقع الإنترنت على اعتبار أن ما ينشر هو بالأساس يعتبر محل حماية لكن الإشكال يكمن في المواد التي لا يكون لها وجود إلا عبر الإنترنت، فالوحدة الأساسية في شبكة الإنترنت هي الحاسب، ويتكون من جزء مادي وجزء غير ملموس كالبرامج والبرمجيات وهي الفكر المحرك للحاسوب، كما يتكون من أجزاء صغيرة جدا تساهم في عمله وتغذيته تعرف بالدوائر المتكاملة، وكل هذه العناصر يطلق عليها اسم المصنف¹.

في الوقت الحاضر لا زال الجدل قائما بشأن حماية حقوق المؤلف عبر الفضاء الرقمي، ويتم تحقيقها إما عن طريق التشريعات أو عن طريق العقود واتفاقيات التراخيص الرقمية². والتشريعات هنا يقصد بها القواعد والأحكام التي تنص عليها قوانين حماية حق المؤلف الخاصة بالبيئة الرقمية، وتعتبر حماية الملكية الفكرية من أهم الحقوق التي تقع عليها الانتهاكات على شبكة الإنترنت، مما يستدعي أن تتم حمايتها من خلال القوانين الداخلية، والتشريعات الوضعية المعمول بها في البلاد. أما العقود والاتفاقيات والتراخيص الرقمية: عقد قانوني وإلزامي توقعه جهات معتمدة ومسؤولة، يتم من خلاله منح حقوق الملكية دون نقل الملكية، حيث تمثل العقود والتراخيص اتفاق بين طرفين يصف كل منهما أوجه الاتفاق من حيث المستخدمين، الشروط، السعر، والمسؤولية القانونية...³.

¹ - سمية بن قويدر، النشر الإلكتروني وحقوق المؤلف (رهانات مالية وقانونية دولية)، المرجع نفسه، ص 06.

² - عجيل طارق كاظم، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني (دراسات وبحوث)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011م، ص 333.

³ - سمية بن قويدر، النشر الإلكتروني وحقوق المؤلف (رهانات مالية وقانونية دولية)، مرجع سابق، ص 06. أنظر أيضا: ليسلي إيلين هاريس، ترخيص المحتويات الرقمية (دليل علمي لأمناء المكتبات واختصاصييها)، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2006م، ص 18، 19.

وتدخل الوساطة التجارية في الحقوق المعنوية من خلال أن يقوم الوسيط بتسهيل عمليات بيع وشراء هذه الحقوق على اختلافها من حقوق المؤلف وحقوق براءات الاختراع وحقوق الاسم التجاري، فيتم البحث عن مستثمرين مثلاً أو شركات تهتم بترخيص أو بيع أو شراء أو تأجير مثل هذه الحقوق، أو من خلال تقييمها كأصول فيساعد الوسيط في تحديد قيمتها السوقية من أجل التوسط في إبرام عقود بيعها أو شرائها أو الاستثمار فيها حتى.

وبعد عقد الترخيص أهم صورة من صور نقل التكنولوجيا وأكثرها شيوعاً، حيث ترخص الشركات الكبرى لمستورد التكنولوجيا باستعمال براءات الاختراع التي تمتلكها مع تزويده بالمعلومات والخبرات الفنية اللازمة، وبالتحسينات التي تطرأ على التكنولوجيا، وتتمثل هذه التراخيص عموماً في تراخيص الترجمة والاستنساخ، وبعبارة أكثر بساطة فإن مصطلحي اتفاقية ترخيص أو عقد ترخيص يفيدان معنى السماح باستخدام محتوى مادة ما¹.

وبما أن قرار الجمع الفقهي حول الحقوق المعنوية ينص على أنه لأصحابها جواز التصرف فيها مع مراعاة الضوابط الشرعية وأنها مصنوعة شرعاً، ولا يجوز الاعتداء عليها، فالحقوق المعنوية تشمل أيضاً المنتجات الرقمية من حقوق المؤلف الإلكترونية وبراءات الاختراع الرقمية والتطبيقات والبرامج الإلكترونية. لذلك وجدت العديد من الشركات المتخصصة في التوسط في بيع أو شراء أو تأجير أو ترخيص الحقوق المعنوية، سواء كانت تقليدية أو إلكترونية، وتشمل مجالات مثل العلامات التجارية، براءات الاختراع، حقوق التأليف، والبرمجيات وغيرها...

وتستخدم هذه التكنولوجيات بشكل أساسي في تأمين عمليات الإرسال عبر الشبكات لمنع وصول أي شخص غير مصرح له إلى المصنف، من خلال المغلفات الرقمية أو الحاويات الرقمية التي تعمل على

¹ - عجيل طارق كاظم، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني (دراسات وبحوث)، المرجع السابق، ص 333.

تشفير المصنف للمصنف في ظرف رقمي يحتوي على المعلومات المتعلقة به وشروط استخدامه¹. إلا في حال بيعه أو تأجيريه.

فتعمل الشركات والمنصات المسؤولة عن بيع هذه الحقوق المعنوية أو تأجيرها عبر الشبكات الرقمية على تأمين الوصول إلى معلومات ومحتوى المصنفات، حتى ضمان دفع الأجر أو استيفاء شروط الترخيص المبرم مع أصحاب الحقوق، فتمنح للأشخاص إمكانية الوصول إلى هذه المصنفات أو المنتجات الفكرية مقابل دفع مبلغ معين، أو من خلال إمكانية الوصول المتكرر من خلال دفع مبلغ متجدد يتناسب مع وتيرة الاستخدام².

وقد تناول المشرع الجزائري في القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وجاءت المادة 03 من هذا القانون تنص على أنه: "تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما.

غير أنه، تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي:...

- المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية"³.

فالمادة تشير إلى أنه يحظر إجراء المعاملات الإلكترونية التي تتعلق بالمنتجات التي تنتهك حقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية. وهذا يعني أن أي خدمة أو منتج يعرض للبيع عبر الإنترنت ولا يحترم حقوق الملكية الفكرية (كحقوق التأليف والنشر، وبراءات الاختراع، والأسماء التجارية...) أو حقوق الملكية الصناعية (مثل التصميمات الصناعية) أو التجارية (مثل التراخيص أو حقوق التوزيع) تكون محظورة. وبالتالي فإن العمليات التي تقع على هذه المنتجات والحقوق وتتم بشكل قانوني لا يمس أو ينتهك الحقوق

¹- Séverine Dusollier, Yves Poulet, Mireille Buydens, Droit d'auteur et accès à l'Information Dans L'environnement Numérique, Etude préparée pour le troisième Congrès international de l'UNESCO sur les défis éthiques, juridiques et de société du cyberspace INFOéthique 2000, Paris, France, 17 Juillet 2000, P30.

²- Séverine Dusollier, Yves Poulet, Mireille Buydens, Droit d'auteur et accès à l'Information Dans L'environnement Numérique, P30-31.

³- المادة 03 من القانون رقم 05-18 المؤرخ في 24 سبتمبر 1439 هـ الموافق لـ 10 ماي 2018م المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، ع28، الجمهورية الجزائرية، ص05.

الفكرية أو الصناعية أو التجارية مسموح بها، فالمادة لا تمنع ذلك بل تضع إطاراً لحمايتها وضمان احترامها عند القيام بأي معاملة إلكترونية تتضمن هذه الحقوق. والتوسط في بيع أو شراء أو تأجير الحقوق المعنوية عبر الوسائل الإلكترونية مسموح به طالما تتم بطرق قانونية وتحترم هذه الحقوق.

كما جاءت المادة 06 تنص على تعريف المورد الإلكتروني: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"¹.

فالمورد الإلكتروني حسب المادة يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً يقدم خدمات أو سلع عبر الإنترنت، وهذه الخدمات قد تتنوع، كبيع المنتجات المادية أو الرقمية، أو حتى تسويق حقوق الملكية الفكرية (كالهقوق المعنوية مثل حقوق المؤلف أو البراءات...)، فإذا قام شخص أو جهة بالعمل كوسيط بين الأطراف لبيع أو تأجير أو ترخيص الحقوق المعنوية عبر الإنترنت، فإن هذا الشخص أو الجهة يُعتبر مورداً إلكترونياً بحسب التعريف في المادة، والتوسط هنا يعني أن المورد الإلكتروني يعمل على تسهيل المعاملات بين الأطراف المعنية (مثل المؤلفين أو أصحاب البراءات...) والمشتريين أو المرخصين لهذه الحقوق باستخدام تقنيات الاتصال الإلكترونية، على أن يكون التعامل في هذه الحقوق قانونياً و محترماً للحقوق الفكرية.

وجاءت العديد من المواد في القانون 18-05 تنص على مثل هذه التعاملات وشروط قيامها صحيحة ويمكن الاستنتاج من فحواها أن عملية الوساطة التجارية التي تقع على هذه الحقوق بصورتها المستحدثة مسموح بها في الأطر التي يسمح بها القانون.

أما في التشريع الإماراتي فقد جاء في القانون الاتحادي رقم 46 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة يهدف إلى تنظيم المعاملات الإلكترونية وضمان صحتها من خلال تعزيز التقنيات الرقمية في المعاملات التجارية، كما أنه حدد شروط وقواعد المستندات الإلكترونية، ويحفز على التحول الرقمي وتوفير بيئة قانونية وسليمة للمعاملات الإلكترونية. فمن خلال ما جاء به هذا القانون يمكن ربط ذلك بعملية الوساطة التجارية التي تقع على الحقوق المعنوية، فقد جاءت المادة 01 التي تضمنت تعريفات

¹ - المادة 06 من القانون رقم 18-05، ج.ر، ع28، ص05.

لمصطلحات عديدة على تعريف المستند الإلكتروني على أنه: "سجل إلكتروني أو رسالة إلكترونية أو بيان معلوماتي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجها أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسائل تقنية المعلومات، على أيّ وسيط، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه"¹. كما أضافت المادة 05 أن: "1) لا يفقد المستند الإلكتروني حجته القانونية أو قابليته للتنفيذ كونه في شكل إلكتروني.

2) لا تفقد البيانات الواردة في المستندات الإلكترونية حجتها القانونية كونها وردت - متى أمكن الاطلاع على تفاصيل تلك البيانات - ضمن نظام المعلومات الإلكتروني الخاص بمنشئها، وتمت الإشارة في المستندات الإلكترونية إلى كيفية الاطلاع عليها.

3) ليس في هذا المرسوم بقانون ما يوجب على الشخص استخدام المستند الإلكتروني دون موافقته.

4) يجوز الاستدلال على موافقة الشخص على استخدام المستند الإلكتروني من خلال قيامه بأي سلوك يدل على موافقته على ذلك"².

ففي تعريف المستند الإلكتروني يمكن أن تكون الحقوق المعنوية (حقوق المؤلف والنشر والاسم التجاري وبراءات الاختراع) جزءاً من المستندات الإلكترونية التي تحتوي على اتفاقات أو تراخيص أو أي مستند يتعلق بحقوق الملكية الفكرية، فقد يتم إنشاء مستند إلكتروني يتضمن اتفاقيات بيع أو تأجير أو ترخيص للحقوق المعنوية، أو أن يتم تخزين أو إرسال مستندات إلكترونية تحتوي على إثباتات أو سجلات تتعلق بحقوق المؤلف أو غيرها من الحقوق الفكرية...، فطالما كانت تلك المستندات تتعلق بالحقوق المعنوية بطريقة مباشرة أو بإجراءات تخصها من بيع وتأجير ويتم إنشاؤها أو تخزينها أو إرسالها عبر الوسائل التقنية المختلفة، فهي لا تفقد حجتها وبصح التعامل بها والقيام بالعمليات التجارية عليها، وهذا يشمل المعاملات الإلكترونية التي تتم بواسطة منصات أو شركات التوسط في بيعها أو تأجيرها. وكل ذلك يتم

¹ - المادة 01 من المرسوم الاتحادي رقم 46 الصادر بتاريخ 13 صفر 1443هـ الموافق لـ 20 سبتمبر 2021م بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة، ج.ر، ع712 (ملحق 1)، ص02.

² - المادة 01 من المرسوم الاتحادي رقم 46 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة، ج.ر، ع712 (ملحق 1)، ص07.

بموافقة الأطراف والموافقة على شروط استخدام هذه المنصات أو التعامل مع هذه الشركات، من خلال أي سلوك يثبت ذلك سواء كان توقيعاً إلكترونياً أو غيرها مما تثبت به الموافقة.

أما في القانون الفرنسي فقد جاء في القانون المدني ما يثبت صحة التعاقد والتعاملات التي تتم بطرق إلكترونية، فجاءت المادة 1174 تنص على أنه: "عندما يُطلب وجود كتابة لصحة العقد، يمكن إعدادُه وحفظه بشكل إلكتروني وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادتين 1366 و 1367¹، وعندما يُطلب أن يكون الفعل رسمياً، وفقاً للفقرة الثانية من المادة 1369.

عندما يُطلب ذكر مكتوب بخط يد الشخص الملتزم، يمكن لهذا الشخص وضعه بشكل إلكتروني إذا كانت الشروط الخاصة بهذا الإجراء تضمن أنه لا يمكن أن يتم إلا بواسطة الشخص نفس².

¹ - "La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat".

"التوقيع اللازم لإتمام الفعل القانوني يحدد هويته. ويعبر عن موافقته على الالتزامات التي تترتب على هذا الفعل. وعندما يتم وضعه من قبل موظف عمومي، فإنه يمنح الفعل طابعاً رسمياً.

عندما يكون التوقيع إلكترونياً، فإنه يتكون من استخدام طريقة موثوقة للتعريف تضمن ارتباطه بالفعل الذي يرتبط به. وتعتبر موثوقية هذه الطريقة مفترضة، حتى يثبت العكس، عندما يتم إنشاء التوقيع الإلكتروني، وتؤكد هوية الموقع ويضمن تكامل الفعل، وفقاً للشروط التي يحددها مرسوم صادر عن مجلس الدولة".

Article 1367 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Sous-section 1: Dispositions générales, Section 1: La preuve par écrit, Chapitre III: Les différents modes de preuve, Titre IV bis: De la preuve des obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Code civil.

² - "Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au deuxième alinéa de l'article 1369.

والمادة 1366 تنص على أن: "الكتابة الإلكترونية لها نفس القوة الإثباتية للكتابة على الورق، بشرط أن يكون من الممكن التعرف بشكل صحيح على الشخص الذي صدرت عنه، وأن يتم إعدادها وحفظها في ظروف تضمن سلامتها"¹.

وهذه المواد تتعلق بشكل أساسي بصحة المستندات الإلكترونية والتوقيعات القانونية عليها، وبصحة التعامل بها بطرق رقمية، وخصوصا المادة 1174 التي تدعم قانونية إبرام العقود بالأساليب الإلكترونية، وبإسقاط ذلك على التعاملات التي تقع على الحقوق المعنوية فإنه إذا تم التوصل إلى اتفاقات تتعلق بالحقوق المعنوية (مثل بيع حقوق المؤلف أو تأجيرها) باستخدام مستندات إلكترونية، فتكون هذه المستندات صحيحة قانونيا، ولها نفس القوة الإثباتية للمستندات الورقية، بشرط أن تكون قد تم إعدادها وحفظها بشكل يضمن صحتها وسلامتها، والتحقق من الهوية والتوقيع الإلكتروني في حال تعلق بيع أو تأجير الحقوق المعنوية عبر الإنترنت، مما يضمن موافقة الأطراف على شروط الصفقة المتعلقة بالحقوق المعنوية، وهذا يمكن أن يشمل الموافقة على العقد أو الاتفاق بين الأطراف مثل المؤلف أو الناشر أو المخترع أو غيرهم....

Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même.", Article 1174 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Sous-section 2: Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique, Section 3: La forme du contrat, Chapitre II : La formation du contrat, Sous-titre Ier: Le contrat, Titre III : Des sources d'obligations, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Code civil.

¹ - "L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité", Article 1366 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Sous-section 1: Dispositions générales, Section 1: La preuve par écrit, Chapitre III: Les différents modes de preuve, Titre IV bis: De la preuve des obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Code civil.

فإذا كانت المعاملات المتعلقة بالحقوق المعنوية تتم بشكل إلكتروني، فإن هذه المواد تضمن أن المستندات الإلكترونية المتعلقة بهذه المعاملات (سواء كان بيعاً أو تأجيراً أو ترخيصاً) لها نفس القوة القانونية والقدرة على الإثبات مثل المستندات الورقية، وأن العقود التي تبرم إلكترونياً تدخل فيها عمليات التوسط في بيع وشراء وتأجير الحقوق المعنوية، مما يسمح بإجرائها عبر منصات رقمية.

أما في القانون الأمريكي فلم أجد ما نص عليها صراحة وإنما ما ينص على العقود التجارية الإلكترونية عموماً وهو ما تضمنه القانون الموحد **UCC** والقوانين الفدرالية والولائية المتعلقة بالمعاملات المالية الإلكترونية مثل قوانين التجارة الإلكترونية وقوانين المستهلك وقوانين التحويلات المالية.

وبالتالي يمكن شراء أو بيع أو تأجير الحقوق المعنوية من خلال شركات عالمية متخصصة أو عبر منصات إلكترونية، حيث يتم تقديم التراخيص وفق شروط محددة تضمن حماية حقوق الملكية الفكرية والاستفادة منها تجارياً.

وعموماً، حتى ولو كانت الحقوق المعنوية موضوعاً مستحدثاً في الفقه الإسلامي، والتي لم يتناولها الفقهاء الأوائل في المذاهب الفقهية الأربعة، ولكن الأشياء غير المادية تدخل في مسمى المال لأنها ذات قيمة بين الناس ويباح الانتفاع بها شرعاً، فعلى هذا الأساس يمكن أن تنظم الحقوق المعنوية باعتبارها نوعاً من أنواع الملك كونها من المنافع، إلا أن اختلاف الفقهاء كان في كونها من الأموال التي يقع عليها التصرف أم لا، فذهب الجمهور إلى الاعتراف بالمنافع وأن يقع عليها التصرف وينتفع بها، في حين عدها الحنفية أنها ليست من قبيل المال.

ويؤخذ برأي الجمهور في أن المنافع ليست أعياناً مادية ولكنها مشروعة يجوز التصرف فيها، وهذا ما يجعلها من الحقوق المالية التي تحظى بالحماية في الشريعة الإسلامية، وهذا ما أقر به الفقهاء المعاصرون، بأنهم يعتبرون الحقوق المعنوية في الفقه الإسلامي، جزءاً من الحقوق الشخصية، التي تعتبر مقدسة وتحميها الشريعة الإسلامية. فعلى سبيل المثال، يُعتبر النشر والابتكار من القدرات التي يجب حمايتها واحترامها. وهذا وفق ما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي حول مبدأ حماية حقوق المؤلفين والمخترعين وغيرهم من أصحاب الأعمال الفكرية مهما كان نوع ابداعهم سواء كان مؤلفاً أو اختراعاً أو اسماً تجارياً.

ولاشك أن هذه الحقوق المعنوية تعد مفهوما حديثا في القانون الوضعي أيضا، ولم يكن لها وجود في القوانين القديمة بالشكل التي هي عليه الآن، شأنها شأن الفقه الإسلامي، وكلاهما كان يركز على الملكية المادية دون اعتبار للملكية الفكرية كحقوق مستقلة بذاتها. فلحماية الحقوق المعنوية تم تطوير أنظمة، مثل قوانين حقوق المؤلف والبراءات والعلامات والمحلات التجارية وغيرها. والتي تهدف إلى تشجيع الابتكار والإبداع من خلال ضمان حقوق الأفراد على أعمالهم الفكرية والإبداعية، وبالتأكيد، نرى وفقا لذلك أن هناك توافقا بين الفقه الإسلامي والقانون في الحرص على حماية الحقوق المعنوية، حيث تعتبر الابتكارات والإبداعات قيما مشتركة ويبحث على حمايتها واحترامها في كل منهما.

ومن ذلك نستنتج أن التصرفات التي تقع على هذه الحقوق هي من الأمور المستحدثة أيضا سواء في الفقه أو في القانون الوضعي، فالفقه الإسلامي حين جعلها من المنافع أجاز بيعها وتأجيرها والتوسط في هذه التعاملات التي تقع عليها وفقا لضوابط شرعية وأحكام فقهية تضبطها، ومع ذلك فهي تظل محل خلاف في طبيعة العقود التي تنطوي عليها هذه التصرفات استنادا إلى نوعها، في حين كان القانون الوضعي واضحا في اعترافه بهذه الحقوق واعتبرها أموالا مستقلة لها قيمتها التجارية وأخضعها لقوانين خاصة تحكم الملكية الفكرية، وهو ما جاء في القوانين محل الدراسة بداية بالمشروع الجزائري إلى المشرع الإماراتي إلى الفرنسي والأمريكي على حد سواء.

ولعل التوسط في العمليات التجارية التي تقع على هذه الحقوق من قبيل التصرفات المالية التي تقع عليها، فهو عملية ورغم حداثة إلا أنها وجب أن تخضع لضوابط تمنع عنها الغرر والجهالة والضرر والغش وغيرهم مما قد يشوبها، على أن يتقاضى الوسيط هنا أجرا، ويعامل كأجير أو وكيل أو عامل جعالة أو غيرها من العقود التي يمكن أن يكيف عليها عقد توسطه في بيع أو شراء أو ترخيص أو غيرها من الأعمال التي تقع على الحقوق المعنوية، وجاء القانون الوضعي بذلك أيضا، فلاشك في أن هذه التعاملات تخضع لحماية قانونية صارمة في كل التشريعات السابقة الذكر، ما يجعل التصرفات التي ترد عليها محل حماية، فالقانون الوضعي يركز على حماية هذه الحقوق من خلال فرض قيود دقيقة في التعاملات التي تقع على كل نوع من الحقوق المعنوية على وجه الخصوص وسواء كانت المعاملة تقليدية أو حديثة وهو ما لا يوجد بشكل واضح في الفقه الإسلامي الذي يركز على ضوابط المعاملات ويحرص على منع التصرف فيها في حال كانت تؤدي

إلى الإضرار بصاحبها أو غيره دون التركيز على نوع الحق المعنوي بذاته، بالإضافة إلى بعض المسائل الحديثة التي تتعلق بالحقوق المعنوية والتي لا تزال محل خلاف بين الفقهاء، والتي ليست لها أحكام خاصة تضبطها وتحكمها.

المطلب الثاني: التعاملات المصرفية

إن التعاملات المصرفية تعد من أهم الركائز الأساسية في النظام الاقتصادي، فهي تشمل مختلف العمليات المالية التي تقوم بها المؤسسات المصرفية من إيداع وتمويل وتحويل للأموال، وتلعب المصارف فيها دور الوسيط التجاري بين الأفراد والشركات ومختلف المؤسسات التي تتعامل معها، مما يساهم في تسهيل العمليات التجارية والاستثمارية والمالية، لذلك سنوضح أهم المعاملات المالية المعاصرة التي تتم على مستوى المصارف (نظام التأمين، التعاملات المصرفية الإسلامية، الأوراق المالية والتجارية) ودورها في تقديم الخدمات المصرفية والتوسط فيها، فقها وقانونا خصوصا في ظل الأدوات المالية والبدائل المصرفية في عصرنا الحالي.

الفرع الأول: نظام التأمين

لعل نظام التأمين من أهم جوانب الاستقرار المالي وتوفير الحماية الشخصية للأفراد. فهو يعتمد على تعاقدات مالية تسعى إلى توفير خدمات أو تغطية مالية عن حوادث معينة، وبذلك يساهم في تعزيز استقرار اجتماعي اقتصادي لأنه يلعب دورًا حيويًا في حماية الأفراد والمؤسسات من المخاطر المالية.

نميز بين مفهوم التأمين كنظام ومفهومه كعقد، فالتأمين كنظام يعد تعاون منظم تنظيماً دقيقاً بين عدد كبير من الناس معرضين جميعاً لخطر واحد، حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة إلى بعضهم تعاون الجميع في مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم، يتلافون بها أضراراً جسيمة تحيق بمن نزل الخطر به منهم¹. أما التأمين كعقد فهو نظام تعاقدى يقوم على أساس المعاوضة، غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بواسطة هيئات منظمة تزاوّل عقوده بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد احصائية².

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار منشأة المعارف، مرجع سابق، ج7، ص1080.

² - مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، 1404هـ-1974م، ص19.

عرفه المشرع الجزائري في المادة 619 من القانون المدني: "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"¹. أي يلتزم أحد طرفيه وهو المؤمن أن يؤدي إلى الطرف الآخر، وهو المؤمن له أو إلى المستفيد الذي جعل التأمين لمصلحته عوضاً مالياً يتفق عليه، يدفع عند وقوع الخطر أو تحقق الخسارة المبينة في العقد، وذلك نظير رسم يسمى "قسط التأمين" يدفعه المؤمن له بالقدر والأجل والكيفية التي ينص عليها العقد المبرم بينهما².

من الجدير بالذكر ما تطرق له المشرع الجزائري في تعريف التأمين حيث حصر التأمين في علاقة فردية بين طرفين هما المؤمن والمؤمن له كفرد واحد، دون التطرق لفكرة التعاون بين المؤمنين لهم عن الخطر المشترك، وأيضاً تم إبراز الناحية القانونية بذكر عناصر التأمين (الخطر، قسط التأمين، والمبلغ) متغافلاً في ذلك عن الناحية الفنية، وذلك يجعل التأمين بهذا المفهوم أقرب إلى الرهان الذي يترتب عليه نقل عبء الخطر القائم من شخص لشخص آخر.

وعند المشرع الإماراتي جاء مفهوم التأمين كما يلي: "التأمين عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن بأن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو عوضاً مالياً آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المؤمن منه، وذلك نظير أقساط أو أية دفعات مالية أخرى يؤديها المؤمن له إلى المؤمن"³.

¹ - المادة 619 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع78، ص1030. (هذا التعريف اعتمدته العديد من الدول العربية: المادة 983 من القانون المدني العراقي، المادة 773 من القانون المدني الكويتي، المادة 713 من قانون المدني السوري، المادة 747 من القانون المدني الليبي، فيما تم تسميته في القانون المدني اللبناني بالضمان في المادة 950).

² - نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، ط1، دمشق، سوريا، 1429هـ-2008م، ص124، 125.

³ - المادة 3 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (48) لسنة 2023 المؤرخ في 17 ربيع الأول 1445هـ الموافق لـ 2 أكتوبر 2023م في شأن تنظيم أعمال التأمين، ج.ر، ع762، الامارات العربية المتحدة، ص4.

لم يعرفه المشرع الفرنسي في تشريعه ولكنه اعتمد على تعريف الفقيه الفرنسي جوزيف هيمار على أن التأمين هو: "عملية يحصل فيها أحد الطرفين، وهو المؤمن له، نظير قسط يدفعه على تعهد الطرف الآخر وهو المؤمن، بأداء مُعين عند تحقق الخطر المتفق عليه من الطرف الآخر، وهو المؤمن، تعهد بمقتضاه يدفع هذا الأخير أداء معيناً، وذلك بأن يأخذ المؤمن على عاتقه مجموعة من المخاطر، ويجري بينها المقاصة طبقاً لقوانين الإحصاء"¹. فقد أشار إلى التأمين من خلال إبراز عناصره القانونية والفنية، حيث أورد العناصر القانونية وهي (أطراف العقد، الخطر المؤمن له، أداء المؤمن، والقسط)، كما أشار إلى العناصر الفنية للتأمين (وهي المخاطر التي تتحد في النوع والطبيعة، وإجراء المقاصة وفق قوانين الإحصاء بينهما).

أما في الولايات المتحدة الأمريكية تخضع أعمال التأمين، وكل شخص يعمل فيها، لقوانين عدة ولايات تتعلق بتنظيم أو فرض ضرائب على هذه الأعمال². فلم يعرف القانون الأمريكي التأمين كمصطلح في قانون معين وإنما في مجموعة قوانين وتشريعات التي تنظم التأمين على الصعيد الولائي، فالتعريف هنا مرتبط بنوع التأمين المحدد مثل التأمين على الحياة أو على السيارات أو التأمين الصحي وغيرها، ولكن في العموم تشترك المفاهيم في التعويض المالي الذي يدفع مقابل تغطية حدث معين سبب خسارة. وقد رأى الكونغرس الأمريكي إمكانية تنظيم معاملات التأمين، من خلال سن قانون ماكاران-فيرجسون الذي ينص على الزامية تحكم قوانين الولايات العديدة في أعمال التأمين، فهو عموماً يعطي لكل ولاية سلطة تنظيم صناعة التأمين وتنظيمها داخل حدودها.

¹ - (l'assurance est une opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant une rémunération (la prime), pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, les compenses conformément aux lois de la statistique). Joseph Hemard, *Traité et pratique des assurances terrestres*, 1924, t. I, p. 73

² - "The business of insurance, and every person engaged therein, shall be subject to the laws of the several States which relate to the regulation or taxation of such business". Article 1012 (Regulation by State law; Federal law relating specifically to insurance, applicability of certain Federal laws after June 30, 1948), a (State regulation), Chapter 20 (Regulation of Insurance), Title 15 (Commerce and Trade), U.S. Code.

فجاء في سياق تعريفه على أنه اتفاق أو عقد يتفق فيه طرف واحد على تقديم تعويض مالي للطرف الآخر في حالة حدوث خسائر محددة مقابل دفع مبلغ مالي محدد مسبقاً، فنبعا للعقد يعد المؤمن بحماية مالية للمؤمن له من الخسائر أو الضرر أو المسؤوليات الناشئة عن حدث معين، وتقوم عقود التأمين عادة على الحد الأقصى للحماية المالية الممكنة¹.

وفي مجمل هذه التعريفات نجد أنها توضح العلاقة التعاقدية والقانونية التي تقوم بين المؤمن والمؤمن له والتي تنشأ عن التأمين، كما توضح العناصر التي يقوم عليها التأمين والتي تتمثل في مبلغ التأمين، الخطر الذي يترتب عليه التأمين، القسط أو الدفعة المالية، و التعويض.

إن الأسلوب في التعاون يحققه نظام التأمين، سواء أكان تأميناً تعاونياً بدائياً غير عقدي، أو تعاونياً تبادلياً، أو كان تأميناً استراتيجياً تقوم به شركات، وسواء أكان تأميناً على الأشياء أو من المسؤولية، أو تأميناً لما بعد الموت (وهو المسمى بالتأمين على الحياة). ولكن التأمين الاستراتيجي (التأمين التجاري) في طريقته امكان الاستغلال المسيء لحاجة المستأمنين، والتغالي في الأقساط طمعاً في الاستكثار من الربح، كما أن شركات التأمين تستثمر احتياطي أموالها بطريق المراهبة، وقد تشترط شروط ربوية لا يقرها الشرع، فهذا إذا وقع من الشركة لا يجعل نظام التأمين في ذاته مخالفاً للشرع وإنما يوجب النظر في مضمون العقد، وإعطائه الحكم الشرعي، أما نظام التأمين التعاقدي في ذاته فيبقى سليماً مقبولاً في فقه الشريعة. ولا ريب أن التأمين التبادلي الذي هو تعاوني وغير استراتيجي هو البديل الوحيد الذي يمكن أن يحل محلها. فهو أبعد طرق التأمين عن الشوائب والشبهات².

¹ - "Insurance is an arrangement or contract in which one party agrees to indemnify another against a predefined category of risks in exchange for a premium. Depending on the contract, the insurer may promise to financially protect the insured from the loss, damage, or liability stemming from some event. An insurance contract will almost always limit the amount of monetary protection possible". McCarran-Ferguson Act issued on March 15, 1945, Related to the regulation of the insurance industry, LII.

² - مصطفى أحمد الزرقاء، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، 1404هـ - 1984م، ص144.

وعلى ذلك تباينت الآراء بخصوص موقف الشريعة الإسلامية من التأمين، فمنهم من أيد ومنهم من عارضه، فالمعارضون يرون أنه لا يدخل في نطاق العقود المعروفة في الأول للإسلام ولم يرد حكم بشأنه لا في الكتاب ولا في السنة، أما المؤيدون يذهبون إلى أن التأمين يقوم على أساس التبادل والتضامن بين المستأمنين (التأمين التعاوني)، وما دور الشركات التأمين إلا وسيط لتنظيم عملية جمع الأقساط والاشتراكات واستثمارها ودفع العوض للمؤمن لهم عند وقوع الخطر، وعلى هذا النحو صدرت العديد من الفتاوى سواء كانت نتيجة اجتهادية فردية أو عن هيئات ومنظمات إسلامية¹. وجاء قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بعد أن تابع العروض المقدمة من العلماء المشاركين في الدورة حول موضوع التأمين وإعادة التأمين، وقرر ما يلي²:

أولاً: أن عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد. ولذا فهو حرام شرعاً.

ثانياً: أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني.

ثالثاً: دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني، وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة.

في الفقه الإسلامي، يُعتبر التأمين التعاوني جائزاً ومشروعاً، حيث يقوم على تبادل المشتركين المخاطر بطريقة تعاونية وبدون فوائد ربوية. وهو ما يتماشى مع مبادئ العدالة والتضامن الاجتماعي التي تدعو إليها الشريعة الإسلامية.

¹ - تيكاري هيفاء رشيدة، أساسيات في نظام التأمين، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع4، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البلدة، الجزائر، ماي 2013م، ص143. نقلاً عن: غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي، د.ط، دار العابدين، القاهرة، مصر، 1978م، ص19.

² - قرار رقم 9 من مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10-16 ربيع الآخر 1406هـ الموافق لـ 22-28 ديسمبر 1985م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع2، ج2، ص545.

أما التأمين التجاري الذي يعتمد في صيغة فوائده على الربا، ينظر إلى العقد بما يتضمن غرر واحتكار وصيغة ربوية محرمة، لذلك فهو محرم شرعاً.

فعلى الرغم من ذلك، فإن التشريعات المدنية تنظم التأمين بأشكاله المختلفة بما فيها التأمين التجاري. ورغم أن البنوك والشركات التجارية تتبع هذا النوع من التأمين، إلا أن هذا لا يعني بالضرورة أنه متوافق مع المبادئ الإسلامية. لذا على المجتمعات الإسلامية السعي لتطوير حلول تأمينية متوافقة مع القيم والمبادئ الإسلامية، مثل التأمين التعاوني (التكافلي) الذي يقوم على تضامن وتعاون الأفراد دون اللجوء إلى الربا أو الغرر. وهذه الحلول ستلبي احتياجات المجتمعات المسلمة كما ستعزز ثمولا ماليا واجتماعيا بطرق متوافقة مع الشريعة الإسلامية. وهو ما تسعى إليه أغلب التشريعات القانونية والفقهية من خلال الصيرفة الإسلامية. مما يخلق تحولا تدريجيا نحو نظام تأمين يتماشى مع القيم الإسلامية ويحافظ في الوقت ذاته على التطور والاستقرار الاقتصادي.

يعد التأمين من المعاملات التي تجري فيها الوساطة التجارية، حيث يكون للوسطاء التجاريين الدور الكبير في تسهيل العلاقات التعاقدية التي تتم بين مقدمي التأمين (كشركات التأمين...) والعملاء، ولكن بما أن التأمين من المعاملات الحديثة في الفقه الإسلامي، فلم يكن للفقهاء الأوائل رأي فيه، وإنما كان للفقهاء المعاصرين ومجمع الفقه الإسلامي الاجتهاد فيه.

ولأن عمليات التوسط التجاري أيضا من المعاملات الحديثة، فإن التوسط وبناء على ما كيفناه سابقا يأخذ أحكام الوكالة أو الإجارة أو الجعالة، وكلها جائزة عند الفقهاء، فيبقى الحكم مرتبطا بحكم التأمين بذاته، فالتوسط في عمليات التأمين تكون محرمة إذا كان التأمين محرما لما ينتج منه من ضرر وغرر، وتكون جائزة إذا تمت في التأمين الجائز، فقد أباح الفقهاء المعاصرون التأمين التعاوني (التكافلي) على عكس التأمين التجاري الذي يقوم على الغرر الفاحش والربا فلم يجوزوه. ومع ذلك يبقى الحكم محل خلاف قائما على مشروعية العقد الأصلي للتأمين.

وعلى عكس ذلك كان القانون الوضعي صريحا في التعامل مع هذا النوع المستحدث من المعاملات المالية، فحدد أنواعه وأخضعه لقوانين وشروط خاصة لممارسته، فالتشريعين الجزائري والإماراتي ينظمون

التأمين وفقا لقوانين خاصة بمحاولة أن تكون أكثر استجابة للمعايير الشرعية وذلك بإدخالهم إلى جانب التأمين التقليدي نظام التأمين التكافلي حتى يتلاءم مع طبيعة التعاملات المالية الإسلامية، في حين كان التشريع الفرنسي والأمريكي قائمين على التأمين التقليدي فقط، والقانون الوضعي كنظيره الفقه الإسلامي لم يضع أحكاما خاصة تضبط عمليات التوسط في هذه التعاملات، إنما تركها للقوانين التنظيمية والأطر التشريعية حتى تتم صحيحة.

الفرع الثاني: التعاملات المصرفية الإسلامية

المعاملات المصرفية الإسلامية هي نموذج مالي مبني على مبادئ الشريعة الإسلامية، في تجنب الربا والتعامل غير المشروع كما تعزز المساواة والعدالة المالية. وتضع هذه المعاملات أمام الأفراد والشركات مجموعة من الأدوات المالية التي تحقق أهدافهم المالية وفق التوجيهات الإسلامية، التي تقوم على المشاركة والتعاون بين الأطراف، وتحقيق الربح بشكل عادل ومشروع، مما يعكس رؤية الاقتصاد الإسلامي في تحقيق التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية.

وبداية فالمصارف الإسلامية هي المؤسسات المصرفية التي تتعامل بالنقود على أساس الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، وتعمل على استثمار الأموال بطرق شرعية، وتهدف إلى تحقيق آفاق التنمية الاقتصادية والاجتماعية السليمة¹. وتتمثل الطرق الشرعية في اجتناب المعاملات الربوية والعقود المحظورة شرعا، وتوزيع جميع الأرباح بحسب الاتفاق دون استغلال حاجة المضطر أو المحتاج، ومساعدة أهل الحاجة عن طريق القرض الحسن، والدعوة إلى الإسلام اقتصاديا واجتماعيا².

كما تعرف أيضا أنها مؤسسات مالية تباشر الأعمال المصرفية مع التزامها باجتناب التعامل بالصيرفة الربوية، بوصفها تعاملًا محرما شرعا، كما تعرف بالمصارف اللاربوية أي لا تتعامل بالفائدة فهي لا تتلقى الودائع بالفائدة، بل تتلقاها لقاء حصة من الأرباح تحدد نسبتها لا مبلغا مقدما، ولا تمنح التمويل

¹ - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوى وحلول، دار الفكر، ط3، دمشق، سوريا، 1427هـ-2006م، ص516.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص3755.

بالفائدة، وإنما تمنحه حصة من الأرباح تحدد طريقته بنفس الطريقة¹. ومن العمليات المصرفية الإسلامية: الودائع والحوالات المصرفية، المراجعة للآمر بالشراء، الاعتماد البسيط والمستندي، الضمان المصرفي، بطاقات الائتمان، الأوراق التجارية والمالية.

تمتاز المصارف الإسلامية عن المصارف التجارية الربوية القائمة على أساس الفائدة المصرفية إبداعاً وإقراضاً، بميزات واضحة، مستمدة من الشريعة الإسلامية وفقهها الخصب غير الملزم بمذهب معين، بحيث يمكن أن تحقق هذه التجربة نجاحاً ملحوظاً بارزاً، تستطيع به الصمود أمام المصارف الأخرى ومنافستها، وإقناع المسلم بأنها قادرة على تلبية حاجاته، وتحقيق مطالبه في ظل أحكام القرآن، والحد من غطرسة النظام الرأسمالي القائم أساساً على الاستغلال والطبقية والفائدة الربوية².

المسلم و في كل تصرفاته ملتزم بأصول الحلال والحرام في شريعته، وقد نص القرآن الكريم على تحريم الربا تحريماً قطعياً أبدياً، سواء أكان ربا نسيئة ومنها ربا المصارف، أم ربا فضل، وسواء أكان الربا في البيع أم في القرض، وسواء أكان القرض استهلاكياً أم إنتاجياً، وينبني على ذلك أنه لا يجوز للمصرف الإسلامي إنتاج أو تمويل أو استيراد أو تصنيع السلع المحرمة شرعاً كالخمر، أو التعامل بالربا، أو الاحتكار، أو التغيرير أو الغش في التعامل. أما المصارف الربوية فتعتمد على الفائدة أخذاً وعطاءً، وعلى دعم الاحتكارات. ويتعين على المصرف الإسلامي توجيه الموارد واستثمارها في مجال السلع والخدمات المشروعة دون إسراف، ويراعي المصرف في مشروعاته حاجات المسلمين ومصلحة الأمة³. في جميع المبادلات والمعاوضات المالية والخدمات التي يجريها مع عملائه سواء كانوا أشخاصاً أو مؤسسات⁴. فمبدأ الإخاء الإسلامي يوجب على عاملي المصرف الإسلامي الأخذ بيد المسلم لإنقاذه من عسر أو ضيق طارئ أو أزمة ألمت به، فلا إرهاب ولا إعنات في المطالبة، ويعتمد في معاملته الأمانة، الصدق، الإخلاص ويتعامل بالقرض الحسن، ويمهل المدين الغريم عند العسر، أما المصارف التجارية غير الإسلامية فنظرتها مادية محضة، لا تعني بالأخلاق، ولا

¹ - رضا صاحب أبو حمد، إدارة المصارف مدخل تحليلي كمي معاصر، دار الفكر، ط1، عمان، الأردن، 1423هـ-2002م، ص36.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص3755.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، ص3756.

⁴ - داودي مخلوف، المعاملات المالية المصرفية على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة التراث، مخبر المخطوطات، جامعة زيان عاشور، ع3، م2، الجزائر، 2012م، ص7.

ترعى ظروف المقترض، وإنما يهتمها مصلحتها وأرباحها، بغض النظر عن أوضاع العميل مع المصرف، فإذا لم يقدّم بتسديد ما عليه من فوائد متراكمة تبادر إلى الحجز على ممتلكاته التي قدمها رهنا بالقرض¹.

إن المصارف الإسلامية تتمتع بخصوصية تميزها عن باقي البنوك التقليدية سواء من جهة الخدمات أو من جهة المنتجات الاستثمارية أو التمويل المالي، يمكن أن تساعدنا على التصدي لكثير من الأزمات التي تفرضها العولمة العالمية عليها، كما أن بعض الأعمال غير النزيهة التي نتجت عن العولمة المرتبطة بعمليات غسل الأموال وتجارة الممنوعات والاقتصاديات غير النظامية قد تعيق تطورها، لذلك فإن نجاح المصارف الإسلامية في ظل العولمة مرهون بتفهمها لما يجري حولها من تعاملات مشبوهة والتعامل معها بحذر، وتطوير أنظمتها وإدارتها من خلال استراتيجية إسلامية موحدة تأخذ بعين الاعتبار جميع متطلبات المصرفية الإسلامية².

لقد عرفت الجزائر الصيرفة الإسلامية من خلال بعض البنوك الخاصة العاملة فيها، كبنك البركة ومصرف السلام، لكن من دون أن تكون للصيرفة الإسلامية نصوص تشريعية خاصة بها، حيث كانت محكومة بالنصوص النازمة للقطاع المصرفي التقليدي بوجه عام، والتي لم تكن في أغلبها ملائمة لعمل البنوك الإسلامية. فكانت الانطلاقة مع النظام 18-02 المؤرخ في 04 نوفمبر 2018م المتضمن لقواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية، ولكنه لم يطبق عمليا، فكان مصيره الإلغاء بمقتضى النظام 20-02 الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، فجاءت المادة الأولى³ منه موضحة الهدف من هذا النظام، في القانون الجزائري جاءت القوانين تحت على الصيرفة الإسلامية، وجاءت المادة 2 من النظام رقم 20-02 تنص على أنه: "...تعد عملية بنكية متعلقة بالصيرفة الإسلامية كل عملية بنكية لا يترتب عنها

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص 3757.

² - جريدة العرب الاقتصادية الدولية، أوروبا (حضور كبير للتمويل الإسلامي والدراسات المتخصصة فيه)، https://www.aleqt.com/2010/07/01/article_414154.html، 29 مارس 2024م، 17:33.

³ - "يهدف هذا النظام إلى تحديد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، القواعد المطبقة عليها شروط ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، وكذا شروط الترخيص المسبق لها من طرف بنك الجزائر". المادة 01 من النظام رقم 20-02 المؤرخ في 20 رجب 1441هـ الموافق لـ 15 مارس 2020م المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج.ر، ع 16، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص33.

تحصيل أو تسديد الفوائد، يجب على هذه العمليات أن تكون مطابقة للأحكام المشار إليها في المواد 66 إلى 69 من الأمر رقم 03-11... المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم"¹. كما حدد نفس النظام في سياق المادة الرابعة العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والتي تخص المنتجات التالية: (المراجحة، المشاركة، المضاربة، الإجارة، السلم، الاستصناع، حسابات الودائع، الودائع في حسابات الاستثمار)².

في القانون الإماراتي جاء الفصل الثالث معنون بالعمليات المصرفية الإسلامية وجاء في المادة 497 من : "يصدر مجلس إدارة المصرف المركزي القرارات الخاصة بالعمليات المصرفية التي تتم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية والجزاءات الإدارية والغرامات المالية التي يوقعها المصرف المركزي حال مخالفة اللوائح والأنظمة المنصوص عليها في المادة (471) من هذا القانون"³. والمادة 471 تنص على: "يصدر مجلس إدارة المصرف المركزي اللوائح والأنظمة التي تتضمن الضوابط والقواعد الخاصة بالمعاملات التجارية للمؤسسات المالية الإسلامية وشركات التكافل التي تمارس كافة أعمالها وأنشطتها أو جزءاً منها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، والمرخصة من قبله، بعد اعتمادها من الهيئة العليا الشرعية المنصوص عليها في المادة (470)"⁴. والمادة 470 بدورها ترجع تفسير وتأويل النصوص الواردة في الباب السادس (المعاملات التجارية للمؤسسات المالية) من القانون الاتحادي رقم 50 إلى المعايير والضوابط الشرعية التي تصدرها أو تعتمد عليها الهيئة العليا الشرعية المنصوص عليها في المرسوم بقانون اتحادي رقم 14 لسنة 2018م، وذلك بما لا يخالف أحكام هذا القانون"⁵. كما جاء ذكر المعاملات التي تعد من قبيل المعاملات التي تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية متى ما تمت من خلال مؤسسة مالية إسلامية وهي: (الوديعة، الحساب الاستثماري،

¹ - المادة 2 من النظام رقم 02-2020 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج.ر، ع 16، ص 33.

² - المادة 4 من النظام رقم 02-2020 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج.ر، ع 16، ص 33.

³ - المادة 497 من المرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية، ج.ر، ع 737 (ملحق 1)، ص 87.

⁴ - المادة 471 من المرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية، ج.ر، ع 737 (ملحق 1)، ص 83.

⁵ - المادة 470 من المرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية، ج.ر، ع 737 (ملحق 1)، ص 83.

التأمين التكافلي، صيغ التمويل، الاستثمارات، أي معاملة ينص أي تشريع نافذ على خضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية)¹.

إن انتشار الائتمان العالمي الحالي قد وفر فرصة للتمويل الإسلامي للنمو والازدهار، وفتح باب هجرة الصناعة المصرفية الإسلامية إلى العالم غير الإسلامي وهذا من خلال قبول وتبني هذه الدول لخدمات مصرفية تعمل وفق قواعد الشريعة الإسلامية، وبذلك لم تعد فكرة بنوك بلا فوائد التي تستند إليها الصيرفة الإسلامية فكرة مستهجنة مثلما كان عليه الأمر لسنوات خلت حيث كان عالم المال، والأعمال حكرًا على البنوك الربوية التي تتشبث بنظام الفائدة حتى النخاع ولا ترى له بديلاً فضلاً عن التفكير في مراجعته أو إصلاحه².

فالخدمات المالية الإسلامية باتت تقدمها عديد من المصارف الغربية في الوقت الحاضر سواء من خلال الفروع الموجودة في الأسواق الإسلامية أو من خلال نوافذ خاصة موجودة في الدول الغربية تقدم خدمات إسلامية لطالبيها، وهذا التوجه الواسع في أسواق الدول الإسلامية نحو تقديم الخدمات المالية الإسلامية من قبل المصارف المحلية وحتى من قبل المصارف الغربية، خلق الاندماج المالي الإسلامي في الأسواق المالية العالمية مما يعزز فكرة أن النظام المالي الإسلامي يتوافق مع نظام العولمة المالية الجديد³.

فقد أصبح تطبيق أنظمة الاقتصاد الإسلامي لا يقتصر على الدول الإسلامية، فدول أخرى كبريطانيا وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية اليابان والصين وغيرها من الدول الغربية أخذت تتجه بقوة نحو الاستثمار والتمويل في المنتجات الإسلامية، فكان من الضروري السعي إلى إنشاء سوق إسلامية حرة

¹ - المادة 472 من المرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية، ج.ر، ع737 (ملحق1)، ص83.

² - معراج هوارى، آدم حديدي، تنامي الصناعة المصرفية الإسلامية في الدول الأوروبية -بالإشارة إلى التجربة البريطانية والفرنسية-، مجلة إدارة الأعمال والدراسات الاقتصادية، ع1، م1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، مارس 2015م، ص107.

³ - جريدة العرب الاقتصادية الدولية، أوروبا (حضور كبير للتمويل الإسلامي والدراسات المتخصصة فيه)، مرجع سابق، 29 مارس 2024م، 17:33.

للعالم الإسلامي، وقيام المصارف الإسلامية بتشجيع عمليات الدمج فيما بينها، وعقد تحالفات استراتيجية لتحقيق التعاون، خصوصا في تقديم الخدمات التكنولوجية المتقدمة وإعادة هيكلة رؤوس أموالها¹.

في القانون الفرنسي وبموجب القانون رقم 2007-211 الصادر بتاريخ 21 فيفري 2007م، إثر مشروع قدمه عضو مجلس الشيوخ "فيليب ماريني"، تم ادراج نظام العقود القائمة على الثقة (سواء في التمويل المهيكل لمراجعة أو في التمويل بالصكوك) أن يساند أي عملية تمويل إسلامية. كما سمحت هيئة الأسواق المالية في فرنسا في ماي 2007م بتداول أدوات تتوافق مع الشريعة الإسلامية وعلى رأسها الصكوك الإسلامية، كما سمحت في جوبلية لنفس العام لصناديق الاستثمار الفرنسية بالتعاطي مع مؤشرات مالية إسلامية، وبإمكانية مراقبتها من طرف هيئة شرعية². وعلى هذا الأساس دعا مجلس الشيوخ الفرنسي إلى ضم النظام المصرفي الإسلامي للنظام المصرفي في فرنسا، وجاء في تقرير أعدته لجنة تعنى بالشؤون المالية في المجلس إن النظام المصرفي الذي يعتمد على قواعد مستمدة من الشريعة الإسلامية مريح للجميع، وأكد التقرير الصادر عن لجنة المالية ومراقبة الميزانية والحسابات الاقتصادية للدولة بالمجلس، أن هذا النظام قابل للتطبيق في فرنسا. ويؤكد الخبراء أن الاهتمام بالتمويل الإسلامي في أوروبا ليس محصورا في المسلمين فقط، بل هناك وعي متنام من غير المسلمين بالخيارات البديلة التي تقدمها الصناعة المالية الإسلامية، ولا سيما في قطاع الصكوك³.

ويعزى تطور التمويل الإسلامي في فرنسا إلى الدعم القوي الذي تقدمه السلطات الفرنسية، ففي ديسمبر 2007م، قامت باريس **EUROPLACE**، وهي المنظمة التي تعمل على تعزيز دور المدينة كمركز مالي، بتأسيس لجنة التمويل الإسلامي. ومنذ ذلك الحين، أصدرت هيئة تنظيم الأسواق المالية الفرنسية، هيئة الأسواق المالية (AMF)، موقفين يسمحان بصناديق الاستثمار المتوافقة مع الشريعة

¹ - جريدة العرب الاقتصادية الدولية، أوروبا (حضور كبير للتمويل الإسلامي والدراسات المتخصصة فيه)، مرجع سابق، 29 مارس 2024م، 17:33.

² - معراج هوارى، آدم حديدي، تنامي الصناعة المصرفية الإسلامية في الدول الأوروبية (بالإشارة إلى التجربة البريطانية والفرنسية)، مرجع سابق، ص118.

³ - جريدة العرب الاقتصادية الدولية، أوروبا (حضور كبير للتمويل الإسلامي والدراسات المتخصصة فيه)، المرجع السابق، 29 مارس 2024م، 17:33.

الإسلامية وإدراج الصكوك. وعلى هذا النحو، أنشأت بورصة باريس قطاعًا للصكوك وتم نشر أربعة لوائح ضريبية (تتعلق بالمراجحة والصكوك والإجارة والاستصناع) تؤكد تكافؤ المعاملة الضريبية مع المنتجات المالية التقليدية¹.

وفي أواخر 2008م أصدرت "كريستين لاغارد" وزيرة الاقتصاد الفرنسي سابقا تعليمات تلغي الحواجز التشريعية والضريبية التي تحول دون إصدار صكوك إسلامية. وبعدها تم اعداد أول مشروع لصك إسلامي فرنسي بالتعاون مع هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية **AAOIFI** بالبحرين للمصادقة الشرعية عليه، والتي ركزت خاصة على الائجار المنتهي بالتمليك، المراجحة، الإستصناع والصكوك²، وفي يوليو 2010، أجرت الحكومة الفرنسية تعديلات معينة على قوانينها من أجل تسهيل إصدارات الصكوك. وألغت هذه التعديلات رسوم الدمغة المزدوجة، ودفع ضريبة أرباح رأس المال على الممتلكات، وبسطت اللوائح التي تحكم الوكلاء العقاريين³. وفي أواخر أبريل 2011م أصدرت فرنسا أول صكوك إسلامية، وبعدها ظهرت المؤسسة الفرنسية المالية الإسلامية **IFFI** لتعزيز التمويل الإسلامي، وهذه اشارات واضحة في استقطاب الرأسمال الإسلامي⁴. وشهدت فرنسا في جوان 2011م، طرح أول نظام إيداع إسلامي يتم تشغيله عبر النافذة الإسلامية لبنك تقليدي قائم. وبعد هذا الإطلاق الناجح، تم طرح منتج التمويل السكني الإسلامي (عقد مراجحة لمدة 10 سنوات)، بالإضافة إلى خطط لإطلاق نظام إيداع مماثل يستهدف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. وتخطط سلطات الضرائب الفرنسية أيضا لإصدار مبادئ توجيهية تشمل مفاهيم أخرى للتمويل الإسلامي كالمشاركة والمضاربة، كما أنشأت فرنسا تدفقات تجارية

¹ - Filippo di Mauro et d'autres, Islamic Finance In Europe, European Central Bank, Frankfurt, Germany, 2013, P25.

² - معراج هوارى، آدم حديدي، تنامي الصناعة المصرفية الإسلامية في الدول الأوروبية (بالإشارة إلى التجربة البريطانية والفرنسية)، مرجع سابق، ص118.

³ - Filippo di Mauro et d'autres, Islamic Finance In Europe, P25.

⁴ - معراج هوارى، آدم حديدي، تنامي الصناعة المصرفية الإسلامية في الدول الأوروبية (بالإشارة إلى التجربة البريطانية والفرنسية)، المرجع السابق، ص118.

مواتية مع الدول المجاورة التي يسكنها المسلمون، بما فيها الجزائر وتونس والمغرب، التي تنحدر نسبة كبيرة من السكان الفرنسيين منهم، وكان هذا سبباً في دفع الطلب المحلي على التمويل الإسلامي¹.

أما الولايات المتحدة الأمريكية، لم نجد قوانين خاصة تنظم التعاملات المصرفية الإسلامية، بدلاً من ذلك، يتم تطبيق القوانين المالية العامة والقواعد التنظيمية التي تطبق على القطاع المصرفي بشكل عام على هذه المعاملات. حيث تعتمد المصارف التي تقدم خدمات مالية إسلامية على الأحكام والمبادئ الشرعية لتنظيم أنشطتها، مثل تجنب الفوائد الربوية وتوجيه الاستثمارات وفقاً لما تتطلبه الشريعة الإسلامية. ومع ذلك، فإن هناك معايير وتوجيهات صادرة عن الجهات التنظيمية المالية العامة في الولايات المتحدة قد تؤثر على كيفية تقديم هذه الخدمات.

على الرغم من أن البنوك الإسلامية في أمريكا قد تكون محدودة، إلا أن هناك عددًا من البنوك والمؤسسات المالية التي تقدم خدمات مالية متوافقة مع الشريعة الإسلامية. قد تكون هذه البنوك جزءًا من المصارف التقليدية أو تكون مؤسسات مالية خاصة تركز على الخدمات المالية الإسلامية. وهي تمثل نموذجاً فريداً للمؤسسات المالية التي تعتمد على مبادئ الشريعة الإسلامية في أنشطتها وخدماتها المصرفية، فقد تأسست هذه البنوك لتلبية احتياجات المسلمين وغير المسلمين الذين يبحثون عن خدمات مالية متوافقة مع مبادئ الإسلام².

ومن بين هذه البنوك (بنك **LARIBA** الذي يقدم خدمات تمويل -العقارات والسيارات والأعمال التجارية- متوافقة مع الشريعة الإسلامية. شركة جامعة التمويل الإسلامي (UIF) التي تستهدف خدمة طلاب الجامعات وتوفر لهم الخدمات المصرفية التمويلية الإسلامية. بنك ديفون **Devon Bank** بنك تقليدي يقدم خدمات مصرفية تجارية، لكنه يقدم أيضاً خدمات تمويل

¹ - Filippo di Mauro et d'autres, Islamic Finance In Europe, P25.

² - د.م، أسماء البنوك الإسلامية في أمريكا (خدمات تمويل إسلامي)، <https://arbahbank.com/>، 30 مارس 2024م، 15:29.

إسلامية، ويعتبر بيت التمويل المصرفي الإسلامي في نيويورك. شركة **Guidance Residential** وهي شركة تمويل عقاري تقدم الحلول المالية المتوافقة مع نظام الشريعة الإسلامية للاستثمار تجاري¹.

ختاماً، تعتبر المعاملات المصرفية الإسلامية بمثابة البديل المبتكر والشرعي للتمويل التقليدي، وقد لاقت قبولاً واسعاً في الأسواق المالية العالمية، وتقع عليها العديد من التعاملات كالوساطة التجارية. وإضافة إلى أنها تقوم وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية وقد حدد الفقهاء شروطها وضوابطها التي تحكمها فإن التوسط في مثل هذه المعاملات (من طرف البنوك والمصارف) لم يكن أمراً مفصولاً في الفقه الإسلامي وإنما يكون جائزاً بجوازها وجواز التعامل بها ما دامت خالية من الغرر والربا، وقد أتاحت القوانين المتطورة والتي تتوافق مع الأصول الإسلامية، بيئة اقتصادية ملائمة تجري فيها العديد من التعاملات المالية التي يتم فيها التوسط من أجل القيام بمثل هذه المعاملات المالية الإسلامية، حتى يستمر التمويل المصرفي الإسلامي في التطور والنمو، ويظهر ذلك من خلال تزايد اهتمام العالم بالتمويل الإسلامي وتبني المعاملات المالية الإسلامية مما يسهم في توسيع نطاق تطبيقه وتعزيز دوره في تحقيق التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية.

ولا ننكر تفوق العالم الإسلامي والتشريعات العربية محل الدراسة خصوصاً القانون الإماراتي وويليه الجزائري في الإمام يمثل هذه التعاملات المستحدثة من حيث الركيزة الفقهية التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية والأسس الدقيقة التي تعمل على تنظيم تعاملات المصارف الإسلامية بشتى أنواعها، إلا أن التطبيق على أرض الواقع لا تزال تشوبه العديد من العيوب والرقابة الشرعية، في حين كانت القوانين الفرنسية والأمريكية تسعى جاهدة لإدراج هذه التعاملات بينما تعتمد على قواعد عامة دون تخصيص قوانين للتعامل مع المنتجات المصرفية الإسلامية.

الفرع الثالث: الأوراق المالية والتجارية

الأوراق المالية والأوراق التجارية جزء أساسي من النظام المالي العالمي، لكل منهما دور مهم في دعم الأنشطة المالية والتجارية. الأوراق المالية تتمثل الأسهم والسندات والوحدات الاستثمارية، وتستخدم

¹ - د.م، أسماء البنوك الإسلامية في أمريكا (خدمات تمويل إسلامي)، مرجع سابق، 30 مارس 2024م، 15:30.

للاستثمار وتحقيق العائد المالي. في حين تشمل الأوراق التجارية الشيكات والفواتير والسندات التجارية، وهي لتسهيل التداول التجاري وتسوية المدفوعات بين الشركات والأطراف التجارية.

الأوراق المالية هي صكوك الأسهم والسندات التي تصدرها الشركات والبنوك أو الدولة أو غيرها من الهيئات العامة، فإن كانت صكوكاً تمثل حقاً نقدياً قابلاً للتداول إلا أنها تخرج من عداد الأوراق التجارية لأنها صكوك طويلة الأجل تصدر لمدة حياة الشركة وذلك فيما يتعلق بالأسهم أو لمدة عدد من السنوات فيما يتعلق بالسندات مما يجعلها عرضة لتقلب الأسعار في السوق تبعاً للظروف الاقتصادية ويستحيل معها خصمها لدى البنوك ويجعلها تبعاً لذلك عاجزة عن الحلول محل النقود في المعاملات¹. ويتم تداولها في الأسواق المالية.

ونعرف سوق الأوراق المالية على أنه سوق مستثمرة ثابتة المكان تقام في مراكز التجارة والمال في مواعيد محددة يغلب أن تكون يومية يجتمع فيها أصحاب رؤوس الأموال والسماسرة ومساعدتهم للتعامل في الأوراق المالية وفقاً لنظم ثابتة ولوائح محددة². وسوق الأوراق المالية أمر حديث نسبياً في العالم الإسلامي وليس معناه أنه مرفوض شرعاً، وإنما لا بد من ضوابط شرعية معينة حتى يصح التعامل في هذه الأسواق، وقد وضع العلماء المعاصرون القيود والضوابط للحالات التي يجوز التعامل بها في السوق المالي³.

ففيما يخص الأسهم فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة مشروعة أمر جائز، ولا خلاف في حرمة الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرم كالتعامل بالربا أو إنتاج المحرمات أو المتاجرة بها، كما يحرم الإسهام في شركات تتعامل أحياناً بالمحرمات حتى لو كانت أنشطتها الأساسية مشروعة، كما لا يجوز التعامل بالأسهم بطرق ربوية فلا يجوز شراء السهم بقرض ربوي يقدمه السمسار أو غيره للمشتري لقاء رهن السهم لما في ذلك من المراباة وتوثيقها بالرهن⁴، كما لا يجوز بيع سهم لا يملكه البائع وإنما يتلقى وعداً من السمسار بإقراضه السهم في موعد التسليم لأنه من بيع ما لا يملك البائع ويقوى المنع إذا اشترط

¹ - محمد سويلم، إدارة البنوك وبورصات الأوراق المالية، الشركة العربية، مصر، 1993م، ص 271.

² - محمد سويلم، إدارة البنوك وبورصات الأوراق المالية، المرجع نفسه، ص 271.

³ - حسام الدين عفانة، يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة، دار الطيب، ط 1، القدس، فلسطين، 1430هـ-2009م، ص 271.

⁴ - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 65 (7/1) بشأن الأسواق المالية، دورة المؤتمر السابعة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع 7، ج 1، جدة، المملكة العربية السعودية، 1412هـ-1992م، ص 711 إلى 714.

إقباض الثمن للسمسار لينتفع به بإيداعه بفائدة للحصول على مقابل الإقراض. كما يجوز بيع السهم أو رهنه مع مراعاة ما يقتضيه نظام الشركة، كما جوز للجهات الرسمية المختصة حصر تداول الأسهم بسماسرة مرخصين، واشتراط رسوم للتعامل في أسواقها¹.

أما السندات وعلى أساس أنه شهادة يلتزم المصدر بموجبها أن يدفع لحاملها القيمة الإسمية عند الاستحقاق مع دفع فائدة منسوبة إلى القيمة الإسمية للسند، أو ترتيب نفع مشروط، فهي محرمة من حيث الإصدار أو الشراء أو التداول، لأنها قروض ربوية، مهما كانت الجهة المصدرة لها خاصة أو عامة، ومن البدائل لهذه السندات المحرمة، السندات أو الصكوك القائمة على أساس المضاربة لمشروع أو نشاط استثماري معين، بحيث لا يكون لمالكها فائدة أو نفع مقطوع، وإنما تكون لهم نسبة من هذا الربح إلا إذا تحقق فعلاً².

وبالتالي فالتعامل في الأسواق المالية سواء بتداول أو شراء أو إصدار الأوراق المالية في الفقه الإسلامي، يتحدد حسب نوع الورقة المالية إن كانت سهماً أو سنداً وهو ما فصل فيه مجمع الفقه الإسلامي في حكم التعامل بالأسهم والسندات، فقد جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي ينص على جواز التعامل بالأسهم ضمن ضوابط شرعية معينة، في حين حرم شرعاً التعامل بالسندات كونها قروض ربوية، كما قدم بديلاً عن السندات المحرمة كصكوك المضاربة.

أما الأوراق التجارية فتمثل وعوداً بالدفع، تصدر لغرض الاقتراض، وهي قد تأخذ شكل الكمبيالة، أو شكل السند الإذني³. تداولها يكون بشكل أساسي في السوق الثانوية، وغالباً ما تكون أقل سيولة من الأوراق المالية.

يعتبر تحصيل الأوراق التجارية، ورهنها وخصمها من أهم العمليات المصرفية التي تجري على الأوراق المالية، والشريعة الإسلامية لا تتعارض مع إصدار هذه الأوراق¹ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 65 (7/1) بشأن الأسواق المالية، مرجع سابق، ع7، ج1، ص711 إلى 714.

² - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 62 (6/11) بشأن السندات، المرجع نفسه، ع7، ج1، ص134، 135.

³ - مبارك سليمان بن سليمان بن محمد آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، مرجع سابق، ط1، ج1، ص278.

تَدَايِنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ
 كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا ﴿١﴾ وأيضا
 يقول تعالى في نفس الآية: ﴿٢﴾ وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلٍ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ
 وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا
 تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ
 وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٣﴾ (البقرة: 282).

فأما عملية تحصيل الأوراق التجارية فإن تكييفها الشرعي يشير إلى أن هذه العملية هي عملية وكالة
 مقابل أجر، والوكالة جائزة شرعا سواء كانت بأجر أو بغير أجر، لأنها تمثل عملية إنابة لها مقابل، فللوكيل
 (البنك) في عملية التحصيل لدين العميل مقابل معين سواء تم التحصيل أو لم يتم، لأن عملية الوكالة قد
 تمت، لأن حقق المطالبة بسداد الدين في ميعاد الاستحقاق، وما منع ذلك هو عسر المدين أو مباطلته².

وفيما يخص رهن الأوراق التجارية فقد عرفه الفقهاء على أنه رهن دين بدين، واختلفوا فيه حيث
 رأى جمهور الشافعية والحنفية والحنابلة عدم جواز رهن الدين بالدين، لأنه غير مقدور تسليمه من قبل
 الراهن، كما لا يستطيع المرتهن التحقق من حصوله عليه أم لا في حال عجز المدين في الورقة التجارية عن
 السداد، أما المالكية وبعض الشافعية فقد أجازوه لأنهم رأوا جواز بيعه مما يتفق مع قاعدة كل ما جاز بيعه
 جاز رهنه، والراجح هو ما ذهب إليه المالكية وبعض الشافعية، لأن الأوراق التجارية تتمتع بخاصية التداول
 والثقة بها، فجاز للبنك الإسلامي قبولها كرهن في المديونيات لعملائه³.

وخصم الأوراق التجارية فتعود على المصرف بمصاريف التحصيل، والعمولة إضافة إلى الفائدة المحددة
 المخصوصة مقدما، فأما بالنسبة لمصاريف التحصيل فهي جائزة لأنه يتقاضاها مقابل خدمات حقيقية

¹ - بلال عماد أبو السعيد، المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، دار أسامة، ط1، عمان، الأردن، 2011م، ص198.

² - سعد بن تركي بن محمد الخثلان، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، ط1، المملكة العربية السعودية، 1425هـ- 2004م، ص223، 224.

³ - بلال عماد أبو السعيد، المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص198.

يقدمها، وبالنسبة للعمولة فإن كانت عن عمل أداه للعميل فحكمها حكم المصاريف، أما إن كان تقدير العمولة مبالغاً فيه تحايلاً على الفائدة فإن ما زاد عما يقابل الخدمة الحقيقية من المصرف حكمه حكم الفائدة التي يأخذها المصرف على عملية الخصم، وهو ما اختلف فيه فقهاء الاقتصاد الإسلامي، تبعاً لاختلافهم في تخريج تلك الفائدة¹.

وقد رجح الفقهاء أن عملية الخصم تقوم على قرض ربوي، كون الفائدة التي يحتسبها البنك تتحدد وفقاً لحجم المبلغ وتاريخ استحقاق الورقة التجارية أي المدة الزمنية التي يفترض أن يسدد العميل قرضه فيها، وعليه فلا يجوز للبنوك الإسلامية أو المؤسسات المالية الإسلامية التعامل بمثل هذه المعاملة. كما وجد الفقهاء البديل عنها وهو اقراض العميل قرضاً حسناً، دون أخذ زيادة تحت أي مسمى (عمولة أو أجرة أو فائدة)، أي بإدراج هذه العملية تحت عملية تحصيل الورقة التجارية التي أجازها الفقه الإسلامي بدل خصمها، وذلك بأن يحمل العميل المصاريف الحقيقية التي يتحملها من تحصيل قيمة الورقة التجارية².

وهذا يوافق ما جاء به قرار مجمع الفقه الإسلامي والذي يقرر أن الأوراق التجارية (الشيكات، السندات لأمر، سندات السحب) من أنواع التوثيق المشروع للدين بالكتابة. وأن حسم (خصم) هذه الأوراق التجارية غير جائز شرعاً، لأنه يؤول إلى ربا المسيئة المحرم³.

أما فيما يخص التشريعات الوضعية ففي القانون الجزائري لم نجد تعريفاً للأوراق المالية وإنما ذكر هذه الأوراق وأحكامها التي تخضع للقانون التجاري الجزائري ضمن الكتاب الخامس (في الشركات التجارية)، في الفصل الثالث (شركات المساهمة)، القسم الحادي عشر (القيم المنقولة المصدرة من شركات المساهمة). ونفس الأمر بالنسبة للأوراق التجارية فقد نظم المشرع الجزائري أحكامها في الكتاب الرابع* من القانون التجاري

¹ - سعد بن تركي بن مُجَدَّ الحنّالان، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 230، 231.

² - بلال عماد أبو السعيد، المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 201، 202.

³ - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 66 (7/2) بشأن البيع بالتقسيط، دورة المؤتمر السابعة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع7، ج2، جدة، المملكة العربية السعودية، 1412هـ - 1992م، ص 217.

* - جاء الكتاب الرابع من القانون التجاري تحت عنوان (السندات التجارية) متضمناً الباب الأول (السفتجة والسند لأمر) و الباب الثاني (الشيك) في المواد (من المادة 389 إلى المادة 543) من الأمر 75-59، وبناء على المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 3 ذي القعدة 1413هـ الموافق لـ 25 أبريل 1993م المعدل والمتمم للأمر 75-59 المضمن القانون التجاري، جاءت المادة 3 على إدراج باب

الجزائري تحت مسمى السندات التجارية، ولم يعرفها كمصطلح وإنما يكفي بإطلاق اسم السند على السفتجة والسند لأمر والشيك وكذا سندات الخزن والنقل وعقود تحويل الفاتورة، واكتفى المشرع الجزائري بذكر البيانات التي يجب أن تستوفيها هذه السندات وأحكامها حتى تنشأ صحيحة.

والمشرع الإماراتي على عكس المشرع الجزائري الذي لم يعرف كل من الأوراق المالية والتجارية، فقد جاء على ذكر تعريفهما. فعرف القانون الإماراتي الأوراق المالية بأنها¹:

- الأسهم التي تصدرها الشركات المساهمة.
- المشتقات ووحدات الاستثمار التي توافق عليها الهيئة.
- السندات والصكوك والأذونات التي تصدرها الحكومة الاتحادية أو الحكومات المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة في الدولة.
- السندات والصكوك وأي أدوات دين تصدرها الشركات وفقاً للنظام الذي يصدر من الهيئة.
- أي أوراق مالية أخرى محلية أو أجنبية يقبلها المصرف المركزي والهيئة".

والأوراق التجارية جاء تعريفها في المادة 509 من قانون المعاملات التجارية، بأنها صكوك مكتوبة وفق أشكال حددها القانون تمثل حقاً موضوعه مبلغ معين من النقود يستحق الأداء بمجرد الاطلاع أو بعد أجل معين أو قابل للتعيين، وهي قابلة للتداول بالطرق التجارية واستقر العرف على قبولها كأداة للوفاء بدلاً من النقود. كما جاء في المادة الموالية، "تشمل الأوراق التجارية الكمبيالة والسند الأذني والسند لحامله والشيك وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية والتي يجري العرف على قبولها كأداة وفاء في المعاملات"².

ثالث (سند الخزن وسند النقل وعقد تحويل الفاتورة) في المواد (من المادة 543 مكرر إلى المادة 543 مكرر 18)، ج.ر، ع 27، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص 4.

¹ - المادة 01 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (32) لسنة 2021م الصادر بتاريخ 13 صفر 1443هـ الموافق لـ 20 سبتمبر 2021 بشأن الشركات التجارية، ج.ر، ع 712، الإمارات العربية المتحدة، ص 3.

² - المادتين 509 و 510 مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) لسنة 2022 بإصدار قانون المعاملات التجارية، ج.ر، ع 737 (ملحق 1)، الإمارات العربية المتحدة، ص 90.

وعند المشرع الفرنسي في القانون النقدي والمالي الذي ينظم الأنشطة المالية والنقدية في البلاد، بما في ذلك الأوراق المالية والاستثمارات والشركات وغيرها، جاء تعريف الأوراق المالية بأنها تشمل¹:

- الأوراق المالية الخاصة برأس المال التي تصدرها الشركات المساهمة.

- سندات الدين.

- الأسهم أو الحصص في مشاريع الاستثمار الجماعي.

أما الأوراق التجارية فلا يوجد تعريف عام لها في القانون الفرنسي، بالرغم من أنه خصص لها عنوان كامل في قانونه التجاري تحت اسم الأوراق التجارية*، ويتضمن هذا العنوان فصلين الأول يتعلق بالكمبيالة أشار فيه إلى الشيك أيضا والثاني يتعلق بالسند الإذني، فهو ركز على الأنواع المختلفة من الأوراق التجارية، وعلى ذكر أحكامها.

في القانون الأمريكي جاء تعريف الأوراق المالية على أنها مجموعة متنوعة من الأدوات المالية تشمل العديد من الأصول المالية مثل الأسهم والسندات والسندات الحكومية والخاصة والعقود الآجلة والخيارات وغيرها. تستخدم الأوراق المالية كوسيلة لجمع الأموال من المستثمرين وتوفير تمويل للشركات والحكومات، وتتيح للمستثمرين فرصة المشاركة في نمو الشركات وتحقيق العوائد المالية من استثماراتهم. يخضع تداول الأوراق المالية للتنظيم من قبل هيئات الرقابة المالية لضمان نزاهة وشفافية الأسواق المالية وحماية المستثمرين².

¹ - "Les titres financiers sont: (Les titres de capital émis par les sociétés par actions, Les titres de créance, Les parts ou actions d'organismes de placement collectif". Article L211-1 Code monétaire et financier (modifié par Ordonnance n°2016-520 du 28 avril 2016), Section 1 (Définitions), Chapitre 1 (Définition et règles générales), Titre 1 (Les instruments financiers), Livre II (Les produits),

*- TITRE 1 (Des effets de commerce) (Articles L511-1 à L512-8), Chapitre 1 (De la lettre de change, Articles L511-1 à L511-81) et Chapitre 2 (Du billet à ordre, Articles L512-1 à L512-8), Livre 5 (Des effets de commerce et des garanties), Partie législative, Code de Commerce.

² - "security: means any note, stock, treasury stock, security future, security-based swap, bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in any

أما فيما يخص الأوراق التجارية في القانون الأمريكي، فلا يوجد تعريف عام محدد للأوراق التجارية، بل يتم التعامل مع أنواع محددة من الوثائق التجارية المتنوعة بشكل منفصل وفقا للقوانين الخاصة المتعلقة بها. ومع ذلك، يمكن أن تتضمن هذه الأنواع على سبيل المثال الشيكات والسندات الإذنية والكمبيالات وغيرها.

وبشكل عام، يمكن القول إن الأوراق المالية ترتبط بالاستثمار وتحقيق العائد المالي، بينما الأوراق التجارية ترتبط بعمليات التجارة والتسويات المالية اليومية للشركات. والأوراق المالية والأوراق التجارية أدوات مالية حيوية تسهم في دعم النشاط الاقتصادي وتيسير العمليات المالية والتجارية، فهم يلعبون دور الوسيط في بعض التعاملات المالية، وقد اختلف فقهاء الشريعة والقانون في التعامل بمثل هذه الوسائل، فلم يميز الفقه الإسلامي بعضها وأجاز البعض الآخر بشروط تخضع لمبادئ الشريعة الإسلامية خصوصا في المؤسسات المالية الإسلامية أو التي تقوم بتعاملات مالية إسلامية، في حين أن القانون الوضعي يتيح استعمال الأوراق المالية والتجارية في أطر قانونية وبضوابط قانونية قد تتنافى مع ما تنص عليه الشريعة الإسلامية، خصوصا في الدول الإسلامية.

فالفقه الإسلامي يوضح ضوابط صارمة في قبول التعاملات المالية التي تتم بواسطة الأوراق المالية والتجارية، ويشترط عدم وجود ربا أو غرر التي من شأنها أن تجعل هذه التعاملات محرمة شرعا، في حين أن القوانين الوضعية يخضع فيها التعامل بواسطة الأوراق المالية والتجارية إلى نصوص خاصة صادرة عن هيئات مراقبة خاصة تنظم الأسواق المالية.

profit-sharing agreement, collateral-trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting-trust certificate, certificate of deposit for a security....or warrant or right to subscribe to or purchase, any of the foregoing." Article 77b (Definitions: promotion of efficiency, competition, and capital formation), Chapter 2A (SECURITIES AND TRUST INDENTURES), Title 15 (Commerce and Trade), U.S. Code.

المبحث الثاني: المعاملات المالية الإلكترونية

المعاملات المالية الإلكترونية هي أي نوع من المعاملات المالية التي تتم عبر شبكات الإنترنت أو أنظمة الحاسوب أو الأجهزة الذكية الأخرى. تشمل هذه المعاملات التجارة الإلكترونية وكل ما تحمله تعاملاتها من تسوق وتسويق عبر الإنترنت وأيضاً عمليات الدفع أو التداول الإلكترونيين، كما تشمل التمويل الرقمي المتعلق بمختلف الخدمات المالية المتعلقة بإدارة الأموال، وغيرها من العمليات المالية المصرفية التي يتم تنفيذها باستخدام تقنيات الحوسبة والاتصالات الحديثة.

المطلب الأول: التجارة الإلكترونية

العصر الحديث شهد التطور الجذري في الاقتصاد من خلال ادراج التقنيات والأنظمة الرقمية، وكون التجارة من أبرز مقومات النظام الاقتصادي كان لها النصيب الأكبر من التأثير بهذا التحول فصارت التجارة التقليدية تجارة إلكترونية مؤثرة بذلك على المستوى المحلي والدولي في تحريك عجلة التنمية الاقتصادية ومواكبة الرقمنة الحاصلة في مختلف أنماط المعاملات الاقتصادية والمالية.

لم تقتصر التجارة الإلكترونية على عمليات البيع والشراء عبر الإنترنت أو استعمال الوسائل الإلكترونية فقط بل مست عمليات التسويق والتسوق التي باتت تتم بالتقنيات الإلكترونية، وأيضاً عمليات الدفع والوفاء والتداول وغيرها من عمليات التجارة.

التجارة الإلكترونية تختلف عن التجارة التقليدية في وسيلة العملية التجارية، وليس في طبيعة العملية نفسها، وبالتالي تخضع للأحكام العامة للعقود، وفي الشريعة الإسلامية استُدل على مشروعية التجارة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، وما رآه علماء الفقه الإسلامي أن الأدلة التي تجيز التجارة التقليدية يمكن تطبيقها على التجارة الإلكترونية بنفس القياس. فلا يوجد أي مانع شرعي يحول دون الحكم بجواز التعامل بالتجارة الإلكترونية.

يؤيد ذلك ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي بخصوص موضوع إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، والذي جاء فيه ما يلي¹:

- إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما (الكتابة أو الرسالة أو السفارة -الرسول-)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

- في حال تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء...

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

- القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

- ما يتعلق باحتمال التزيف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات. مع ذلك فقد أحاط الفقه الإسلامي بممارسة هذا النوع من التعاملات بضوابط شرعية، تخضع للتراضي والعدالة والمنفعة والصدق والوضوح، وتبتعد كل البعد عن أي غش أو غرر أو خداع أو تدليس.

وجاء القانون الوضعي مؤيداً لذلك بسن قوانين تنص على أحكام تنظم التجارة الإلكترونية وشروط ممارستها، ففي القانون الجزائري في المادة 6 من القانون 18-05 عرفت التجارة الإلكترونية على أنها النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية². وما يعاب على هذا التعريف أنه أعطى مفهوماً جديداً موسعاً

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 52 (6/3) بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، دورة المؤتمر السادسة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع6، ج2، جدة، المملكة العربية السعودية، 1410هـ - 1990م، ص785.

² - المادة 6 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439هـ الموافق لـ 10 ماي 2018م المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، ع28، ص5.

للتجارة الإلكترونية، فليس من الضروري أن يكون العرض خاضعا لقواعد هذه التجارة، فقد يعرض شخص ما بضائعه على شبكة الإنترنت دون الحاجة لبيعها عبر الموقع نفسه¹.

وجاء المرسوم الاتحادي رقم 14 بشأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة في التشريع الإماراتي على تعريف هذا النوع من التجارة، فنصت المادة الأولى على: "التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة: بيع وشراء السلع والخدمات والبيانات ذات الصلة في الأوساط التقنية، أو من خلال وسائل التقنية الحديثة من مواقع إلكترونية أو منصات أو تطبيقات ذكية، بما فيها تلك التي تتم من خلال التجارة الإلكترونية أو الرقمية أو مواقع التواصل الاجتماعي، وتشمل السلع والخدمات غير الرقمية التي يتم الحصول عليها بشكل واقعي أو افتراضي من خلال وسائل التقنية الحديثة الرقمية أو الأوساط التقنية"². وجاء هذا التعريف شاملا ودقيقا.

في القانون الفرنسي جاء في المادة 14 من القانون رقم 575 أن: "التجارة الإلكترونية هي النشاط الاقتصادي الذي يقوم شخص بموجبه بعرض السلع والخدمات عن بعد بوسيلة إلكترونية"³.

في القانون الأمريكي تعني التجارة الإلكترونية مجموعة التقنيات الإلكترونية لإنجاز المعاملات التجارية بما في ذلك البريد الإلكتروني أو الرسائل الإلكترونية، أو ما يتعلق بتكنولوجيا الويب العالمية، عمليات التسويق والدفع والتحويلات الإلكترونية للأموال، كما يتم فيها تبادل البيانات بشكل إلكتروني⁴.

¹ - مصطفى هنشور وسيمة، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2017م، ص51.

² - المادة 1 من قانون اتحادي رقم 14 لسنة 2023م الصادر بتاريخ 18 صفر 1445هـ الموافق لـ 04 سبتمبر 2023م بشأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة، ج.ر، ع 759، الإمارات العربية المتحدة، ص1.

³ - (Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services). Article 14, Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Titre 2 (DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE), Chapitre 1 "Principes Généraux", Journal Officiel De La République Française, Paris, France, 21 Juin 2004, p6.

⁴ - "Electronic commerce" means electronic techniques for accomplishing business transactions including electronic mail or messaging, World Wide Web technology,

تشكل التجارة الإلكترونية جزءاً لا يتجزأ من العالم الرقمي المعاصر، وتمر بمراحل عدة حتى تتم العملية المالية، فتبدأ بالتسويق للخدمات ثم يتليها عملية وصول إعلان المنتج أو الخدمة إلى الطرف المهتم لتتم عملية التسوق بطريقة إلكترونية، وبعد ذلك تأتي مرحلة الدفع والتي تتنوع فيها الوسائل الحديثة والتقنيات المستعملة، وكل ذلك تعلب فيه المؤسسات أو المواقع والمنصات الرقمية أو الوسائط المسؤولة عن القيام بالعمليات التجارية دور الوسيط التجاري بين العملاء والموردين أو الزبائن بطرق رقمية حتى تتم العملية بكل سلاسة وأمان.

فالبداية بعملية التسويق الإلكتروني، عن طريق تقديم سلع تلبي احتياجات العملاء ورغباتهم، بطريقة ترويجية تعرض فيها المنتجات والخدمات عبر الإنترنت.

فقد عُرِفَ التسويق الإلكتروني بأنه إدارة التفاعل بين المنظمة والمستهلك في فضاء البيئة الافتراضية من أجل تحقيق المنافع المشتركة، حيث تعتمد هذه الأخيرة بصورة أساسية على تكنولوجيات الإنترنت، وعملية التسويق الإلكتروني لا تركز فقط على عمليات بيع المنتجات، بل تعمل على إدارة العلاقات بين المنظمة من جانب والمستهلك وعناصر البيئة الداخلية والبيئة الخارجية من جانب آخر. كما تعمل على تحقيق التنسيق والتكامل مع بقية وظائف المنظمة المختلفة (كوظيفة الإنتاج، ووظيفة الشراء والتخزين، ووظيفة المالية، ووظيفة البحث والتطوير وغيرها من الوظائف)¹.

والوقت الحالي يشهد إعادة هندسة عملية التسويق، فمعظم الشركات تتجه للسوق الإلكترونية، خاصة أن الشركات التي كانت سباقة لبنى مداخل التسويق الإلكتروني قد استطاعت أن ترسي معايير تنافسية جديدة، كما أُستحدثت بيئة تسوق متطورة تحقق للعملاء الرفاهية والمتعة في البحث عن احتياجاتهم واشباعها. ويحقق التسويق الإلكتروني في ظل العولمة وبيئة الأعمال المتغيرة فرصاً ومنافع عدة،

electronic bulletin boards, purchase cards, electronic funds transfer, and electronic data interchange". South Carolina Code of Regulations, Chapter 19 – STATE BUDGET AND CONTROL BOARD, Article 4 – OFFICE OF GENERAL SERVICES, S.C. Code Regs. 19-445.2027 – Electronic Commerce, USA.

¹ – يوسف أحمد أبو فارة، التسويق الإلكتروني عناصر المزيج التسويقي عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 135، 136.

كاستخدام أساليب الترويج التفاعلية في تقديم السلع والخدمات في الأسواق العالمية، ما يحقق ميزة التنافسية ويزيد من تطوير المنتجات، ويخلق وموقع استراتيجي في السوق...¹.

والتسويق الإلكتروني والوساطة التجارية لهما ارتباط وثيق في العصر الرقمي، حيث أصبحت التكنولوجيا الأداة الأساسية في تعزيز عمليات الوساطة التجارية وتحقيق القدر الأكبر من الرؤية ووصول الخدمات والمنتجات إلى أكبر عدد من العملاء، من أجل إتمام العمليات التجارية والصفقات، حيث توفر المنصات الرقمية (مواقع وتطبيقات وغيرها) قنوات مباشرة للوسطاء التجاريين من أجل التواصل مع التجار والعملاء، وتمكنهم من فهم سلوك العملاء سعياً لتقديم خدمات توائم متطلباتهم، كما يساهم التسويق في تسريع عملية الوساطة التجارية حيث تتلاشى الفجوة بين الأطراف وبالتالي تتم الصفقة بشكل أسرع وأكثر دقة وشفافية.

تأتي مرحلة التسويق الإلكتروني من طرف العملاء والمستهلكين من خلال التطبيقات أو المواقع الخاصة بالتسوق، وذلك بتصفح المنتجات واختيار ما يناسب احتياجاتهم، فهو يتيح لهم إمكانية الوصول إلى أكبر قدر من المنتجات والعروض دون الحاجة للانتقال إلى المتاجر الفعلية، توفيراً للوقت والجهد، فنجاح التجارة الإلكترونية يعتمد على توفير تجربة تسوق سلسة ومريحة للمستهلكين، كما يتيح للشركات وأصحاب الأعمال فرص أفضل في السوق الرقمي لعرض سلعهم وتسويق خدماتهم وبيعها عبر الإنترنت.

وعرف الفقهاء التسويق الإلكتروني على أنه مجموعة الجهود التي يبذلها المشتري عبر الإنترنت للبحث عن منتجات محددة (سلع وخدمات...) والمفاضلة بين هذه المنتجات المعروضة للبيع في المتاجر الإلكترونية المختلفة المنتشرة في فضاء الإنترنت². أي شراء مجموعة من السلع والخدمات المرتبطة بها (خدمة التوصيل) عبر الإنترنت، ويمكن جذب العملاء إلى موقع التسويق اعتماداً على قيمة السلعة وجودة الخدمة وخدمة

¹ - علي فلاح الزعبي، إدارة التسويق منظور تطبيقي استراتيجي، دار اليازوري، عمان، الأردن، 2009م، ص 381-383.

² - يوسف أحمد أبو فارة، التسويق الإلكتروني عناصر المزيج التسويقي عبر الإنترنت، دار وائل، ط1، عمان، الأردن، 2004م، ص 107.

العملاء والراحة، والخبرة في استخدام مواقع التسوق عبر الإنترنت، وأخيرا أمان وخصوصية الدفع، فكل هذه العوامل تؤثر على سلوك العملاء عند التسوق عبر الإنترنت¹.

كما نشير إلى أن نجاح التجارة الإلكترونية يعتمد بشكل كبير على مرحلة الدفع، من خلال وجود أنظمة دفع إلكترونية فعالة وآمنة، فهي من العناصر الأساسية التي تتيح للتجار والعملاء إتمام التعاملات التجارية عبر الإنترنت بشكل آمن وسلس، حيث تمكنهم من القيام بعمليات الشراء والدفع عبر الإنترنت بسهولة، سواء كان ذلك عبر بطاقات الذكية، الحوالات المصرفية الإلكترونية، بوابات الدفع الإلكتروني، العملات الرقمية...أو غيرها من وسائل الدفع الرقمية. كما توفر أنظمة الدفع الإلكتروني طرقا آمنة تعمل على معالجة التعاملات المالية وحماية خصوصيات وبيانات العملاء من أي اختراق أو احتيال، مما يعزز ثقة المستهلكين في الاقبال على هذه المعاملات.

وأنظمة الدفع الإلكتروني هي: "حقول مغناطيسية مؤلفة ومرتبطة لتعدية النقود وترددها بين الأشخاص بديلة عن النقد الإلكتروني"². فالدفع الإلكتروني هو عملية تسوية المعاملات إلكترونيا عبر أجهزة الحاسوب، أو بواسطة الناقل الإلكتروني، وهي الوسائل والأجهزة التقنية الخاصة، التي تستخدم كأدوات لإجراء المدفوعات النقدية بين الأطراف المتعاملين³.

¹ - (Online shopping is defined as buying a basket of commodities and its related services (delivery service) over the Internet, the customers can be attracted to the shopping website depending on its commodity value, quality of service and customers service, convenience, experience of using online shopping websites, and finally payment security and privacy. These factors affect customers behaviour when shopping online),Ahmad Nabot and others, Consumer Attitudes Toward Online Shopping: An Exploratory Study From Jordan, international journal of social ecology and sustainable development, usa, volume 5, number 3, July 2014, p5.

² - صلاح الدين أحمد محمد عامر، أنظمة الدفع الإلكتروني المعاصر غير الائتماني في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، السودان، 1433هـ-2012م، ص52.

³ - عبد الرحمن قروي، الصيرفة الإلكترونية كآلية لتعزيز أداء المصارف الجزائرية (دراسة ميدانية على مستوى الوكالات المصرفية العمومية بقالة)، أطروحة دكتوراه في علوم التسيير، جامعة عنابة، 2018م، ص74.

ولأن إيجابيات ومميزات هذه الأنظمة تفوق سلبياتها، كونها تمثل بديلا جيدا أكثر سهولة ويسرا، من طرق الدفع التقليدية، كما أنها توفر الجهد والمال. فحكم التعامل بهذه الأنظمة مباح شرعا¹، مع عدم إغفال أن لكل نظام من أنظمة الدفع الإلكتروني تكييف شرعي خاص به في الفقه الإسلامي، وبالتالي فله ضوابط شرعية خاصة وجب الالتزام بها حتى تقوم المعاملة صحيحة وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية خالية من أي محظورات شرعية.

فالأصل أن التعامل بأنظمة الدفع الرقمي هو أمر مباح شرعا، بشرط الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في كل نظام وفقا لما يتم تنزيله عليه في تكييفه الشرعي.

ونهج المشرع الجزائري ما جاء به الفقه الإسلامي في اباحة استعمال هذه الأنظمة بشروط، كما لم يتم تعريف نظام الدفع كنظام وإنما تم تعريف الوسائل التي يتم بها على أنها: "تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"². كما جاء قانون التجارة الإلكترونية في الفصل السادس عن الدفع في المعاملات الإلكترونية موضحا كيفية الدفع فجاءت المادة 27 من القانون 05-18 تنص على أن: "يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها وفقا للتشريع المعمول به. وأنه عندما يكون الدفع إلكترونيا، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر و بريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة التعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية. وأنه يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود، حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الإلكترونية"³.

¹ - صلاح الدين أحمد محمد عامر، أنظمة الدفع الإلكتروني المعاصر غير الانتمائي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص471.

² - المادة 69، الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424هـ الموافق لـ 26 أوت 2003م المعدل والمتمم بالأمر 04-10 المؤرخ في 16 رمضان 1431هـ الموافق لـ 26 أوت 2010م المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، ع52، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص11.

³ - المادة 27 من القانون رقم 05-18 المؤرخ في 24 سببان 1439هـ الموافق لـ 10 ماي 2018م المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، ع28، ص8.

في القانون الإماراتي جاء المرسوم الاتحادي رقم 14 المتعلق بالتجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة ذكر أنظمة الدفع الإلكتروني تحت مسمى الدفع الرقمي ولم يتم تعريفها وإنما ذكر شروطها ومعاييرها ومتطلباتها، كما نشير إلى أن القانون الإماراتي لم يطلق تسمية وسائل الدفع الإلكترونية على الوسائل التي تتم بها التجارة الإلكترونية إنما جاء ذكرها تحت مصطلح وسائل التقنية الحديثة: والتي يتم تعريفها على أنها: "أي وسيلة تقنية تستخدم بشأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة سواء كانت إلكترونية أو رقمية أو بيومترية أو تقنية الذكاء الاصطناعي أو تقنيات سلسلة الكتل (البلوك تشين) أو في الأوساط التقنية، وسواء من خلال الدخول على مواقع إلكترونية أو من خلال التطبيقات الذكية"¹.

أما المجلس الاقتصادي الفرنسي فقد عرف الدفع الإلكتروني بأنه: "مجموعة التقنيات العالمية، المغناطيسية أو الإلكترونية التي تسمح بتحويل الأموال دون دعامة ورقية والتي ينتج عنها علاقة ثلاثية"².

كما عرف المشرع الأمريكي تقنية أمر الدفع في التقنين التجاري الموحد (UCC) (Uniform Commercial Code) بأنه: "مجموعة الخطوات التي تبدأ بأمر التحويل الصادر من المستفيد بهدف الدفع للمستفيد من الأمر، ويتم ذلك شفويا، الكترونيا أو كتابيا ويشمل ذلك أي أمر صادر من بنك الأمر أو البنك الوسيط يهدف إلى تنفيذ أمر الأمر بالتحويل، ويتم النقل بقبول بنك المستفيد دفع قيمة الحوالة لمصلحة المستفيد المبين في الأمر"³.

ومن أبرز المنصات الرائدة العالمية التي توفر تجربة متكاملة من العمليات التجارية نجد:

– منصة أمازون Amazon (موقعها الرسمي هو:

<https://www.amazon.com>).

¹ – المادة 1 من قانون اتحادي رقم 14 بشأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة، ج.ر، ع 759، الإمارات العربية المتحدة، ص1.
² –Toernig Jean-Pierre, Brion François, Les moyens de paiement –que sais –je–, 1ère édition, Paris, 1999, p32.

³ – Article 4A-103 Payment Order Definitions, Uniform Commercial Code (UCC), "Payment order" means an instruction of a sender to a receiving bank, transmitted orally, electronically, or in writing, to pay, or to cause another bank to pay, a fixed or determinable amount of money to a beneficiary", 14/08/2022, 16:32.

- منصة بوكينغ Booking (موقعها الرسمي هو: <https://www.booking.com>).

- منصة إيباي eBay (موقعها الرسمي هو: <https://www.ebay.com>).

- منصة علي بابا Alibaba (موقعها الرسمي هو: <https://www.alibaba.com>).

فهذه المنصات تعمل على تسويق الخدمات والمنتجات، وتشكل بذلك وسيطا تجاريا في عملية التسويق الإلكتروني من خلال ربطها بين البائعين والمشتريين أو مقدمي الخدمات والعملاء الذين يقومون بعملية التسوق من خلال تصفحها واختيار المنتج أو الخدمة المرغوب بها، والقيام أيضا بعملية الدفع بطريقة مباشرة داخل المنصة دون الحاجة إلى وسيط آخر.

فلم يعد التسوق الإلكتروني يقتصر على عرض الخدمات والمنتجات وبيعها، بل بات يعتمد على حلول دفع رقمية أكثر تطورا، كالمحافظ الإلكترونية، العملات الرقمية، والذكاء الاصطناعي في إدارة وتنظيم هذه المعاملات، إضافة إلى الدور الذي لعبته تقنيات البلوك تشين والعقود الذكية في تعزيز الثقة والشفافية في المعاملات التجارية. وبهذا، تصبح التكنولوجيا المالية ركيزة أساسية في التجارة الإلكترونية الحديثة، وتسهل عمليات الدفع، وتلعب دور الوسيط التجاري الرقمي مما يقلل الحاجة إلى الوسطاء التقليديين، فهي تفتح آفاقا جديدة للتجارة الرقمية في صور أكثر تطورا وأمانا.

وختاما فالتجارة الإلكترونية باتت عنصرا لا ينفك عن الحياة اليومية، وركيزة أساسية في الاقتصاد الرقمي، فقد أحدث تحولات جذرية في عمليات البيع والشراء والتأجير، وتكامل فيها العمليات من تسوق وتسويق ودفع حتى تتم العمليات التجارية بكل سلاسة وأمان، وأصبحت المنصات الرقمية تلعب دور وسيطا بين يتعدى دوره تسهيل العملية أو الصفقة إلى تسويق الخدمة أو المنتج وتسهيل عملية الدفع بل وحتى ضمان حقوق كل طرف من الأطراف من خلال الموثوقية والأمان وتعزيز الثقة في الأسواق الرقمية.

المطلب الثاني: الصيرفة الإلكترونية

تُعتبر التكنولوجيا الرقمية في القطاع المصرفي من أبرز الحلول الفعالة للتحديات التي تصطدم بها إدارة الأموال. كما تشكل المعاملات المصرفية الإلكترونية جزءاً أساسياً في الحياة المالية اليومية فهي نقلة نوعية في مجال الخدمات المالية، فبفضل هذه التقنيات الحديثة، أصبحت المعاملات المالية تتم بكل يسر وسهولة وبأقل التكاليف والجهود، وكل ذلك عن بعد ودون حاجة المتعاملين إلى الذهاب الفعلي للبنك أو المصرف. كما أنه ومن خلال تبني أحدث التقنيات في التشفير والسرية والمصادقة الثنائية يتعزز مستوى الأمان والخصوصية في هذه المعاملات المالية.

كما تعد الصيرفة الإلكترونية إجراءً للعمليات المصرفية بطرق إلكترونية، باستخدام تكنولوجيات الإعلام والاتصال الحديثة، سواء تعلق الأمر بالسحب أو بالدفع أو الائتمان أو التحويل أو بالتعامل في الأوراق المالية أو غير ذلك من أعمال المصارف، وفي ظل هذا النمط من الصيرفة لا يكون العميل مضطراً للتنقل إلى البنك، إذ يمكنه القيام ببعض العمليات من مصرفه وهو في منزله أو في مكتبه، وهو ما يعني تجاوز بعدي المكان والزمان¹.

ويطلق عليها عدة مصطلحات من بينها: الخدمة المصرفية الإلكترونية، المعاملات المصرفية الإلكترونية، المعاملات المصرفية الإلكترونية، وهي تتمثل في أهم خدمتين تقدمهما المصارف، القروض والتحويلات المالية.

أما خدمة القروض فهي جزء لا يتجزأ من النظام المصرفي الحديث، والتي بدورها أخذت نصيبها من التطورات الحديثة في التكنولوجيا المالية، فباتت هاته الخدمة متاحة عبر المنصات الإلكترونية للخدمات المصرفية وبشكل إلكتروني، تعزيزاً لوصول الخدمة المالية بطريق آمنة وتفاعلية أكثر بين البنوك والعملاء.

¹ - رحيم حسين، هواوي معراج، الصيرفة الإلكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية، ملتقى المنظومة المصرفية الجزائرية والتحويلات الاقتصادية واقع وتحديات، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة الشلف، مخبر العولمة واقتصاديات شمال إفريقيا، الجزائر، 14 و 15 ديسمبر 2004م، ص316.

فلم تعد العمليات المصرفية حكرا على البنوك التقليدية التي تقوم بالعمليات المصرفية بطريقة كلاسيكية، بل صار بإمكان مختلف البنوك التي تمارس النشاط المصرفي على الخط أن تقوم بالعمليات المتعلقة بالقرض بطريقة إلكترونية مهما كان نوعها¹، فهناك عديد الأنواع من القروض الإلكترونية، التي يتم تقديمها وإدارتها بشكل كامل عبر الإنترنت، دون الحاجة إلى التواصل المباشر مع موظفي البنك أو زيارة الفرع البنكي، ويتم تقديم هذه الطلبات عبر الموقع الإلكتروني للبنك أو من خلال تطبيق الهاتف المحمول، وبذلك يتمتع العملاء بإمكانية تلقي القرض والتوقيع على الوثائق اللازمة بشكل إلكتروني، وهو ما يجعل القروض الإلكترونية تتميز بالسرعة والسهولة في التقديم والحصول عليها مما يجعلها خيارا شائعا للأفراد والشركات.

ويرى بعض الأفراد أن اللجوء إلى القروض الإلكترونية يتعلق بانخفاض الفوائد عن هذه القروض، خصوصا إذا كانت من طرف بنوك إلكترونية مقارنة بالقروض الكلاسيكية، كما أن الرسوم الناتجة عن هذه العمليات تتم بطريق إلكترونية، مما يجعلها أقل من الرسوم في غيرها من العمليات العادية، كما لا توضع رسوم من أجل دراسة ملف القرض كون البنك الإلكتروني يحتاج وقت وجهد أقل من غيره في دراسة الملف وإدارة عملية القرض².

وإلى جانب خدمات القروض الإلكترونية، فمن أهم الخدمات التي تقدمها المصارف خدمة تحويل الأموال، وذهب الاتجاه الفقهي إلى تعريف التحويل المصرفي بأنه العملية التي من خلالها يتم تفريغ حساب الأمر وبناء على طلبه مبلغ نقدي معين وقيده في الجانب الدائن لحساب شخص آخر، قد يتم قيد المبلغ باسم الأمر نفسه، أو يتم تقييده في حساب شخص آخر وهو المستفيد وكل ذلك بناء على طلب العميل الأمر في نفس البنك أو في بنك آخر³.

¹ - صليح بونفلة، النظام القانوني للعمليات المصرفية الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة 8 ماي 1945م، قالمة، الجزائر، 2020م، ص40.

² - صليح بونفلة، النظام القانوني للعمليات المصرفية الإلكترونية، المرجع نفسه، ص41.

³ - علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية (دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية)، المكتبة القانونية، القاهرة، مصر، 1993م، ص191، 192.

وتكاد كلمة العلماء المعاصرين تتفق على جواز التحويلات المصرفية، للحاجة الداعية إلى اباحتها، ولما في القول بتحريمه من مشقة، والحرص والتضييق على الناس، هذا هو الحكم في المسألة اجمالاً، ومع أن كلمة المعاصرين تكاد أن تكون مجمعة على جوازهم إلا أنهم اختلفوا في وصفها الفقهي وعلى أي عقد يمكن تخريجها، ولهم في تخريجها عدة أقوال أهمها، أنه تم تخريجها على أنها إجارة على نقل النقود، وعلى أنها وكالة أو على أنها سفتجة، والراجح في هذه الأقوال هو أنها سفتجة ثم صرف، في حال كان التحويل في بلد واحد وبنفس العملة، أما إذا كان التحويل بين عملتين مختلفتين فهي صرف ثم سفتجة. وخلاصة ما يقال في التحويلات المصرفية أنها جائزة ولم يدل دليل على حرمتها، فيستصحب فيها حكم الاباحة لأنها الأصل، ولأن حاجة الناس تدعو إليها، ولما في تحريمها من تضييق ومشقة وحرص عليهم¹.

أتي المشرع الجزائري في نص المادة 66 من قانون النقد والقرض على أن العمليات المصرفية تتضمن تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا عمليات الصيرفة الإسلامية وكذا وضع جميع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل². ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف التحويل المصرفي الإلكتروني تعريفاً صريحاً، ولكن باستقراء نصوص الأمر 03-11 من القانون ذاته خصوصاً المادة 51 والتي نصت على أنه يمكن لبنك الجزائر (تم تعريفه في المادة 49 من نفس القانون على أنه المؤسسة المالية للدولة بالنسبة لجميع عمليات صندوقها وعملياتها المصرفية والقرضية) أن يجري كل العمليات المصرفية مع البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر ومع كل بنك مركزي أجنبي³، وتعتبر التحويلات المصرفية الإلكترونية من ضمن العمليات التي يقوم بها البنك، وتشمل عبارة "كل العمليات" جميع التطورات الحاصلة في التقنيات التي يقوم بها البنك بأنشطته مع المؤسسات المالية والبنوك وغيرها...

¹ - عبد الرحمان اجاه أبوه، التحويلات المصرفية حقيقتها وحكم أخذ الأجرة عليها، مجلة الشهاب، ع3، م7، جامعة حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2021م، ص 281-287.

² - المادة 66 من الأمر 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424هـ الموافق لـ 26 أوت 2003م المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، ع52، ص11.

³ - المادة 51 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، ع52، ص09.

وجاء المشرع الإماراتي في قانون المعاملات التجارية رقم 18 في المادة 380 أن التحويل المصرفي عملية يقيد المصرف بمقتضاها مبلغا معيناً في الجانب المدين من حساب الأمر بالتحويل ويقيد ذات المبلغ في الجانب الدائن من حساب آخر وذلك بناء على طلب كتابي من العميل الأمر بالتحويل.

ووفقاً للقانون الإماراتي، يجوز بوساطة هذه العملية إجراء ما يأتي:

- تحويل مبلغ معين من حساب شخص إلى حساب شخص آخر لكل منهما حساب لدى المصرف ذاته أو لدى مصرفين مختلفين.
 - تحويل مبلغ معين من حساب إلى آخر كلاهما مفتوح باسم الأمر بالتحويل لدى المصرف ذاته أو لدى مصرفين مختلفين.
- ينظم الاتفاق بين المصرف والعميل الأمر بالتحويل شروط إصدار الأمر، ومع ذلك لا يجوز أن يكون أمر التحويل لحامله¹.

هذا المشرع الإماراتي حذو المشرع الجزائري في عدم تعريفه للعمليات المصرفية الإلكترونية إلا أنه تناولها ضمن نفس القانون، حينما عدّ المشرع ما للمصرف المركزي من مهام متعلقة بعمليات الدفع للتجزئة والخدمات الإلكترونية التابعة لها، حيث جاء في المادة 125 أنه يكون للمصرف المركزي لوحده ما يأتي:

- (1) سلطة وضع الأنظمة والقواعد والإجراءات الخاصة بالعمليات المصرفية الإلكترونية، والنقد الرقمي، وتسهيلات القيم المخزنة، وتنظيم نظم الدفع الإلكتروني للتجزئة، والخدمات المصرفية والمالية الإلكترونية الخاضعة لترخيصه وإشرافه.
- (2) اتخاذ كافة التدابير والإجراءات التي يراها مناسبة للحدّ من المخاطر التي قد تقع على النظام المالي والاقتصادي للدولة المتعلقة بالعمليات والنظم المشار إليها في البند (1) من هذه المادة².

¹ - المادة 380 مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية، ج.ر، ع737 (ملحق1)، ص68، 69.

² - المادة 125 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية الصادر بتاريخ 13 محرم 1440هـ الموافق لـ 23 سبتمبر 2018م، ع637، ج.ر، ص61، 62.

في حين جاء المشرع الفرنسي على ذكر العمليات المصرفية وأنها تشمل استلام الأموال العامة القابلة للسداد، وعمليات الائتمان، بالإضافة إلى خدمات الدفع المصرفية¹. أما التحويلات المصرفية فلم يعرفها بشكل صريح وإنما أدمج مفهوم التحويل المالي تحت مفهوم الدفع بصفة عامة، وقد عرف الدفع بموجب المادة 133-3 والتي تنص على: "إجراء يتكون من دفع أو تحويل أو سحب الأموال، بغض النظر عن أي التزام أساسي بين الدافع والمدفوع له، وقد يبدأ من قبل الدافع، أو من ينوب عنه، أو قد يبدأ من قبل المستفيد"².

وما يجدر بنا ملاحظته هنا هو أن المشرع الفرنسي وسع نطاق مفهوم الدفع حيث يشمل كل صور دفع الأموال وتحويلها وخصمها سواء كان ذلك من الحسابات البنكية أو الحسابات المصرفية. في حين لم يضع تعريفا محددًا للتحويلات المالية الإلكترونية في قوانينه.

أما في القانون الأمريكي فعلى عكس التشريعات السابقة لم يعرف العمليات المصرفية في حين جاء القانون التجاري الموحد على تعريف التحويلات المالية الإلكترونية على أنها كل عملية لتحويل الأموال تبدأ أو تنفذ من خلال وسيلة إلكترونية كالهاتف، الحاسوب أو شريط مغناطيسي بهدف إصدار أمر أو توجيه أو

¹ - (Les opérations de banque comprennent la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement). Article 311-1, Section 1 (Définition des opérations de banque), Chapitre I (Les opérations de banque, les services de paiement et l'émission et la gestion de monnaie électronique), Titre I (Dispositions générales), Livre III (Les services), Code monétaire et financier du 13 janvier 2018, Modifié par Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013.

² - (Une opération de paiement est une action consistant à verser, transférer ou retirer des fonds, indépendamment de toute obligation sous-jacente entre le payeur et le bénéficiaire, initiée par le payeur, ou pour son compte, ou par le bénéficiaire), Article L133-3, Chapitre III (Les règles applicables aux autres instruments de paiement et à l'accès aux comptes), Titre III (Les instruments de la monnaie scripturale), Livre Ier (La monnaie), Code monétaire et financier du 13 janvier 2018, Modifié par Ordonnance n°2017-1252 du 9 août 2017.

تفويض منشأة مالية بإجراء قيد الدائن أو مدين في الحساب¹. والتعريف هنا جاء على ذكر الوسائل الإلكترونية التي تتم بها عملية التحويل حتى يعتبر التحويل المالي الحاصل تحويلا ماليا إلكترونيا.

وهذه التحويلات المالية الإلكترونية تأتي تحت مسمى التحويلات المصرفية الإلكترونية، فهي عبارة عن تحويل مصرفي يتم بوجود علاقة بين شخصين أحدهما هو المصدر (المرسل) لأمر التحويل أو الدفع، والآخر هو الشخص المستفيد، ويشترط لوجود تحويل مصرفي إلكتروني وجود أمر دفع صادر من العميل الأمر بالدفع لصالح المستفيد، يتضمن بيانات المستفيد، اسمه، رقم حسابه، ميعاد الدفع والمبلغ، بالإضافة إلى بعض البيانات التي قد يحددها المصدر كتعيين بنك وسيط في العملية².

والتحويلات المالية الإلكترونية **Electronic Funds Transfer** يرمز لها بالاختصار (EFT)، وتعرف في الفقه الغربي بأنها نظام مدفوعات يعتمد فيه على المعالجة والاتصالات اللازمة وانتاج وتوزيع الخدمات العرضية أو المترتبة بالتبادل الاقتصادي، ويعتمد في هذا النظام كليا أو في جزء كبير منه على استخدام الإلكترونيات في اتمام عملية التحويل³.

وفي ظل عديد المفاهيم التي تناولها الفقهاء نجد أنها تصب في مجرى واحد وتختلف فقط في صياغتها، فكلها تتبنى المفهوم الحديث للتحويل المصرفي، أي باستعمال الوسائل والتقنيات الرقمية.

والتحويلات المالية على قسمين:

¹- Electronic fund transfer means any transfer of funds that is initiated through an electronic terminal, telephone, computer, or magnetic tape for the purpose of ordering, instructing, or authorizing a financial institution to debit or credit a consumer's account). Article 18-1707 Electronic fund transfer, State Regulations, California Codes of Regulations, Title 18 Public Revenues, Chapter 4, Sales And Use Tax, Subchapter A, Sales And Use Taxes.

²- جلال وفاء مُجدين، التحويلات المصرفية الإلكترونية من الوجهة القانونية (دراسة في القانون الأمريكي والقانون النموذجي للأمم المتحدة)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع2، م2، ج1، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، جويلية 2007م، ص229-230.

³- Kent W. Colton, James M. Tien, Sherry Tvedt Davis, Bruce Dunn, Arnold I. Barnett, Electronic Fund Transfer Systems and Crime, U.S Department of Justice (Bureau of Justice Statistics), Washington, U.S.A, July 1982, p5.

- التحويلات المالية المحلية: التحويلات التي تتم بين الحسابات المصرفية المحلية.
 - التحويلات المالية الدولية: تعتبر أحد أهم المعاملات المصرفية الإلكترونية، حيث يتم تنفيذها عبر نظم الدفع الإلكترونية التي تتيح للأفراد والمؤسسات والشركات نقل الأموال عبر الحدود بطريقة آمنة سهلة وفعالة. يتم فيها استخدام تكنولوجيا الإلكترونيات، مثل الأنظمة المصرفية عبر الإنترنت والتطبيقات المصرفية، تسهيلات لهذه التحويلات وتنفيذها بشكل أكثر سرعة وأمانا.
- هناك عديد الطرق التي تسمح بتحويل الأموال نحو الخارج، التي يطلق عليها بالعمليات العابرة للحدود، والتي تتطلب فتح حسابات الكترونية باستخدام الإنترنت لتتم جميع العمليات عن طريقها¹.
- ولا يمكن التطرق للصيرفة الإلكترونية دون أن يتم التحدث عن البنوك الإلكترونية، فهي تمثل أهم ركائزها، فمع كل التطورات التي شهدتها القطاع المصرفي أصبحت البنوك الرقمية توفر حلولاً متكاملة للعملاء في إجراء تعاملاتهم المالية وغيرها، وبالتالي تلعب دور وسيط بين الشركات والعملاء والمؤسسات المالية في توفير الخدمات الرقمية من دفع وتمويل وقروض وغيرها...، مما يجعلها عنصراً أساسياً في المنظومة الصيرفية الحديثة.
- تتطلب فكرة الانتقال من التعامل التقليدي على مستوى البنوك إلى التعامل الإلكتروني جملة من المبادرات ونذكر منها:

- تعميم استخدام تكنولوجيا الإعلام والاتصال في مختلف الكيانات الاقتصادية: من شأن هذه الفكرة أن تؤدي إلى تحول كبير في أنماط التنظيم والأداء لمختلف الأعمال، حيث تدفع الحكومة إلى تنظيم عملية تقديم الخدمات إلى المواطنين بشكل أفضل من خلال استكمال البنية التحتية لتكنولوجيا الإعلام والاتصال داخل الإدارات العامة وعلى مستوى المؤسسات الصغيرة

¹ - نبيلة باديس، رضوان موجاري، التحويلات المصرفية في نظام الدفع الإلكتروني بين آليات المعالجة والضوابط الرقابية، مجلة التحليل الاقتصادي ودراسات التنمية، ع2، م1، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، الجزائر، ديسمبر 2022م، ص136.

والمتوسطة وتطوير مختلف المهارات البشرية وتطوير خدمات الإنترنت المخصصة لجميع المستخدمين من مواطنين ورجال الأعمال¹.

- **تمكين المواطن من التكنولوجيا:** تتطلب النقلة النوعية المراد الوصول إليها على هذا المستوى تمكين المواطن من التكنولوجيا وحثه على التعامل الرقمي وضمان تكلفة الولوج للإنترنت في مستوى قدرات المواطن أو التعامل الزبون للبنك، كما يجب ضمان التدفق العالي لخدمة الإنترنت وعدم انقطاعه.

- **تطوير قطاع الاتصالات:** البنية التحتية للبنك الإلكتروني لا يمكن أن تكون معزولة عن البنية التحتية للاتصالات وتقنية المعلومات للدولة ولمختلف القطاعات، فالعامل الرئيسي لنجاحها وضمان دخول آمن لعصر اقتصاد المعرفة يتمثل في الاتصالات وكفاءة البنية التحتية، وسلامة سياسات السوق الاتصالية²، فالبنية التحتية المبنية على تكنولوجيات الإعلام والاتصال تسهل نشر وتجهيز المعلومات والمعارف وتكييفها مع الاحتياجات المحلية، لدعم النشاط الاقتصادي وتحفيز المشاريع على إنتاج قيم مضافة عالية³.

والبنوك الإلكترونية هي من أهم وسائل الدفع الإلكتروني، وتعد العمود الفقري للصيرفة الإلكترونية، فمن دون هذه البنوك الإلكترونية والعملات الرقمية، لا تنجح الصفقات عبر الإنترنت، بين مختلف المتعاملين من أفراد وشركات ومؤسسات تجارية. فهي أسرع وسائل الدفع التي تمكن من طلب خدمة شحن أو سحب أو تحويل الرصيد عن طريق عديد من المواقع الإلكترونية، ومن أبرز خدماتها خدمات الدفع الفوري التي تمكن من شحن الرصيد في الهواتف الجوال بكل سهولة وفي أي مكان، كما تمكن من

¹ - محمد بن ذهيب، صلاح الدين قدرى، فراح إلياس الهناي، مخاطر الدفع الإلكتروني عبر الإنترنت التي يتعرض لها المستهلك الإلكتروني واستراتيجية الجزائر لحمايته (مشروع التصديق والتوقيع الإلكترونيين)، الملتقى الوطني الثالث حول المستهلك والاقتصاد الرقمي (ضرورة الانتقال وتحديات الحماية)، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف، ميلة، الجزائر، 23 و 24 أبريل 2018م، ص 13.

² - وافي ميلود، داودي محمد، واقع ومتطلبات تفعيل البنوك الإلكترونية (دراسة حالة الجزائر)، مجلة الدراسات التسويقية وإدارة الأعمال، ع 1، م 1، كلية الدراسات الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر، جوان 2017م، ص 13.

³ - سامي كباهم، مكانة البنك الإلكتروني في القانون الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، ع 7، مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، جوان 2021م، ص 51.

ارسال الأموال إلى أي شخص في أي مكان بكل يسر وسرعة، كما تفتح أفاق التسوق عبر الإنترنت لشراء السلع والخدمات¹.

تشمل البنوك الإلكترونية كل المعاملات المصرفية الإلكترونية وتتمثل في كل العمليات المصرفية التي تقدم عن طريق الهاتف، الصراف الآلي وانتقلت هذه العمليات إلى شبكة الإنترنت التي تحقق مزايا لكل من العميل والبنك وتعود بالنفع عليهم، والتي يمكن الحصول عليها بطريقة سريعة ومريحة ومتاحة لمدة 24 ساعة وأينما كان العميل، كما أنها تقدم خدماتها بشكل أكثر كفاءة وبأسعار أقل، كما تسهل المقارنات بين الخدمات والمنتجات المصرفية مع إمكانية أن تزيد المنافسة التفاعل بين البنوك، ويسمح للبنوك باختراق أسواق جديدة وبالتالي زيادة نطاق عملها، بل يراها البعض وسيلة لتخطي الخطوات التي تتبعها البلدان ذات الأنظمة المالية الأقل تطوراً، حيث يتمتع العملاء بفضل أنظمة الاتصالات اللاسلكية، التي تتطور بشكل أسرع من الشبكات التقليدية، وتتميز بسهولة الوصول إلى الخدمات المصرفية الموجودة في الخارج².

تعرف كذلك البنوك الإلكترونية باسم بنوك الإنترنت (Internet) وهي لا تعتبر فرعاً لبنك قائم يقدم خدمات مصرفية بل هي عبارة عن مواقع إلكترونية تعمل على تقديم خدمات مصرفية ومالية وتجارية وكذلك إدارية شاملة لها وجود مستقل على الشبكة الإلكترونية ولها القدرة على التعاقد وتقديم الخدمات المصرفية³، وهي قيام البنوك بتقديم الخدمات المصرفية أو المبتكرة عن طريق شبكة اتصالات إلكترونية، وتقتصر صلاحية الدخول إليها فقط على المشاركين فيها وفقاً لشروط العضوية التي تحددها البنوك وذلك من خلال أحد المنافذ على الشبكة الإلكترونية كوسيلة اتصال العملاء⁴.

¹ - رمزي محمود، النقود والبنوك والتجارة الإلكترونية، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2022م، ص113.

² - Saleh M Nsouli, Andera Schaechter, Les enjeux de la banque électronique, Finance et Développement, Septembre 2002, p48
<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/fre/2002/09/pdf/nsouli.pdf>.

³ - أحمد سفر، العمل المصرفي الإلكتروني في البلدان العربية، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1، بيروت، لبنان، 2006م، ص147. أنظر أيضاً: ص114، 115.

⁴ - وافي ميلود، داودي محمد، واقع ومتطلبات تفعيل البنوك الإلكترونية (دراسة حالة الجزائر)، مرجع سابق، ص4.

والبنوك الإلكترونية تلعب دور الوسيط أيضا في عمليات الدفع بواسطة النقود الإلكترونية يأتي الدفع من خلال النقود الإلكترونية لإعطاء قدر أكبر من الطمأنينة لتجارة الإنترنت، وتقوم فكرة تلك النقود على أساس فتح حساب نقدي في البنك، وحساب آخر إلا أنه ليس نقديا بل إلكترونيا في البنك ذاته للشخص ذاته، ويقوم الشخص متى ما أراد شراء سلعة عبر الإنترنت بتحويل قيمتها من الحساب النقدي، إلى الحساب الإلكتروني الذي لا يمكن التعامل معه إلا من خلال ذلك العميل برقم سري خاص¹، أي بتوقيع إلكتروني وبمجرد ذلك يقوم صاحب الحساب المشتري بإرسال إشعار للتاجر لاعتماد الصفقة، وعندها يقوم التاجر بمراسلة البنك، لتغطية قيمة السلعة، وعندها يقوم البنك باعتماد دفع الثمن بمجرد التأكد من الرصيد الإلكتروني للنقود، لا الرصيد النقدي، ومتى ما تأكد من ذلك يقوم بتحويل النقد الإلكتروني من حساب المشتري إلى حساب البائع النقدي، وهذا يعني أن على التاجر والمشتري فتح حساباتهم لدى ذلك المصرف الذي اعتمد هذه الفكرة²، والغاية من هذه الفكرة هو ضمان عدم التعرف على رقم الحساب الخاص بالنقد الحقيقي، وتحديد المبالغ التي يمكن أن تستعمل في تجارة الإنترنت بدقة³.

ولا يوجد مانع شرعي من ذلك، ولا فرق بين أن يدفع العميل المشتري مباشرة عبر البطاقة مسبقة الدفع أو المغطاة بنقد حقيقي وهذه الطريقة من الحساب الإلكتروني، إذ التغطية الإلكترونية إنما تمت بتغطية حقيقية، فالحكم في الحالتين واحد⁴.

وفي الفقه الإسلامي لم أجد ما يدل على جواز أو حرمة التعامل مع هذه البنوك الإلكترونية، وحتى مجمع الفقه الإسلامي لم يوضح ذلك بقرار صريح حول هذه المسألة، ولأن العمليات التي تقوم بها البنوك الإلكترونية كثيرة ومن أبرز العمليات التي تقوم بها البنوك الإلكترونية، عمليات تحويل الأموال بين المستخدمين، وعمليات الدفع الإلكتروني (في عمليات شراء وبيع السلع والخدمات)، وأيضا تحويل العملات... وغيرها فلا يسعني التطرق لجميع التعاملات التي تتناولها هذه البنوك لذلك سأدرس التوسط في بعض التعاملات التي تقوم بها البنوك الإلكترونية من الجانب الفقهي.

¹ - نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 1431هـ-2010م، ص165.

² - نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، المرجع نفسه، ص165.

³ - عدنان بن جمعان بن محمد الزهراني، أحكام التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، دار القلم، ط1، بيروت، لبنان، 206م، ص294.

⁴ - عدنان بن جمعان بن محمد الزهراني، أحكام التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص294.

ويجدر بنا الذكر أن التطور الرقمي من أهم ركائز مستقبل القطاع المالي والمصرفي حيث يتجه العملاء بشكل متزايد نحو تنفيذ المعاملات المصرفية من خلال التطبيقات الالكترونية والحلول الذكية. وضمن هذا الإطار يتمتع الذكاء الاصطناعي والتكنولوجيا المالية بقدرة حقيقية على تغيير هيكل الخدمات المالية التقليدية فالتكنولوجيا المالية بإمكانها أن تجعل الخدمات المالية أسرع وأرخص وأكثر أمنا وشفافية وإتاحة، ومن جهة أخرى، إن سرعة التطور في خدمات التكنولوجيا المالية والشركات الناشئة التي تقدم الحلول المالية المبتكرة التي تحاكي ما تقدمه القطاعات المصرفية وتقوم بتبسيط العمليات المصرفية يشكل تهديدا يجب التحوط منه واتخاذ كافة الإجراءات الاحترازية التي تحقق سلامة ونزاهة واستقرار القطاع المصرفي والمالي حيث تمثل التكنولوجيا المالية وتطبيقاتها المختلفة فرصا وتحديات في الوقت عينه للمصارف والمؤسسات المالية¹.

وقد شكل قطاع التكنولوجيا المالية خلال السنوات الماضية ثورة في الأنظمة المالية العالمية حيث نجحت الشركات الناشئة في مجال التكنولوجيا المالية في تقديم حزمة متنوعة من الخدمات المالية تتضمن خدمات المدفوعات والعملات الرقمية وتحويل الأموال، وكذلك الإقراض والتمويل الجماعي وإدارة الثروات بالإضافة إلى خدمات التأمين².

فمن الجدير بالذكر أن التطور التكنولوجي لازال نطاقه يتسع ليضم نماذج حديثة تعزز تطور التجارة الإلكترونية والصيرفة الإلكترونية وتعيد تشكيل آليات وأساليب البيع والشراء والتأجير، ولعل أبرزها ما يعرف بالتكنولوجيا المالية (FinTech).

وتعرف التكنولوجيا المالية بأنها استعمال التكنولوجيا بما في ذلك تطبيقات الهواتف الذكية أو البرامج أو أي شكل من أشكال التكنولوجيا والتمويل لتوفير خدمات مالية أفضل للعملاء والشركات، وكل

¹ - عبد اللاوي سيد أحمد، استخدامات الذكاء الاصطناعي في قطاع التكنولوجيا المالية بين الفرص والتحديات، الكتاب الجماعي التكنولوجيا المالية الابتكارات والحلول الرقمية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، مخبر التنمية المحلية المستدامة، جامعة بجي فارس، المدية، الجزائر، 2021م، ص154.

² - عبد اللاوي سيد أحمد، استخدامات الذكاء الاصطناعي في قطاع التكنولوجيا المالية بين الفرص والتحديات، المرجع نفسه، ص154.

شركة تقدم خدمات مالية باستخدام التكنولوجيا لتسهيل الخدمات المالية وأتمتتها وتعديلها تعرف بشركة التكنولوجيا المالية **FinTech**¹.

وتعتمد التكنولوجيا المالية على أدوات عدة لتطوير وتحسين الخدمات المالية التي تقدمها، ومن بينها²:

- المنصات المدعومة بخدمات الذكاء الاصطناعي وتعلم الآلة: فتساعد هذه المنصات الشركات على إدارة العمليات التجارية الأساسية، حيث أنها تسمح للمستخدمين بتحليل البيانات للمساعدة في اتخاذ القرار.

- البلوكشين **Blockchain** حيث يتم الاعتماد على تطبيقات هذه التقنية (سلاسل الكتل/دفاتر الحسابات الرقمية اللامركزية) عندما يتعلق الأمر بالعقود، ولكن هناك مزايا أخرى تتعلق بإدارة الهوية وعمليات الإدماج (الاحتواء)، وتعتبر هذه التقنية من أكثر التقنيات ذات الأثر الاجتماعي.

- منصات الاستشارة: حيث تقدم خدمات شخصية للعملاء مدعومة بالمعلومات والبيانات، وتتكلف منخفضة لإدارة الثروات واستثمارها بشكل أساسي، كما تسمح بالتواصل المباشر مع العملاء.

- تقنيات الدفع: انطلاقاً من العملات المشفرة إلى إدارة الحسابات العالمية وإدارة العملات الأجنبية، تقدم شركات التكنولوجيا المالية في صناعة المدفوعات مجموعة واسعة من الحلول المبتكرة.

ويستعمل الذكاء الاصطناعي وتحليلات البيانات (**AI and Data Analytics**) في البنوك والمصارف، حيث يمكن استخدام تحليلات البيانات (**analytics Data**) لتقييم الجدارة

¹- Abeba N. Turi, Financial Technologies and DeFi a Revisit to the Digital Finance Revolution, Springer Nature Switzerland, Switzerland, 2023, P30.

²- لمياء عماني، فدرية التكنولوجيا المالية على تعزيز الاستدامة الاجتماعية (حالة جائحة كوفيد 19)، الكتاب الجامعية التكنولوجيا المالية الابتكارات والحلول الرقمية، جامعة يحيى فارس، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، مخبر التنمية المحلية المستدامة، المدينة، الجزائر، 2021م، ص 15، 16.

الائتمانية على الرغم من السجلات الائتمانية المحدودة للغاية خاصة في البلدان النامية، حيث يمكن جمع نقاط البيانات من مصادر مختلفة مثل الأنشطة عبر الإنترنت، والتفاعل مع الوسائط الاجتماعية (media social)، وسلوك استخدام التطبيق، وأنشطة المكالمات، وكاميرا الهاتف، وعلامات الموقع، ويمكن للذكاء الاصطناعي (AI) بعد ذلك تحليل البيانات باستخدام خوارزميات تحليلية تنبؤية لاتخاذ قرار بشأن الجدارة الائتمانية ومقدار التمويل واستحقاق السداد¹.

كما قد تعتمد البنوك الإلكترونية على روبوتات المحادثة، بإدخال روبوتات الدردشة المساعدة يعتبر أحد تطبيقات الذكاء الاصطناعي AI التي ساهمت في تسريع عملية الأتمتة في القطاع المالي، فتستخدمها البنوك لتلبية توقعات العملاء والحفاظ على الميزة التنافسية بتكلفة منخفضة. تقدم هذه الروبوتات للجميع دعماً فورياً وتلقائياً عالي الجودة من خلال أداة الذكاء الاصطناعي التي تنطوي وظيفتها على أتمتة مهام معينة، كما تعتمد روبوتات المحادثة على معالج اللغة الطبيعية. تمكن البنوك من جمع المعلومات حول رضا الزبون عن خدمة الدردشة على أساس نبذة الصوت الخاصة به. كما توفر هذه الروبوتات محادثات تحاكي محادثات الموظفين، ما يبني الثقة بين العملاء والبنوك ويعزز تجارب العملاء².

فروبوتات الذكاء الاصطناعي تعتمد على محاكاة الذكاء البشري في القيام بذلك بفاعلية ودقة عالية، وهذا ما يمكنها من جمع بيانات العملاء وتحليلها وتحقيق استجابات سريعة على نحو يؤثر بصورة إيجابية على رضا العملاء³.

وفي مجال الخدمات المصرفية، هناك تخصيص للخدمات، حيث تستطيع برامج الدردشة المدعومة بالذكاء الاصطناعي توفير حلول شاملة للعميل وفقاً لحالته، كما تعمل على تقليل أعباء عمل مراكز خدمة العملاء، والاستجابة الصوتية التفاعلية لزيادة كفاءة الخدمات المقدمة عن طريق التحقق من الأرصدة

¹ - عباس منيرة، الصناعة المصرفية التقليدية في زمن التكنولوجيا المالية... أي تأثير؟، الكتاب الجماعي التكنولوجيا المالية الابتكارات والحلول الرقمية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، مخبر التنمية المحلية المستدامة، جامعة يحيى فارس، المدينة، الجزائر، 2021م، ص48.

² - عبد اللاوي سيد أحمد، استخدامات الذكاء الاصطناعي في قطاع التكنولوجيا المالية بين الفرص والتحديات، مرجع سابق، ص152.

³ - نها أنور سليمان، فاعلية الجهود التسويقية لروبوتات الدردشة المدعومة بالذكاء الاصطناعي (AI Chatbots) في بناء قيمة العلامة التجارية واستجابة العملاء، المجلة المصرية لبحوث الإعلام، جامعة المنوفية، ع84، ج2، مصر، سبتمبر 2023م، ص1115.

والمدفوعات ونشاط الحساب بتتبع الدخل والمصروفات وسلوكيات الإنفاق لتقديم الاقتراحات والخطط للزبائن. كما يمكن لتطبيقات الخدمات المصرفية عبر الهواتف المحمولة أن تقوم بعمليات التذكير بدفع الفواتير وإتمام المعاملات والتفاعل مع البنوك بشكل أكثر راحة، ومثل ذلك روبوت (إيريك) في بنك أوف أمريكا **Bank of America**، فهو يعتبر مساعدة مالية افتراضية لديها أكثر من 10 ملايين مستخدم، وتعتمد على استخدام التحليلات المحوسبة التنبؤية من أجل دعم زبائن البنوك بالخدمات العديدة، كالوصول إلى معلومات الرصيد وترتيب عمليات التحويلات المالية، إضافة إلى تقديم المشورة والتوجيه للزبائن بشأن الحفاظ على وضعهم المالي وتقديم تحذير عند حدوث أي تغيير في عادات الإنفاق لديهم¹.

تدمج شركات التكنولوجيا المالية **Fintech** تقنيات الذكاء الاصطناعي في القطاعات المالية التقليدية لجعلها أكثر أماناً وسرعة وكفاءة، فهي تبتكر في مجالات التمويل من المدفوعات والقروض إلى التصنيف الائتماني وتداول الأسهم، فالذكاء الاصطناعي يساعدها على اكتشاف الاحتيال والامثال التنظيمي وإدارة الثروات، كما يمكن استخدام خوارزميات الذكاء الاصطناعي للتنبؤ بالتغيرات في سوق الأوراق المالية وإعطاء نظرة ثاقبة للاقتصاد ولعادات إنفاق العملاء ويسمح للمؤسسات المالية بفهم عملائها بشكل أفضل².

وفيما سبق وبمقارنة الفقه الإسلامي بالقوانين الوضعية في تعامله مع المعاملات المالية الإلكترونية، نجد أن هناك مسائل عديدة لازالت محل خلاف لم تنضبط بأحكام خاصة لكل معاملة، لم تطلبها الاجتهادات الفقهية للفقهاء المعاصرين إلا أنها تجعل قبول هذه المعاملات في العموم مربوطاً بالضوابط الشرعية للمعاملات المالية، وفيما يخص عملية الوساطة التجارية عبر هذه التقنيات الحديثة فالأمر حال المعاملة بذاتها ملزوم بمدى انضباط العملية والوسيلة والغاية من الوساطة في حد ذاتها، وترك الفقه الإسلامي الأمر للهيئات الشرعية والمجامع الفقهية في الحكم على ذلك، في حين أن القوانين الوضعية التي لا تخضع لضوابط كثيرة فأغلب المعاملات المالية خصوصاً في التشريعين الإماراتي والجزائري قد لا تراعي الضوابط الفقهية دائماً كما قد لا تتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو ما أدى إلى قصور النصوص والقوانين

¹ - عبد اللاوي سيد أحمد، استخدامات الذكاء الاصطناعي في قطاع التكنولوجيا المالية بين الفرص والتحديات، مرجع سابق، ص152.

² - عبد اللاوي سيد أحمد، المرجع نفسه، ص154، 155.

التي تحكم هذه المعاملات على وجه الخصوص، فهي تسعى جاهدة إلى تنظيم هذه المعاملات في إطار شرعي وقانوني متكامل يلبي متطلبات الشريعة الإسلامية ويخضع للأطر القانونية، في حين أن التشريعين الأمريكي والفرنسي اللذان يُخضعان هذه التعاملات إلى بعض القوانين الخاصة التي لا تشمل كل التعاملات وترجع بعضها إلى القواعد العامة للعقود بالرغم من عدم ملاءمتها نظرا لطبيعة التعاملات الحديثة فهي لاتزال تعاني من قصور في التعامل مع هذه التعاملات المالية.

لذلك على الفقه الإسلامي المتمثل في الهيئات الشرعية والمجامع، وكذا الهيئات القانونية والسلطات التشريعية تقديم اجتهادات فقهية وقانونية أكثر بما يحكم عمليات الوساطة التجارية التي تتم عبر هذه الوسائل الحديثة.

خلاصة الفصل:

تشهد المعاملات المالية المعاصرة تطورا ملحوظا، فلم تعد تقتصر على المبادلات التقليدية من بيع وإيجارات، بل توسعت لتشمل معاملات معاصرة كالحقوق المعنوية، والتعاملات المصرفية على اختلافها، بل وباتت صلب المعاملات الإلكترونية التي تقوم على التجارة الإلكترونية وعلى الصيرفة الرقمية. وقد أسهمت الوساطة التجارية في هذه المجالات بشكل كبير وكل لها الدور الفعال في تسهيل العمليات المالية، وتقليل المخاطر، وتحقيق الكفاءة في تنفيذ العقود.

ففي مجال الحقوق المعنوية، تلعب الوساطة التجارية دورا بارزا في تسويق الملكية الفكرية (تقليديا أو إلكترونيا) وترخيص استخدامها. أما في التعاملات المصرفية، فتظهر الوساطة من خلال الخدمات البنكية والمصرفية الإسلامية وتعاملات الأوراق المالية والتجارية وغيرها. كما أصبحت المعاملات الإلكترونية، مثل التجارة الإلكترونية والصيرفة الإلكترونية، تعتمد بشكل كبير على الوسطاء الرقميين لتوفير بيئة آمنة وسريعة لهذه التعاملات المالية.

وبذلك، يتضح أن الوساطة المالية تُعتبر عنصرا أساسيا في دعم هذه المعاملات المالية فهي تجري في كل المعاملات المالية التي يحتاجها الأفراد لتنظيم حياتهم وتيسيرها مساهمة للتطورات الحديثة ومواكبة للبيئة الرقمية التي يشهدها، بشرط التزامها بالضوابط القانونية والشرعية التي تضمن الشفافية والعدالة لجميع الأطراف.

الفصل الثالث:

أحكام عقد الوساطة التجارية في الفقه والقانون

تمهيد:

إن أحكام الوساطة التجارية من أهم موضوعات بحثنا، فهي الأساس الذي يقوم عليه تنظيم العلاقة بين أطراف العقد من وسيط وموسط، كما تحدد حقوق والتزامات كل طرف في العقد، وذلك وفقا للضوابط الشرعية و الأطر القانونية، فشروط انعقاد عقد الوساطة التجارية من صيغة ومتعاقدان ومعقود عليه تخضع لأحكام خاصة في الفقه الإسلامي، وتضبطها بمعايير فقهية حتى يتم العقد خاليا من المحظورات الشرعية. وجاء كذلك القانون الوضعي في تنظيم شروط انعقاد عقد الوساطة التجارية بما يحكم القواعد العامة للعقود من رضا ومحل وسبب تخضع للأطر القانونية الخاصة بالعقود.

كما ينتهي عقد الوساطة التجارية بأسباب طبيعية أو غيرها في كل من الجانبين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي حتى يقع لكل منهما آثاره في استحقاق الأجرة أو غيرها من آثار العقد، وتكون الأسباب عدة من فسخ وإقالة أو موت أو انتهاء للأجل وكلها تؤدي إلى انحلال العقد.

المبحث الأول: انعقاد عقد الوساطة التجارية فقها وقانونا

المبحث الثاني: انتهاء عقد الوساطة التجارية فقها وقانونا

المبحث الأول: انعقاد عقد الوساطة التجارية فقها وقانونا

نجد أنه من خلال تعريفنا لعقد الوساطة التجارية، أنه عقد يتم على التوسط في إبرام عقد آخر، والمعلوم أن أي عقد من العقود لا يتم إلا بوجود عاقدان، وصيغة توضح هدف العاقد في إنشاء العقد، ومحل ترد عليه هذه الصيغة، ويعتبر موضوع العقد، وهذه هي أجزاء العقد التي يتكون منها. فحتى انعقد العقد صحيحا يجب أن تتوافر فيه الأركان الموضوعية العامة، وهي الرضى والمحل والسبب. وما ستكون دراسته في هذا المبحث هو الحديث عن أركان عقد الوساطة التجارية وشروطه

المطلب الأول: شروط انعقاد عقد الوساطة التجارية في الفقه الإسلامي

يعد عقد الوساطة التجارية من بين العقود التي تؤدي إلى انعقاد عقد آخر، وهو يعتمد في انعقاده على مجموعة من الشروط التي تضمن انعقاده وفق الأحكام الشرعية، بهدف تنظيمها العقد بما يحقق العدالة ومصلحة الأطراف المتعاقدة.

الفرع الأول: الصيغة

الركن الأول الذي هو الصيغة التي انعقد بها العقد، وهو ما يدل على الرضا من الطرف الأول وهو ما يسمى "الإيجاب"، وما يدل على الرضا من الطرف الآخر ويسمى "القبول"، وسواء كان الدال قولاً كقول البائع بعثك وأعطيتك وملكتك بكذا وشبه ذلك، وقول المشتري اشتريت وتملكت وابتعت وقبلت وشبه ذلك، أو كان فعلاً كالمعاطاة وهي المناولة. لأن الفعل يدل على الرضا عرفاً¹.

قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا

تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (النساء: 29).

¹ - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، ج4، نواكشوط، موريتانيا، 1312هـ-1992م، ص228.

وعرفت أيضا بأنها ما يدل على الرضا الباطن من قول وفعل منهما كأن يعطيه الثمن فيعطيه المثلون وهي المعاطاة والقول من أحدهما وهو الاستحباب والفعل من الآخر وهو القبول واحتراز بالرضا الباطن من بيع المضغوط (المكره) فيكون رضاه ظاهرا¹.

لأن الفعل يدل على الرضا عرفا والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه، فلا يشترط القول ويكفي الفعل كالمعاطاة.

فالدال على الرضا المسمى بالإيجاب والقبول تارة يكون قولاً، فلا اختلاف في ذلك، قاله ابن رشد ونقله ابن عرفة، وتارة يكون فعلاً و قد اختلف فيه الفقهاء، فذهب مالك - رحمه الله - وجماعة إلى الاكتفاء بذلك، وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لا ينعقد إلا بالقول، واتفق الفقهاء على انعقاده باللفظ الدال على الرضا واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة، فذهب مالك إلى انعقاده بها مطلقاً ومنعه الشافعي مطلقاً، وقال أبو حنيفة ينعقد بها في المحقرات خاصة، واحتج الشافعية بأن الفعل لا دلالة له بالوضع، فلا ينعقد به، واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال، وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية، وهي كافية إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل، وإن كان ذلك الفعل معاطاة².

والرضا أمر خفي لا يطلع عليه، فأنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة، فلا ينعقد بالمعاطاة إذ الفعل لا يدل بوضعه³.

أيضا أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا وبالإشارة الدالة على ذلك، وهي أولى بالجواز من المعاطاة، لأنها يطلق عليها أنها كلام⁴. لقوله تعالى: ﴿قَالَ ءَايَتُكَ إِلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا﴾ (آل عمران: 41)، فابن عرفة قال بأن الصيغة ما دل عليه ولو معاطاة، ويحمل على ذلك ما فهم

¹ - زروق، شرح زروق على متن الرسالة، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1427هـ-2006م، ص718.

² - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ط3، ج4، ص228.

³ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1415هـ-1994م، ص324.

⁴ - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ط3، ج4، ص229.

أن الأخرس فهمه¹. فليس للإيجاب والقبول لفظ معين، وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود².

اختلف الفقهاء في من يصدر الإيجاب والقبول، فذهب الحنفية ومن بينهم ابن عابدين إلى أن الإيجاب ما يذكر أولا من كلام (أحد) المتعاقدين والقبول ما يذكر ثانيا من الآخر سواء كان بعت أو اشتريت³، في حين ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإيجاب يكون ممن دل ما صدر منه على التمليك بعوض دلالة ظاهرة، والقبول ممن صدر منه ما يدل على التملك دلالة ظاهرة⁴. وجرى العرف فيها باستعمال صيغة الماضي ولم يجر بالمضارع ولا غيره، البيع قول وإيجاب باللفظ الماضي والمستقبل فالماضي فيه حقيقة والمستقبل كناية ويقع بالصريح وبالكناية المفهوم منها نقل الملك⁵.

ورأي الجمهور هو الأول، لأن من يكون منه التمليك هو الذي بيده ابتداء العقد، ويستطيع اثباته على نفسه، فينبغي أن ينسب الإيجاب إليه، أما الآخر فبيده الموافقة على ما أوجب الأول، فنسب إليه القبول.

وبالتالي يمكن القول أن الإيجاب والقبول في عقد الوساطة التجارية، ينطبق عليهما ذلك، حيث يعتبر الإيجاب ما يصدر من الموسط مما يدل على رضاه بإثبات عقد الوساطة التجارية على نفسه من قول أو فعل وما في معناه. أما القبول فما يصدر عن الوسيط مما يدل على رضاه بما أوجبه الموسط من قول أو فعلا في معناها⁶.

¹ - ابن عرفة، المختصر الفقهي، مرجع سابق، ج5، ص83.

² - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ط3، ج4، ص229.

³ - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ط2، ج4، ص506.

⁴ - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ط3، ج4، ص228. أنظر أيضا: زروق، شرح زروق على متن الرسالة، مرجع سابق، ط1، ج2، ص718. أنظر: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص324. أنظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، وزارة العدل، مرجع سابق، ج7، ص297.

⁵ - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ط3، ج4، ص232.

⁶ - عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، ص136.

ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر الإيجاب، والقبول على الأمر المشعر بالرضا دون اللفظ، والإشعار بالرضا يكون لفظاً ويكون فعلاً، فالعبرة بالرضا في كل ما تقدم، والتسليم والتسليم دليل على الرضا، وقد قالوا: العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ¹.

ولو قال المتوسط (الدلال أو المصلح): بعت، فقال (أي البائع): نعم (أي بعت، أو ما في معناها، وقال (أي المتوسط): اشتريت (أو ما في معناها)، صح البيع، بما ذكر من قول البائع للمتوسط: نعم، وقول المتوسط له: نعم، فينعقد البيع بذلك، لأن الأول دال على الإيجاب، والثاني دال على القبول². وكذلك يسري على أعمال الوسيط فلو اتفق طرفان في أي نوع من العقود فعلى المتوسط والوسيط أن يصدر منهما إيجاب وقبول متوافقين، كأن يوسطه في عمل معين فيرد القبول من الوسيط على قبول ذلك العمل بعينه دون عمل آخر وإلا فلا يصح العقد لاختلافهما في نوع العمل الموكل للوسيط، (مثلاً يطلب الطرف الأول من الوسيط أن يتوسط له في عملية بيع فيرد قبول الوسيط هنا على قبول العمل على عملية البيع في حين لو كان رد الوسيط كأن يتوسط له في عملية شراء أو إيجار أو غيرها فلا يصح هنا لاختلاف الإيجاب عن القبول في نوع العقد المراد إبرامه)، وينطبق ذلك أيضاً على المدة المراد إنجاز العمل فيها، وأيضاً مقدار العوض أو العمولة التي سيتلقاها الوسيط مقابل عمله، وغيرها من الأمور التي يتفق عليها الطرفان. مما يوجب اتفاق الإيجاب والقبول في اللفظ أو المعنى حتى يصح العقد بينهما. ويصح عقد الوساطة بكل ما يدل عليه لغة أو عرفاً، لفظاً أو إشارة أو مراسلة أو معاطاة³. وبأي وسيلة كانت تقليدية أو حديثة.

ولكي ينتج الإيجاب والقبول أثرهما، ويكون للعقد وجود معتبر شرعاً، يجب أن يتوافر فيه الشروط الآتية:

- أن تكون الصيغة مفهومة، بحيث يعلم كل طرف من المتعاقدين مراد الطرف الآخر، سواء كانت الصيغة لفظاً أو كتابة أو إشارة أو معاطاة أو غير ذلك، وذلك للتحقق مما يدل على قصدهما

¹ - عبد العزيز محمد عزام، فقه المعاملات، مكتب الرسالة الدولية، ج1، المملكة العربية السعودية، 1998م، ص20.

² - البكري الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار احياء الكتب العربية، ط1، ج3، مصر، 1418هـ - 1997م، ص5.

³ - عبد الرحمان بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ص502.

وتراضيهما، إذ الصيغة هي ما يدل على مقصود المتعاقدين ورضاهم، فإذا لم تكن مفهومة لم يتحقق بها ذلك فتبطل، مثل أن تختلف اللغة ولا يفهم أحدهما الآخر، ومثل ألا يسمع أحدهما الآخر، أو أن تكون الكتابة غير واضحة، أو تشتمل على خطأ يخل بالمقصود، أو تكون إشارة الأخرس غير مفهومة¹.

ويجوز أن يكون الإيجاب موجهاً إلى عامة الناس دون تعيين شخص معين بشرط أن لا يكون دعوة محضة للشراء، بل يتبين بحكم العرف أو القرائن المقصودة إنشاء العقد بهذا الإيجاب مع كل من يقبله مثل الإيجاب الموجه إلى عامة الناس بطريق الكمبيوتر².

- أن يكون القبول على وفق الإيجاب بمعنى أي يكون مساوياً له من حيث النوع والصفة، والقدر والحلول، والتأجيل، فإن كان كذلك دل على توافق الإرادتين، وتلاقي الرغبتين، فإذا لم يوافق القبول، والإيجاب كأن ورد الإيجاب على شيء، والقبول على شيء آخر، وهذه الموافقة قد تكون موافقة حقيقية، وقد تكون ضمنية³.

ويشترط أن يكون القبول على وفق الإيجاب⁴. ويشترط أيضاً موافقة القبول للإيجاب، فلا يصح عدم موافقة الإيجاب للقبول، فإن الرضا بذلك لا يثبت⁵.

وأن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يقبل أحدهما ما أوجبه الطرف الآخر وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه، لا ينعقد من غير إيجاب موافق لما قبله⁶. ويعتبر القبول المخالف إيجاباً جديداً، أي بدون إعادة الإيجاب فيكون القبول إيجاباً والرضا

¹ - عبد الرحمن بن صالح الأثرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص 138.

² - محمد تقي العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً بالقوانين الوضعية، مكتبة معارف القرآن، ج 2، كراتشي، باكستان، 1436هـ - 2015م، ص 1135، 1137.

³ - عبد العزيز محمد عزام، فقه المعاملات، مرجع سابق، ج 1، ص 20.

⁴ - البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، وزارة العدل، مرجع سابق، ج 7، ص 297.

⁵ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ط 3، ج 3، دمشق، سوريا، 1412هـ - 1991م، ص 342.

⁶ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 5، ص 136.

قبولا¹. وهو بناء على أصل الحنفية أن ما يصدر أولا هو الإيجاب، وما يصدر تاليا هو القبول، فلما بطل الإيجاب بمخالفة القبول له تحول القبول إلى إيجاب جديد إن قبله الطرف الآخر، تم العقد وإلا فلا².

- اتصال القبول بالإيجاب، ويشترط لاتصال القبول بالإيجاب ثلاثة شروط (أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، ألا يصدر من أحد العاقدین ما يدل على إعراضه، ألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول)³. خاص بالوساطة اللازمة، أن يتصل الإيجاب بالقبول حقيقة وحكما، وألا يفصل بينهما فاصل، أو يكون بينهما فاصل لا يقطع العقد في مجلسه حتى في حال تراخي القبول. لأن الجائزة يصح فيها التراخي مطلقا حتى لو لم يرد القبول إلا خارج مجلس العقد⁴.

والتراخي في الوساطة التجارية اللازمة يتأتى من حكم التراخي في العقود اللازمة كالبيع والإجارة وغيرهما، لذلك نرجح أنه يصح تراخي القبول على الإيجاب أو العكس، في مجلس واحد، وفق ما قاله جمهور الفقهاء.

يؤخذ الحكم في العقود الجائزة قياسا على الوكالة، (يصح قبول وكالة بكل قول أو فعل من الوكيل دل على القبول، ولو كان القبول متراخيا عن الإذن، لأن الإذن باق، ما لم يرجع عنه. كالوكالة فيما تقدم كل عقد جائز كمساقاة ومزارعة وشركة...، وفي أن القبول يصح بالفعل فورا ومتراخيا⁵، وقياسا على ذلك جاز تراخي القبول والإيجاب في الوساطة التجارية الجائزة.

ليس المراد من اتحاد المجلس المطلوب في كل عقد كون المتعاقدين في مكان واحد، لأنه قد يكون مكان أحدهما غير مكان الآخر كما في البيع عن طريق المكتابة أو المراسلة، وإنما المراد باتحاد المجلس الوقت

¹ - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص527.

² - ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، ج1، ص437.

³ - ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع نفسه، ج1، ص390.

⁴ - عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص139.

⁵ - الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، ج3، بيروت، لبنان، 1415هـ-1994م، ص429. أنظر: الماوردي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، ج6، بيروت، لبنان، 1419هـ-1999م، ص499. أنظر: المازري، شرح التلقين، دار الغرب الإسلامي، ط1، ج2، تونس، 2008م، ص306 و 307 و 308. أنظر أيضا: الكمال بن الهمام، فتح القدير، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط1، ج7، مصر، 1389هـ-1970م، ص501.

الذي يكون فيه المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد (فمجلس العقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد، ما لم يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل أجنبي يعتبر إبطالا للإيجاب، كرجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول، أو إعراض القابل عن هذا الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد، فإذا لم يوجد شيء من ذلك صح القبول الصادر منه مهما طال الوقت)¹. والذي تحصل عندي من كلام الفقهاء في عقد البيع أنه إذا أجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقا وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقا، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه حتى لا يكون كلامه جوابا للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع، ولا يشترط أن لا يحصل بين الإيجاب والقبول فصل بكلام أجنبي عن العقد ولو كان يسيرا، وذلك يقتضي عدم اللزوم، ولا يلزم من نفي اللزوم نفي الانعقاد لأنه لا موجب هنا لعدم اللزوم في حق من صدر منه ما يدل على الرضا إلا كونه لم ينعقد عليه البيع لعدم إجابة صاحبه بما يدل على الرضا في الوقت الذي يكون فيه كلامه جوابا، أي أنه يصح التراخي ما دام مجلس العقد قائما، وذهب إلى ذلك المالكية²، وأيدهم الحنابلة في قولهم: وإن تراخى أحدهما عن الآخر (القبول عن الإيجاب، أو عكسه) صح (المتقدم منهما ولم يبلغ) ما داما (المتبايعان) في المجلس، ولم يتشاغلا بما يقطعه عرفا (لأن حالة المجلس كحالة العقد، بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يعتبر قبضه) وإلا (بأن تفرقا قبل الإتيان بما بقي منهما، أو تشاغلا بما يقطعه عرفا) فلا ينعقد البيع، لأن ذلك إعراض عن العقد، أشبه ما لو أنه بدر الإعراض صراحة³، وجاء في مذهب الحنفية ذلك أيضا بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قِيلَ لا ينعقد، لأن الأصل أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكما وجعل المجلس جامعا للشطرين مع تفرقهما للضرورة، وحق الضرورة يصير مقضيا عند اتحاد المجلس، أي أن الفور شرط لا ينعقد الركن بدونه، ولنا أن في ترك اعتبار الفور ضرورة، لأن القابل

¹ - ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، ط2، ج1، ص390-391. أنظر: ابن عابدين، حاشية رد المختار، مرجع سابق، ج4، ص505.

² - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، ج4، مرجع سابق، ص240، 241.

³ - البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، وزارة العدل، مرجع سابق، ط1، ج7، ص300.

يحتاج إلى التأمل، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل، وعلى هذا إذا تباعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في محمل واحد، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد، لأن المجلس تبدل بالمشي والسير وإن قل والأصل في هذا أن أحد الشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس، ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما، وراء المجلس بالإجماع، إلا إذا كان عنه قابل، أو كان بالرسالة أو بالكتابة¹.

وخالف الشافعية جمهور الفقهاء في التراخي، فعندهم يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ولو بكتابة أو إشارة أخرى، فإن طال ضرر، لأن طول الفصل يخرج الثاني عن أن يكون جوابا عن الأول، والطويل هو ما يُشعر بالإعراض عن القبول، بخلاف الفصل اليسير، ويضر تحلل كلام أجنبي عن العقد ولو يسيرا بين الإيجاب والقبول وإن لم يتفرقا عن المجلس، لأن فيه إعراضا عن القبول².

إذا كان العقد بين حاضرين، وأوجب أحدهما باللسان أو بالإشارة أو الكتابة فلآخر قبوله في مجلس الإيجاب، وليس له الخيار بعد انقضاء المجلس، كما يجوز للموجب الرجوع في إيجابه قبل تمام القبول من الآخر، وليس له ذلك بعد تمام القبول، أما إذا كان بالوسائل الحديثة عن طريق الهاتف أو الآلات اللاسلكية فحكمه حكم التعاقد بين حاضرين، ويستمر المجلس استمرار الاتصال بينهما، وينقطع بانقطاع الخط، وإن كان أحدهما بالمكاتبة (البريد، التلكس، الفاكس...) فيستمر إلى (أن يرفض الطرف الآخر صراحة، أو أن تنقضي المدة المحددة في الإيجاب، أو أن يرجع الموجب عن إيجابه قبل تمام القبول، أو أن يسكت الطرف الآخر عن الجواب مدة تدل بحكم العرف على اعراضه عن الإيجاب)³. وفي الكتابة ذهب العلماء إلى أنها تصح سواء من الطرفين أو من أحدهما كتابة، سواء كان غائبين أم حاضرين، وذهب إلى

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص136، 137.

² - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ط1، ج2، ص324.

³ - مُجدد تقي العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارنا بالقوانين الوضعية، مرجع سابق، ج2، ص1135، 1136.

ذلك المالكية والحنابلة والحنفية وأغلب الشافعية¹، أما بعضهم فأروا أنه لو كتب رجل لرجل لا ينعقد به العقد مادام قادراً على النطق، فلا ينعقد العقد بغيره عندهم، وأن القول بانعقاده بذلك لا يصح، لأنه يمكنه أن يوكل من يبيعه بالقول². ونرجح في ذلك قول جمهور العلماء في انعقاد العقود بالكتابة، وبذلك فعقد الوساطة التجارية قد يتم من خلال الكتابة بين الأطراف المتعاقدة والوسيط التجاري لتوفر عنصر الرضا من خلال الكتابة وهو ما يشترط لصحة الصيغة التي يُقام بها العقد.

وكذلك بالرسالة كأن يرسل رسول إلى رجل فينعقد العقد صحيحاً لأنه يعبر عن كلام مُرسِلِه. وفيه اتفاق كل الفقهاء³.

ويجوز البيع عن طريق الأجهزة التلقائية، حيث لا يحضر البائع عند الشراء ولكن المشتري يدخل الثمن في الجهاز، والجهاز يخرج الشيء المطلوب، وينعقد البيع في هذه الحالة عن طريق التعاطي⁴.

كما تعمل صيغة العقد المفهومة والواضحة على معرفة صفة عقد الوساطة التجارية، كم حيث اللزوم أو الجواز، فإذا قدرت بالزمن فهي إما إجارة أو جعالة، فإذا كانت إجارة فهي لازمة لا يحق للوسيط ولا الموسط فسخها قبل انتهاء المدة المحددة، لأن الإجارة عقد لازم عند الجميع (المالكية، الشافعية، الحنابلة، الحنفية⁵) حيث أن الوسيط يكتسب وصف الأجير الخاص أو المشترك، وإذا حملت على أنها الجعالة فتكون من باب العقود الجائزة والوسيط فيها عامل جعالة. أما الوساطة المقدرة بالعمل عقد جائز

¹ - أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير (حاشية الصاوي)، دار الكتب العلمية، ط1، ج3، بيروت، لبنان، 1315هـ-1995م، ص05. أنظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مرجع سابق، ج3، ص7. أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص138.

² - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1416هـ-1995م، ص3، ج4.

³ - ابن عرفة، المختصر الفقهي، مرجع سابق، ج5، ص83. أنظر: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ط1، ج2، ص4. أنظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مرجع سابق، ط2، ج3، ص7. أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ط1، ج5، ص138.

⁴ - محمد تقي العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً بالقوانين الوضعية، مرجع سابق، ج2، ص1135، 1136.

⁵ - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ط3، ج5، ص389. أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص2012. أنظر: البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، مرجع سابق، ج9، ص297. أنظر أيضاً: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، ط2، ج2، بيروت، لبنان، 1414هـ-1993م، ص68.

يحق للطرفين فسخه ما لم يتم العمل، فإذا تم العمل فقد لزم. تفصيلات أحكام الوساطة لا تندرج تحت عقد واحد من عقود المعاملات بل تبنى على ما سبق في حالاتها وصفة العقد في كل حالة وعلى ما شابهها من الأحكام في أبواب الإجارة، والجماعة والوكالة¹.

وتقع ألفاظ العقد بكل الألفاظ أو الإشارات الصريحة قطعاً أو بالألفاظ المحتملة إذا كانت من الأعراف أو العادات أو ما يدل على العقد².

فكما قال ابن تيمية أن العقود تنعقد بكل ما دل على مقصودها، من قول أو فعل وبكل ما عده الناس بيعاً أو إجارة. فإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال. وليس لذلك حد مستقر، لا في الشرع ولا في اللغة، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس، كما تتنوع لغاتهم، فإن ألفاظ البيع والإجارة تختلف من مكان لآخر، بل قد تختلف ألفاظ اللغة الواحدة. ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات. ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم إذا كان ما تعاقدوا به دالاً على مقصودهم. وإن كان قد يستحب بعض الصفات، وهذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب أحمد، ولهذا يصحح في ظاهر مذهبه بيع المعاطاة مطلقاً، وإن كان قد وجد اللفظ من أحدهما والفعل من الآخر (بأن يقول: خذ هذا بدراهم فيأخذه، أو يقول: أعطني خبزاً بدراهم، فيعطيه ما يقبضه)، أو لم يوجد لفظ من أحدهما، بأن يضع الثمن ويقبض العوض أو غير ذلك، كما يتعامل به غالب الناس، أو يضع المتاع له ليوضع بدله، فإذا وضع البدل الذي يرضى به أخذه، فكل ما عده الناس بيعاً فهو بيع، وكذلك في الهبة كل ما عده الناس هبة فهو هبة مثل الهدية، وكذلك الإجازات إذا جرت على الوجه الذي أعتقد أنه إجارة³.

فالصيغة وعلى اختلافها سواء كانت لفظاً (صراحة أو كناية) أو إشارة أو معاطاة أو كتابة أو مراسلة و بأي الوسائل كانت، وكان المقصود بها والنية من ورائها مفهوماً للطرفين بنية التعاقد⁴.

¹ - عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص 105-108، 126، 127.

² - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ط 3، ج 4، ص 229، 230.

³ - ابن تيمية، القواعد النورانية، دار ابن الجوزي، ط 1، المملكة العربية السعودية، 1422هـ، ص 156 و 160.

⁴ - عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ص 183.

ونظرًا إلى التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها في إبرام العقود لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصرفات، وباستحضار ما تعرّض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالإشارة وبالرسول، وما تقرر 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، والموالة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف. قرر المجمع الفقهي ما يلي¹:

أولاً: إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتللكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب)، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

ثانيًا: إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدًا بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

ثالثًا: إذا أصدر العارض، بهذه الوسائل، إيجابًا محدّد المدة يكون ملزمًا بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

رابعًا: إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

خامسًا: ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات.

والصيغة في عقد الوساطة الإلكترونية معبرة عما يكون به العقد من قول، إذ هي معاوضة، فافتقرت إلى صيغة تدل على المطلوب، وبالتالي فعقد الوساطة الإلكترونية ينعقد بكل صيغة تدل دلالة عادية على

¹ - قرار رقم: 52 (1/3/6) بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، الدورة السادسة، 23 - 17 شعبان 1410 هـ | 14 - 20 آذار (مارس) 1990م، مجلة المجمع، العدد السادس، جدة، المملكة العربية السعودية، ج2 ص785.

الرضا، ففي حالة جهلت الصيغة حيث جهل معناها وكانت غير مفهومة، أو جهلت دلالتها بأن تكون مفهومة لكنها محتملة في إرادة العقد إرادة جازمة فلا اعتبار لهذه الصيغة بسبب أن الرضا الذي يعتبر مدار العقد عليه لم يتحقق ففي جهالة المعنى لم يعرف المتعاقد الآخر ما تكلم به، فلا يرضى به، ولا يلزم ما لم تتجه إرادته إليه. أما في جهالة الدلالة فإذا لم نعرف حقيقة قصد العاقد، فلا يلزم بشيء لم يقصده ولم تتوجه إرادته إليه¹.

والجهالة في الصيغة نوعان:

الأول: جهالة وقت إنشاء العقد وقبل الشروع في العمل، فهذه لا تضر، ولا مانع من الجهالة بها، لأن السمسرة عقد جائز للعامل فسخها قبل تمام العمل ولا يستحق شيئاً لأنه أسقط حق نفسه، وإن فسخها الجاعل قبل الشروع في العمل فلا شيء عليه².

الثاني: جهالة وقت الإنشاء وبعد الشروع وهذه تختلف فيها الفقهاء في استحقاق العامل الجعل من عدم استحقاقه له، إلى ثلاثة أقوال (أن العامل لا يستحق شيئاً فلا بد من العلم بالصيغة وبه قال المالكية والحنفية والشافعية³) واستدلوا أن العمل لم يلتزم للعامل بشيء، فصار متبرعاً بعمله، سواء كان العامل معروفاً بالرد أم لم يكن كذلك. وأيضاً بأنها معاوضة افتقرت إلى صيغة تدل على المطلوب وقدر المبدول، فمع عدم معرفتها لا يستحق العامل شيئاً⁴. (يكون للعامل جعل مثله، ولا يشترط أن يعاقده رب العمل بشيء، هذا إن عرف برد الضوال وإلا فله نفقة العمل فقط، وهو قول عند المالكية⁵). والقول الثالث أن

¹ - إبراهيم بن صالح إبراهيم التميمي، الأحكام الفقهية المتعلقة بالجهالة في السمسرة الإلكترونية (دراسة تطبيقية)، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، ع 39، إصدار 4، جامعة الأزهر، الاسكندرية، مصر، ديسمبر 2023م، ص 1937.

² - ابن قدامة، الشرح الكبير (على المقنع والانصاف)، دار هجر، ط1، ج16، القاهرة، مصر، 1415هـ - 1995م، ص 166.

³ - الدردير، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي، ج4، ص60. أنظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج6، ص95.

أنظر: شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، ج5، بيروت، لبنان، 1404هـ - 1984م، ص467.

⁴ - شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، ج5، ص467 - 468.

⁵ - الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، مرجع سابق، ط2، ج8، ص64.

العامل إن علمه قبل فراغه من العمل فله حصة تمام عمله وإلا فلا، إلا في رد الآبق وانقاذ المتاع من الهلكة، وبه قال الحنابلة¹.

وختاماً يتضح أن الصيغة في عقد الوساطة التجارية في صورتها التقليدية والحديثة، تقوم على الإيجاب والقبول، فالصيغة في الفقه الإسلامي تكون بالقول أو ما يقوم مقامه، فيرتبط جوهر العقد هنا برضا الطرفين وكل ما يعبر عنه.

الفرع الثاني: العاقدان

في عقد الوساطة التجارية، العاقدان هما الوسيط (الطرف الذي يتدخل بهدف تسهيل إبرام الصفقات التجارية أو الاتفاقات مقابل أجرة) والموسط (الطرف الذي يستعين بالوسيط لتحقيق مصلحته)، ويختلف العاقدان وفقاً لصورة الوساطة التجارية في العقد المبرم، حيث يمكن أن تكون الوساطة التجارية تقليدية كما يمكن أن تكون وساطة تجارية حديثة.

فالوساطة التجارية التقليدية هي التي يعتمد فيها الوسيط على طرق مباشرة، حيث يكون فيها الوسيط غالباً شخصاً طبيعياً (سمسار)، ويكون الموسط فيها إما شخصاً طبيعياً (بائع أو مشتري) أو شركة (ذات طابع تجاري تعتمد على التفاعل المباشر بين الأطراف).

أما الوساطة التجارية الحديثة فهي الوساطة التي تتم بصور معاصرة، تعتمد على التكنولوجيا الحديثة، وتختلف صور العاقدان فيها، فالوسيط أو الموسط قد يأخذون عدة أشكال، فقد يكون الوسيط منصة رقمية أو تطبيق إلكتروني أو نظام تقني، أو إحدى شركات التكنولوجيا المالية، في حين قد يكون الموسط شخصاً طبيعياً أو شركة ذات نشاط تجاري، أو العكس.

وفي الوساطة عموماً التي يكون فيها عادة الأطراف أشخاصاً طبيعيين، سواء كانت تقليدية أو حديثة فيشترط في العاقدان التراضي والأهلية. وسنفصل ذلك فيما يلي:

¹ - ابن قدامة، المغني، ج7، مرجع سابق، ص325.

أولاً: التراضي

قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْتَكُونَ

تَجْكِرُهُ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (النساء: 29). الأصل في العقود هو التراضي، ويكون ذلك برضا المتعاقدين، موجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد¹، فهنا ورد صراحة التراضي في العقود والتصرفات، ولا يوجد لفظ محدد ومعين يوضح التراضي لأنه أمر متروك في معرفة مدى حصوله للثقافات المحلية والأعراف، وهذه الآية جاءت في المعاوزات². وفي ذلك اتفق الفقهاء³، وقد قال رسول الله ﷺ: {إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ}⁴، وبدل ظاهر الحديث على أن البيع يتم بالتراضي بين المتبايعين وأيضاً على عدم جواز بيع المكره وذلك لعدم حصول التراضي، فاشتراط التراضي في العقود حتى تكون صحيحة، ويعبر عنه بصيغة العقد، وقد تناولنا ذلك مطولاً من خلال شروطها وأحكامها، كما يجب أن يكون الرضا قبل العقد وأثناء وبعده، وأن يكون العقد خالياً من عيوب الإرادة. فلا يصح بيع المكره إذا باع مكرها وسلم مكرها، لعدم الرضا⁵، واختلف الفقهاء في عدم صحته من حيث البطلان والفساد، لمعرفة استحقاق الأجرة في ذلك حال انعقاد العقد، وسنفصل ذلك لاحقاً في عنصر الأجرة

وما يلزم به العقد بتراضي المتعاقدين بعد انعقاده، يكون لازماً أولاً حين العقد تراضيهما، فهو أن

الرضا بعد العقد يتنوع نوعين:

¹ - ابن تيمية، القواعد النورانية، مرجع سابق، ص 280.

² - نبيل السمالوطي، بناء المجتمع الإسلامي ونظمه، دار الشروق، ط3، جدة، المملكة العربية السعودية، 1418هـ-1998م، ص220.

³ - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ط3، ج4، ص228. أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص176. أنظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص7 و13. أنظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مرجع سابق، ط2، ج3، ص10.

⁴ - أخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية، ج2، مصر، 1388هـ، ص737. رقم الحديث: 2185.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص176.

فإما أن يكون بالصمت، أو أن يكون بالنطق، فأما أن يتم الرضا بالصمت بعد انعقاد العقد فلا يلزم به العقد، مثله مثل الرضا بالصمت حين انعقاد العقد. وأما إذا تم الرضا بالنطق بعد صدور القبول، بأي تعبيراً كان (التوقيع مثلاً)، فهذا يلزم به العقد¹.

ونظراً لتطور العقود في وقتنا المعاصر، ودخولها العالم الرقمي، فإن العقد الذي يتم بالتقاء الإيجاب مع قبول مطابق له، فلا ينعقد العقد إلا بتبادل الأطراف لإرادتهم التعاقدية، وبات ذلك يتم عبر شبكات الإنترنت والوسائل التقنية والتكنولوجية الحديثة، وبالرغم من ارتباط الإيجاب والقبول بالمفاهيم التقليدية، إلا أنه يمكن التعبير عن الإيجاب من خلال رسالة معلومات عبر البريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية أو المنصات والتطبيقات الرقمية... وغيرها من الوسائل التقنية، تتضمن هذه الرسالة إيجاباً لشخص محدد أو لمجموعة أشخاص أو شركات، من خلال عرض السلع والخدمات، وقد تكون هذه الرسائل عبارة عن رسائل نصية أو صوتية أو كلاهما (فيديوهات). ويكون القبول رداً على هذه الرسالة مادام الإيجاب قائماً بالطرق الملائمة،² حتى يتم تطابق الإيجاب مع القبول ويتم الرضا، فالقبول أيضاً له عدة صور تماثل صور إصدار الإيجاب المذكورة سابقاً، فلو تلقى الشخص رسالة نصية عبر البريد الإلكتروني تتضمن إيجاباً يكون القبول من خلال رسالة نصية رداً على الرسالة الأولى تتضمن القبول أو الموافقة على ما جاء في الإيجاب، وقد يشترط الموجب طريقة معينة لتلقي القبول لذا وجب على الطرف الثاني أن يلتزم بذلك حتى يتطابق الإيجاب والقبول معاً ويحصل الرضا وينعقد العقد. وينطبق ذلك على عقد الوساطة التجارية في العلاقة بين الموسط والوسيط في العالم الرقمي، حيث في العقود الذكية يختلف الوسيط والموسط، فتكون لهما عدة صور يختلف التعبير فيها عن التراضي حسب الوسيلة التي يتم بها صدور الإيجاب والقبول.

ثانياً: الأهلية

تشتري أهلية الموسط وأهلية الوسيط في عقد الوساطة التجارية سواء كان العقد لازماً أو جائزاً، فالفقه الإسلامي لم يذكر ذلك بصورة مباشرة إنما تتم معرفة الأهلية في عقد الوساطة التجارية للوسيط

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص38.

² - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 1430هـ-2009م، ص130، 131.

والموسط من خلال ما جاء في أحكام البيع والإجارة والوكالة والجمالة كون العقد يدور في نظر الفقهاء في إحدى هذه العقود.

الأهلية في الفقه الإسلامي في التصرفات المالية تشمل العقل والتمييز والبلوغ والرشد والحرية، وقد اختلف الفقهاء في بعضها واتفق في البعض الآخر، وسنفصل ذلك فيما يلي:

فالوساطة التجارية اللازمة اعتبرت نوعاً من الإجارة، فيشترط في أهلية الموسط ما يشترط في أهلية المؤجر، وهي الأهلية اللازمة في عقود المعاوضات، مثلها مثل عقد البيع.

فعقود الإجارة يحال على البيع ويحال الجعل هنا على الإجارة، كون الجعل أقرب للإجارة فالأصل في بيع المنافع الإجارة، والجعل تابع لها¹.

وأما في الوساطة التجارية الجائزة فعند المالكية والشافعية والحنابلة يؤخذ في أهلية الموسط بأهلية الجاعل في عقد الجمالة²، أما عند الحنفية فيؤخذ في ذلك بأهلية الموكل³.

فيشترط في الموسط ما يشترط في طرفي عقود البيع من الأهلية، أي أن يكون الموسط بالغاً عاقلاً مميزاً، بالرغم من اختلاف الفقهاء في حكم العقود التي يجريها الصبي المميز، وذلك لخلافهم في عقد السمسرة، حيث يرى فريق بطلانها إطلاقاً كونها صدرت من شخص غير مكلف، ويرى الفريق الثاني أنها صحيحة بإجازة الولي، فالمرأهق المميز العارف بالبيع والشراء إذا تصرف بإذن وليه صح تصرفه كالرشيد (يختبر قبل البلوغ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ (النساء: 6) وفيه وجه آخر أنه لا يختبر الصبي إلا بعد البلوغ لأنه قبل ذلك ليس أهلاً للتصرف في البيع لأنه لا يوجد البلوغ الذي يعتبر مظنة العقل، وأما غير المأذون فلا يصح تصرفه إلا في الشيء اليسير⁴.

¹ - أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير (حاشية الصاوي)، مرجع سابق، ج4، ص5.

² - ابن عرفة، المختصر الفقهي، مرجع سابق، ج8، ص348. أنظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج5، ص269. أنظر: البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج9، ص485.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج6، ص20.

⁴ - ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1414هـ - 1994م، ص111.

فإذا اعتبرت من صور الجعالة أو الوكالة، فيشترط في أهلية الوسيط ما يشترط في أهلية عامل الجعالة أو الوكيل.

كما نشير إلى أن ما يشترطه المالكية والحنابلة والحنفية في أهلية الوسيط هو نفسه ما يشترطونه في أهلية الوسيط، واكتفي بشرط الجاعل عن شرط المجعول له لأن ما كان شرطاً في الجاعل كان شرطاً في المجعول له فاكتمل بأحد المتعاقدين، وبذلك قال ابن عرفة، فشرطه فيهما أهلية المعاوضة، وفيهما هنا تعود على الجاعل وعامل الجعالة¹. ففي الوساطة اللازمة نقول بأهلية الوسيط بناءً على ما جاء في أهلية البائع والأجير، أما في الوساطة الجائزة فنأخذ بأهلية المجعول له (عامل الجعالة) عند المالكية، والحنابلة. أما عند الحنفية فنأخذ بما جاء في أهلية الوكيل في الوكالة. أما عند الشافعية فسنفصل فيها لاحقاً.

ولقد اتفق الفقهاء في شرطي العقل والتمييز، أما ما اختلف فيه الفقهاء في الأهلية فهو الرشد والبلوغ والحرية، وهو على قولين:

القول الأول: قال به المالكية والحنفية ورواية عند الحنابلة. وهو أن البلوغ والرشد والحرية ليست شروطاً أساسية في صحة العقد.

فذهب المالكية إلى أن الصبي المميز يملك أهلية العقد، حيث يعتبر التمييز شرط صحة للعقد، في حين يكون التكليف شرطاً للزومه، وبذلك يصح عقد الجعالة إذا صدر من الصبي المميز، ولكنه يكون موقوفاً على إجازة وليه². أي أن يكون عاقده مكلفاً هذا شرط في لزوم البيع، فلو باع الصبي المميز أو اشترى انعقد البيع والشراء، ولكن لا يلزمه ذلك، ويجب على وليه النظر فيه، ورده بما يراه أصلح للصبي وظاهر كلامه أنه قد يبيع السفينة البالغ، لأنه مكلف، ولكن ليس كما يبدو في الظاهر وإنما يكون تصرفهم

¹ - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير (حاشية الصاوي)، مرجع سابق، ج4، ص79. أنظر أيضاً: ابن عرفة، المختصر الفقهي، مرجع سابق، ج8، ص348. أنظر: أنظر: البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج9، ص485. أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج6، ص20..

² - أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير (حاشية الصاوي)، مرجع سابق، ج3، ص05. أنظر أيضاً: الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، مرجع سابق، ط2، ج7، ص60.

غير لازم، وموقوفا بإجازة الولي¹. أي العاقل وهو المكلف الرشيد الطائع، وهذا شرط لزوم لدفع العوض. وأما صحة التصرف فتتوقف على التمييز². فالمأذون له، أي العبد المأذون له في التجارة يكون عقده صحيحا، أما العبد غير المأذون (المحجور عليه كما جاء في المدونة) تصرفه جائز، إذا ما عقد يصح عقده، ويقف على إجازة سيده³.

أما عند الحنفية فلائهم يأخذون في أهلية الموسط ما يأخذون به في بأهلية الموكل. فلا يصح التوكيل من المجنون، والصبي غير المميز، فإن كان مأذونا له في التجارة يصح منه التوكيل بها، وإن كان محجورا ينعقد العقد صحيحا بإذن وليه، وإن لم يأذن له يكون موقوفا على إجازة وليه، لأن في انعقاده فائدة له، لوجود المجيز للحال وهو الولي. فيصح العقد من المأذون له، فالبلوغ والحرية، ليسا بشرط صحة لوكالة، فتصح الوكالة إن صدرت من الصبي العاقل والعبد، مأذونين كانا أو محجورين⁴.

وفي رواية عند الحنابلة في الصبي المميز، حيث اشترطوا أن يكون العاقد جائز التصرف، وهو المكلف الرشيد، إلا الصبي المميز والسفيه، فإنه يصح تصرفهما بإذن وليهما، في إحدى الروايتين، ويصح فيها مطلقا تصرفهما بالإذن أو بالإجازة، وهو الصحيح من المذهب، وعليه الأكثر⁵.

القول الثاني: البلوغ والرشد والحرية شروط أساسية لصحة العقد وقال به الشافعية والحنابلة.

أما عند الشافعية فيشترط في الملتزم للجعل سواء كان مالكا أو غير ذلك، أن يكون مطلق التصرف، حيث لا يصح من الصبي والمجنون والمحجور والسفيه⁶. فالشافعية يمنعون تصرف الصبي مطلقا، سواء كان مميزا أو غير مميز، بإذن أو بدونه، فالذي يباشر العقد عنه هو وليه، حتى يبلغ.

¹ - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ط3، ج4، ص245.

² - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير (حاشية الصاوي)، مرجع سابق، ط1، ج4، ص79.

³ - مالك بن أنس، المدونة، مرجع سابق، ط1، ج4، ص95. أنظر أيضا: الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ط3، ج5، ص121.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج6، ص20.

⁵ - المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار هجر، ط1، ج11، القاهرة، مصر، 1415هـ - 1995م، ص19.

⁶ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ط1، ج3، ص619.

في رواية للحنابلة، شرطهم أن يكون الجاعل جائز التصرف¹، وجائز التصرف عندهم هو الشخص المكلف الحر البالغ العاقل الرشيد، سواء كان رجلاً أم امرأة، أي كل مميز عاقل بالغ رشيد²، وما يخرج بكلمة جائز التصرف، هو من فقد أحد هذه الصفات (الحرية، أو البلوغ، أو العقل، أو الرشيد)³. فلا يصح التصرف من الصبي المميز والسفيه عندهم إلا في الشيء اليسير، فعدم صحة تصرف غير المميز إطلاقاً في الكثير وعلى قول واحد في هذه الرواية، ولو أذن فيه الولي، أما في اليسير فالصحيح عندهم صحة تصرفه⁴.

يتفق الحنابلة والشافعية في الإذن للعبد قبل انعقاد العقد، فإن عقده يكون صحيحاً، وأما إذا عقد بدون إذن، فلا يصح منه، إلا في اليسير عند الحنابلة⁵، ولا يصح منه مطلقاً عند الشافعية، فهو يتوقف على إذنه⁶.

وفي مسألة الإجازة اللاحقة للمالكية اعتبروا الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وأما الحنابلة فصحوا تصرف الصبي المميز إذا كان الإذن سابقاً على التصرف. وأرى أن الراجح في هذا مذهب المالكية، وأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق⁷. أما العبد البالغ الذي لم يؤذن له، تصرفه غير لازم⁸.

فيشترط في أهلية الوسيط ما يشترط في أهلية الموسط، وهي الأهلية اللازمة في عقود المعاوضات، مثلها مثل عقد البيع، وهذا ما تطرقنا له سابقاً. بأن المالكية والحنابلة والحنفية يأخذون في أهلية الوسيط بما جاء في أهلية الموسط.

¹ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج 9، ص 479.

² - المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق، ط 1، ج 11، ص 19.

³ - عبد الكريم اللاحم، المطلاع على دقائق زاد المستقنع (المعاملات المالية)، دار كنوز إشبيلية، ط 1، ج 3، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1429هـ - 2008م، ص 410.

⁴ - المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرجع السابق، ص 19.

⁵ - ابن النجار الفتوحي، معونة أولي النهى شرح المنتهى (شرح منتهى الإرادات)، مكتبة الأسد، ط 5، ج 5، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1429هـ - 2008م، ص 10.

⁶ - شمس الدين الراملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، ج 4، بيروت، لبنان، 1404هـ - 1984م، ص 171.

⁷ - ديبان الديبان، ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، ط 2، ج 10، ص 55.

⁸ - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ط 3، ج 4، ص 245.

فجاء في الجواهر لا يشترط فيهما إلا أهلية الاستئجار والعمل ولا يشترط تعيين المَجْعول له تكميلاً لمصلحة العقد بل لو قال من جاء بعبدٍ فله دينارٌ صح فإن أحضره قبل أن يجعل فيه شيئاً وعادته طلب الآبق والاكتساب بذلك فله أجر مثله في قدر تعبهِ وسفرهِ وإلا فله نفقته فقط¹.

وأما في أهلية الوسيط عند الشافعية فإن كان معينا يشترط فيه أهلية العمل، وبذلك يدخل العبد وغير المكلف سواء بإذن أو بدونه، ويخرج عنه كل عاجز عن العمل كالصغير الذي لا يقدر عليه، كون منفعتهُ معدومة، وإن كان العامل مبهماً يكفي علمه بالنداء، فلا يشترط في عامل الجعالة بنوعيه معينا كان أو غير معين بلوغ ولا عقل، فيصح عندهم الرد من الصبي والمجنون إذا ما كان لهما نوع من التمييز، حتى ولو كان بلا إذن من وليهما، وليس للشافعية أي عقد يصح مع الصبي المميز أو المجنون المميز إلا هذا العقد. كما يصح من العبد على الصحيح، ولو كان بدون إذن سيده، وفي حكم ذلك أيضاً عقد المحجور عليه بسفه². وبذلك يشترط الحنفية فقط التمييز في الوسيط، ولا يشترط فيه التكليف، لأن العقد لا يتعلق به³.

وبعد التطرق لأهلية الوسيط والموسط كونهما أشخاصاً طبيعيين، فلا نغفل عن تطور أشكال أطراف عقد الوساطة التجارية، والتي لم تعد تقتصر على الأفراد فحسب بل تعدت إلى المؤسسات والشركات (أشخاص اعتباريين)، أو منصات إلكترونية وتطبيقات تتبع شركات ومؤسسات تقوم على إدارتها يخضعون في أهليتهم لأهلية الشخص المعنوي. فالفقه الإسلامي منح الشخصية الاعتبارية لهذه الكيانات، وجعلها ترتبط بمسؤولياتها وتصرفاتها المالية، ومضبوطة في تعاملاتها بالممارسات الشرعية، والمنصات الإلكترونية والمواقع التي تكون تابعة لشركة أو مؤسسة تملك الشخصية الاعتبارية التابعة، فهي ليست مستقلة بذاتها.

فهذه المنصات لا تتمتع بأهلية بالمعنى التقليدي، وإنما تعتمد على إطارها التنظيمي الذي يحدد عملها، إضافة إلى ما تضعه من شروط للعقود التي تتم عبرها وتحكم الأطراف المتعاقدة. ولم يفصل الفقه

¹ - القراني، الذخيرة، مرجع سابق، ج6، ص6.

² - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص620.

³ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع نفسه، ج2، ص327.

الإسلامي في نوع الأهلية التي تكتسبها مثل هذه المنصات والمواقع التي تقوم بدور الوسيط أو الموسط إلى الآن.

ومع التقدم التكنولوجي، ظهرت وسائل التقنيات الحديثة التي تعمل كوسيط تجاري عبر الأنظمة المبرمجة، فالمتعاقدان في العقد الإلكتروني قد يكونا شخصان طبيعيين جائزا التصرف، تنطبق عليهما جميع الشروط التي اشتراطها الفقهاء في العاقدين، ولكن الاختلاف هنا هو في الطرف الذي لا يكون فيه الشخص شخصا طبيعيا، إنما وكيل ذكي (**Intellegent Agent**)، والذي يكون برمجة ذكية تعمل بأنظمة إلكترونية وتقنيات الذكاء الاصطناعي والتي تحل محل الشخص الطبيعي في التجارة الإلكترونية، بدءًا من عرض السلعة (إذا كانت تاجرا)، أو البحث عنها واستعراضها (إذا كانت مستهلكا)، ثم التفاوض على الثمن أو إبرام العقود الإلكترونية أو التسهيل في ربط الأطراف (وسيط رقمي)، والعقد الإلكتروني في حد ذاته قد يكون بين إنسان وآلة ذكية، أو كلا الطرفين فيه آلة أو برامج ذكية¹.

وكل ذلك كونها تستخدم خوارزميات قادرة على مضاهاة التفكير البشري في إبرام العقود، ويقوم النظام بالربط بين الأطراف دون اللقاء الفعلي بينهم، فيتم الإيجاب والقبول في شكل رسائل إلكترونية².

وتكييف العقد الإلكتروني المبرم بوساطة هذه الوسائل والتقنيات، يعود لمعرفة دور هذه الوسائل، فهل هي مجرد وسيلة اتصال بين العاقدين، ووسيط يتم التعبير من خلاله عن رضا مستخدميه وإرادتهم؟ أم أنها أبرمت على أنها وكالة نظرا لما تتمتع به هذه الوسائل من إمكانيات وميزات في قبول عروض ورفض أخرى، وفي اتخاذ قرارات وإبرام عقود بناء على الإذن السابق لمستخدمه؟³.

ولا شك أن الأمر يستقيم فقها أو أننا نعتبر أن هذه الوسائل مجرد أداة اتصال أو وسيط إلكتروني بين الأطراف المتعاقدة، يتم من خلالها التعبير عن الرضا والتوافق على الإيجاب والقبول، حيث لا تكون

¹ - أحمد سعد علي البرعي، تطبيقات الذكاء الاصطناعي والروبوت من منظور الفقه الإسلامي، مجلة الإفتاء المصرية، دار الافتاء المصرية، ع48، م14، مصر، جانفي 2022م، ص41.

² - راضية عيمور، الوكيل المؤقت في ظل الجيل الحديث من الذكاء الاصطناعي، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، ع2، م6، الأغواط، الجزائر، 2022م، ص667.

³ - أحمد سعد علي البرعي، تطبيقات الذكاء الاصطناعي والروبوت من منظور الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص45.

الوسيلة المستعملة هنا إلا أداة ناقلة لإرادة المتعاقدين دون أن تكون له إرادة أو أهلية مستقلة. ولكن الوسائل الحديثة والتقنيات الرقمية ليست مجرد وسائط بل تعدت وضمن روبوتات مصممة بتقنيات الذكاء الاصطناعي جعلتها قادرة على الاستقلالية الكاملة في اتخاذ القرارات، وإبرام العقود بمجرد تلقي الأمر، فيقوم بالبحث عن أطراف متعاقدة أو سلعة أو خدمة بأفضل الأسعار والخيارات، كون من أبرز خصائصه الاستقلالية والمبادرة والتفاعل مع البيئة والتعلم الآلي. وهذا ما جعل بعض الأقوال لتطبيق أحكام الوكالة عليها، كونها تقوم بدور الوكيل الطبيعي في إبرام العقود وإتمام الصفقات، كما يمكن أن يتم تطبيق أحكام العقود التي تقع عليه وفقا لأعماله التي يقوم بها، وهذه العقود في الفقه الإسلامي تبرم بين أشخاص طبيعيين متمتعين بأهلية تؤهلهم لذلك، وتشترط فيهم العقل حتى يعتد بهم، ويستطيع التمييز بيه الغبن الفاحش واليسير، فلا وكالة لفاقد العقد باتفاق الفقهاء¹.

لكن هذه الوسائل الذكية والروبوتات المدعومة بأنظمة الذكاء الاصطناعي لا تملك العقل ولكنها تملك من الذكاء ما يجعلها تدرك وتميز وتعقل ما يفعله، الأمر الذي دفع ببعض الآخر أن يضيفي صفة الأهلية أو الشخصية المعنوية على هؤلاء الوكلاء الأذكاء، لما يتمتعون به من إرادة مستقلة في إبرام العقود والتدخل فيها وفي إتمامها وتسهيلها وربط الأطراف المتعاقدة.

فهناك احتمالات بأن لا تعامل هذه الوسائط معاملة خاصة وإنما تكون وسيلة صماء لا أهلية لها ولا ذمة، وهو من الناحية الشرعية والأخلاقية الأوفق والأقرب إلى المنصوص، أو اعطائها قدرا من الأهلية والمسؤولية ولكن ليست مطلقة (أهلية أداء ناقصة) فيمكن تخريج أحكام هذه الروبوتات المتمتعة بهذه الأهلية على أحكام الشخصية الاعتبارية وما خرجت عليه في الفقه الإسلامي الحديث، لاسيما تخريج أحكامها على أحكام الرقيق في الفقه الإسلامي، أو بإعطائه أهلية كاملة على غرار الأهلية الممنوحة للأشخاص الطبيعيين (أهلية الأداء الكاملة) وهو قول غير مقبول عند البعض من الناحية الشرعية والأخلاقية ومناهض لنصوص الشريعة التي جعلت من الانسان معززا ومكرما ميزه الله فلا يتساوى مع هذه الكائنات الذكية ويبقى دائما سيذا عليها، ولم يفصل الفقه الإسلامي في ذلك إلى الآن².

¹ - أحمد سعد علي البرعي، تطبيقات الذكاء الاصطناعي والروبوت من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 46-48.

² - أحمد سعد علي البرعي، تطبيقات الذكاء الاصطناعي والروبوت من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 87-104.

وبالتالي تختلف صور العقادان باختلاف الوساطة المبرمة، وتبعاً لذلك قد تتغير أهليتهما، فالوساطة التجارية قد تكون وساطة بسيطة يتمثل طرفاها في البائع والمشتري (أهلية الوسيط والموسط) وتدور بين أشخاص طبيعيين أو شركة صغيرة (شخصية اعتبارية لها ذمة مالية) وهي الوساطة التقليدية، في حين قد يكون الوسيط مختلفاً تماماً في الوساطة الحديثة تدور صوره بين منصة إلكترونية أو إحدى شركات التكنولوجيا المالية، أنظمة الذكاء الاصطناعي (وسائل ووسائل تقنية)، في حين تدور صفة الموسط بين بائع أو مشتري، في عدة صور من أفراد أو تجار أو شركات، مزودي خدمات أو عملاء، شركات أو منصات دفع أو منصات الذكاء الاصطناعي.

الفرع الثالث: المعقود عليه

المعقود عليه وهو الثمن والمثمن وشرطه أن يكون طاهراً منتفعاً به مقدوراً على تسليمه غير مخصوص بنهي في بيعه أو ملكه معلوم القدر والصفة¹.

وهو ما يعرف بمحل العقد، فإن محله يتضمن العقد الذي يتوسط في إبرامه السمسار، سواء كان عقد بيع أو شراء أو عقد إيجار أو عقد تأمين أو عقد نقل أو غيره من العقود، والذي يتعين أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام وذلك تحت طائلة بطلان عقد السمسرة والعقد الذي يتم التوسط لإبرامه، لأن ما هو مبني على باطل يعتبر باطلاً، ومن ذلك على سبيل المثال: التوسط في بيع أو شراء المخدرات أو التوسط في بيع وشراء الرقيق أو التوسط في الرشوة².

أما في العمل فقد اتفق الفقهاء على جواز السمسرة على العمل المجهول كتأجير العقار...، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَهُ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (يوسف: 72)، والآية الكريمة لم تذكر المدة ولا العمل، أي أنهما ليسا شرطاً وإلا جاء ذكرهما في الآية.

وأيضاً بما أن عقد السمسرة عقد جائز، جاز أن يكون العمل مجهولاً كالشركة، فمتى عجز العامل

¹ - زروق، شرح زروق على متن الرسالة، مرجع سابق، ط1، ج2، ص718.

² - غادة غالب يوسف صرصور، السمسرة بين الواقع والقانون دراسة مقارنة بين القانون التجاري المصري والقانون التجاري الأردني، مرجع سابق، ص22، 23.

عن تحصيل العمل، فله حق الفسخ فلا تضره الجهالة حينئذ. أن الجعالة أجزت مع الجهالة في العمل للحاجة، حيث يحتاجها الناس في أمور الحياة، والشارع الحكيم لا يمنع ما فيه منفعة للناس¹. وأيضا عقد المضاربة عقد مشتمل على الجهالة ومع ذلك جَوِّزَ بلا ضرورة تحصيلًا للربح، فجواز السمسرة من باب أولى لتحقيق الضرورة فيه².

وفي الحديث عن العوض أي قدره وباقي صفاته التي تميزه وهذا شامل للعين وغيرها، وإنما نص على علم العوض دون غيره من بقية شروطه مثل كونه طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه لدفع توهم عدم اشتراط علمه لحصول الصحة بالعوض المجهول كما لا يشترط العلم بالمجاعل عليه، بل تارة يكون مجهولا³. فيجوز من كل بيع آجل وعاجل، وما لزمه اسم بيع بوجه، لا يلزم البائع والمشتري حتى يجتمعا أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به ولا يعقدها بأمر منهي عنه، ولا على أمر منهي عنه، وأن يتفرقا بعد تباعيهما عن مقامهما الذي تباعيا فيه على التراضي بالبيع، فإذا اجتمع هذا لزم كل واحد منهما البيع فلم يكن له رده إلا بخيار، أو في عيب يجده، أو شرط يشترطه، أو خيار الرؤية (إن جاز خيار الرؤية) ومتى لم يكن هذا لم يقع البيع بين المتبايعين⁴.

فأجرة الوسيط تعد من قبيل الثمن في البيع، حيث الثمن في البيع أصل يُرجع إليه في الإجارة عند الحنفية والحنابلة والشافعية (لأن الأجرة في باب الإجارة كالثمن في باب البيع وما لا يصلح ثمنا في البيوع لا يصلح أجرة في الإجازات⁵) وإلى المالكية ترجع أجرة الوسيط إلى الجعل في الجعالة (ولا اختلاف في شروط العوض فيهما فالإجارة والجعالة يلتقيان في أن كل ما جاز أن يكون عوضا في الإجارة جاز كذلك أن

¹ - برهان الدين ابن مفلح الحفيد، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، ط1، ج5، بيروت، لبنان، 1418هـ- 1997م، ص115-116.

² - أبو المعالي الجويني، نهاية المطلب في دراسة المذهب، دار المنهاج، ط1، ج13، جدة، المملكة العربية السعودية، 1428هـ- 2007م، ص24.

³ - الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير (حاشية الصاوي)، مرجع سابق، ط1، ج4، ص79.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص13.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج6، ص189. أنظر أيضا: بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، ط1، ج10، بيروت، لبنان، 1420هـ- 2000م، ص227. أنظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص392. أنظر: ابن قدامة، المغني، ج8، مرجع سابق، ص14.

يكون عوضاً في الجعالة، وأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز أن يكون ثمناً لإجارة أو جعل¹ قد تكون عينا أو مالا أو تكون منفعة² (اشتراط الحنفية أن الأجرة في حال كانت منفعة ألا تكون من جنس المعقود عليه حتى لا يقع ربا النسيئة)³، وشروط الأجرة هي:

الشرط الأول: مباحة منتفع بها⁴.

الشرط الثاني: أن تكون ملك للموسط أو مأذون له فيها⁵.

الشرط الثالث: أن تكون أن تكون معلومة⁶.

الشرط الرابع: مقدورا على تسليمها⁷.

ويتم تقدير الأجرة على عدة صور أهمها أن تقدر بمبلغ معين قدرا ونوعا، أو بنسبة من العمل المتوسط فيه، أو من خلال الشركة أو المؤسسة التي تدير المنصة أو التطبيق في حال كانت الوساطة تجارية

¹ - مُجَدِّد بن حمود الوائلي، بغية المقتصد شرح بداية المجتهد، دار ابن حزم، ط1، ج13، بيروت، لبنان، 1440هـ-2019م، ص7781. أنظر أيضا: ابن عرفة، المختصر الفقهي، مرجع سابق، ج8، ص354.

² - بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، المرجع السابق، ط1، ج10، ص227. أنظر: ابن قدامة، المغني، ج8، المرجع السابق، ص14. أنظر: الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر، ط1، ج3، عمان، الأردن، 1318هـ-1997م، ص12. أنظر: مُجَدِّد بن حمود الوائلي، بغية المقتصد شرح بداية المجتهد، ج13، المرجع السابق، ص7788.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، مرجع سابق، ص194.

⁴ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، مرجع سابق، ص157. أنظر: الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ط1، ج3، المرجع السابق، ص12. أنظر أيضا: البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)، دار الفكر، ج3، عمان، الأردن، 1415هـ-1995م، ص213. أنظر: السرخسي، المبسوط، ج15، مرجع سابق، ص74 و 140. أنظر: مُجَدِّد بن حمود الوائلي، بغية المقتصد شرح بداية المجتهد، ج13، المرجع السابق، ص7781.

⁵ - ابن قدامة، المغني، ج8، المرجع السابق، ص16. أنظر أيضا: البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص157. أنظر: الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ج3، المرجع السابق، ص12. أنظر: السرخسي، المبسوط، ج15، المرجع السابق، ص74، 75. أنظر أيضا: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، المرجع السابق، ص177.

⁶ - بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ط1، ج10، المرجع السابق، ص227 و 131. أنظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج5، المرجع السابق، ص174. أنظر أيضا: الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص392. وأيضاً: البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)، ج3، المرجع السابق، ص211. أنظر: ابن قدامة، المغني، ج8، المرجع السابق، ص14. أنظر: مُجَدِّد بن حمود الوائلي، بغية المقتصد شرح بداية المجتهد، ج13، المرجع السابق، ص7781.

⁷ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، مرجع سابق، ص162. أنظر: الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ج3، مرجع سابق، ص14-15. أنظر: المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج3، مرجع سابق، ص27، 28. أنظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني، دار الكتب العلمية، ط1، ج7، بيروت، لبنان، 1422هـ-2002م، ص107.

تتم بطرق إلكترونية... وغيرها من الصور التي تجري فيه الوساطة، ويتم ذلك باتفاق الطرفين.

وتجب الأجرة بتمام العمل في حال كانت الوساطة مقدرة بالعمل، كما تجب في الذمة بذلك أيضا كونها عقد جائز يحق لهما فسخه، فإيجابه في الذمة يناقض الجواز فإذا تم العمل لزم ووجب الأجر¹ (الوساطة الجائزة حكمها حكم الجعل في الجعالة).

أما في الوساطة المقدرة بالزمن فحكمها كحكم الأجرة في عقد الإجارة (أي تجب الاجرة فيها بالعقد). ففي حالة يكون هناك شرط بتعجيل أو تأجيل الأجرة أو دفعها شيئا فشيئا فيؤخذ بالشرط ويعمل به².

أما إذا لم يكن هناك شرط بالتعجيل، ففيه اختلف الفقهاء إلى قولين:

القول الأول: الأجرة تجب بالعقد نفسه وتملك به (وبذلك قال الشافعية والحنابلة)³. ووجهة نظرهم أن الأجرة هنا تقاس على الثمن في البيع في أنه يستحق بمجرد العقد وتجب بالعقد ووجب تسليمها، إذا أطلق ولم يشترط أجلا. وأن الأجرة عوض يتعجل في حال اشترط ذلك، فالواجب أن يتعجل بمطلق العقد، وأيضا أن الأجر هنا يقاس على المنفعة يمتلكها المستأجر بمجرد العقد وصار مالكا لها وللتصرف فيها⁴.

أما الإجارة الواردة على الذمة، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة، ولا الاستبدال عنها، ولا الحوالة بها ولا عليها، ولا الإبراء، ولا تأجيلها بل يجب التسليم كون الإجارة في الذمة كالسلم، وهو سلم في المنافع، ولا يجوز السلم بالثمن المؤجل، وعلى ذلك الإجارة، وتستقر باستيفاء المنفعة، كون المعقود عليه في الذمة، وهذا

¹ - ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، دار ابن حزم، ط1، بيروت، لبنان، 1434هـ-2013م، ص461. أنظر أيضا: محمد بن حمود الوائلي، بغية المقتصد شرح بداية المجتهد، ج3، مرجع سابق، ص7786. أنظر: ابن قدامة، المغني، ج8، مرجع سابق، ص324. أنظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج5، مرجع سابق، ص176.

² - المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج3، المرجع السابق، ص231. أنظر أيضا: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، مرجع سابق، ص203. أنظر: البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، المرجع السابق، ص40. أنظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني، ج7، المرجع السابق، ص5.

³ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، المرجع السابق، ص41. أنظر: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1316هـ-1995م، ص252.

⁴ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج5، ص329. أنظر أيضا: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، مرجع سابق، ص251.

في حال كانت الأجرة في الذمة أما إذا كانت معينة فتملك في الحال كالمبيع¹.

القول الثاني: الأجرة لا تجب بالعقد ولا تملك به (وقال به الحنفية والمالكية)². واستثنى المالكية مواضع يجب فيها تعجيل الأجرة وهي أن (تكون الأجرة معينة فيعجل وجوبا ولو حكما كتأخيرته ثلاثة أيام لا أكثر فيفسد العقد أو لا يستمر على حاله، أو أن يوجد عادة أو عرف بتعجيلها، فالعرف هنا كالشرط، أو أن تكون الإجارة في الذمة، ولم يبدأ الأجير بالمنفعة في مدة معينة، كونه إذا تأخرت الأجرة ولم يشرع الأجير بات من باب الدين بالدين)³.

والأجرة لا تستحق عندهم إلا بأحد ثلاثة معان: إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط، أو باستيفاء المنافع. والدليل على أنها غير مستحقة بالعقد، قول الله تعالى: فإن أرضعن لكم فئاتوهن أجورهن، فأوجب لهن الأجر بعد الرضاع ويدل عليه قول النبي ﷺ في حديث أبي هريرة: {ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أُعْطِيَ بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ}⁴ وهذه حال فراغه من العمل⁵.

أما المنفعة وهي محل العقد فيشترط فيها ما يشترط في الثمن والمثمن على الجملة⁶. فيجوز أن تكون الأجرة منفعة، سواء اتفق الجنس أو لا، فلا ربا في المنافع أصلا، ولا يشترط القبض في المجلس⁷. وإذا كان من باب الجعل فيشترط في الجعل أن يكون معلوما، وهذا الشرط متفق عليه عند من قال بمشروعية الجعالة، كالمالكية، والشافعية، والحنابلة⁸.

¹ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج5، مرجع سابق، ص 175، 176. أنظر أيضا: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، مرجع سابق، ص 251، 252.

² - المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج3، مرجع سابق، ص 231. أنظر أيضا: عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني، ج7، مرجع سابق، ص 5.

³ - عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني، ج7، المرجع السابق، ص 5.

⁴ - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: إثم من باع حرا، دار ابن كثير، ط5، ج2، دمشق، سوريا، 1414هـ- 1993م، ص 776. رقم الحديث: 2114.

⁵ - الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، دار البشائر الإسلامية، ط1، ج3، بيروت، لبنان، 1431هـ- 2010م، ص 389.

⁶ - ابن جزي الكلبي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، مرجع سابق، ص 427، 428.

⁷ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج5، ص 176.

⁸ - ديبان الديبان، المعاملات المالية أصلة ومعاصرة، مرجع سابق، ج10، ص 79.

المطلب الثاني: شروط انعقاد عقد الوساطة التجارية في القانون الوضعي

المشرع الجزائري تناول شروط العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني للباب الأول (مصادر الالتزام) في المواد من 59 إلى 98 من القانون المدني، وهي الرضا (59 إلى 91)، المحل (92 إلى 95) والسبب (97 و98).

في حين وضع المشرع الإماراتي في المادة 129 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، تنص على أن الأركان اللازمة لانعقاد العقد هي¹:

أ. أن يتم تراضي طرفي العقد على العناصر الأساسية.

ب. أن يكون محل العقد شيئاً ممكناً ومعيّناً أو قابلاً للتعيين وجائزاً التعامل فيه.

ج. أن يكون للالتزامات الناشئة عن العقد سبب مشروع.

وقد تناولت المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي، ما هو ضروري لصحة العقد، فنصت على²:

1. موافقة الأطراف.

2. أهليتهم للتعاقد.

3. المحتوى المشروع والمحدد.

¹ - المادة 129 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية الصادر بتاريخ 3 ربيع الثاني 1406 هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1985م، ج.ر، ع158، الإمارات العربية المتحدة، ص22.

² - "Sont nécessaires à la validité d'un contrat:

Le consentement des parties, Leur capacité de contract, Un contenu licite et certain."
Article 1128 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Codifié par Loi 1804-02-07, Section 2: La validité du contrat, Chapitre 2: La formation du contrat, Titre 3: Des sources d'obligations, Livre 3: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, code civil.

وفيما سبق نلاحظ أن التشريعات السابقة قد تناولت نص قانوني يضم عناصر العقد، أو مثل ما أطلق عليها المشرع الجزائري "شروط العقد"، في حين تناولها المشرع الإماراتي بتسميتها "بالأركان اللازمة لانعقاد العقد"، أما المشرع الفرنسي فقد ذكرها "كضروريات لصحة العقد"، أما في القانون الأمريكي فلا توجد مادة قانونية تنص صراحة على عناصر العقد الأساسية، مع ذلك يمكن تتبع هذه العناصر في ما أشار إليه القانون العام (**Common Law**) من خلال القوانين المتعلقة بالعقود، من خلال الأحكام القضائية السابقة الصادرة عن محاكم الولايات المتحدة الأمريكية، بالإضافة إلى القانون التجاري الموحد (**UCC**)، الذي قام بتعريف بعض أنواع العقود التجارية، خصوصاً عقود البيع والتي تتضمن بعض هذه الشروط الأساسية للعقود التجارية.

ومع ذلك فبناءً على تعريفات الفقهاء للعقد، تمكنا من استخراج هذه العناصر الأساسية للعقد، ومن بين التعاريف نذكر تعريف الفقيه **William Anson** للعقد بأنه: "اتفاق ملزم قانوناً بين شخصين أو أكثر يتم بموجبه اكتساب حقوق لطرف أو أكثر، بأداء أعمال معينة أو الامتناع عنها"¹.

وتعليقاً على هذا التعريف للعقد فإن **Venkatesam** يرى بأن أساسيات العقد هي الاتفاق في الارادات (الاجماع على نفس الموضوع أي يجب أن يتفق الطرفان على موضوع العقد) ويعني ذلك بأن طرفي العقد قد انصبت ارادتهما على محل العقد في نفس الوقت وبنفس المعنى، بتعبير آخر يجب أن يكون هناك تطابق في الأفكار والدليل على هذا التطابق دائماً يأخذ شكل الايجاب والقبول، مما ينبغي ألا يكون هناك عيب في رضا المتعاقدين، اضافة إلى عنصر الاعتبار (المقابل)، ويفهم بأنه بعض الأمور المقبولة أو

¹ - "William Anson defines contract as : a legally binding agreement between two or more persons by which rights are acquired by one or more to acts or forbearances on the part of the other or others", look: B. Venkatesam, Handbook on Mercantile law, Digital Library of India, Mylapore, INDIA, 1946, p 8.

المتفق عليها كمقابل أو معادل للوعد)، وهنا أضاف مدى أهمية أن يكونا مشروعين (المحل والاعتبار)، كما يجب أن يكون أطراف العقد أهلا للتعاقد أي يتمتعون بأهلية التعاقد¹.

وهذا التعريف والتحديد لعناصر العقد الأساسية وذكر حقيقته الاصطلاحية في القانون الأمريكي مقارب لحقيقة العقد في القوانين السابقة الذكر، عند تحديدهم للعقد في كل خصائص العقد إلا أنهم لم يأخذوا "الاعتبار" كركن في العقد، وذلك لأن الاعتبار يعتبر ركن جوهري في العقد في القانون الأمريكي، ولو أن حقيقة ومدلول الاعتبار أثارت جدلا كبيرا في الفقه حول تحديد عنصره الأساسي من خلال تعريفه وتحديدته بشكل غير قابل للشك أو التعارض والترجيح².

ومما سبق فالتشريعات القانونية يمكن القول أنها اتفقت عموما على العناصر اللازم توفرها في العقد حتى يقوم صحيحا، فكل التشريعات أكدت على أهمية الرضا بين الأطراف المتعاقدة، كما أوضحت كل القوانين السابقة عنصر المحل، وتباينت صيغة ذكر ذلك فأطلق عليه المشرع الجزائري والإمارتي مصطلح "المحل"، ونص عليها الفقه الأمريكي على أنها أن موضوع العقد، والكل أكد كل على وجوب مشروعية المحل أي يتوافق مع القانون، وأن يكون محددًا أو قابلاً للتحديد.

بتاريخ 10 فيفري 2016 صدر في فرنسا المرسوم رقم 131-2016 بشأن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات والذي نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية (العدد 35 بتاريخ 11 فيفري 2016م) وقد تضمن هذا المرسوم التعديل الأكبر و الأوسع نطاقا للجزء الأساسي من القانون المدني الفرنسي (قانون 1804م) وقد أصبح هذا التعديل نافذا بتاريخ 1 أكتوبر 2016م، وقد جاء هذا

¹ - B. Venkatesam, Handbook on Mercantile law, Digital Library of India, Mylapore, INDIA, 1946, p 8, 9.

² - علي يوسف صاحب العكيلي، التأصيل الفقهي والتشريعي للتعاقد في النظام القانوني الأمريكي، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، ع43، جامعة بابل، العراق، أفريل 2019م، ص2244، 2245.

³ - الأمر رقم 131-2016 المؤرخ في 10 فبراير 2016 يعدل جميع أحكام القانون المدني المتعلقة بالقانون العام للالتزامات (المواد من 1101 إلى 1381) باستثناء تلك المتعلقة بالمسؤولية المدنية.

"L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 réforme la totalité des dispositions du Code civil relatives au droit commun des obligations (art. 1101 à 1381) à l'exception de celles relatives à la responsabilité civile",

التعديل تلبية لدعوات كثيرة للتعديل والتغيير ولإصلاح قانون العقود الفرنسية بالذات والتي نادى بها جانب كبير من الفقه الفرنسي¹.

وقد اشتمل هذا التعديل على العديد من مظاهر التجديد والحدثة طالت بعض المفاهيم التقليدية والراسخة في القانون المدني الفرنسي، ومن بين مظاهر التجديد في التعديل الفرنسي لسنة 2016م التخلي عن ركني المحل والسبب صراحة واستبدالهما بمضمون العقد الذي أصبح شرطاً لصحة العقد حسب ما نصت علي المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي السابقة الذكر. وهو شرط في غاية الأهمية لأن المشرع رتب على عدم استيفائه جزاءات عقدية تصل إلى بطلان العقد وما يترتب على ذلك من آثار، واستحداث فكرة مضمون العقد دفعت بالمشرع الفرنسي إلى عدم النص صراحة على المحل والسبب كركنين للعقد والاستعاضة عنهما صراحة بمضمون مشروع ومؤكدة².

وقد ترك المشرع الفرنسي التعريف للفقه والقضاء ومن نص المادة 1162 لم يعد المحل والسبب شرطان من شروط العقد وبالتالي لم يعد يشملهما مفهوم النظام العام وذلك بديهي نتيجة إلغائهما من أركان العقد وإحلال مضمون العقد محلها، كما أن المادة لم تنص على الآداب العامة التي كانت تقتن بالنظام العام في كثير من النصوص وهذا خلاف للمادة 306³ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على المفهومين معاً، وإذا كان مضمون العقد واحدة من الأفكار المستحدثة في القانون المدني الفرنسي حيث لم يشهد التشريع ولا الفقه هذه الفكرة سابقاً⁴.

¹ - حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، مفهوم ومشروعية مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، مجلة الفكر القانوني، ع2، م6، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، نوفمبر 2022م، ص1422.

² - حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، مفهوم ومشروعية مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، المرجع نفسه، ص1422.

³ - "لا يمكن بموجب اتفاقية خاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة"

"On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs", Article 6 Version en vigueur depuis le 21 mars 1804 Création Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803, Titre préliminaire: De la publication- des effets et de l'application des lois en general, Code civil, République Française.

⁴ - حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، مفهوم ومشروعية مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، مرجع سابق، ص1423.

واختلف الفقه الفرنسي في فكرة عدم إيراد المحل والسبب، إلى ثلاث آراء:

1- **الحذف والاستعاضة:** أنه يتم حذف مفهومي السبب والموضوع في العقد بموجب الأمر،

ولكن يتم الحفاظ على وظائفهما من خلال مفاهيم أخرى، أي استعاض عنهما بمضمون العقد ليحل محلها ويقوم بوظائفهما¹.

2- **تبنيهما بعبارات مغايرة:** أن المشرع الفرنسي لم يتخل عن المحل والسبب تماما لصالح مضمون

العقد، بل إنه قد تبنى فكرتيهما معا، ولذلك فإن السبب لم يختف تماما من القانون المدني. وقد أطلق عليها المشرع مصطلحات مختلفة: الهدف والاعتبار². وكذلك المحل، أي تمت الإشارة لهما بمصطلحات أخرى تتضمن وظائفهما دون تغيير.

3- **الاندماج:** أن فكرة السبب والمحل لم يتم الغاؤها من القانون المدني الفرنسي، فقد قصد المشرع

أن يجمع تحت نفس المفهوم مفهومي المحل والسبب اللذين تم تناولهما، قبل الإصلاح، في أقسام منفصلة من الباب الثالث المخصص للعقد والالتزامات، أي أن المشرع قد دمج فكرتي المحل والسبب في فكرة مضمون العقد، وذلك لأسباب عدة أهمها بلا شك تبسيط القانون، وأيضا كون القانون السابق، كان فيه مفهوما الموضوع والسبب يؤديان وظائف مختلفة، والتي كانت تتداخل في بعض الأحيان³، وأدعموا رأيهم بأن المادة 1108 التي لم

¹ - "Les notions de cause et d'objet du contrat sont supprimées par l'ordonnance, mais leurs fonctions sont conservées à travers d'autres notions", Clément François, La réforme du droit des contrats, ATER à l'université Paris 1, Panthéon-Sorbonne IEJ Jean Domat, Institut d'études judiciaires Jean Domat, 2016, p 20.

² - " La cause n'a donc pas tout à fait disparu du Code civil. Le législateur s'y réfère sous des termes différents : le but et la contrepartie", Aurélien Bamdéd, La notion de cause (cause objective / cause subjective – cause de l'obligation / cause du contrat, <https://aurelienbamde.com/2017/05/06/la-notion-de-cause-cause-objective-cause-subjective-cause-de-lobligation-cause-du-contrat/>, 02-10-2024, 11:32.

³ - "Le législateur a entendu regrouper sous une même notion les concepts d'objet et de cause qui, antérieurement à la réforme...", Aurélien Bamdéd, La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public,

تخضع لأي تعديل منذ عام 1804م، والمادة 1128 من مرسوم 2016م التي تحدد شروط صحة العقد، قريبتان في صياغتهما من بعض، وأن هذه الشروط مكاملة لبعضها وليست بديلة عنها¹. وهنا نجد أن المشرع حين أدرج فكرة مضمون العقد جعلها تحمل المفهوم ذاته الذي تحمله فكرة المحل والسبب.

وختاما فعلى الرغم من تسليم المشرع الفرنسي صراحة بمضمون العقد بوصفه شرطا لصحة العقد إلا أنه قد أبقى على ركني المحل والسبب ضمينا وتبناهما معا ولكن بعبارات مغايرة ولم يهدر أثرهما بل أبقى على وظائفهما دون تغيير، والمشرع الفرنسي في إصلاحه لنظرية العقد العامة ووضعه عبارات أخرى تحمل معنى ركني المحل والسبب، إنما كان مجارة للإصلاحات التي شهدتها الدول المجاورة كإسبانيا وألمانيا وهولندا وإنجلترا وهولندا إضافة إلى رغبته في تحديث قواعد قانون العقود والالتزامات بشكل أكثر حداثة ووضوحا وقطع الجدل والخلاف حول نظرية السبب التقليدية التي اتسمت بالتعقيد والغموض خصوصا في مسألة سبب العقد وسبب الالتزام، واحتفظ أيضا بوجود المشروعية لأنها ترتبط بالنظام العام والآداب العامة التي لا يخلو أي تشريع من وجودها على الرغم من اختلافهما من مجتمع إلى آخر لأنهما يمثلان ثوابت المجتمع وقيدا على حرية التعاقدية².

<https://aurelienbamde.com/2017/02/28/la-liceite-du-contenu-du-contrat-ou-la-conformite-de-ses-stipulations-et-de-son-but-a-lordre-public/>, 02-10-2024, 12:01.

¹ - "L'article 1128 est assez proche dans sa rédaction de l'ancien article 1108, ... Comme l'article 1108 qui n'avait connu aucune modification depuis 1804, l'article 1128 dresse une liste des conditions de validité du contrat.

Bien que cela ne soit pas expressément précisé, ces conditions sont cumulatives et non alternatives", Aurélien Bamdé, La réforme de la liste des conditions de validité du contrat, <https://aurelienbamde.com/2017/02/01/la-reforme-de-la-liste-des-conditions-de-validite-du-contrat/>, 02-10-2024, 12:31.

² - حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، مفهوم ومشروعية مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، مرجع سابق، ص 1428.

جاءت المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه لكل فرد حرية التعاقد أو عدم التعاقد، واختيار المتعاقد معه، وتحديد محتوى العقد وشكله ضمن الحدود التي يفرضها القانون، وأنه لا تسمح الحرية التعاقدية بأي استثناءات للقواعد التي تؤثر على النظام العام¹.

ومن أبرز التعديلات في القانون الفرنسي الناقد هو حذفه لركني المحل والسبب في العقد وأحل محلهما ركن مستحدث وجديد وهو مضمون العقد "**Le Contenu de Contrat**" وهذا مجارة للقوانين الأوروبية وتفاديا للجدل والنقد الذي وجه للمحل والسبب وعدم تحديد مكانتهما في العقد أو في الالتزام أو في التصرف القانوني، ونصوص قانون نابليون 1804م المنظمة للمحل وسبب بعضها يجعل من المحل والسبب ركنا في العقد في المواد (1126 - 1127 - 1128) بينما نصوص أخرى تجعلهما من أركان الالتزام في المواد (1129 - 1130) ولهذه الأسباب حذف المشرع الفرنسي فكرتي المحل والسبب من القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم 131 - 2016م وعوضهما بمضمون العقد².

كما جاءت التشريعات على ذكر أنه يجب أن يكون للعقد سببا مشروعاً أيضاً، ونص القانون الجزائري والاماراتي على ذلك صراحة، في حين جاء ذكر عنصر السبب ضمناً في الفقرة الثالثة من المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي، ضمن المحتوى القانوني المشروع والمحدد، فالعقد يجب أن يكون موضوعه (محله) قانونياً، حتى يتم التزام الأطراف، وبالتالي وجب أن تكون الغاية والسبب الذي يدفع لإبرام العقد ووراء هذا الالتزام مشروعاً.

وفي حين اكتفى المشرع الجزائري والاماراتي بهذه العناصر الثلاثة، أضاف التشريع الفرنسي والفقه الأمريكي عنصراً آخر وهو أهلية الأطراف المتعاقدة، فاعتبروه من الشروط الواجبة حتى يتم العقد صحيحاً،

¹- "Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public", Article 1102 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Chapitre 1: Dispositions lumineuses, Sous-titre 1: Le contrat, Titre III: Des sources d'obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété,

²- حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، مفهوم ومشروعية مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، مرجع سابق، ص 1423 - 1424.

بضمان أن الأشخاص المقبلين على إبرام العقد لديهم القدرة القانونية من أجل تحمل الالتزامات التي تنتج عن العقد.

وانفرد الفقه الأمريكي في اضافة عنصر الاعتبار وهو المقابل الذي يتبادلله الأطراف كجزء من الالتزام في العقد، وقد يأخذ هذا الاعتبار عدة أشكال (مال، خدمة...)، ويكون بناء على اتفاق الأطراف، أو بما هو متعارف عليه لديه، أو من الشروط التي يقوم عليها العقد.

أولاً: الرضا

نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وجاء في المادة 60 من نفس القانون: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"¹.

ووافق المشرع الإماراتي ذلك في المادة 130 من قانون المعاملات المدنية بأن العقد ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما قد يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاده، وجاءت المادة 132 موضحة كيفية التعبير عن إرادة الأطراف المتعاقدة، بأنه يكون باللفظ أو بالكتابة ويجوز أن يكونا بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع أو الأمر إذا أريد بهما الحال أو بالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي².

¹ - المواد 59-60-61 من الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، ع78، ص963.

² - المادتين 130 و 132 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية الصادر بتاريخ 3 ربيع الثاني 1406هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1985م، ج.ر، ع 158، الإمارات العربية المتحدة، ص22.

وأيدهم في ذلك ما جاء في المادة 1113 من القانون المدني الفرنسي بأن العقد يتكون من لقاء عرض وقبول يبدي به الطرفان استعدادهما للالتزام كما يشير المشرع إلى أن هذا التعبير قد يكون صريحا أو ضمنيا يمكن أن يستخلص من سلوك لا شك في دلالاته على التراضي¹. في المادة 1131 في القانون المدني الفرنسي أن العيوب في الرضا هي سبب البطلان النسبي للعقد².

وفي القانون التجاري الموحد الأمريكي UCC جاء في المادة 206 أنه ما لم تتم الإشارة إلى خلاف ذلك بشكل لا لبس فيه من خلال اللغة أو الظروف، يجب تفسير عرض إبرام العقد على أنه يدعو إلى القبول بأي طريقة وبأي وسيلة معقولة في ظل الظروف. وأردفت المادة 207 أنه يعتبر التعبير المحدد والمناسب عن القبول أو التأكيد الكتابي الذي يتم إرساله خلال فترة زمنية معقولة بمثابة قبول حتى لو كان ينص على شروط إضافية أو مختلفة عن تلك المعروضة أو المتفق عليها، ما لم يكن القبول مشروطا صراحة بالموافقة على الشروط الإضافية أو المختلفة³.

¹ - "Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur", Article 1113 du Code Civil Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Livre 3 "Des différentes manières dont on acquiert la propriété", Titre 3 "Des sources d'obligations", Chapitre 2 "La formation du contrat", Section 1 "La conclusion du contrat", Sous-section 2 "L'offre et l'acceptation", République Française.

² - "Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat", Article 1131 du Code Civil Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Paragraphe 2: Les vices du consentement, Sous-section 1: Le consentement, Section 2: La validité du contrat, Chapitre 2: La formation du contrat, Sous-titre 1: Le contrat, Titre III: Des sources d'obligations, Livre 3 "Des différentes manières dont on acquiert la propriété", République Française.

³ - "Unless otherwise unambiguously indicated by the language or circumstances: an offer to make a contract shall be construed as inviting acceptance in any manner and by any

يعرف الرضا في العقد بأنه اتجاه الارادة إلى عمل قانوني معين ذلك أن العقد لا ينعقد إلا بتوافق الإرادتين والتوافق هنا يقتضي تطابقهما ثم اقتراحهما على هذا الأساس، ولكي يكون الرضا صحيحا لا بد من أن يكون خاليا من العيوب التي تعيب الارادة¹، وقد تناولها المشرع الجزائري في المواد من 81 إلى 90 من القانون المدني، وهي الغلط (المادة 81) والتدليس (المادة 86) والاكراه (المادة 88) والاستغلال (المادة 90).

كما جاء على ذكرها المشرع الإماراتي في المواد من 176 إلى 198 من قانون المعاملات المدنية، فتناول الإكراه (176-184)، التغرير والغبن (المواد من 185-192)، الغلط (193-198).

أدرج القانون المدني الفرنسي عيوب الرضا بداية من المادة 1132-1136 الغلط (Erreur)، الاحتيال (Le Dol) في المواد من 1137 إلى 1139، الإكراه وذكر بمصطلحي التهديد والعنف (La Violence et La Menace) في المواد 1140-1144.

المادة 1172 من القانون المدني الفرنسي، العقود تكون من حيث المبدأ بالتراضي².

medium reasonable in the circumstances". Article 2 (Sales), 2-206 Offer and Acceptance in Formation of Contract.

"A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms", Article 2 (Sales), 2-207 Additional Terms in Acceptance or Confirmation, Part 2: Form, Formation and Readjustment of Contract, UCC.

¹ - أحمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية السمسرة، مرجع سابق، ص32.

² - "Les contrats sont par principe consensuels", Article 1172 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Sous-section 1: Dispositions générales, Section 3: La forme du contrat, Chapitre 2: La formation du contrat, Sous-titre 1: Le contrat, Titre

أما في القانون الأمريكي فقد تطرق القانون المشترك Common Law المشتق من القرارات القضائية التي قامت بصياغتها المحاكم الأمريكية والتي قامت بإعادة صياغة القانون (عبارة عن سلسلة من الأطروحات التي توضح المبادئ أو القواعد الخاصة بمجال معين من القانون. وهي مصادر ثانوية للقانون كتبها ونشرها معهد القانون الأمريكي (ALI) لتوضيح القانون. توجد تعديلات حاليا لعشرين مجالا من مجالات القانون مثل العقود والقانون الذي يحكم المحامين والأضرار. أنشأ ALI تعديلات لمساعدة المحاكم على فهم وتفسير القانون العام الحالي. وبالتالي، تقوم التعديلات بتجميع وإعادة صياغة السوابق القضائية والقوانين القائمة من مختلف الولايات القضائية. وباعتبارها مصادر ثانوية، فإن التعديلات ليست سوى مصدر للسلطة المقنعة ولا تحل محل السوابق والقوانين المسيطرة. ومع ذلك، قد تختار المحاكم اعتماد أحكام إعادة الصياغة أو الاستشهاد بها بالموافقة كقانون، مما يجعل هذا الحكم سلطة إلزامية¹، عن طريق إعادة صياغة العقود Restatement (Second) of Contracts، والذي يركز على المبادئ العامة للعقود، ويشمل العقود المدنية والتجارية، ويوفر إرشادات للمبادئ القانونية الأساسية التي يمكن تطبيقها على مجموعة متنوعة من المعاملات، وتناول هذا القانون الغلط (Mistake) في المواد 152 و 153،

III: Des sources d'obligations, Livre 3 "Des différentes manières dont on acquiert la propriété", République Française.

¹ - "Restatements of the Law, are a series of treatises that articulate the principles or rules for a specific area of law. They are secondary sources of law written and published by the American Law Institute (ALI) to clarify the law. Restatements currently exist for twenty areas of law such as Contracts, Law Governing Lawyers, and Torts. The ALI created Restatements to help courts understand and interpret the current common law. As secondary sources, Restatements are only a source of persuasive authority and do not replace precedents and controlling statutes. However, courts may choose to adopt or cite approvingly to Restatement provisions as law, thereby making that provision mandatory authority". Legal Information Institute, Restatement of the Law, https://www.law.cornell.edu/wex/restatement_of_the_law, 04/ 08/ 2024, 19:24.

والإكراه (Duress) في المواد 175 و176، في حين تناول الاحتيال أو الخداع أو الغش (Fraud) في المادتين 159 و164¹.

أي أن عقد الوساطة من العقود الرضائية التي لا تستلزم شكلاً معيناً، لذا يشترط التراضي بوجود إرادتين متوافقتين، فوجود الإرادتين يكفي لوجود العقد، ولا يكفي لصحته بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً متوافقهما وتطابقهما، ويجوز التعبير عن التراضي صراحة أو ضمناً، ولا يشترط شكل معين.

ويجب لحدوث التطابق بين إرادة العميل وإرادة الوسيط أن تتجه إرادتهما معاً إلى أحداث الأثر القانوني ذاته، فيجب أن تتجه كل من الإرادتين إلى أحداث الآثار القانونية التي تترتب على عقد الوساطة، وأهمها التزام الوسيط بأداء العمل محل عقد الوساطة والتزام الموكل وهو العميل بدفع الأجرة أو العمولة للوسيط، أي أن إرادة كل من الطرفين يجب أن تنعقد على ماهية العقد المراد إبرامه وعلى محله وإلا فلا يكون بينهما تطابق².

وليس من الضروري تطابق إرادتي العميل و الوسيط التجاري على كافة المسائل التي تدخل في العقد، بل يكفي التطابق في المسائل الرئيسية وهي الأركان التي لا يتم العقد بدون الاتفاق عليها، ويلجأ العاقدان عند الاختلاف على المسائل التفصيلية إلى القاضي يفصل فيها وفقاً لطبيعة المعاملة وإحكام القانون، والعرف والعدل، فهو يعتبر مفوضاً من الطرفين في تحديد الآثار القانونية للمسائل المرجاة باتفاقهما أو المسائل التفصيلية³.

¹ - Legal Information Institute, Restatement of the Law, https://www.law.cornell.edu/wex/restatement_of_the_law, 04/ 08/ 2024, 19:24.

² - أحمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية السمسرة، مرجع سابق، ص33.

³ - سليمان مرقس، القانون المدني في الالتزامات، المطبعة العالمية، د.ط، القاهرة، مصر، 1964م، ص65.

كما يجب أن يكون العميل كامل الأهلية ويصح التعاقد بالنسبة لهذا الأخير إذا كان مميزا بإجازة
وليه وقد يكون العمل بالنسبة له مدنيا أو تجاريا فإن كان العمل تجاريا بالنسبة له وجب في هذه الحالة توافر
الأهلية التجارية أما أهلية الوسيط التجاري فتتحقق ببلوغه سن الرشد أو بالإذن بالتجارة للصبي المميز¹.

والمقصود بالأهلية هنا في عقد الوساطة التجارية هي أهلية الأداء، وذلك يعني أن الوسيط التجاري
ناقص أو عديم الأهلية (الصغير المميز والمعتوه والسفيه وذو الغفلة) فإنه لا يمكنه مباشرة حقوقه، أي أن
عقد الوساطة الذي يبرمه يكون قابلا للإبطال، وأما بالنسبة للعميل فالعقد يعتبر بالنسبة إليه من التصرفات
الدائرة بين النفع والضرر، لأنه يلتزم بدفع أجر للوسيط، ويعتبر إبرامه له من أعمال التصرف التي يجب أن
تتوفر فيها الأهلية، وإلا فالعقد يكون قابلا للإبطال موقوفا على اجازة وليه أو وصيه.

ومن ذلك فإنه يجب توفر الرضا وأن يكون صحيحا ومعبرا عليه سواء بصراحة أو أن يكون ضمنيا،
و أن يكون سليما خاليا من عيوب الرضا على اختلافها، كما وجب أن تتوفر الأهلية اللازمة في كل من
الوسيط و العميل حتى يكون العقد صحيحا غير قابلا للإبطال.

ثانيا: المحل

المحل في عقد الوساطة التجارية باعتباره ملزما للجانبين هو مزدوج فهو بالنسبة للوسيط يعتبر العمل
المتعاقد على تأديته، وهو بالنسبة للعميل الموسط، العمولة التي يتعهد بدفعها للوسيط. والمحل هو عمل
مادي مصدره عمل قانوني، ذلك أن العمل أو التصرف القانوني الذي هو عقد الوساطة محله هو التزام
الوسيط بالبحث عن طرف آخر يرغب في إبرام وإتمام الصفقة المراد إبرامها من طرف العميل، فالتزام
الوسيط هو التزام بعمل، ولكنه عمل مادي وليس تصرف قانوني، لأنه سابق على مرحلة إبرام العقد وأن
الوسيط لا يشارك في إبرام العقد المزعّم إبرامه أو الصفقة المراد إتمامها، لا باسم العميل الموسط ولا باسمه
هو². إذا فالمحل هو الشيء الذي يرد عليه التعاقد أو بعبارة أخرى هو المعقود عليه، فالوسيط يقوم ببذل

¹ - رائد أحمد خليل القره غولي، عقد الوساطة التجارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص71.

² - أحمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية السمسرة، مرجع سابق، ص42-43.

جهده في إيجاد متعاقد بالشروط المطلوبة من قبل الموسط، لذا يجب أن تنصرف إرادة الوسيط وإرادة الموسط إلى ذات الشروط لإمكانية التعاقد¹.

الوسيط لا تتجه إرادته إلى أحداث الأثر القانوني الذي تتجه إلى أحداثه إرادة الطرفين المتعاقدين إثر إبرام التصرف موضوع الوساطة وإنما تتجه إرادته إلى التوفيق بين هاتين الإرادتين لأجل إبرام التصرف نفسه، ودون أن يترتب في ذمته أي أثر من آثار التصرف، أي أن الوسيط هنا حتى لو قام بعملية مفاوضات بين الطرفين وقدم المشورة إليهما، وترتب في ذمته بعض الالتزامات والحقوق فإن مصدرها عقد الوساطة وليس التصرف القانوني الذي توسط في إبرامه².

ويشترط توفر شروط في المحل، وهي أن يكون ممكنا، معينا أو قابلا للتعين، أو يكون قابلا للتعامل فيه أي يكون مشروعاً.

كما جاء في المادة 93 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقاً³. والمادة 94 من ق.م.ج تنص على أنه إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا، وبكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط⁴.

ونشير إلى أنه في القانون الجزائري عقد الوساطة التجارية هو عقد غير مسمى وبالتالي فالحديث عن الأجرة هو الحديث عن المحل في العقود عموماً، أي نسقطها على القواعد العامة للعقود، فالمحل كركن من أركان العقد لا يقتصر فقط على العمل بل يشمل موضوع الالتزام في العقد، أي الشيء أو الأداء الذي يلتزم به الطرف أو الأطراف، وهذا يعتمد على طبيعة العقد نفسه، فعقد الوساطة التجارية قد يقوم الوسيط

¹ - رائد أحمد خليل القره غولي، عقد الوساطة التجارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 77.

² - أحمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية السمسرة، مرجع سابق، ص 42-43.

³ - المادة 93 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، ع 78، ص 595.

⁴ - المادة 93 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، ع 78، ص 595.

فيه بخدمة (التزام بأداء عمل) أو عقد مالي (البيع أو الشراء أو الإيجار)، فالمحل هنا بالنسبة للطرفين يختلف، فعند الطرف الذي يؤدي العمل يكون المحل هو العمل، أما الطرف الذي يدفع المقابل أو العمولة لقاء الخدمة المقدمة فالمحل هنا هو الأجرة أما في العقود المالية فالمحل بالنسبة للبائع أو المؤجر هو ما جرى عليه العقد، أما بالنسبة للطرف الآخر فهو الثمن أو الأجرة.

وباستقاط ذلك على عقد الوساطة التجارية، فالوسيط التجاري يلتزم ببذل الجهد في الخدمة أو البحث عن شريك لإتمام الصفقة أو غيرها من مهام الوسيط، وفي المقابل يلتزم الموسط بدفع الأجرة أو العمولة في حال تحقق الشرط المتفق عليه.

وقال في ذلك المشرع الإماراتي في المادة 201 من قانون المعاملات المدنية: "أنه إذا كان المحل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً"¹. وجاءت المادة 199 تنص على أنه يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه². كما نصت المادة 205 على أنه³:

- يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد.

- فإن منع القانون التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.

وفيما يخص الأجرة في القانون الإماراتي فقد جاءت المواد من 253 إلى 260⁴ من مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية تنص على أحكامها.

المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي لا يجوز أن يخرج العقد عن النظام العام لا بشروطه ولا بالغرض منه، سواء كان ذلك معلوماً لجميع الأطراف أم لا⁵.

¹ - المادة 201 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية، ج.ر، ع158، ص148.

² - المادة 199 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية، ج.ر، ع158، ص33.

³ - المادة 205 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية، ج.ر، ع158، ص34.

⁴ - المادة 253 و 254 و 255 و 256 و 257 و 258 و 259 و 260 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) الصادر بتاريخ 7 ربيع الأول 1444هـ الموافق لـ 3 أكتوبر 2022م بإصدار قانون المعاملات التجارية، الإمارات العربية المتحدة، ص48.

⁵ - "Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties", Article 1162 Modifié par

وجاءت المادة 1163 تنص على أنه "موضوع الالتزام هو أداء حاضر أو مستقبلي.

ويجب أن يكون هذا ممكنا ومحددا أو قابلا للتحديد.

وتكون الخدمة قابلة للتحديد عندما يمكن استخلاصها من العقد أو بالرجوع إلى الممارسات أو العلاقات السابقة بين الأطراف، دون الحاجة إلى اتفاق جديد بين الأطراف¹".

أما في الأنظمة في القوانين الأمريكية فهي لا تنظر إلى محل العقد كعنصر أساسي، وبالتالي فهي لا تنظمه في مواد خاصة أو نصوص قانونية محددة مثل التشريعات الجزائرية والفرنسية والإماراتية، إنما يتم التعامل مع مفهومه من خلال السوابق القضائية والتي تعتمد على السياسة العامة والاعتبار والغرض الذي يتم من أجله إنشاء العقد.

ثالثا: السبب

إن عقد الوساطة التجارية من العقود الرضائية وهو ما يحتاج إلى سبب تتجه إليه ارادة المتعاقدين، والسبب يتطلب شروطا تشتمل صحته وإن كان الأصل في السبب في عقد الوساطة التجارية لا يشترط سوى المشروعية إلا أنه سيتم التطرق لباقي الشروط فيما يلي:

جاء في المادة 97 من القانون المدني الجزائري: "إذا التزم التعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطل"².

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Sous-section 3: Le contenu du contrat, Section 2: La validité du contrat, Chapitre II: La formation du contrat, Sous-titre 1: Le contrat, Titre 3: Des sources d'obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, code civil.

¹ - "L'obligation a pour objet une prestation présente ou future...", Article 1163 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Sous-section 3: Le contenu du contrat, Section 2: La validité du contrat, Chapitre II: La formation du contrat, Sous-titre 1: Le contrat, Titre 3: Des sources d'obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, code civil.

² - المادة 97 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، ع78، ص995.

والمادة 98 تنص على: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، مالم يقيم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه"¹. فالمشرع الجزائري هنا يأخذ بالسبب ويجعله أمراً جوهرياً في التعاقد كغيره من القوانين، بحيث لو تخلف أو كان غير مشروع وقع العقد باطلاً، كما أن المشرع أخذ بالنظرية الحديثة في السبب، حيث يعتبر هو الباعث على التعاقد (Cause impulsive) لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد (Cause finale)، وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث، ولا بد أن يكون السبب معلوماً من المتعاقد الآخر، فإذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس في استطاعته أن يعلم به، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به، و يكون العقد صحيحاً، و يقوم لا على الإرادة الحقيقية فهي غير مشروعة، ولكن على الإرادة الظاهرة، شأنه في ذلك شأن العقد الذي يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به².

أما في القانون الإماراتي فجاءت المادة (207) تنص على أن³:

- 1 - السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد.
 - 2 - ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب.
- وأضافت المادة (208) بأنه⁴:

- 1 - لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة للمتعاقدين.
- 2 - ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقيم الدليل على غير ذلك.

¹ - المادة 98 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، ع78، ص995.

² - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، ط1، ج1، 1952م، ص382، 383.

³ - المادة 207 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية الصادر بتاريخ 3 ربيع الثاني 1406هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1985م، ج.ر، ع158، الإمارات العربية المتحدة، ص34.

⁴ - المادة 208 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية، ص34.

وكانت المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016 تنص على أن للعقد أربعة أركان، هي الرضا والأهلية والمحل والسبب، ونصت المادة 1128 بعد التعديل على أنه يعتبر ضروريا لصحة العقد: موافقة الأطراف، وأهليتهم للتعاقد، والمحتوى القانوني المحدد للعقد. أما المادة 1131 قبل التعديل فتقضي بأن الالتزام بغير سبب، أو لسبب كاذب أو لسبب غير مشروع لا يكون له أي تأثير، وبعد التعديل، نصت المادة 1162 على أن العقد لا يمكن أن يمس بالنظام العام، سواء في نصوصه أو أغراضه، وسواء كانت تلك الأغراض معروفة لكلا الطرفين أم لا¹.

وقد ترك المشرع الفرنسي التعريف للفقه والقضاء ومن نص المادة 1162 لم يعد المحل والسبب شرطان من شروط العقد وبالتالي لم يعد يشملهما مفهوم النظام العام وذلك بديهي نتيجة إلغائهما من أركان ووضع محلها مضمون العقد، كما أن المادة لم تنص على الآداب العامة التي كانت تقتزن بالنظام العام في كثير من النصوص وهذا ما خالف المادة 06 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على المفهومين معا، ففكرة مضمون العقد من الأفكار المستحدثة في القانون المدني الفرنسي حيث لم يشهدها التشريع ولا الفقه، لكن الفكرة مألوقة في القانون المقارن سواء في الاتحاد الأوروبي أو في الدول التي تتبع المنهج "الإنجلوسكسوني" وقد ولدت فكرة مضمون العقد حيرة واريابك ليس لدى الفقه الفرنسي فحسب وإنما في دول أخرى نهجت المنهج الفرنسي في تشريعاتها لاسيما الدول العربية².

انتهج المشرع الأمريكي نفس الأمر فلم يأخذوا بالسبب في العقد، وهو ما يطلق عندهم على (الاعتبار Consideration)، كركن في العقد، وذلك لأن الاعتبار يعتبر ركن جوهر في العقد في القانون الأمريكي، وهذا ما أثار جدلا كبيرا في الفقه في تحديد عنصره الأساسي من خلال تعريفه وتحديدته بشكل غير قابل للشك أو التعارض والترجيح.

¹ - صادقي عباس، تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي)، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، المركز الجامعي الشيخ أمود بن مختار، عدد خاص، إيليزي، الجزائر، ماي 2018م، ص 130.

² - حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، مفهوم ومشروعية مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، مجلة الفكرة القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، ع 2، م 6، الأغواط، الجزائر، 2022م، ص 1423.

ويعتبر الغرض المشروع المراد تحقيقه من العقد مسألة جوهرية ليس فقط في نظر القانون والفقه الأمريكي وإنما كذلك أكدت السوابق القضائية على ذلك الغرض، خصوصا وإن هذا القانون يقوم في أساسه على السوابق القضائية والطريقة الاستقرائية في الوصول إلى الأحكام، ومن هذه السوابق القضائية المتعلقة بالمحل أو الغرض من التعاقد النص التالي: (..أحدى النتائج الواضحة والتي تتبع من هذا المبدأ هو أن المحكمة سوف لن تساعد الشخص على استرداد ثمن مادة أو سلعة وهو عالم عندما باعها بأنها تباع لأجل غرض غير أخلاقي أو غير قانوني)¹.

ويتعين من خلال المواد القانونية التي تم التطرق إليها أنه يجب أن يكون السبب أو الدافع لإبرام العقد محاطا بعدة شروط حتى يتم العقد وفقا للقانون ويكون صحيحا وتترتب عليه آثاره الكاملة. لذا فوفقا لما تم دراسته في القوانين محل الدراسة، وبما يعمل عليه الفقهاء القانونيون، فعموما الشروط التي يجب أن تتوفر في السبب تتضمن (وجود السبب، مشروعيته، وصحته)، وهو ما أكدت عليه النصوص القانونية.

ومما سبق فإن عقد الوساطة التجارية في الفقه الإسلامي ينعقد بأركان العقود الشرعية (الصيغة، العاقدان، المعقود عليه)، أما في القانون الوضعي فينعقد وفقا لأركان العقد في القوانين المدنية والتجارية.

إن ركن الصيغة في الفقه الإسلامي والذي يتضمن الإيجاب والقبول من طرفي العقد، بما يعبر عن رغبتهما في العقد، ويأتي معه عنصر التراضي في ركن العاقدان، فالصيغة يجب أن تتم بتراضي الأطراف المتعاقدة في الفقه الإسلامي وهو نفسه ما أشار إليه القانون الوضعي في القوانين محل الدراسة بركن الرضا، وكلاهما يشير إلى الرضا الواضح أو الضمني ففي الفقه الإسلامي قد تكون الصيغة والتراضي بعدة طرق سواء بالكلام أو الإشارة أو غيرها وهو ما تكلمت عنه أيضا القوانين الوضعية التي أشرنا إليها في الرضا الصريح أو الضمني، وكلاهما يعتبر الصيغة والرضا بكل الطرق ومن بينها الطرق الحديثة في عقد العقود الإلكترونية. انفرد الفقه الإسلامي بوضع ركن العاقدان مبرزا أهليته والتراضي الذي يكون منهما لإبرام العقد في حين لم تفصل القوانين الوضعية في ذلك ولم تجعل العاقدان ركنا أساسيا في العقد بل تناولت الأهلية القانونية (الشخصية القانونية) سواء للأفراد أو الشركات، في حين اقتصر الفقه الإسلامي على الاعتراف

¹ - علي يوسف صاحب العكيلي، التأصيل الفقهي والتشريعي للتعاقد في النظام القانون الأمريكي، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والانسانية، جامعة بابل، ع43، العراق، 2019م، ص2246.

بالشخصية القانونية للأفراد أما الشخصية المعنوية فلا زالت محل خلاف، وعلى هذا الأساس يعتبر القانون الوضعي أكثر مرونة في استيعاب الشخصيات الاعتبارية في العقود، إلا أن حاله حال الفقه الإسلامي فيما يخص الوسائل الحديثة التي تلعب دور الوسيط والتي لم يحدد ما إذا كانت لها شخصية قانونية أو اعتبارية أو إلكترونية، أو أنها تعامل على أساس أنها وسيلة فقط ولا يعترف بأهليتها.

ونشير إلى أن كلا النظامين الفقهي والقانوني يجعلان ركن المعقود عليه (في الفقه) والمحل (القانون الوضعي) من أركان عقد الوساطة التجارية (باستثناء المشرع الأمريكي الذي لم يعتبره ركناً وإنما أخضعه إلى أحكام السوابق القضائية)، فاشتروا فيه أن يكون مشروعاً يراعي الضوابط الفقهية والقانونية. فالفقه الإسلامي يجعل ركن المعقود عليه يشمل الثمن والمثمن (الأجرة والعمل) وجعل له أحكاماً خاصة تحكمه وشروطاً تضبطه، أما في القانون الوضعي فمحل العقد يعتبر موضوع العقد فمفهومه أوسع مما عليه في الفقه الإسلامي، فيشمل بدوره أوسع نطاق من الخدمات المقدمة، السلع، الحقوق المالية... وغيرها.

أما فيما يخص ركن السبب الذي انفرد به القانون الوضعي ووضح أحكامه بل وجعله ركناً لانعقاد العقد وأحاطه بشروط خاصة من مشروعية ووجود، ولا نجد في الفقه الإسلامي كعنصر مستقل وإنما يندرج ضمن مشروعية وغاية العقد في ذاته، وكلاهما يشتركان في أنه في حال كان السبب أو الغاية من إبرام العقد غير مشروعين فالعقد لا يعتبر شرعاً ولا قانوناً ويطل أو يصبح قابلاً للإبطال. ويمكن أن نستنتج هنا أن السبب لم يدرج في الفقه الإسلامي ولكنه يربطه بالمقاصد الشرعية بينما يربطه القانون الوضعي بالنظام العام.

المبحث الثاني: انتهاء عقد الوساطة التجارية فقها وقانونا

يعد انتهاء كل العقود المصير المحتوم لها، وهو من المسائل المهمة التي تستدعي دراستها فقها وقانونا، لما يترتب عليها من آثار بعد العقد، وعقد الوساطة التجارية لغيره من العقود يخضع لمجموعة من السباب التي تؤول به إلى الانتهاء أو الانقضاء، سواء في الفقه أو في القانون.

ولذلك سنوضح أسباب انتهاء العقد من منظور فقهي و قانوني فيما يلي:

المطلب الأول: انتهاء عقد الوساطة التجارية في الفقه الإسلامي

عقد الوساطة التجارية في صورته التقليدية وهي السمسرة في الفقه الإسلامي قد يكون عقدا جائزا أو لازما وذلك حسب تكييفه، حيث إذا تم تكييفه كجعالة فهو عقد جائز، ويمكن فسخه قبل أن يتحقق المراد من عقده، أما إذا تم تكييفه على أنه إجارة فهو عقد لازم ملزم للطرفين منذ الاتفاق. ويختلف تطبيق ذلك بين المذاهب الأربعة.

إذا كان العقد لازما فهو من قبيل الإجارة فلا يحق فسخه، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء في عقد الإجارة¹. ولكنهم اختلفوا فيما ينفسخ به، فذهب المالكية، والشافعية، إلى أنه لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة. وقال أبو حنيفة، أنه يجوز فسخ عقد الإجارة للعدر الطارئ على المستأجر².

وعقد الإجارة كعقد لازم ليس لأحدهما فسخه بعد عقده، إلا أن يكون عيب في المعقود عليه يمنع استيفاء المنفعة³، لأن العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها، فملك به الفسخ، دفعا للضرر عن كل واحد من العاقلين⁴، ففي حالة الإجارة على المكاتب، وعند عجز المكاتب بعد ما استأجر شيئا أنه

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص177. أنظر: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص253. أنظر: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج3، ص438.

² - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، ج4، القاهرة، مصر، 1425هـ-2004م، ص14، 15.

³ - القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن حزم، ط1، ج2، 1420هـ-1999م، ص652.

⁴ - ابن قدامة، المغني، ج8، مرجع سابق، ص23.

يوجب بطلان الإجارة بلا خلاف؛ لأن الأجرة استحققت من كسب المكاتب، وبالعجز يبطل كسبه¹، وفي هذا العنصر يمكن أن نستنتج أن العجز عن استيفاء المنفعة أو دفع الأجرة يؤدي إلى انتهائها.

ويصح الفسخ لو رضي الطرف الآخر بالفسخ ويكون من قبيل الإقالة، لأنه معاوضة المال بالمال فكان محتملاً للإقالة كالبيع².

ويقصد بالإقالة اصطلاحاً توافق إرادتي طرفي العقد على رفع العقد، وإلغاء حكمه وآثاره قبل الموعد المتفق على انتهائه فيه³. وأما معناها شرعاً فهي رفع العقد، وهو تعريف للأعم من إقالة البيع، والإجارة، ونحوهما، وشرائط صحتها فمنها رضا المتعاقدين لأن الكلام في رفع عقد لازم، وأما رفع ما ليس بلازم فلمن له الخيار بعلم صاحبه لا برضاه، ومنها بقاء المحل لما سيأتي أن المبيع إذا هلك لم تصح الإقالة، ولا يشترط لصحتها بقاء المتعاقدين (أي في نفس المجلس)، ومنها اتحاد المجلس، وعليه إذا جاء الدلال بالثمن إلى البائع بعدما باعه بالأمر المطلق فقال البائع لا أدفعه بهذا الثمن فأخبر به المشتري فقال أنا لا أزيدُه أيضاً لا ينفسخ لأنه ليس من ألفاظ الفسخ لأن اتحاد المجلس في الإيجاب، والقبول شرط في الإقالة، ولم يوجد⁴.

ولا يخفى أنه لا حاجة إلى التقايل فيما لو كانت العلاقة بين الوسيط ومن وسطه مجرد عقد وساطة، دون أن يقترن التزام الوسيط بتحديد مدة معينة يباشر فيها جهوده، لأنه يصبح إجارة إذا اقترنت بتحديد مدة معينة، وبالتالي تجري عليه أحكام الإجارة، ومنها لزوم هذا العقد وبالتالي يمكن جريان التقايل فيه⁵.

والتقايل مشروع، بل يندب للعاقد أن يقبل صاحبه إذا طلب منه إقالته وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم: {مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتُهُ}⁶. ويترتب على إنهاء العقد بالتقايل رفع آثاره من تاريخ

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص223. أنظر: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص264. أنظر: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج3، ص484.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص222. أنظر: ابن عرفة، المختصر الفقهي، مرجع سابق، ج8، ص301.

³ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، ط2، ج5، الكويت، 1404هـ، ص324.

⁴ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كن الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، ج6، مرجع سابق، ص110.

⁵ - إبراهيم علوان، عقد السمسرة وآثاره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص145.

⁶ - أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في فضل الإقالة، ج5، مرجع سابق، ص328.

التراضي على إنجائه، لأن عقد الإجارة عقد زمني، فيقبل الفسخ فيما بقي من الزمن دون ما مضى فإذا كان الفسخ بعد استيفاء بعض المنفعة قسم المسمى من الأجرة على ما استوفى وعلى ما بقي، فما قابل المستوفى استقر في ذمة الموسط، ولزمه أدائه، وما قابل الباقي سقط ويرجع في تقدير الجهد الذي بذله السمسار وتقويمه إلى أهل الخبرة¹.

ومما تفسخ به الإجارة هنا انقضاء المدة إلا لعذر؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية فتفسخ الإجارة بانتهاء المدة². لأن الإجارة عقد لازم، يقتضي تملك المؤجر الأجر، والمستأجر المنافع، فإذا فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء مدتها، وترك الانتفاع اختياراً منه، لم تفسخ الإجارة، والأجر لازم له، ولم يزل ملكه عن المنافع، كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه. وذلك لأنه عقد لازم من الطرفين، فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه. وإن فسخه، لم يسقط العوض الواجب عليه، كالبيع³.

كما تفسخ الإجارة بموت أحدهما؛ لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت، لأنه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر، فإذا مات زال ملكه عن العين، فانتقلت إلى ورثته، فالمنافع تحدث على ملك الوارث، فلا يستحق المستأجر استيفاءها؛ لأن ما عقد مع الوارث، وإذا مات المستأجر، لم يمكن إيجاب الأجر في تركته⁴، فالأصل أن الإجارة تبطل بموت المعقود له، ولا تبطل بموت العاقد، وإنما كان كذلك لأن استيفاء العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب تغيير موجب العقد؛ لأن من وقع له إن كان هو المؤجر فالعقد يقتضي استيفاء المنافع من ملكه، ولو بقيناه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره، وهذا خلاف مقتضى العقد، وإن كان هو المستأجر فالعقد يقتضي استحقاق الأجرة من ماله، ولو بقي العقد بعد موته لاستحققت الأجرة من مال غيره، وهذا خلاف موجب العقد⁵. عكس الشافعية فلا تفسخ بموت

¹ - شرف بن علي الشريف، الإجارة الواردة على عمل الإنسان (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في فرع الفقه وأصوله، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1397هـ، ص305.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص223.

³ - ابن قدامة، المغني، ج8، مرجع سابق، ص23.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، ص44.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص222. أنظر: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص262.

المتعاقدين، والمالكية أيضا قالوا بذلك¹. كما تنفسخ الإجارة بموت الدابة والأجير المعينين وكذا أي مُعين غيرهما، ولا فرق بين أن يكون الموت بآفة سماوية أو غيرها كإتلاف المستأجر². فعند هلاك المستأجر، والمستأجر فيه لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن في بقاء العقد فائدة³. ينهي العقد ويفسّخه.

أما في حال كان العقد جائزا فهو من قبيل الجعالة، وتسري عليه أحكام عقد الجعالة، فهي عقد جائز، لكل واحد منهما فسخها، قبل الشروع في العمل⁴. ولكن محل الخلاف بين الفقهاء في الفسخ الشروع في العمل. فهو على قولين:

الأول: أن للموسط والوسيط حق الفسخ مطلقا سواء كان ذلك قبل الشروع في العمل أو بعده، إلا في حال إتمام العمل فلا يتم الفسخ لأن العقد أصبح لازما. وهذا قول الحنابلة والشافعية.

فعند الشافعية، لكل واحد من المالك والعامل فسخها قبل تمام العمل، فأما بعد تمام العمل، فلا أثر للفسخ، لأن الدين قد لزم. ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع في العمل، فلا شيء للعامل⁵. وأيدهم في ذلك الحنابلة، فأيهما فسخ قبل الشروع في العمل فلا شيء للعامل، وإن فسخه العامل قبل تمام العمل، فلا شيء له، لأنه إنما يستحق بعد الفراغ من عمله وقد تركه، أما إن تم العمل، لزم العقد ووجب الجعل؛ لأنه استقر بتمام العمل⁶.

¹ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج3، ص485. أنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، مرجع سابق، ص15، 16.

² - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، المرجع السابق، ص484.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص223. أنظر: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص262. أنظر: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص484.

⁴ - المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق، ج16، ص171. أنظر أيضا: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، مرجع سابق، ص374. أنظر أيضا: ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ج2، ص187. أنظر: الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مرجع سابق، ج4، ص82.

⁵ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج5، ص273. أنظر أيضا: ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، المرجع السابق، ج2، ص187.

⁶ - ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، المرجع السابق، ج2، ص187.

بمعنى أن لكل منهما أي المالك والعامل (الفسخ قبل تمام العمل) لأنه عقد جائز من الطرفين، أما من جهة الملتزم فلأنها تعليق استحقاق بشرط فأشبهت الوصية، وأما من جهة العامل فلأن العمل فيها مجهول فأشبهت القراض¹.

الثاني: أن للوسيط والموسط حق فسخ العبد قبل الشروع في العمل، أما بعد الشروع في العمل فيحق فقط للوسيط، ولا يحق للموسط. وهو الظاهر المالكية.

فتلزم الجاعل فقط دون العامل بالشروع في العمل².

ولعل الراجح بين القولين هو قول الحنابلة والشافعية، بأن للوسيط والموسط الحق في الفسخ قبل الشروع في العمل أو بعده، كون العقد عقد جائزاً، لا يلزم إلا بتمام العمل.

أما فيما يخص الأجرة ففي حال كانت الوساطة التجارية لازمة أي انها تؤخذ من قبيل الإجارة، فقد سبق ووضحنا أنه لا يجوز فسخها، ولو فسخ الوسيط فيلزم بإتمام العمل، ولو فسخ الموسط فتلزم عليه الأجرة.

أما في حال كانت غير لازمة أي جائزة وهي من قبيل الجعالة، فالأجرة عند الشافعية تلزم بتمام العمل، ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع في العمل، فلا شيء للعامل. وإن كان بعده، وإن كان بعده، فإن فسخ العامل، فلا شيء له، لأنه امتنع باختياره ولم يحصل غرض المالك. وإن فسخ المالك، فوجهان. أحدهما: لا شيء للعامل كما لو فسخ بنفسه. والصحيح، أنه يستحق أجرة المثل لما عمل، وبهذا قطع الجمهور، وعبروا عنه بأنه ليس له الفسخ حتى يضمن للعامل أجرة مثل ما عمل، ولو عمل العامل شيئاً بعد الفسخ، لم يستحق شيئاً إن علم بالفسخ. فإن لم يعلم، بني على الخلاف في نفوذ عزل الوكيل في غيبته قبل علمه³.

¹ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج5، ص273.

² - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مرجع سابق، ج4، ص82.

³ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج5، ص273.

فإنما يتصور الفسخ ابتداءً من العامل المعين. وأما غيره فلا يتصور الفسخ منه إلا بعد الشروع في العمل، وتقدم أنه لا يشترط قبول العامل فيؤول الفسخ في حقه بالرد، وخرج بقوله قبل تمام العمل ما بعده فإنه لا أثر للفسخ حينئذ للزوم الجعل، فإن فسخ المالك أو العامل المعين قبل الشروع (في العمل) أو فسخ العامل بعد الشروع (فيه) فلا شيء له في الصورتين. أما الأولى فلأنه لم يعمل شيئاً، وأما في الثانية فلأنه لم يحصل غرض المالك، سواء أوقع العمل أم لا، لأن النقص فسخ من المالك لا من العامل¹.

أما عند الحنابلة فمتى فسخها العامل، لم يستحق شيئاً، وإن فسخها الجاعل بعد الشروع، فعليه للعامل أجره عمله². يعني أنه في حال فسخ الجاعل العقد بعد التلبس به، فعليه أجره ما عمل العامل؛ لأنه إنما عمل بعوض لم يسلم له، وإن تم العمل، لزم العقد ووجب الجعل؛ لأنه استقر بتمام العمل³.

والعقد إذا كان من قبيل الجعالة فإنه يصح لكل من طرفيه انخاؤه، فيصح للوسيط والموسط الذي وسطه إنهاء العقد بأي الأسباب أو من دونها، فينفسخ العقد إذا كان جائزاً بإرادة أي طرف شاء ذلك.

المطلب الثاني: انتهاء عقد الوساطة التجارية في القانون الوضعي

إن انتهاء عقد الوساطة التجارية يدور في مضمون في القانون الوضعي حول زواله بعد إبرامه، وانقضاء الالتزامات التي ترتبت بين الوسيط التجاري ومن وسطه، ويعتبر هذا الانتهاء مصيراً محتوماً لكل العقود الواردة على العمل.

وهناك فرق واضح بين الفسخ أو انحلال العقد، وبين انقضاء الالتزام، فالفسخ يؤدي إلى حل الرابطة التي كانت بين المتعاقدين، ويلغي الالتزامات القائمة بينهما. فهذا الفسخ يستلزم انقضاء الالتزامات التي كانت ناشئة بذلك العقد المنحل، ففسخ البيع مثلاً ينهي التزام المشتري بدفع الثمن، والتزام البائع بتسليم المبيع.

¹ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ص624.

² - المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار هجر، ط1، ج16، القاهرة، مصر، 1415هـ-1995م، ص171.

³ - ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ج2، ص187.

أما انقضاء الالتزام فيحصل إما بتنفيذ الالتزام ووصول كل ذي حق إلى حقه، وإما بسقوط عهدة التنفيذ، لزوال ما أوجبها.

فكل انحلال للعقد تنقضي به التزاماته السابقة، ولا يصح عكس ذلك، أي لا يلزم من انقضاء الالتزام انحلال العقد الذي أنشأه؛ إذ قد يكون الانقضاء بتنفيذ الالتزام الذي أوجبه، لا بسقوط العقد الموجب. وعلى هذا فتقايض العاقدين في المبيع والتمن هو انقضاء للالتزام بتنفيذ العقد، وليس هو فسخا أو انحلالا للعقد¹. ويعتبر العقد هنا قد انتهى نهاية طبيعية إذا ما تحقق الغرض الذي توخاه العاقدان بإبرامه بأن يؤدي كل واحد من طرفيه الالتزام الذي يرتبه العقد على عاتقه، فيقوم الوسيط بإحضار المتعاقد الذي يرم العقد مع الموسط، ويقوم هذا الأخير بإعطاء الوسيط الأجر الذي شرطه له والمتفق عليه.

وهناك أيضا ما ينهي العقد بطريقة غير عادية وهو ما يعرض العقد من أمور تعوق تنفيذه على النحو المتفق عليه بصفة مؤقتة أو بصفة دائمة، وبالتالي فالانتهاء غير العادي لعقد الوساطة التجارية قد يتحقق بإرادة المتعاقدين أو أحدهما، أو بأسباب خارج إرادة المتعاقدين². فتجدر الإشارة إلى أننا لن نفصل في ذلك على هذا الأساس وإنما سنتناول كل الأسباب التي تؤدي لانقضائه تباعا دون تقسيمات.

ونتناول انتهاء عقد الوساطة التجارية وفقا لما جاء في القوانين المدنية للتشريعات محل الدراسة، وفقا لما يلي:

الفرع الأول: الفسخ

نظم المشرع الجزائري نظرية انتهاء العقد في المواد 119 وما يليها من القانون المدني، تحت عنوان انحلال العقد، بالإضافة إلى المادة 107، وتعد هذه المواد أساسية لتنظيم النظرية العامة لفسخ العقود الملزمة للجانبين، ونعتبر عقد الوساطة التجارية من بين هذه العقود كون المشرع الجزائري لم ينص عليه صراحة ولم يضبطه بقانون ومواد خاصة تنظمه، أي أنه يخضع في أحكامه للقواعد العامة للعقود، من حيث إبرامها وانتهائها. كما أن المشرع الجزائري لم ينص عما يتعلق بالزامية العقد صراحة، فلم يتطرق لطبيعة هذا العقد،

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص203.

² - إبراهيم علوان، عقد السمسرة وآثاره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، ط1، الإسكندرية، مصر، 2009م، ص143، 144.

وبالتالي فهو يخضع للاتفاق بين الطرفين في العقد نفسه، وفقا لمبدأ حرية التعاقد المنصوص عليها في القانون المدني. فإذا كان القانون ملزما للجانبين فنطبق عليه المواد التي تنظم انحلاله وانتهائه بطرق متعددة.

فالمقصود بفسخ العقد أنه حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين نتيجة اخلال الطرف الآخر بالتزاماته.

ووفقا للمادتين 119 و 120 من القانون المدني الجزائري، فإن الفسخ قد يكون أمام القضاء (الفسخ القضائي)، وقد يكون باتفاق الطرفين (الفسخ الاتفاقي).

والمرجع الجزائري في المادة 119 الفقرة 1 من القانون المدني نص على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"¹. وجاء في الفقرة 2 من نفس المادة: "ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"².

فالمرجع هنا يمنح الدائن حق الاختيار في أن يطالب المدين بتنفيذ العقد، أو أن يقوم بفسخه قضائيا مع التعويض، فالفسخ هنا هو أحد الحلول التي يتيحها القانون للمتعاقد المتضرر نتيجة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته، وبالتالي يعتبر الفسخ وسيلة لإنهاء العقد، وارجاعه إلى حالة ما قبل التعاقد، مع طلب التعويض.

كما يمكن للفسخ أن يكون باتفاق كل من الوسيط والعميل حيث أن المشرع الجزائري في المادة 120 الفقرة 1 من القانون المدني نص على: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي،

¹ - المادة 119 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، ع78، ص996.

² - المادة 119 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، ع78، ص996.

وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين¹. وتشير المادة هنا إلى الفسخ الذي يتم باتفاق الأطراف ودون اللجوء إلى القضاء، و.

كما نصت المادة 122 على أنه: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض"². فهذه المادة إلى جاب أنها تحدد الفسخ كوسيلة لإنهاء العقد فهي تحدد الآثار التي قد تترتب عن العقد، حيث تنص على أن المتعاقدين بعد الفسخ يعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وفي حال استحالة ذلك يتدخل الحكم القضائي بالتعويض.

ومن خلال النصوص السابقة وباعتبار عقد الوساطة التجارية، نخلص أنه إذا تخلف الوسيط في أثناء تنفيذه لعقد الوساطة التجارية، عن أحد الالتزامات التي تقع على عاتقه ويرتبها العقد، يحق للعميل في هذه الحالة أن يطالب الوسيط بتنفيذ الالتزامات التي يربتها عليه عقد الوساطة التجارية، أو أن يطالبه بفسخ العقد المبرم بينهما، ويكون ذلك بعد إعدار العميل للوسيط³.

ويتم اللجوء إلى طلب الفسخ سواء من جانب العميل، أو الوسيط في الحالات التي لا يجوز فيها تنحي الوسيط من تلقاء نفسه، أو تلك التي لا يجوز للعميل فيها عزل الوسيط، حيث يلجأ الوسيط أو العميل إلى الفسخ إذا توافرت شروطه حتى يتمكن من مطالبة الطرف الثاني إلى جانب الفسخ بالتعويض، أو إذا أراد أن يتوخى عدم رجوع الطرف الآخر عليه للمطالبة بالتعويض⁴.

أما في التشريع الإماراتي فقد جاء في المادة 267 ما يلي: "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون"⁵. فقد حددت المادة أن العقد في حال أبرم بشكل صحيح، يصبح ملزماً للأطراف ولا يمكن فسخه أو تعديله

¹ - المادة 120 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، ع78، ص996.

² - المادة 122 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، ع78، ص996.

³ - النعيمي سحر رشيد حميد، الاتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 2004م، ص144.

⁴ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام)، دار احياء التراث العربي، مرجع سابق، ج1، ص694.

⁵ - المادة 267 قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية، ص46.

إلا في حال الاتفاق على ذلك أو في حال حكم قضائي، وهذه المادة تشير إلى أن أحد طرق انتهاء العقود في الفسخ سواء كان بالتراضي بين الأطراف أو بالتقاضي.

ففي حالة الاتفاق بين الأطراف على إنهاء العقد، جاءت المادة 268 تنص على أنه: "للمتعاقدین أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده"¹.

وجاءت المادة 269 تنص على أن "الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد"². وجاءت المادة 270 تنص على أنه: "تتم الإقالة بالإيجاب والقبول في المجلس وبالتعاطي بشرط أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد المتعاقد وقت الإقالة ولو تلف بعضه صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من العوض"³. فالإقالة هي حالة من حالات الفسخ وفقاً للمشرع الإماراتي حتى دون وجود أي إخلال بالتزامات الأطراف تجاه بعضهم البعض، فهي تتم بتراضي الأطراف بعد انعقاد العقد.

وجاءت المادة 271 على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعني من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً على الإعفاء منه"⁴. وتنص المادة هنا على الفسخ باتفاق الأطراف والذي يتم مسبقاً في حال عدم الوفاء بالتزامات، مع بقاء الإعذار في حال لم يتفقا على إسقاطه.

كما جاءت المادة 272 لتعزز ما سبق تنص على أنه⁵:

1- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد

الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه.

2- ويجوز للقاضي أن يلزم المدين بالتنفيذ للحال أو ينظره إلى أجل مسمى وله أن يحكم بالفسخ

وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى.

¹ - المادة 268 قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية، ص 46.

² - المادة 269 قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية، ص 46.

³ - المادة 270 قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية، ص 46.

⁴ - المادة 271 قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية، ص 47.

⁵ - المادة 272 قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية، ص 47.

فتوضح المادة الأحكام الجوهرية للفسخ في العقود الملزمة للجانبين، فهي تمنح المتعاقد المتضرر من عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته الحق في إعداره بالتنفيذ أو الفسخ، فصورة انتهاء العقد هنا تكون بالفسخ في حال عدم تنفيذ الالتزامات المطلوبة، وللقاضي السلطة في أن يطالب ويحكم بالفسخ مع التعويض في حال اقتضى الأمر ذلك.

كما نصت المادة 255 من قانون المعاملات التجارية: "إذا فسخ العقد الذي توسط السمسار في إبرامه، جاز للسمسار المطالبة بأجره أو الاحتفاظ به إن كان قد قبضه إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم من جانبه"¹.

فالسمسرة كما بينا سابقا عند المشرع الإماراتي هي القيام بعمليات الوساطة، وبالتالي فالمشرع الإماراتي في هذه المادة يعزز ويعترف بالفسخ كأحد صور انتهاء العقد.

أما في القانون المدني الفرنسي فقد جاء في انحلال العقود في فصل عدم تنفيذ العقد، جاءت المادة 1224 تنص على أن: "الفسخ ينتج إما عن تطبيق شرط فسخ أو في حالة عدم التنفيذ الجسيم، عن إشعار من الدائن للمدين أو قرار من المحكمة"². فالمادة تتحدث عن الفسخ وأنه إحدى الطرق التي تنقضي بها العقود، كما وضحت كيف يمكن أن يكون هذا الفسخ إما نتيجة شرط فسخ تم الاتفاق عليه مسبقاً، أو بسبب عدم التنفيذ الجسيم للالتزامات من أحد أطراف العقد، مما يؤدي إلى إشعار أو قرار قضائي يحكم بفسخ العقد.

وفي المادة 1225 جاء ما يلي: "تنص الفقرة القابلة للفسخ على الالتزامات التي يؤدي عدم تنفيذها إلى فسخ العقد.

¹ - المادة 255 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية، ع 737 (ملحق 1)، ص 48.

² - Article 1224 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Section 5: L'inexécution du contrat, Chapitre IV: Les effets du contrat, Sous-section 4: La resolution, Titre III: Des sources d'obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, code civil.

الفسخ مشروط بإنذار بالتنفيذ لم تتم الاستجابة له، إذا لم يتم الاتفاق على أن الفسخ سينتج عن عدم التنفيذ فقط. لا يكون لإشعار الامتناع أي تأثير إلا إذا ذكر فيه الفقرة القابلة للفسخ بشكل صريح"¹. وبالتالي فالمشرع يشترط وضوح الشروط الفاسخة في العقود، حتى يكون لها تأثير في فسخ العقد.

المادة 1226 تنص على: "يمكن للدائن، على مسؤوليته الخاصة، إنهاء العقد عن طريق الإخطار. ما لم تكن هناك حالة طارئة، يجب عليه أولاً أن ينذر المدين المتعثر لتلبية التزامه في مدة معقولة.

يجب أن يتضمن الإنذار بشكل صريح أن المدين في حال عدم وفائه بالتزامه، يكون للدائن الحق في إنهاء العقد.

عندما تستمر حالة عدم التنفيذ، يقوم الدائن بإخطار المدين بإنهاء العقد مع توضيح الأسباب التي تبرر ذلك.

يمكن للمدين في أي وقت اللجوء إلى القاضي للطعن في إنهاء العقد. وفي هذه الحالة، يتعين على الدائن أن يثبت جدية عدم التنفيذ"².

¹ - "La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse...". Article 1225 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Section 5: L'inexécution du contrat, Chapitre IV: Les effets du contrat, Sous-section 4: La resolution, Titre III: Des sources d'obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, code civil.

² - "Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable...", Article 1226 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Section 5: L'inexécution du contrat, Chapitre IV: Les effets du contrat, Sous-section 4: La resolution, Titre III: Des sources d'obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, code civil.

وتنص هذه المادة على أنه يمكن للدائن أن ينهي العقد إذا لم يوف المدين بالتزاماته، شرط أن يوجه له إنذارا لتصحيح وتدارك الوضع خلال فترة زمنية معقولة، فإذا استمر المدين في عدم تنفيذه، يرسل الدائن إخطارا بإنهاء العقد مع تبيين الأسباب الدافعة لذلك، كما أنه يحق للمدين الطعن في القرار أمام القاضي، وفي المقابل يجب على الدائن إثبات خطورة وجسامة عدم تنفيذ الالتزام.

والمادة 1227 تنص على: "يمكن طلب إنهاء العقد في جميع الأحوال أمام القضاء"¹. ويمكن اعتبار المادة بأنها متعلقة بأحد أسباب انقضاء العقد، وهي حالة "الإنهاء" أو "الفسخ" نتيجة لعدم تنفيذ أحد الأطراف في العقد لالتزاماته، ففي هذه الحالة، يمكن للدائن أن يطلب إنهاء العقد بسبب إخلال المدين بالتزاماته، وذلك بعد إنذاره بتصحيح الوضع. فإذا استمر الإخلال في التنفيذ، يمكن اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإنهاء العقد.

والمادة 1228 من القانون المدني الفرنسي جاءت تنص على: "القاضي يمكنه، حسب الظروف، إما أن يثبت أو يعلن فسخ العقد، أو أن يأمر بتنفيذ العقد مع منح المدين مهلة إذا لزم الأمر، أو قد يقتصر على منح تعويضات مالية فقط"².

المادة 1229 جاءت على أنه: "الفسخ ينهي العقد.

¹ - "La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice", Article 1227 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Section 5: L'inexécution du contrat, Chapitre IV: Les effets du contrat, Sous-section 4: La resolution, Titre III: Des sources d'obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, code civil.

² - " Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts", Article 1228 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Section 5: L'inexécution du contrat, Chapitre IV: Les effets du contrat, Sous-section 4: La resolution, Titre III: Des sources d'obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, code civil.

يتم تفعيل الفسخ وفقاً للحالات المحددة في بند الفسخ، أو في تاريخ استلام المدين للإشعار المرسل من الدائن، أو في التاريخ الذي يحدده القاضي، أو في غياب ذلك، في يوم التبليغ بالدعوى القضائية.

عندما تكون المنافع المتبادلة بين الأطراف لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال التنفيذ الكامل للعقد المفسخ، يجب على الأطراف استرجاع كل ما حصلوا عليه من بعضهم البعض. أما عندما تكون المنافع المتبادلة قد تحققت بشكل تدريجي أثناء التنفيذ المتبادل للعقد، فلا داعي لاسترجاع ما تم استلامه خلال الفترة السابقة إلى آخر أداء لم يتلق مقابله. في هذه الحالة، يُعتبر الفسخ بمثابة إنهاء العقد.

تتم عمليات الاسترجاع وفقاً للشروط المنصوص عليها في المواد 1352 إلى 1352-9¹. فالفسخ هنا يعد إنهاءً للعقد، ويمكن أن يحدث هذا الفسخ في حالات محددة كالتالي يُنص عليها في العقد أو بعد إشعار من الدائن أو قرار من القاضي.

فإذا كانت المنافع لا تتحقق إلا عند تنفيذ العقد بشكل كلي، وجب على الأطراف إعادة كل ما حصلوا عليه من بعضهم البعض، أما في حال كانت المنافع قد تحققت أثناء تنفيذ العقد، فلا تتم إعادة ما تم بالفعل الحصول عليه، ويعتبر هذا الفسخ بمثابة إنهاء العقد عوضاً عن إلغائه كاملاً.

وقد لا ينتهي العقد كلياً حتى بالفسخ فتظل بعض الالتزامات سارية بين الأطراف وهذا ما جاءت به المادة 1230 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على: "الفسخ لا يؤثر على البنود المتعلقة بحل النزاعات، ولا على البنود التي تظل سارية حتى في حالة الفسخ، مثل بنود السرية وعدم المنافسة.

¹ - "La résolution met fin au contrat.

La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice...", Article 1229 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Section 5: L'inexécution du contrat, Chapitre IV: Les effets du contrat, Sous-section 4: La résolution, Titre III: Des sources d'obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, code civil.

بمعنى آخر، بعض الشروط تظل ملزمة للأطراف حتى بعد إنهاء العقد¹. فالفسخ هنا لا يلغي جميع الشروط أو البنود التي تم الاتفاق عليها بين الأطراف في العقد، فالبعض منها تظل سارية المفعول حتى بعد الفسخ، كأن يحتوي العقد على بند يحدد كيفية حل أي نزاع في حال حدوثه بين الأطراف، فيظل ساريا حتى بعد إنهاء العقد، وأيضا إذا تم الاتفاق على سرية المعلومات أو عدم المنافسة بين الأطراف حتى بعد انتهائه، يبقى هذا الالتزام معمولاً به حتى بعد الفسخ. وبالتالي، بعض الشروط تظل ملزمة حتى بعد فسخ العقد أو انتهائه.

كما جاءت وفي المادة 1220 من القانون المدني الفرنسي: "يمكن لأحد الأطراف تعليق تنفيذ التزامه عندما يصبح من الواضح أن الطرف الآخر لن ينفذ التزامه في الموعد المحدد، وأن عواقب هذا الإخلال ستكون خطيرة بما فيه الكفاية بالنسبة له. يجب أن يتم إشعار هذا التعليق في أقرب وقت ممكن"². فالانقضاء هنا يتعلق بعدم التنفيذ في الأجل المحدد، ففي حال لم يتم الوفاء بالالتزام فإن الأجل ينقضي وعليه فإن العقد قد انتهى بشكل غير رسمي في حال لم يتم تنفيذ الالتزام، وقد يكون هذا أيضا سببا في فسخ العقد في حال كانت عواقب عدم التنفيذ خطيرة بما يكفي.

¹ - "Termination" occurs when either party pursuant to a power created by [agreement](#) or law puts an end to the [contract](#) otherwise than for its breach. On "termination" all obligations which are still executory on both sides are discharged but any right based on prior breach or performance survives.

(4) "Cancellation" occurs when either party puts an end to the [contract](#) for breach by the other and its effect is the same as that of "termination" except that the cancelling party also retains any remedy for breach of the whole contract or any unperformed balance. Article 2-106 Sales (Definitions: "Contract"; "Agreement"; "Contract for sale"; "Sale"; "Present sale"; "Conforming" to Contract; "Termination"; "Cancellation", Part 1 Short Title, General Construction and Subject Matter, UCC.

² - Article 1220 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Section 5: L'inexécution du contrat, Chapitre IV: Les effets du contrat, Sous-section 1 : L'exception d'inexécution, Titre III: Des sources d'obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, code civil.

وحسب ما جاء في القوانين، والنصوص السابقة فإن هذه الفسخ يعد من بين أسباب انقضاء الالتزام في جميع العقود لذلك فهو ينطبق على عقد الوساطة التجارية باعتباره عقدا كسائر العقود الأخرى سواء كان هذه الفسخ بناءً على اتفاق أو بحكم قضائي، وأي كانت أسبابه، وجميع التشريعات تتفق في أن العقد ينقضي بفسخ.

الفرع الثاني: الاستحالة

قد ينتهي عقد الوساطة التجارية قبل تنفيذه، ولكن انتهاءه هنا يتفق مع القواعد العامة، ويكون ذلك في حالة استحالة تنفيذ عقد الوساطة التجارية والخروج عن الأهلية بفقدانها كلياً أو جزئياً أو بإشهار الإفلاس بالنسبة للوسيط والموسط وكذلك في حالة الفسخ وتحقيق الشرط الفاسخ¹.

فتنص المادة 307 من القانون المدني الجزائري على: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته"².

كما جاءت المادة 121 منه لتنص على أنه: "في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"³.

وتنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"⁴.

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، دار إحياء التراث العربي، مرجع سابق، م1، ص235.

² - المادة 307 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، ع78، 1007.

³ - المادة 121 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، ع78، ص996.

⁴ - المادة 176 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، ع78، ص999.

ومن خلال النصوص القانونية السابقة فإنه يتضح أنه إذا تم إبرام العقد بين الوسيط والموسط وبدأ الوسيط في تنفيذ العقد الذي بينهما ولكن أثناء ذلك، أصبح تنفيذ العقد مستحيلاً، فإن الالتزام ينقضي، والتزامات الوسيط تنتهي باستحالة تنفيذها ومن ثم تنتهي الوساطة.

والاستحالة المقصودة هي الاستحالة التامة أو المطلقة وهي إما أن تكون مادية، أي التي ترجع إلى الطبيعة، وإما أن تكون الاستحالة قانونية كصدور قرار من السلطات المختصة، ويتم تقدير الاستحالة وفقاً لمعيار موضوعي لا شخصي ألا وهو معيار الشخص العادي الذي يوجد في مثل هذه الظروف، هل يستطيع القيام بالمهمة المكلف بها أم لا¹.

كما يجب أن يكون سبب استحالة التنفيذ سبباً أجنبياً لا يد للوسيط فيه، كالقوة القاهرة، أو فعل الغير، أو خطأ العميل، حيث يقع على الوسيط عبء إثبات حدوث السبب الأجنبي الذي وقع وجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بالنسبة إليه لكي يتحلل من مسؤوليته، فإن توافرت الشروط السابقة فإن سبب انقضاء عقد الوسيط يكون هو استحالة التنفيذ².

أما في القانون الإماراتي فقد نصت المادة 273 بأنه³:

- (1) في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.
- (2) وإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين.

فالمرجع هنا ينص على حال الاستحالة بسبب قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فالعقد ينفسخ تلقائياً، أما إذا كانت هذه القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة جزئية أي عدم القدرة على تنفيذ بعض

¹ - الفار عبد القادر، أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني الأردني)، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن، 1991م، ص187.

² - مروان رفيق محمد الأحمد، النظام القانوني لعقد السمسرة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص153.

³ - المادة 273 قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية، ص47.

الالتزامات فينقضي فقط ما يقابلها من التزامات، وأما في العقود المستمرة فتتوقف العقود مؤقتا خلال الاستحالة، وفي الحالتين للدائن الحق في طلب الفسخ بشرط اخبار المدين.

وجاء في القانون المدني الفرنسي أن الاستحالة تكون أيضا بالقوة القاهرة مثلما جاءت به المادة 1218 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على: "تحدث القوة القاهرة في المادة التعاقدية عندما يكون هناك حدث خارجي خارج عن سيطرة المدين، لم يكن من الممكن التنبؤ به بشكل معقول عند إبرام العقد، ولا يمكن تجنب آثاره من خلال اتخاذ تدابير مناسبة، ويمنع تنفيذ التزاماته من قبل المدين.

إذا كان العائق مؤقتًا، يتم تعليق تنفيذ الالتزام ما لم يكن التأخير الناتج عن ذلك يبرر فسخ العقد. إذا كان العائق دائمًا، يتم فسخ العقد بحكم القانون ويتم تحرير الأطراف من التزاماتهم وفقًا للشروط المنصوص عليها في المادتين 1351 و 1351-1¹.

وجاءت المادة 1221 من نفس القانون تنص على أنه: "يمكن للدائن الالتزام، بعد توجيه إنذار، متابعة تنفيذ الالتزام بالطريقة الطبيعية إلا إذا كان تنفيذ هذا الالتزام مستحيلًا أو إذا كان هناك تفاوت واضح بين تكلفته على المدين حسن النية وفائدته بالنسبة للدائن"². والمادة تشير إلى أنه إذا كان تنفيذ الالتزام أمرًا مستحيلًا، فلا يمكن للدائن متابعة تنفيذ الالتزام بالطريقة العادية والطبيعية، وبالتالي، فالاستحالة في تنفيذ الالتزام تعتبر من أحد الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى انحلال العقد و انقضائه، حيث يصبح من المستحيل أن يتم تنفيذ التزام الطرف المدين، ما يؤدي إلى انقضاء العقد أو إعفاء المدين من التنفيذ.

¹ -Article 1218 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Section 5 : L'inexécution du contrat, Chapitre IV: Les effets du contrat, Sous-titre Ier: Le contrat, Titre III: Des sources d'obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, code civil.

²-Article 1221 Modifié par LOI n°2018-287 du 20 avril 2018, Section 5: L'inexécution du contrat, Chapitre IV: Les effets du contrat, Sous-section 2: L'exécution forcée en nature, Titre III: Des sources d'obligations, Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété, code civil.

والمرجع الفرنسي ينص كالمرجع الإماراتي على أن الاستحالة المؤقتة تعلق تنفيذ العقد ما لم يسبب ذلك ما يبرر الفسخ، وفي حين كانت الاستحالة دائمة فيتم فسخ العقد بحكم القانون.

وعند المشرع الأمريكي وجاءت المادة 2-615 من القانون التجاري الموحد تنص على أنه: "باستثناء الحالات التي قد يكون البائع قد وافق فيها على التزامات أكبر، ومع مراعاة المادة السابقة بشأن الأداء البديل¹:

(أ) التأخير في التسليم أو عدم التسليم بالكامل أو جزئياً من قبل البائع الذي يلتزم بالفقرات (ب) و (ج) لا يعتبر خرقاً لواجبه بموجب عقد البيع إذا أصبح تنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه غير عملي بسبب وقوع حالة طارئة، كان عدم وقوعها أساساً من الأسس التي قام عليها العقد، أو بسبب الامتثال بحسن نية لأي تنظيم أو أمر حكومي سواء كان محلياً أو دولياً، حتى وإن ثبت لاحقاً أنه غير صالح.

(ب) في الحالات التي تؤثر فيها الأسباب المذكورة في الفقرة (أ) على جزء فقط من قدرة البائع على التنفيذ، يجب على البائع تخصيص الإنتاج والتسليمات بين عملائه، ولكن يمكنه اختياراً تضمين العملاء المنتظمين الذين ليسوا في عقد حالياً، وكذلك احتياجاته الخاصة لمزيد من التصنيع. يمكنه تخصيص ذلك بأي طريقة تكون عادلة ومعقولة.

(ج) يجب على البائع أن يُعلم المشتري في الوقت المناسب بأنه سيكون هناك تأخير أو عدم تسليم، وعند الحاجة إلى التخصيص بموجب الفقرة (ب)، يجب عليه إبلاغ المشتري بحصة الإنتاج المقدرة المتاحة له".

وتناولت المادة حالة استحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة التي لم يتوقعها العاقدان في العقد، والتي تحول دون إتمام عقد البيع، وتتضمن آلية أن يعدل العقد وفقاً للظروف ولا يتم فسخه مباشرة.

¹ - "Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance...". Article 2-615 (Sales) Excuse by Failure of Presupposed Conditions, Part 6 (Breach, Repudiation and Excuse, UCC.

وجاء في الفقرة الرابعة من المادة 2-609 من القانون الموحد ما يلي: "...بعد استلام طلب مبرر، فإن عدم تقديم ضمان مناسب للأداء الواجب في وقت معقول لا يتجاوز ثلاثين يوماً، يُعد بمثابة فسخ للعقد"¹. فتناولت هذه المادة أن الفسخ يتم في حالات عدم تقديم الضمان، فيترتب عليه عدم الوفاء مما يؤدي إلى انتهاء العقد.

وجاءت المادة 2-608 (سحب القبول كلياً أو جزئياً) من القانون الموحد والتي جاءت على ثلاث قرات تنص على²:

(1) يمكن للمشتري سحب قبوله للدفع أو الوحدة التجارية التي تتعارض مع العقد بشكل

جوهرى ويؤثر ذلك على قيمتها بالنسبة له إذا كان قد قبلها:

(أ) بناء على افتراض معقول أن المخالفة ستُعالج، ولكن لم تتم معالجتها في الوقت المناسب.

(ب) دون اكتشاف هذه المخالفة إذا كان قبوله قد تحفز بشكل معقول من صعوبة اكتشاف المخالفة قبل القبول أو بناءً على تأكيدات البائع.

(2) يجب أن يتم سحب القبول خلال وقت معقول بعد أن يكتشف المشتري أو كان ينبغي له أن

يكتشف سبب سحب القبول، وقبل أي تغيير جوهرى في حالة البضاعة لا يكون ناجماً عن عيوبها. ولا يصبح السحب فعالاً إلا بعد أن يُخطر المشتري البائع بذلك.

(3) المشتري الذي يقوم بسحب القبول يكون له نفس الحقوق والواجبات المتعلقة بالبضاعة كما لو كان قد رفضها".

هذه المادة في مضمونها تشير إلى الفسخ الجزئي في حال كان العيب جوهرياً.

¹ - "After receipt of a justified demand failure to provide within a reasonable time not exceeding thirty days such assurance of due performance as is adequate under the circumstances of the particular case is a repudiation of the contract", Article 2-609 (Sales) Right to Adequate Assurance of Performance, Part 6 (Breach, Repudiation and Excuse, UCC.

² - Article 2-608 (Sales) Revocation of Acceptance in Whole or in Part, Part 6 (Breach, Repudiation and Excuse, UCC.

المادة 2-309 من القانون التجاري الموحد جاءت في فقرتيها الثانية والثالثة تنص على¹ :

(2) حيثما ينص العقد على أداءات متتالية ولكن مدته غير محددة، فإنه يكون ساريًا لمدة معقولة، ولكن ما لم يتم الاتفاق خلاف ذلك، يجوز لأي طرف إنهاؤه في أي وقت.

(3) يتطلب إنهاء العقد من قبل أحد الأطراف، باستثناء حدوث حدث متفق عليه، أن يتم إخطار الطرف الآخر بذلك في وقت معقول. كما أن الاتفاق الذي يعني من إخطار الطرف الآخر يكون غير صالح إذا كان تطبيقه سيؤدي إلى عدم عدالة".

فجاءت المواد في فحواها تنص على إنهاء العقود المستمرة، وأن الفسخ فيها يتم بناءً على إخطار سابق، في حين يمنع الإخطار في حال كان يؤدي إلى ظلم أو عدم تحقق العدالة بين الأطراف المتعاقدة.

وبما أن القانون التجاري الموحد يعد قاعدة مرجعية لغالبية العقود التي تبرم بين الأطراف المتعاقدة فيمكن أن تطبق هذه المواد القانونية وما تحمله في مضمونها على عقد الوساطة التجارية ويصبح فسخه نتيجة الاستحالة سبباً للحفاظ على الأمن التعاقدي والعدالة وضمان أداء الالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف من الأطراف المتعاقدة.

وحسب ما جاء في القوانين، والنصوص السابقة فإن هذه الاستحالة قد تكون مادية ترجع إلى الطبيعة، وقد تكون الاستحالة قانونية، فإن انقضاء الالتزام باستحالة التنفيذ يعتبر سبباً عاماً لانقضاء جميع العقود لذلك فهو ينطبق على عقد الوساطة التجارية باعتباره عقداً كسائر العقود الأخرى سواء كانت هذه الاستحالة مادية أم قانونية كما ذكرنا سابقاً، وأن جميع التشريعات تتفق في أن العقد ينقضي بالاستحالة.

وتجدر بنا الإشارة إلى حالتين إضافيتين وهما الموت وانتهاء الأجل، وقد أشار لهما فقهاء القانون وهناك من يدرجهما تحت العنصرين السابقين أي الفسخ أو الاستحالة، بناءً على حيثيات العقد.

¹ - Article 2-309 (Sales) Absence of Specific Time Provisions; Notice of Termination, Part 3 (General Obligation and Construction Of Contract, UCC.

فينقضي عقد الوساطة التجارية ب وفاة الوسيط، فعقد الوساطة التجارية من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، لأن شخصيته تكون محل اعتبار لدى العميل الذي يتعاقد معه، وأن العميل لا يلزم بالاستمرار مع الورثة في عقد الوساطة، وإذا أراد أن يستمر مع الورثة فإن ذلك يكون بعقد جديد معهم¹. وكذلك بالنسبة للعميل فينقضي عقد الوساطة التجارية ب وفاة العميل لكون عقد الوساطة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي وإن كان العميل شخصا معنويا فعند حله أو تصفيته يؤدي إلى انقضاء عقد الوساطة. ويرى جانب من الفقه أن الوسيط إذا كان شخصا معنويا وأبرم عقد وساطة يظل للمدة اللازمة خلال فترة التصفية، وذلك لأن الشركة تبقى لها الشخصية المعنوية في أثناء فترة التصفية لكن ذلك بحدود أغراض التصفية، كما لو كان العميل شركة تحت التصفية وكانت قد أبرمت مع وسيط عقد وساطة من أجل تصريف منتجات هذه الشركة، فإن مثل هذه العقود تبقى سارية إلى حين تصفية الشركة وزوال الشخصية القانونية لها². فالشركة إذا تم حلها أو تصفيتها انقضى عقد الوساطة، ذلك أن انحلال الشخص المعنوي أو تصفيته تقابله وفاة الشخص الطبيعي، ومهما كان سبب هذا الانقضاء أو الانحلال حتى وإن كان ذلك اختياريا وباتفاق جميع الشركاء³.

وهناك من لا يتفق مع ذلك كون الشركة تقوم بالأعمال التجارية الضرورية لإتمام عملية التصفية، وبضائع الشركة أو موجوداتها في حالة بيعها تكون معظم هذه البيوع بموجب البيع بالمزاد وليس البيع المباشر عن طريق الوسطاء.

وفي حالة تعدد العملاء الذين تعاقدوا مع الوسيط بشأن عمل واحد، فإن وفاة أحدهم لا يحول دون الاستمرار بتنفيذ عقد الوساطة مع باقي العملاء إلا إذا كان عقد الوساطة غير قابل للتجزئة⁴.

¹ - مروان رفيق مُجد الأحمد، النظام القانوني لعقد السمسرة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، جوان 2010م، ص155.

² - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود الواردة على العمل المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، دار احياء التراث العربي، مرجع سابق، م1، ص853.

³ - عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة في المقاوله الوكالة والكفالة، مكتبة دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 2007م، ص174.

⁴ - مروان رفيق مُجد الأحمد، النظام القانوني لعقد السمسرة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص156.

وبما أن عقد الوساطة كسائر العقود المهدف منه هو انجاز أو إتمام العمل محل العقد، وفي حال عقد الوساطة هو انجاز الوسيط لعمل متفق عليه مقابل أجر متفق أو متعارف عليه، بعد انتهاء مهام الوسيط وفق الاتفاق لم يعد يوجد هنا سبب لبقاء هذا العقد وهذا الأصل، فعليه فعند إتمام الصفقة، وإيجاد الوسيط للزبون الذي يرضى بالتعاقد ينهي عقد الوساطة التجارية

أما في حال حلول الأجل المعين وانتهاء مهمة التفويض¹، ولم يتم انجاز العمل فينتهي العقد، فإذا كان لعقد الوساطة أجل محدد، فإنه ينتهي بانتهاء هذا الأجل المحدد له، فقد يكون عقد الوساطة مؤقتا في وقت معين وذلك كما لو وسط العميل الوسيط في البحث عن متعاقد يرتضي التعاقد معه لمدة ستة أشهر من تاريخ إبرام عقد الوساطة وفقا للقواعد العامة والتي لا تتعلق بالمهمة المكلف بها الوسيط، وإنما بالمدة التي تنقضي بتنفيذ هذه الأعمال ولم يتمكن الوسيط من انجاز المهمة المكلف بها فإن العقد يعد منتهيا بانتهاء المدة المحددة وقد تقتضي الضرورة تمديد هذه المدة على ألا تكون بسبب الوسيط نفسه².

ويرجع ذلك لعدة أسباب من بينها ما تقتضيه مصلحة العميل الشخصية، إضافة لما تقتضيه العقود التجارية على اختلافها من سرعة في المعاملات التجارية، وذلك كما لو كان محله القيام بأداءات دورية لمدة محددة فمثال لو وسط عميل وسيط للبحث عن متعاقد يرتضي التعاقد معه لمدة معينة لإبرام عقد الوساطة، فهذا سبب لانتهاء هذا الأخير وفقا للقواعد العامة، والتي لا تتعلق بالمهمة التي كلف بها الوسيط، وإنما بالمدة التي تنقضي بتنفيذ هذه الأعمال³.

ولا تعتبر المدة عنصرا أساسيا في عقد الوساطة التجارية ومع ذلك قد يقترن عقد الوساطة في حالات استثنائية بمدة معينة ينجز أثناءها العمل، وتكون هذه المدة جوهر هذا العقد بحيث تجعله عقدا

¹ - حسام الدين الأحمد، السمسرة والوساطة التجارية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2012م، ص28.

² - مروان رفيق مُجد الأحمد، النظام القانوني لعقد السمسرة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، جوان 2010م، ص151، 152.

³ - مروان رفيق مُجد الأحمد، النظام القانوني لعقد السمسرة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص152.

زمنياً¹. فمما تقدم يتبين أن انقضاء عقد الوساطة التجارية إذا كان هذا العقد محدداً بمدة معينة لإتمام العمل المتوسط فيه فإنه ينتهي بانقضاء هذه المدة سواء تم العمل المتوسط فيه أو لم يتم إذ يعتبر انتهاء المدة النهائية الطبيعية لهذا العقد².

والوسيط يستحق الأجر عن العقود التي أبرمت بواسطته خلال هذه المدة. أما بالنسبة للعقود الأخرى، والتي حال انتهاء المدة من تنفيذها فهو لا يستحق عنها أجر إلا إذا شكلت الجهود التي بذلها الوسيط عنصراً أساسياً في إبرام العقد الذي توسط في إبرامه، كما أن عقد الوساطة قد ينتهي بانتهاء مدته قبل أن ينفذ الوسيط العقد كما لو حدد العميل للوسيط أن يجد له مشتري لسيارته خلال شهر ومضى الشهر ولم يجد الوسيط المشتري³.

وفي كثير من الأحيان لا تتم الإشارة إلى مدة محددة لعقد الوساطة وإنما يذكر المدة الكافية لإتمام المهمة، وهذه المدة يمكن تحديد انتهائها وفقاً للعرف ولطبيعة التعاملات السابقة بين العميل والوسيط⁴.

وهذه من بين الأسباب التي تناولها الفقه القانوني في انتهاء عقد الوساطة التجارية، ويمكن إدراجها ضمن سببي الفسخ والاستحالة، كونها تندرج في حالات ضمنهما.

وختاماً فلا نجد التباين الكبير بين انتهاء العقد في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية وفق ما تمت دراسته سابقاً، فنجد التشريع الإسلامي يربط انتهاء العقد بكونه عقداً لازماً أو جائزاً، ولا يفصل القانون الوضعي في ذلك، ولكن كلاهما ينهي العقد طبيعياً في حال تمام العمل وتحقيق الغاية من إبرامه أو النتيجة المتفق عليها، وهذا كمصير سائر العقود. كما قد ينتهي العقد بانقضاء المدة الزمنية التي تم الاتفاق عليها بين الأطراف المتعاقدة (الوسيط والمتوسط)، كما ينقضي العقد بالفسخ عندهما في حال خالف المبادئ

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، دار احياء التراث العربي، مرجع سابق، م 1، ص 235.

² - مروان رفيق محمد الأحمد، النظام القانوني لعقد السمسرة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 152.

³ - غادة غالب يوسف صرصور، عقد السمسرة بين الواقع والقانون دراسة مقارنة بين القانون التجاري المصري والقانون التجاري الأردني، مرجع سابق، ص 95.

⁴ - مروان رفيق محمد الأحمد، النظام القانوني لعقد السمسرة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 152.

الشرعية والأنظمة العام. وكذلك ينتهي العقد بالموت أو الاستحالة، ونجد الفقه الإسلامي قد خص في ذلك غذا ارتبط العقد بالشخص في ذاته في حين تركها القانون لاستحالة التنفيذ حتى يحكم بانتهائه.

لعل الاختلاف الذي وجدناه بين انتهاء العقد في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية يكمن في انتهاء العقد بتراضي الطرفين فما يعرف بالإقالة في الفقه الإسلامي الذي خصه فقط بالعقود الجائزة، وبالتالي ينتهي عقد الوساطة التجارية بالإقالة في حال تم تكييفه كعقد جعالة، في حين كان للقانون الوضعي في التشريعات السابقة أن للأطراف أن يتفقا بالتراضي على انتهاء العقد ويتم ذلك بناء على رغبتهما مع مراعاة عدم الإضرار بأي طرف وإعذاره مسبقا كما قد يتم الفسخ هنا بالإرادة المنفردة.

فمما سبق نجد أن القوانين الوضعية محل الدراسة تنهي العقد بأسباب مشابهة لما ينتهي به العقد في الفقه الإسلامي، ولكن نجد استيعاب أكثر لحالات الانتهاء في التشريع الوضعي كحالات الفسخ القضائي الذي يترك فيه الأمر للقضاء في حين ضبطها الفقه الإسلامي بطبيعة العقد إذا كان لازما أو جائزا.

خلاصة الفصل:

ختاماً، يتبين أن انعقاد عقد الوساطة التجارية يستلزم توافر مجموعة شروط فقهية وقانونية. فمن الناحية الفقهية، ينعقد عقد الوساطة التجارية بصيغة، وعاقدان ومعقود عليه، ينعقد العقد بها وفقاً لضوابط شرعية، وأحكاماً خاصة بكل طرف في العقد. أما من الناحية القانونية، فإن انعقاده يتطلب الرضا الصحيح الخالي من العيوب، والمحل والسبب المشروعين.

أما انتهاء العقد، فيتحقق فقهياً بالفسخ أو عدم القدرة على القيام بتنفيذ الغرض منه. فينتهي العقد ويترتب على ذلك أحكام تسليم الأجرة واستحقاقها، أما في التشريعات الوضعية وبعد أن يتم إبرام عقد الوساطة التجارية بين الوسيط والوسيط مستوفياً لجميع أركانه وشروطه المحددة، ووفقاً للقواعد العامة للعقود، والقواعد الخاصة، فإن الوسيط يبدأ بتنفيذ المهمة المكلف بها بموجب عقد الوساطة التجارية، فقد ينجح الوسيط في ذلك وبالتالي فإن عقد الوساطة التجارية يرتب أثراً وينقضي بصورة طبيعية، إلا أنه قد يطرأ بعد إبرامه وقبل تنفيذه أسباب تؤدي إلى انقضائه.

الفصل الرابع:

التطبيقات الحديثة لعمليات التوسط عبر المنصات الإلكترونية

تمهيد:

في الوساطة التقليدية، عادة ما يكون الوسيط شخصا طبيعيا، كالتاجر أو الوسيط الذي يقوم بدور الربط بين المشتري والبائع. أما الموسط، فيمكن أن يكون شخصا طبيعيا أيضا أو شركة صغيرة تسعى لإتمام صفقة تجارية. في المقابل، تطورت الوساطة في العصر الحديث لتشمل وسطاء رقميين مثل المنصات الرقمية والتطبيقات الإلكترونية أو الأنظمة التقنية المتقدمة فقد يكون الموسط فردا أو شركة يستخدمون هذه التقنيات لإتمام معاملاتهم التجارية، مما يوسع نطاق الطرفين المتعاقدين وصورهم بشكل أكبر مما كان في الوساطة التقليدية، وهو ما يخلق جدلا فقهيًا وقانونيًا حول تأصيل هذه العقود فقهيًا وتكييفها قانونيًا.

فالوساطة التجارية باتت تتم عبر المنصات الإلكترونية، فيتم عبرها عمليات البيع والحجز والدفع وتقوم المنصات بأعمال الوسطاء في البحث عن متعاقدين والسعي نحو إتمام الصفقات والمعاملات التجارية على أكمل وجه دون أخطاء وبكل شفافية. لذلك نسعى لمعرفة تأصيل هذه العقود وعلى ماذا تكيف من العقود حتى تتم وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية وفي أطر قانونية صحيحة.

المبحث الأول: التوسط في عمليات بيع الحقوق المعنوية عبر المنصات الإلكترونية

المبحث الثاني: أحكام التوسط في عمليات الحجز والدفع عبر المنصات الإلكترونية

المبحث الأول: التوسط في عمليات بيع الحقوق المعنوية عبر المنصات الإلكترونية

لقد شهدت الوساطة التجارية تطورا كبيرا في آونها الأخير، حيث أنها ومع التقدم التكنولوجي الحاصل وظهور الكثير من الوسائط الرقمية التي أدت إلى تراجع دور الوسطاء التقليديين، وهو ما أدى إلى تغير جوهري في آليات تنفيذ هذه العملية التجارية.

فالمعاملات المالية المعاصرة والتي من بينها الحقوق المعنوية، يعتمد تناقلها سواء بالبيع أو التأجير أو غيرها من العمليات التي تقع عليها على التقنيات الحديثة والتي من بينها المنصات الإلكترونية.

وهو ما يتطلب منا دراستها شرعا وقانونا لمعرفة على أي العقود يمكن تكييفها، وأي الأحكام الشرعية أو القانونية تطبق عليها، حتى تتم هذه المعاملة في صورة صحيحة مراعية للضوابط الفقهية والأطر القانونية. ونفصل في ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: التأصيل الشرعي لعملية توسط منصة إلكترونية في بيع الحق

المعنوي

في المسألة التي سنتناولها سنركز فقط على عملية التوسط في العقد بين البائع والمنصة دون التطرق للعقد بين البائع والمشتري أو المشتري والمنصة.

أولا: تصوير المسألة

يقوم الوسيط التجاري المتمثل في منصة أو موقع أو تطبيق بعرض حقوق معنوية، وتعمل هذه المنصة على الربط بين أصحاب الحقوق المعنوية أو المسؤولين على بيعها والمشتريين، ويتقاضى الوسيط التجاري هنا عمولة أو نسبة من الأجر عندما تتم عملية البيع عبر هذه المنصة.

ثانيا: تمثيل المسألة

تتمثل هذه المسألة في أن يعرض مؤلف أو ناشر الحق المعنوي (حق المؤلف سواء كان حق نشر أو ترجمة أو توزيع أو ترخيص...) في ذاته للبيع عبر منصة إلكترونية (مثل منصة PubMatch)، حيث

يقوم شخص أو أحد دور النشر أو الشركات بشرائه ويكون له الحق في التصرف فيه تجارياً، وتتقاضى المنصة على ذلك عمولة.

ثالثاً: التكيف الشرعي

يمكن أن يتم تكيف المسألة (العقد بين البائع والمنصة) على العقود التالية:

- **عقد سمسرة** (بيع حق النشر لمؤلف): في هذه الحالة تكون المنصة مجرد وسيلة للترويج للحق وترتبط بين الأطراف (المؤلف/الناشر والمشتري) وتتقاضى عمولة على ذلك عند إتمام عملية البيع، فتلعب المنصة دور الوسيط الذي تقتصر مهمته على الاعلان عن الحقوق المتاحة للبيع، دون تقديم خدمات إضافية.
- **عقد إجارة خدمة**: في حال كانت المنصة تعمل على الترويج للحق المعنوي (حق النشر مثلاً) إضافة إلى إدارة عملية بيع هذا الحق، والتفاوض وتوفير أو تسهيل عملية الدفع، فتتقاضى المنصة هنا أجراً وعمولة مقابل توفير هذه الخدمات، أو من خلال فرض رسوم ثابتة على المؤلف/الناشر.
- **عقد وكالة بأجر**: في هذه الحالة يوكل البائع (المؤلف/الناشر) المنصة لعرض الحق المعنوي (حق النشر) وبيعه نيابة عنه وفقاً للشروط المتفق عليها بينهما، مقابل نسبة من الأرباح أو عمولة متفق عليها عن عملية البيع التي تتم.
- **عقد جعالة**: وهنا تقوم المنصة بعرض الحق المعنوي (حق النشر) دون التزامها بأي خدمة أخرى إلا في حال تحقق إتمام عملية البيع، فتحصل المنصة على الأجر المتفق عليه في الشروط بينهما، وهنا يكون الأجر متعلقاً بتحقيق النتيجة وإلا فلا تحصل على الجعل، وكل ذلك دون التزام المنصة ببذل الجهد أو تحمل المسؤولية في البيع.

ويتجلى لنا هذا التكييف من خلال النقاط التالية:

- عندما يقوم المؤلف برفع الحق المعنوي (حق النشر) على المنصة الإلكترونية، فهو بذلك يبرم عقداً يمكن المنصة من التسويق له أو بيعه سواء نيابة عنه أو في التوسط في عملية بيعه، وبالتالي فهنا تقوم بينهما إما علاقة سمسرة (في حال كانت المنصة مجرد وسيط لعرض الحق دون التدخل في بيعه)، أو وكالة (في حال أتمت المنصة عملية البيع نيابة عن البائع وأخذت عمولة على ذلك فتكون وكالة بأجر)، أو إجارة (في حال قدمت المنصة خدمات ومنافع إضافية كالتخزين والتحميل أو التسويق أو التفاوض...)، فتكون من قبيل إجارة الخدمات). أو جعالة (في حال قدمت المنصة جهداً للعثور على مشترٍ للحق المعروض دون أن تلتزم بتحقيق نتيجة معينة تستحق عنها العمولة).
- أن التزامات المنصة تجاه المؤلف/الناشر كالتزامات السمسار (السعي في إتمام عملية البيع دون ضمان إتمام الصفقة ويستحق هنا السمسار عمولته عند إتمام كل عملية)، أو كالتزامات الأجير (تلتزم المنصة بتوفير الخدمات المتفق عليها مع المؤلف من تسويق وتخزين وتحميل وتستحق الأجرة على خدماتها لحصول الانتفاع)، أو كالتزامات الوكيل (بأن تلتزم المنصة بأن تنوب عن المؤلف في عملية البيع كاملة من عرض وتسويق وبيع...)، أو كالتزامات المجمعول له (بأداء الجهد وعرض الحق المعنوي "حق النشر" دون ضمان تحقيق عملية البيع أو تحمل مسؤولية ذلك).
- أن المنصة تتقاضى عمولة على ذلك مقابل عملية البيع التي تتم عبرها سواء كانت سمسرة أو إجارة خدمة أو وكالة بأجر أو جعالة.
- أن جميع أركان هذه العقود تتوافر في العقد بين المنصة والبائع (الإيجاب والقبول يكون من خلال الموافقة على الشروط بين الطرفين عند رفع الحق المعنوي "حق النشر" والتسجيل في المنصة، ومحل العقد واضح سواء كان خدمة تسهيل إتمام الصفقة "السمسرة" أو تقديم خدمة "إجارة خدمة" أو البيع بالنيابة "وكالة بأجر" أو بإيجاد المشتري للحق "جعالة".

رابعاً: أدلة التكييف الشرعي

جاءت قاعدة (الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم) عند الجمهور، أما عند الحنفية فهي (الأصل في الأشياء الحظر حتى يدل الدليل على الإباحة)، فالله تعالى أباح أشياء كثيرة، وحرم بعض الأشياء، وهذا متفق عليه، وسكت الشارع عن أشياء فلم يرد نص بإباحتها ولا تحريمها، وظهر أثر الخلاف في المسكوت عنه، فعلى قول الجمهور "هو من الحلال"، وعلى قول أبي حنيفة "هو من الحرام"¹، ويرجح قول الجمهور، لقوله ﷺ: {مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، فَهُوَ حَلَالٌ، وَمَا حَرَّمَ، فَهُوَ حَرَامٌ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ، فَهُوَ عَافِيَةٌ، فَاقْبَلُوا مِنْ اللَّهِ عَافِيَتَهُ، فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يَكُنْ نَسِيًّا}². وقوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا} (البقرة: 275)، بمعنى أن كل بيع أو شراء أو إجارة أو رهن أو غير ذلك من المعاملات هو جائز ومباح، ما لم يأت دليل يغير هذه الإباحة.

فعقد السمسرة جائز، وفق ما وضعنا سابقاً من أدلة مشروعية هذا العقد، ولقول النبي ﷺ: {الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ}³. فالبايع (المؤلف) هنا يشترط على المنصة أن تعرض كتابه مقابل عمولة معينة تتلقاها أو مقابل رسوم ثابتة معلومة، وعند موافقة المنصة على هذا الشرط تأخذ عمولتها عند إتمام عملية البيع مع مراعاة ألا يكون هناك غرر أو تدليس...، وهذا جائز شرعاً بشرط أن تكون الأجرة معلومة مثل ما بينا في حكم السمسرة (مشروعية الوساطة التجارية).

فعملية التوسط هنا تمت بطريقة إلكترونية، وهذا بدوره لا يغير من طبيعة عقد السمسرة، حيث أن الوسيط التجاري (المنصة الإلكترونية) في هذه الحالة لا تخرج عن كونها سمساراً يربط بين البائع والمشتري مقابل عمولة، وبالتالي فالسمسرة الإلكترونية هنا تحقق نفس الغاية التي تحققها السمسرة التقليدية، فهي

¹ - محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، ط1، ج1، دمشق، سوريا، 1427هـ- 2006م، ص190.

² - أخرجه البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الضحايا، باب ما لم يذكر تحريمه ولا كان في معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب، دار الكتب العلمية، ط3، ج10، بيروت، لبنان، 1424هـ- 2003م، ص21. (رقم الحديث: 9724).

³ - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أجر السمسار، ج2، مرجع سابق، ص794. (رقم الحديث: 2153).

تأخذ حكمها طالما التزمت بنفس الشروط والضوابط الشرعية التي قررها الفقه الإسلامي في السمسرة (الأجرة معلومة، عدم وجود غرر أو جهالة أو تدليس أو إكراه... وغيرها من الضوابط الفقهية).

أما في ما يخص عقد إجارة الخدمات، فتستمد حكم جوازها من الإجارة على المنافع، ولن نفصل في ذلك بل سنجمل ما أخذ به الفقهاء. فالإجارة نوعان إجارة على المنافع، وإجارة على الأعمال، وفسر النوعين بما ذكرنا وجعل المعقود عليه في أحد النوعين المنفعة وفي الآخر العمل وهي في الحقيقة نوع واحد لأنها بيع المنفعة فكان المعقود عليه المنفعة في النوعين جميعاً، إلا أن المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة، ويرى الفقهاء جواز إجارة المنافع بشرط أن تكون المنفعة معلومة، وأن تكون المنفعة مباحة، وأن يكون محل الإجارة قابلاً للانتفاع به شرعاً، وأن يكون العقد خالياً من الغرر والجهالة¹، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: 06)، فإن أرضعت استحققت أجرة²، وقوله وتعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أَريدُ أَنْ أَكْمَلَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبْجٍ﴾ (القصص: 27)، فكان أباهما جعل صداق ابنته التي زوجها موسى أن يرعى موسى عليه ماشيته ثمانين حجب³، فالآيتين تدلان على أخذ الأجرة مقابل منفعة (الرضاعة، العمل)، مما يدل على جواز إجارة الخدمات، كما قالت عائشة رضي الله عنها: ﴿وَأَسْتَأْجِرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّيْلِ، هَادِيًا خَرِيَّتًا، وَهُوَ عَلَى دَيْنِ كُفَّارٍ قُرَيْشٍ، فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاِحِلَتَيْهِمَا، وَوَاعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، فَأَتَاهُمَا بِرَاِحِلَتَيْهِمَا صُبْحَ ثَلَاثٍ﴾⁴. وهنا أيضاً قد استأجر النبي ﷺ دليلاً للطريق، وهذه نوع من إجارة الخدمات. أما من الإجماع والقياس فقد اتفق الفقهاء على جواز إجارة الأشخاص للخدمات بشرط أن تكون المنفعة مباحة ومعلومة، وإجارة الخدمات تقاس على إجارة الأعيان، لأن كلاهما يشتركان في الانتفاع بالمأجور مقابل أجر معلوم.

¹ - القرافي، الذخيرة، ج5، مرجع سابق، ص415-416. أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، مرجع سابق، ص174، 175. أنظر أيضاً: ابن قدامة، المغني، ج8، مرجع سابق، ص8 و 73. أنظر: شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، مرجع سابق، ص279.

² - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج8، مرجع سابق، ص175.

³ - ابن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار هجر، ط1، ج18، القاهرة، مصر، 1422هـ-2001م، ص229.

⁴ - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، ج2، مرجع سابق، ص790. (رقم الحديث: 2145).

فإذا كانت المنصة تقوم بتوفير خدمات التحميل أو الشحن أو التخزين مقابل رسوم ثابتة أو عمولة معين، فهذا يشبه إجارة المنافع وهي جائزة شرعا بإجماع الفقهاء، بشرط أن تتوفر الضوابط الشرعية التي ذكرناها بأن تحدد طبيعة الخدمة المقدمة أثناء شراء الكتب الرقمية، سواء بمنح مساحة خاصة لتخزين المقتنيات من الكتب أو بمنح إمكانية التحميل والحصول على نسخة رقمية أو الشحن أو غيرها من الخدمات، كما يجب أن توضح المنصة نسبة العمولة التي تتقاضاها مقابل هذه الخدمة (كأن يكون مبلغا ثابتا أو نسبة متفق عليها) حتى لا تقع الجهالة أو الغرر، وأن تكون هذه الخدمة مباحة.

أما فيما يخص تكييفه على أنه وكالة بأجر، فعند الحنفية فإن الوكيل بالبيع والشراء يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة وقالوا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز إلا بالدرهم والدنانير والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين¹.

أما عند المالكية، وإن كانت الوكالة بغير عوض، فهي معروف من الوكيل يلزمه إذا قبل، وللموكل عزله متى شاء إلا أن تكون الوكالة في الخصام، ويجوز للوكيل في غير الخصام أن يعزل نفسه متى شاء من غير اعتبار رضا موكله إلا أن يتعلق به حق لأحد، ويكون في عزله نفسه إبطال لذلك الحق فلا يكون له ذلك؛ لأنه قد تبرع بمنافعه، وإن كانت بعوض فهي إجارة تلزمهما بالعقد ولا يكون لواحد التخلي وتكون بعوض مسمى وإلى أجل مضروب وفي عمل معروف².

وكذلك جاء عند الشافعية حيث أنه متى كانت الوكالة جائزة فهي الخالية من الجعل (الأجر)، فأما إذا شرط فيها جعل معلوم، واجتمعت فيها شروط الإجارة، وعقد بلفظ الإجارة، فهي لازمة. وإن عقد بلفظ الوكالة، أمكن تخريجه على أن الاعتبار في العقود بمعانيها وليس بصيغة العقد³. بمعنى أنه إذا تم عقد

¹ - المرغيناني، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مطبعة الفتوح، ط1، مصر، 1355هـ-1936م، ص183.

² - برهان الدين ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، ج1، القاهرة، مصر، 1406هـ-1986م، ص184. أنظر أيضا: الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، مرجع سابق، ص188. أنظر أيضا:

ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص216.

³ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج4، ص332.

الوكالة مع أجر محدد، فهي في الواقع إجارة، حتى وإن تم استخدام لفظ الوكالة، وذلك بناءً على المعنى المقصود وليس فقط صيغة العقد.

وعند الحنابلة، يصح التوكيل بلا جعل، لأنه ﷺ وكل أنيسا في إقامة الحد وعروة بن الجعد في الشراء بلا جعل، ويصح التوكيل بجعل معلوم (الأجر) كدرهم أو دينار أو ثوب صفته كذا (أياما معلومة) بأن يوكله عشرة أيام كل يوم بدرهم (أو يعطيه من الألف) مثلا (شيئا معلوما) كعشرة؛ لأنه ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات ويعطيهم عليها (في الحديث الشريف السابق)؛ ولأن التوكيل تصرف للغير لا يلزمه فعله فجاز أخذ الجعل عليه كرد الأبق و (لا) يصح أن يجعل له (من كل ثوب كذا لم يصفه) أي: الثوب (ولم يقدر ثمنه)؛ لجهالة المسمى، وكذا لو سمى له جعلا مجهولا ويصح تصرفه بعموم الإذن وله أجره مثله¹.

فعموما الوكالة تصح الوكالة بأجر وبغير أجر، لأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمولة، ولهذا قال له أبناء عمه: {...فَجِئْنَا لِتُؤَمِّرَنَا عَلَى بَعْضِ هَذِهِ الصَّدَقَاتِ. فَنُؤَدِّي إِلَيْكَ كَمَا يُؤَدِّي النَّاسُ وَنُصِيبُ كَمَا يُصِيبُونَ...}²، أي العمولة، ولأن الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل القيام بها، فيجوز أخذ الأجرة فيها. فإن كانت الوكالة بغير أجر فهي معروف من الوكيل، وإذا كانت الوكالة بأجر أي (بجعل) فحكمها حكم الإجازات، فيستحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه كثوب يخطه، فمتى سلمه مخطا، فله الأجر. وإن وكل في بيع أو شراء استحق الأجر، إذا عمله، وإن لم يقبض الثمن في البيع، وفي الوكالة بأجر يجوز للموكل أن يشترط على الوكيل ألا يخرج نفسه منها إلا بعد أجل محدود، وإلا لما كان عليه التعويض³.

أما أدلة تكييفها على أنها جعالة، فقولته تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (يوسف: 72)، ففي هذه الآية دليلان: أحدهما جواز الجعل وقد أجاز للضرورة، فإنه يجوز فيه من الجهالة ما لا يجوز في غيره، فإذا قال الرجل: من فعل كذا فله كذا صح. وشأن الجعل أن يكون أحد الطرفين

¹ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، مرجع سابق، ص204. أنظر أيضا: ابن قدامة، المغني، ج7، مرجع سابق، ص205.
² - أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب ترك استعمال آل النبي على الصدقة، ج2، مرجع سابق، ص752. (رقم الحديث: 1078).

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ط4، ج5، ص4059.

معلوماً والآخر مجهولاً للضرورة إليه، وهو من العقود الجائزة التي يجوز لأحدهما فسخه، إلا أن المجهول له يجوز أن يفسخه قبل الشروع وبعده، إذا رضي بإسقاط حقه، وليس للجاعل أن يفسخه إذا شرع المجهول له في العمل. ولا يشترط في عقد الجعل حضور المتعاقدين، كسائر العقود¹. وهذا يشبه إعلان المؤلف/ الناشر لعمولة لمن يجد مشترٍ للحق المعنوي (حق النشر) الذي يريد بيعه.

وقد وقع الإجماع على أصل الجعالة (فصلنا فيه سابقاً) وهذا ما جاءت به قرارات الهيئات الشرعية أيضاً، على أن الإجماع وقع على أصلها مع الخلاف في مجالها حيث قصرها بعض الفقهاء على الجعل لرد العبد الأبق كما ورد في السنة.

وأما المعقول فإن الحاجة تدعو إلى الجعالة في عمل لا يقدر عليه الشخص ولا يجد من يتطوع به، ولأنها تصلح فيما لا تصلح فيه الإجارة، كرد الضالة من مكان مجهول².

خامساً: بيان التكييف

نوضح أطراف العقد في هذه المسألة وفقاً للتكييف الذي قمنا به:

1) بالنسبة لتكييفه كعقد سمسرة:

أ) الطرف الأول (البائع): هو المؤلف/ الناشر

ب) السمسار: هو المنصة الإلكترونية التي تعمل على عرض الكتب وربط المؤلفين بالمشتريين، وتتقاضى مقابل ذلك عمولة أو رسوم ثابتة، وهي لا تمتلك الكتاب وإنما تساهم في إتمام الصفقة وتتوسط بين المؤلفين والمشتري.

¹ - القرطبي، تفسير القرطبي، ج9، ص232.

² - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، بنك ساب SABB الخدمات المصرفية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم (15) الجعالة، المنامة، البحرين، 1437هـ، 436.

ت) الطرف الثاني (المشتري): هو الشخص الذي يعرض له السمسار (المنصة الإلكترونية) المؤلف، ويقوم بشرائه (النسخة الورقية أو الرقمية)، ويتعامل مع المنصة من أجل عملية الدفع والحصول على المؤلف وفقا للشروط المتفق عليها بين البائع والمنصة.

2) بالنسبة لتكليفه كعقد إجارة خدمة:

أ. المستأجر : هو المؤلف/ الناشر الذي يطلب الخدمة من المنصة، ويدفع مقابل ذلك أجرا معيناً لها.

ب. المؤجر: هو المنصة الإلكترونية التي تعمل على تقديم خدمة عرض الكتب وتسهيل بيعها، كما تعمل على تقديم خدمات إضافية من تخزين أو تحميل أو شحن للكتب التي تم شراؤها، وتتقاضى مقابل ذلك عمولة أو رسوم ثابتة، فهي هنا تؤجر المنفعة للمشتري وتلقى أجرها من المستأجر.

ج. المشتري: هو الطرف الثالث الذي يستفيد من الخدمات التي تقدمها المنصة.

3) بالنسبة لتكليفه كعقد وكالة بأجر:

أ. الموكل : هو المؤلف/ الناشر الذي يوكل المنصة بيع كتابه نيابة عنه.

ب. الوكيل: هو المنصة الإلكترونية التي تعمل على تسويق الكتاب وعرض خدمات (تخزين أو تحميل أو شحن) للمشتريين، كما تتم عملية البيع عبر أنظمة الدفع لديها أو عبر وسيط آخر وتتقاضى مقابل ذلك عمولة أو رسوم ثابتة، فهي هنا تتولى عملية البيع كاملة وتنب عن المؤلف فيها.

ج. المشتري: هو الطرف الثالث الذي يستفيد من الخدمات التي تقدمها المنصة.

4) بالنسبة لتكليفه كعقد جعالة:

أ. الجاعل: هو المؤلف/ الناشر الذي يضع الجعل للمنصة مقابل أن تجد مشترٍ للحق المعنوي الذي يريد بيعه.

ب. المجعول له: هو المنصة التي تبذل الجهد في عرض الحق المعنوي المراد بيعه دون أن تضمن إتمام العملية.

ج. المشتري: هو الطرف الثالث الذي يشتري الحق المعنوي في حال إتمام الصفقة.

سادسا: الحكم الشرعي

وبعد تحديد التكييفات الفقهية المحتملة، نبين الحكم الشرعي لكل تكييف، كالتالي:

- 1) **تكييفها على أنها سمسرة:** يجوز شرعا أن تتوسط المنصة في عقد سمسرة مع المؤلف في بيع الحقوق المعنوية، لأن السمسرة من العقود الجائزة، وقد أقر الفقهاء مشروعيتها، فتجوز هذه المعاملة وفق الضوابط الشرعية، بأن تكون العمولة معلومة ومتفقا عليها (نسبة متفق عليها أو رسوم ثابتة...)، وألا يؤدي عمل السمسار إلى غبن أو ضرر أ، و جهالة لأي طرف من أطراف العقد، وأن تكون السلعة مباحة شرعا، فلا تجوز السمسرة على ما هو محرم.
- 2) **تكييفها على أنها إجارة خدمة:** يجوز شرعا أن تتوسط المنصة على أساس عقد إجارة خدمة مع المؤلف/ الناشر، وذلك كما جاء في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية¹:
- 1/1/5 يشترط في العين المؤجرة أن يمكن الانتفاع بها مع بقاء العين. ويشترط في المنفعة أن تكون مباحة شرعا...
- 3/1/5 يجوز أن تعقد إجارة على مسكن أو معدات ولو لغير مسلم إذا كان الغرض المعقود له حلالا؛ كالبيت للسكنى والسيارة للتنقل أو النقل، والحاسوب لتخزين المعلومات، إلا إذا علم المؤجر أو غلب على ظنه أن العين المؤجرة يراد استئجارها لعمل محرم، تستخدم في محرم.
- 4/1/5 يجب على المستأجر التقيد بالاستعمال الملائم للعين المؤجرة أو بالمتعارف عليه، والتقيد بالشروط المتفق عليها المقبولة شرعا. كما يجب تجنب إلحاق ضرر بالعين بسوء الاستعمال أو بالتعدي أو بالإهمال.

¹ - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، (5) محل الإجارة، البند 1/5 أحكام المنفعة والعين المؤجرة والبند 2/5 أحكام الأجرة، مرجع سابق، ص 246 إلى 249.

- 1/2/5 يجوز أن تكون الأجرة نقوداً أو عيناً (سلعة) أو منفعة (خدمة). ويجب أن تكون الأجرة معلومة، ويجوز تحديدها بمبلغ للمدة كلها، أو بأقساط لأجزاء المدة. ويجوز أن تكون بمبلغ ثابت أو متغير بحسب أي طريقة معلومة للطرفين.
- 2/2/5 تجب الأجرة بالعقد، وتستحق باستيفاء المنفعة أو بالتمكين من استيفائها لا بمجرد توقيع العقد....
- 3/2/5 في حالة الأجرة المتغيرة يجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم، ويجوز في الفترات التالية اعتماد مؤشر منضبط تتحدد على أساسه الأجرة للفترات اللاحقة، ويشترط أن يكون هذا المؤشر مرتبطاً بمعيار معلوم لا مجال فيه للنزاع، ويوضع له حد أعلى وحد أدنى، لأنه سيصبح أجرة الفترة الخاضعة للتحديد.
- 4/2/5 يجوز الاتفاق على أن تكون الأجرة مكونة من جزئين محددين أحدهما يسلم للمؤجر، والآخر يبقى لدى المستأجر لتغطية أي مصروفات أو نفقات يقرها المؤجر؛ مثل التي تتعلق بتكاليف الصيانة الأساسية والتأمين وغيرها.
- (3) **تكييفها على أنها وكالة بأجر:** يجوز شرعاً أن يوكل المؤلف المنصة نيابة عنه مقابل أجر، وكما جاء في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية¹:
- 1/2/4 أنه يصح أن تكون الوكالة بأجر، وذلك بالنص أو بمقتضى العرف، مثل توكيل من عرف أنه لا يعمل إلا بأجر.
- 2/2/4 إذا كانت الوكالة بأجر تطبق عليها أحكام الإجارة.
- 3/2/4 يجب أن تكون الأجرة معلومة إما بمبلغ مقطوع أو بنسبة من مبلغ معلوم، أو يؤول إلى العلم مثل أن تكون الأجرة عند ابتداء التوكيل معلومة وترتبط بمؤشر يرجع إليه عند بداية كل فترة، ولا يجوز عدم تحديدها، مثل اقتطاع الوكيل أجرته غير المحددة من مستحقات الموكل.
- 4/2/4 وفي حال لم تحدد الأجرة يرجع فيها إلى أجرة المثل.

¹ - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم (23) الوكالة وتصرف الفضولي، 4 أنواع الوكالة، البند 2/4 الوكالة بأجر، مرجع سابق، ص 621، 622.

- 5/2/4 يجوز أن تكون أجرة الوكيل ما زاد على النتائج المحدد للعملية أو نسبة منه، مثل أن يحدد له الموكل ثمنا للبيع وما زاد عليه فهو أجرة الوكالة.
- 6/2/4 يجوز أن يضاف إلى الأجرة المعلومة نسبة من الناتج المحدد للعملية الموكل بها وذلك على سبيل التحفيز.
- 7/2/4 إذا امتنع الوكيل بغير عذر عن مواصلة العمل في الوكالة بأجر وكان ما أنجزه ينتفع به فإنه يستحق أجر امثل عن المقدار المنجز بما لا يزيد عن الأجرة المسماة للنسبة التي أنجزها، ويلزم الوكيل التعويض عما إذا منعه الموكل قبل إتمام العمل أو انتهاء مدة الوكالة بدون عذر فإنه يستحق جميع الأجرة، وأما إذا منعه بعذر فيستحق الوكيل الأجرة بنسبة ما قام به من عمل.
- 8/2/4 لا تسقط الأجرة بتلف محل الوكالة بعد القيام بالعمل الموكل به، وإذا كان التلف بتعد أو بتقصير من الوكيل فإنه يضمنه.
- 4) **تكييفها على أنها جعالة:** يجوز شرعا أن تقوم المنصة بالتوسط في بيع الحقوق المعنوية على أساس عقد جعالة لأن الأصل في الجعالة الجواز، وأكد على مشروعيتها قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث أكد أن:
 - الجعالة مشروعة ولا تؤثر فيها الجهالة في محل العقد وهو العمل، اكتفاء بتحديد النتيجة المقصودة منه، وهي بذلك تصلح لما لا تصلح له الإجارة التي يجب فيها تحديد العمل¹.
 - 4/1/3/5 تصح الجعالة مع جهالة العمل شريطة تحديد النتيجة المطلوب تحقيقها بالعمل.
 - 5/1/3/5 يشترط أن يكون في العمل نوع من الجهد.
 - 2/2/3/5 يجوز أن يكون الجعل جزءاً من محل الجعالة، جزءاً من محل الجعالة، مثل نسبة من الديون المتعاقد على تحصيلها، أو الانتفاع مدة معينة بالمشروع المتعاقد على إنجازه.وبناء على ما جاء في قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية فيما يخص التعاملات المالية بالإنترنت، حيث نصت على أنه:

¹ - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم (15) الجعالة، (3) مشروعية الجعالة، مرجع سابق، ص425.

- 1/2 يجوز إنشاء المواقع التجارية على شبكة الإنترنت بشرط خلوها مما هو محرم شرعا، كالترجيع لسلع أو خدمات أو أنشطة محرمة، أو استخدام أدوات ووسائل محرمة في الترويج لسلع أو خدمات أو أنشطة مباحة.

- 2/2 يجوز إبرام العقود المالية بواسطة الإنترنت، وتخضع العقود التي تبرمها المؤسسات مع عملائها عن طريق الإنترنت للقواعد العامة للمعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، مثل فتح الحسابات أو إجراء الحوالات أو العقود التجارية ونحوها.

ويعد هذا القرار أساسا شرعيا يمكن الاستناد عليه في جواز إنشاء المنصات الإلكترونية التي تقوم بدور الوسيط في بيع الحقوق المعنوية، بشرط الالتزام بالضوابط الشرعية المذكورة، فالمنصات الإلكترونية يجب أن تكون خالية من المحرمات وفقا للبند 1/2، فمشروعية توسط المنصة هنا أن تكون خالية من الترويج لحقوق معنوية تتعلق بمحتوى محرم شرعا (ما يحتوي على الترويج للأفكار المخالفة للعقيدة أو الأخلاق والشريعة الإسلامية...)، كما يجب أن تكون الوسائل التي تعمل بها المنصة على التسويق والترويج مشروعة، فلا يجوز استخدام أساليب الغس والتدليس أو التضليل التي توقع على المشتري الغرر أو الغبن، التزاما بقوله ﷺ: {...وَمَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا} ¹.

فمستند جواز إنشاء المواقع التجارية على شبكة الإنترنت بشرط خلوها مما هو محرم شرعا، هو أن الأصل في المعاملات الإباحة ما لم يترتب عليها محذور شرعي، وأن إنشاء هذه المواقع يحقق صالح كبيرة للناس في هذا العصر، والشريعة قامت على مراعاة مصالح العباد ².

ومستند جواز إبرام العقود المالية بواسطة الإنترنت أنه لا يترتب على ذلك محذور شرعي، وأن العقود التي تبرم بواسطة الإنترنت لا تختلف عن العقود التي تبرم بالطرق التقليدية إلا من جهة وسيلة إبرامها، وأنه إذا كان الأصل في العقود الإباحة ما دامت تخلو مما يصادم قواعد المعاملات في الشريعة

¹ - أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأيمان، باب قول النبي ﷺ من "غشنا فليس منا"، ج1، مرجع سابق، ص99. (رقم الحديث: 101).

² - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم (38) التعاملات المالية بالإنترنت، مرجع سابق، ص972.

الإسلامية، فإن الأصل في وسائل إبرام العقود الإباحة أيضاً، ما دامت الوسائل تتحقق بها المتطلبات الشرعية لإبرام العقود¹.

وجواز إبرام العقود المالية عبر الإنترنت وفق القواعد الشرعية (البند 2/2)، يترتب على ذلك أن العقود التي يتم إبرامها بين المؤلف والمنصة (سواء كانت عقد سمسة أو وكالة بأجر أو إجارة خدمات أو جعالة) صحيحة من حيث الأصل، ما دامت مستوفية للأركان والشروط الشرعية، مثل التراضي، وتحديد الثمن أو العمولة، ووضوح الالتزامات لكل طرف.

وبالتالي فيجوز عمل المنصة كسمسار أو كوكيل بأجر، أو مؤجر للخدمات أو كمجوعول له، بشرط أن تكون العمولة معلومة ومحددة ينتفي فيها الغرر والجهالة والتدليس... مع ضرورة التزام المنصة بالقواعد الشرعية في العقود الإلكترونية، مثل أن تكون الشروط التي تقوم عليها العلاقة بين المؤلف/الناشر والمنصة واضحة، وتحدد الحقوق والالتزامات لكل طرف. وألا تتضمن المنصة أي ترويج لمحتويات تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، لضمان مشروعية المعاملات المالية والتجارية التي عبرها.

ولأن عملية التوسط في بيع الحقوق المعنوية عبر المنصات الإلكترونية تقوم على تحقيق مصلحة مشروعة، وترفع الحرج على المتعاقدين والمشتريين، وفي حال التزامها بالضوابط الشرعية فهي تحقق مقصد حفظ المال من خلال عدم وجود الجهالة والغرر والغبن، وتنميته بطرق مشروعة وأقل تكلفة وفقاً للضوابط التي تنص عليها الشريعة الإسلامية.

وبناء على قاعدة أن (الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم)، فالأصل في المعاملات والأشياء المستجدة الإباحة ما لم تتعارض مع نص موجود، وبناء على قاعدة (المشقة تجلب التيسير) فنظراً للمعاملات المالية التقليدية التي قد تكون صعبة ومكلفة فإن التخفيف هنا في البيع بطرق إلكترونية يتماشى مع هذا الأصل، وقاعدة (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) فلأن وصول هذه الحقوق إلى مستحقيها بطريقة شرعية ووفقاً لضوابط ومعايير تحافظ عليها، وتيسير الوصول إلى ذلك مطلوب شرعاً، فإن استحداث هذه الوسائل للتوسط في تحقيق هذه الغاية يصبح مشروعاً.

¹ - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 972.

وفقا لما سبق من عرض الأدلة والضوابط الشرعية المعتمدة، وما قرره الهيئات الشرعية (مجمع الفقه الإسلامي وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية)، ومشروعية كل العقود التي تم التكيف عليها لعملية الوساطة التجارية، وبناءً على المقاصد الشرعية والقواعد الفقهية التي تم التطرق إليها، فإن عمل المنصة الإلكترونية في التوسط في بيع الحقوق المعنوية يجوز شرعا إذا التزمت بالضوابط الشرعية، مما يؤكد مشروعية هذه المعاملة في ظل المعايير المالية الإسلامية الحديثة.

المطلب الثاني: التكيف القانوني لعملية توسط منصة إلكترونية في بيع الحق المعنوي

في المسألة التي سنتناولها سنركز فقط على عملية التوسط في العقد بين البائع والمنصة دون التطرق للعقد بين البائع والمشتري أو المشتري والمنصة.

أولاً: تحديد ماهية العملية

التوسط عبر المنصات الإلكترونية في بيع الحقوق المعنوية (كحقوق المؤلف، أو براءة الاختراع، أو الاسم التجاري، أو المحتوى الرقمي، أو...)، هو نشاط تقوم به المنصة لربط بائع الحق المعنوي بالمشتري، مقابل عمولة أو أجر معين، وتتم هذه العملية من خلال عقد إلكتروني ينظم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة.

ثانياً: تحليل عناصر العملية

أ. أطراف العملية:

- البائع: وهو صاحب الحق المعنوي أو الشخص/المؤسسة التي يملك حق التصرف فيه.
- المنصة الإلكترونية: الطرف المسؤول عن ربط أو إقامة العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري مقابل عمولة أو أجر.
- المشتري: الشخص/المؤسسة التي ترغب في شراء الحق المعنوي.

ب. محل العملية:

- بيع حق معنوي (حقوق المؤلف، حقوق رقمية...).

- تقديم خدمات بين البائع والمشتري.

ثالثا: القوانين المطبقة

أ. القانون الجزائري:

- الأمر رقم 03-05 الذي يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة: حيث ينظم الحقوق المعنوية ويوضح التعاملات التي تتم عليها.

- الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع: الذي ينظم براءات الاختراع ويحدد وسائل حمايتها ونقلها.

- القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية: الذي يحدد القواعد العامة والإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية وعقود البيع عبر الإنترنت.

- القانون رقم 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها: حيث يهدف لمكافحة الجرائم الإلكترونية وحماية المعاملات المتعلقة بالأنظمة المعلوماتية.

- القانون التجاري وتعديلاته: الذي يحدد شروط ممارسة الأنشطة التجارية وينظمها.

- القانون المدني الجزائري: لا ينص صراحة على بيع الحقوق المعنوية سواء بصور تقليدية أو إلكترونية، ولكن يمكن تكييفها ضمن المواد الخاصة للعقود المشابهة لها.

ب. القانون الإماراتي:

- مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة: لأنه يقر بصحة العقود الإلكترونية والتوقيعات الرقمية.

- مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) في شأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة: لأنه يضع ضوابط للوسائل الحديثة التي تمارس التجارة ومن بينها المنصات الإلكترونية.

- قانون اتحادي رقم (11) في شأن تنظيم وحماية حقوق الملكية الصناعية: يهدف هذا القانون إلى تنظيم الملكية الصناعية وإجراءات استعمالها واستغلالها.

- مرسوم بقانون اتحادي رقم (38) بشأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة: يتناول أحكام نقل حقوق المؤلف والحقوق المجاورة واستغلالها.
- مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية: كونه يسري على جميع الأعمال التجارية الواقعية أو الافتراضية التي تتم في الأوساط التقنية أو من خلال وسائل التقنية الحديثة التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر.
- قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية: يعترف بالحقوق المعنوية ويميز التصرف فيها.

ج. القانون الفرنسي:

- قانون الملكية الفكرية (Code de la propriété intellectuelle): ينظم كيفية نقل واستغلال حقوق التأليف والحقوق المجاورة، براءات الاختراع، والعلامات التجارية.
 - قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي (Loi pour la confiance dans l'économie numérique): يحدد قواعد التجارة الإلكترونية والتزامات مقدمي الخدمات الوسيطة والتي من بينها المنصات الإلكترونية.
 - القانون التجاري (Code de commerce): ينظم الأنشطة التجارية والعقود.
 - القانون المدني الفرنسي (Code Civil): يعترف بعقود بيع الحقوق المعنوية.
- د. القانون الأمريكي:

- قانون الألفية لحقوق النشر الرقمية DMCA
- القانون الموحد التجاري (UCC).
- قانون العقود العام (Common Law of Contracts).

رابعا: التكييف القانوني

عند تكييفنا لعقد توسط المنصة الإلكترونية في بيع الحقوق المعنوية، يجب أولاً أن نكيفها وفقاً للمفاهيم العامة للعقود في القانون، ونقوم بإسقاط ذلك على المعاملات بالطرق الحديثة كون أغلب

التشريعات لا تضع أسماء للعقود الحديثة، فحسب ما تم دراسته سابقا حول التعاملات الرقمية في حال الحقوق المعنوية (الفصل الثاني) والتكييف القانوني لعقد الوساطة التجارية (الفصل الأول)، وبناءً على ذلك يمكن تكييف عملية التوسط على عقود محتملة وفقا لعلاقة المنصة والبائع، ونكيفها هنا على أنها:

- **عقد وساطة:** وينطبق هذا التكييف في حال كانت المنصة مجرد وسيط للتسهيل في عملية البيع بين البائع (صاحب الحق المعنوي) والمشتري، فتبحث عن عملاء له، دون أن تكون أحد أطرافه، ويقتصر دورها على ذلك فقط وتتقاضى عمولة مقابل ذلك.
- **عقد وكالة:** يكون تكييف عمل المنصة كوكالة في حال كانت المنصة مخولة من البائع لتقوم بإبرام العقود نيابة عنه، فتصرف باسمه وتتقاضى عمولة على ذلك.
- **عقد بيع خدمة:** إذا كانت المنصة تعمل على عرض الحقوق المعنوية في بيئتها التقنية أي أنها وسيلة تقوم بخدمة رقمية معينة أو خدمات متعددة، ولا تتدخل في عملية البيع، وتتقاضى عمولة على ذلك.
- **عقد مقالة:** في حال كانت المنصة تقدم خدمات تنفيذية مرتبطة بعملية البيع وإتمامها مثل إعداد العقد أو الترويج له مع ضمان إتمام عملية البيع في فترة معينة، وذلك مقابل أجر ثابت.

وفقا للقوانين محل الدراسة سنقوم بتكييف عملية توسط المنصة في بيع الحق المعنوي (حق المؤلف) وفقا للتشريعات التالية:

- القانون الجزائري:

فعقد الوساطة التجارية في القانون الجزائري يخضع للقواعد العامة للعقود كونه لا يوجد قانون خاص ينظمه، ومن خلال التطرق للأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة نجد المادة 22 تنص على أنه: "يتمتع المؤلف بحق الكشف عن المصنف الصادر باسمه الخاص أو تحت اسم مستعار. ويمكنه تحويل هذا الحق للغير"¹. فالتحويل المذكور في المادة هنا يقصد به التصرف في الحق بنقله (ترخيص، توكيل،

¹ - المادة 22 من الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 هـ الموافق لـ 19 ماي 2003م يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع44، ص06.

تنازل، بيع...) فيمكن أن يشمل التحويل في المادة عملية البيع كونه أحد أشكال النقل، ولم تحدد المادة أشكال النقل (مباشرة أو عبر وسيط) أي أنه يمكن أن تتيح المنصة الإلكترونية للبائع أن يقوم بعرض الحق الخاص به للبيع، دون تحديد طريقة نقله أو تملكها للحق المعنوي وإنما التوسط فقط لتسهيل عملية النقل هنا، ويتم التحويل بين البائع (المؤلف مثلاً) والمشتري مباشرة، وتتقاضى مقابل ذلك عمولة. وجاءت الفقرة الأولى من المادة 27 من نفس القانون تؤكد ذلك أيضاً: "يحق للمؤلف استغلال مصنفه بأي شكل من أشكال الاستغلال والحصول على عائد مالي"¹. فهذه المادة تمنح للمؤلف الحق في الحصول على عائد مالي بعد التصرف في مؤلفه أي أنه يمكن أن يتصرف فيه سواء بالبيع أو التأجير أو الترخيص أو غيرها من الطرف التي تعود بنفع مالي عليه. كما جاءت الفقرة الثانية من المادة 27: "كما يحق له دون سواء مع مراعاة أحكام هذا الأمر أن يقوم أو يسمح لمن يقوم على الخصوص بالأعمال الآتية:

- إبلاغ المصنف إلى الجمهور بأية منظومة معالجة معلوماتية"².

فالمادة هنا نصت على أن للمؤلف وحده الحق في التصرف في مؤلفه أو أن يسمح لغيره باستغلاله، وهذا يعني أن المنصة الإلكترونية إذا صرح لها المؤلف باستغلال الحق وأعطاه صلاحية التصرف في عرضه لإيجاد مشترٍ، يعتبر الأمر قانوني والمنصة تقوم بدور الوسيط هنا، وجاءت من بين الأعمال التي يمكن أن يسمع لغيره بالقيام بها "الابلاغ عن المصنف عبر أي منظومة معالجة معلوماتية"، وقد جاء تعريف المنظومة المعلوماتية في الفقرة (ب) من المادة 02 من القانون 04-09 على أنها: "أي نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة، يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية للمعطيات تنفيذاً لبرنامج معين"³، والتي يمكن أن تتمثل في منصة إلكترونية، فالمادة هنا (الفقرة الثانية من المادة 27) لا تمنح للمنصة مطلق التصرف في الحق المعنوي وإنما تمنحها الصلاحية في التصرف في المصنف وفق ما يسمح به المؤلف أي عرضه للحصول على مشترٍ، وهذا ما يجعلها تتماشى مع طبيعة الوساطة التي يكون دور المنصة فيها هو التوسط وتسهيل عملية البيع فقط دون أن تدخل في العقد كأحد أطرافه. والمادة هنا لم تمنح أي طرف آخر

¹ - المادة 27 من الأمر رقم 03-05، ج.ر، ع44، ص07.

² - المادة 27 من الأمر رقم 03-05، ج.ر، ع44، ص07.

³ - المادة 02 من القانون رقم 04-09 المؤرخ في 14 شعبان 1430 هـ الموافق لـ 5 ماي سنة 2009م المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر، ع47، ص5.

(غير المؤلف) حرية التصرف في المصنف بالبيع أو غيره من صور الاستغلال، مما يوضح أن المنصة تتصرف فقط كوسيط، ولا تتصرف كمقاول أو كوكيل كون العملية هنا تتم للإعلان عن الحق فقط وليس التصرف فيه، لأن عقد الوكالة يتطلب أن يخول الموكل الوكيل قانونياً للتصرف باسمه، وبالتالي لا يمكن أن نفترض وجود وكالة هنا إلا في حالة الإذن الصريح للمنصة بإبرام عقد البيع باسم المؤلف، أما بالنسبة لعقد المقاول الذي يجب أن يلتزم فيه المقاول بأداء عمل محدد لشخص آخر مقابل حصوله على أجر، والمنصة هنا لا تقوم بأي عمل (تطوير، تعديل، تغيير، إضافة، برمجة...) على الحق وإنما تعرضه فقط للحصول على مشتري، وبالتالي فلا يكون العقد هنا مقاولاً إلا في حال قدمت المنصة أعمال تقع على الحق في حد ذاته كالتزامها بتطويره محتواه أو التعديل عليه.

كما جاء في المادة 06 من القانون 05-18 تعريف المورد الإلكتروني على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"¹. وقد يكون هنا المورد (شخصاً أو شركة) يوفر خدمات وبيع عبر وسائل رقمية (مواقع، منصات، تطبيقات...)، فإذا كانت المنصة هنا تعرض الحقوق المعنوية للبيع من قبيل التوسط أي توفير بيئة رقمية تسهل عملية البيع فهي تعتبر وسيطاً ويتم العقد على أنه عقد وساطة، أما إذا كانت المنصة تبيع الحقوق المعنوية بطريقة مباشرة، أي أنها تملك الحقوق المعنوية حق المؤلف أو لديها ترخيص لبيعه فهي تصبح مورداً (بائعاً) وقد يصبح العقد هنا بيع خدمة.

- القانون الإماراتي:

إن التشريع الإماراتي قد خصص باباً كاملاً للحدث عن عقد السمسرة كأحد العقود التجارية، أما الوساطة التجارية فهي بمفهوم أشمل من الوساطة قد تتعدى علاقة السمسرة بين الأطراف، ولا ينفي وجود باب السمسرة كأحد أنواع الوساطة التجارية إمكانية تكييف عقود الوساطة التجارية على عقود أخرى، أي أنه ليس بالضرورة أن تكون كل وساطة تجارية هي سمسرة فقط، فقد نظم المشرع عقد السمسرة ولم يمنع وجود أشكال أخرى في عملية الوساطة التجارية لا تطبق عليها كل شروط السمسرة.

¹ - المادة 06 من القانون 05-18، ج.ر، ع28، ص5.

جاء مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة في المادة 01 منه والتي تضمن التعريفات لكل من المعاملات الإلكترونية: "أي معاملة يتم إبرامها أو تنفيذها أو توفيرها أو إصدارها كلياً أو جزئياً بشكل إلكتروني، وتشمل العقود والاتفاقيات وغيرها من المعاملات والخدمات الأخرى"، والمستند الإلكتروني: "سجل إلكتروني أو رسالة إلكترونية أو بيان معلوماتي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجها أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسائل تقنية المعلومات، على أي وسيط، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه". وغيرها من التعريفات التي تؤكد شرعية التعاقدات التي تبرم إلكترونياً ومن بينها المنصات الإلكترونية التي تعمل على بيع الحقوق المعنوية (حق المؤلف)، وهذا يدعم فكرة أن المنصات الإلكترونية تلعب دور الوسيط في بيع الحقوق المعنوية.

وجاءت المواد 5 و6 و7 و8 و9 لتأكيد الاعتراف القانوني بالمستندات الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية ومدى حجيتها، وأكدت الفقرة 2 من المادة 10 المتعلقة بإنشاء العقود وصحتها والتي نصت على أنه: "لا يفقد العقد صحته أو حجته في الإثبات أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مستند إلكتروني واحد أو أكثر"، في دليل على أن العقود الإلكترونية التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية والتي من بينها المنصات لها القوة القانونية للعقود التقليدية

وبناءً على ما جاء في مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) في المواد من 252 إلى 269 التي تناولت الأحكام التنظيمية لعقد السمسرة (الوساطة)، نجد أن المنصة الإلكترونية تؤدي ما يماثل ذلك في التوسط بين الأطراف في بيع الحق المعنوي (حق المؤلف) وتتقاضى مقابل ذلك أجرًا، فجاءت المادة 252 تنص على أن: "السمسرة عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين وبالوساطة في مفاوضات التعاقد وذلك مقل أجر"¹. والمنصة الإلكترونية هنا دورها قريب من دور السمسار (الوسيط) الذي يربط بين الأطراف في بيع الحقوق المعنوية، مستحقة في ذلك أجرًا عندما تتم عملية البيع.

وجاء في المادة 09 عن نقل وترخيص الحقوق المالية للمؤلف من مرسوم بقانون اتحادي رقم (38) أن: "للمؤلف أو خلفه أن ينقل أو يرخص إلى الغير، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، كل أو بعض

¹ - المادة 252 من المرسوم بقانون اتحادي رقم (50)، ج.ر، ع 737 (ملحق 1)، ص 47.

حقوقه المالية المبينة في هذا المرسوم بقانون، ويشترط لانعقاد التصرف أن يكون مكتوبا ومحددا فيه الحق محل التصرف، مع بيان الغرض منه، ومدة الاستغلال ومكانه¹. وتؤكد هذه المادة أن للمؤلف الحق في التصرف في مؤلفه سواء بنقله (بيعه، تأجير،...) أو بترخيص حقوقه المالية، وهذا هو جوهر دور المنصة الإلكترونية في أن تقوم بالتصرف في المؤلف وفقما يرخص به المؤلف.

كما نصت المادة 10 من نفس القانون فيما يخص مقابل نقل حقوق الاستغلال المالي على أن: "للمؤلف أو خلفه أن يتقاضى المقابل النقدي أو العيني نظير نقله حق أو أكثر من حقوق الاستغلال المالي للمصنف إلى الغير على أساس مشاركة نسبية في الإيراد الناتج من الاستغلال، أو أساس مبلغ جزائي، أو الجمع بين الأساسين"². ففي إشارة من المشرع أن للمؤلف أو من يخلفه في التصرف في الحق أن يحصل على مقابل مالي مقابل نقل الحقوق، ومن بين صور نقل الحقوق التي تنص عليها المادتين 9 و 10 بيع الحق مقابل مبلغ مالي، فللخلف الذي يقوم هنا بترخيص من المؤلف بالتوسط في بيع الحق مقابل أن يحصل على نسبة من الإيرادات أو بمبلغ جزائي يتفقان عليه أو بمزيج بينهما.

فالمنصة هنا تلعب دور الوسيط في حال تقاضت نسبة من ناتج الإيراد المالي من استغلال المصنف في حال تمام عملية النقل (البيع) وبالتالي فهذا يرتبط بنجاح العملية وتكيف العملية هنا على أساس عقد وساطة. أما إذا تقاضت المنصة مبلغ جزائي فالمادة لم تنص صراحة على أن المبلغ يكون مستحقا عند تمام عملية النقل (البيع) أم أنه يكون على مراحل أو بدفعة مسبقة نظير خدمات قدمتها أو غير ذلك مما يفتح المجال أمام العقد بأن يكيف في هذه الحالة على أساسين، أولهما عقد وساطة (وتكون العمولة الأساسية عند تحقق نتيجة البيع أما ما تفرضه المنصة من رسوم إدارية أو ثابتة على البائعين مقابل إدراج منتجهم في المنصة وعرضه فلا تعتبر من عمولة الوساطة بل تكون لتغطية الخدمات اللوجيستية وغيرها) وثانيهما عقد بيع خدمة (عندما تكون العمولة الأساسية في العقد مقابل خدمة التسويق أو الإعلان والترويج للحق)، أو بمزيج بين العقدين وهذا ما اشتملت عليه عبارة "أو الجمع بين الأساسين". وباختصار فالمادة 10 لم تحدد شرط الحصول على الأجر بنجاح العملية، وهذا يترك الأمر للأطراف في الاتفاق على ذلك.

¹ - المادة 9 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (38) بشأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع 712 (ملحق)، ص 7.

² - المادة 10 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (38) بشأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع 712 (ملحق)، ص 7.

ونستبعد أن يكون العقد بينهما هنا عقد وكالة أو مقاوله كون المواد لم تبين أن للخلف عن المؤلف أن يتصرف في الحق باسم المؤلف وحسابه (حالة الوكالة)، أو أن يشمل تنفيذ عملية البيع أن يقع على الحق (المصنف) تعديل أو تطوير أو عمل آخر (حالة المقاوله).

– القانون الفرنسي:

جاء في القانون الفرنسي تعريف المنصة الإلكترونية على خلاف التشريعات السابقة التي لم تعرفها فجاءت المادة 6 من قانون الملكية الفكرية في فقرتها الرابعة تنص على: "يقصد بالمنصة الإلكترونية أي خدمة محددة في الفقرة (i) من المادة 3 من لائحة الخدمات الرقمية"¹. وقد جاءت الفقرة (i) من المادة 3 من اللائحة تنص على: "المنصة الإلكترونية: هي خدمة استضافة تقوم، بناءً على طلب متلقي الخدمة، بتخزين وتوزيع المعلومات للجمهور، ما لم تكن هذه الأنشطة سمة ثانوية وبسيطة لخدمة أخرى أو وظيفة ثانوية للخدمة الرئيسية لا يمكن استخدامها لأسباب موضوعية وتقنية، دون هذه الخدمة الأخرى، بشرط أن لا يكون دمج هذه السمة أو الوظيفة في الخدمة الأخرى وسيلة للتملص من تطبيق هذا النظام"².

وجاءت الفقرة (g) من المادة 3 من نفس اللائحة تنص على أنواع الخدمة الوسيطة على أنها قد تكون خدمة نقل بسيطة تتكون من نقل معلومات يقدمها متلقي الخدمة عبر شبكة اتصال أو توفير الوصول إلى شبكة اتصال، أو خدمة تخزين مؤقت تتكون من نقل معلومات يقدمها متلقي الخدمة عبر شبكة اتصال، وتشمل التخزين التلقائي المؤقت والوسيط لهذه المعلومات، وذلك بهدف وحيد هو جعل

¹ – Article 6, Modifié par LOI n°2024-449 du 21 mai 2024, Section 1: Définitions et obligations relatives aux fournisseurs de services intermédiaires, Chapitre II: Les fournisseurs de services intermédiaire, Titre 1: De La Liberté de communication en Ligne.

² – Paragraphe i de l'article 3, Règlement sur les Services Numériques (relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE), Chapitre I (Dispositions Générales), Journal officiel de l'Union européenne, Vol L277, Le Parlement européen, Strasbourg, France, 19 octobre 2022.

عملية نقل هذه المعلومات إلى مستلمين آخرين أكثر كفاءة عند طلبهم، أو خدمة الاستضافة التي تتكون من تخزين معلومات يقدمها متلقي الخدمة بناءً على طلبه¹.

جاء في قانون الملكية الفكرية في المادة L131-5-1 في فقرتها الأولى أن: "عندما ينقل المؤلف كل أو جزء من حقوق استغلاله، يتعين على المتنازل له أن يرسل أو يوفر له عن طريق وسيلة تواصل إلكترونية، مرة واحدة على الأقل سنوياً، معلومات واضحة وشفافة حول جميع العائدات الناتجة عن استغلال العمل، مع تمييز الأساليب المختلفة للاستغلال والتعويض المستحق عن كل طريقة من طرق الاستغلال، وذلك وفقاً للمادة L132-17-3 والمادة L132-28"². فهذا اعترف المشرع الفرنسي بإمكانية نقل المؤلف لحق استغلاله والحصول على عائد مالي من هذا النقل، والنقل هنا قد يكون كلياً أو جزئياً، وفي كلتا الحالتين يظل هناك نوع من الصلة والاستفادة من العائد المالي لاستغلال الحق (أي استغلاله من قبل الطرف المتنازل له أو الذي نقل له الحق وقد يكون هذا الطرف منصة إلكترونية فلا يوجد في المادة ما يمنع ذلك)، ففي حال النقل الكلي يعني أن المنصة تشتري حقوق الاستغلال من المؤلف وتعمل على إعادة بيعها أو ترخيصها للغير فالمنصة هنا تلعب دور الوكيل وتنوب عن المؤلف في استغلال الحق وتعمل على تزويده بالتقارير حول العائدات المالية وتعويضه عن ذلك وتتقاضى المنصة عمولتها نظير عملها هذا، وتكون العلاقة بينهما هي عقد وكالة.

أما في ما يخص حالة النقل الجزئي لحق الاستغلال فقد جاءت المادة L131-5-1 تنص على: "في حالة النقل الجزئي، يتم استبدال الخلف بالمؤلف في ممارسة الحقوق المنقولة، وفقاً للشروط والحدود ومدة العقد، ويجب عليه تقديم تقرير"³. فالمنصات الإلكترونية تحل محل المؤلف في الحق المنقول في

¹ - Paragraphe g de l'article 3, Règlement sur les Services Numériques.

² - Article L131-5-1, Création Ordonnance n°2021-580 du 12 mai 2021, Chapitre I: Dispositions générales, Titre III: Exploitation des droits, Livre I: Le droit d'auteur, Première partie: La propriété littéraire et artistique, Code de la propriété intellectuelle.

³ - Article L131-7, Création Loi 92-597 1992-07-01 annexe JORF 3 juillet 1992, Chapitre I: Dispositions générales, Titre III: Exploitation des droits, Livre I: Le droit d'auteur, Première partie: La propriété littéraire et artistique, Code de la propriété intellectuelle.

حال عرضه للبيع مثلاً، وتتقاضى عن ذلك أجراً مثلما يتقاضى المؤلف عن هذا الاستغلال وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة L132-25 تنص على أنه: "يستحق المؤلفون الأجر عن كل طريقة استغلال"¹. فمن طرق الاستغلال أن يقوم الخلف باستغلال الحق. وبالتالي يصبح له الحق في الحصول على مبلغ نظير ما يقدمه، والأغلب في ذلك أن دور المنصة هنا يكون دور وسيط في الاستغلال الجزئي للحق وفقاً لما يتم الاتفاق عليه مع المؤلف أي أن العقد يكيف على أنه عقد وساطة.

كما جاءت المادة L134-2 تنص على أنه: "يتم إنشاء قاعدة بيانات عامة ومتاحة مجاناً، وبإمكانية الوصول المفتوح من خلال خدمة الاتصال العامة عبر الإنترنت والتي تدرج الكتب غير المتوفرة..."².

والمواد التي تدرج ضمن المادة L137³ جاءت تؤكد ذلك تماماً، من خلال التطرق لعمل المنصات الإلكترونية كأحد مزودات خدمة مشاركة المحتوى عبر الإنترنت.

وجاءت المادة L137-1 تعرف: "...مقدم خدمة مشاركة المحتوى عبر الإنترنت" على أنه الشخص الذي يقدم خدمة اتصال عامة عبر الإنترنت بهدف رئيسي أو أحد الأهداف الرئيسية له هو تخزين وتوفير الوصول للجمهور إلى كمية كبيرة من الأعمال أو الأغراض المحمية التي قام المستخدمون

¹ - Article L132-25, Modifié par LOI n°2016-925 du 7 juillet 2016, Section 3: Contrat de production audiovisuelle, Sous-section 3: Dispositions particulières applicables à l'édition d'une œuvre musicale, Chapitre II: Dispositions particulières à certains contrats, Titre III: Exploitation des droits, Livre I: Le droit d'auteur, Première partie: La propriété littéraire et artistique, Code de la propriété intellectuelle.

² - Article L134-2, Création LOI n°2012-287 du 1er mars 2012, Chapitre IV: Dispositions particulières relatives à l'exploitation numérique des livres indisponibles, Titre III: Exploitation des droits, Livre I: Le droit d'auteur, Première partie: La propriété littéraire et artistique, Code de la propriété intellectuelle.

³ - Article L137-1 et L137-2 et L137-3, Section 1 et 2 et 3, Chapitre VII: Dispositions applicables à certains fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, Titre III: Exploitation des droits, Livre I: Le droit d'auteur, Première partie: La propriété littéraire et artistique, Code de la propriété intellectuelle.

بتحميلها، والتي ينظمها ويعززها مقدم الخدمة بهدف تحقيق ربح، سواء كان هذا الربح مباشراً أو غير مباشر.

لا تشمل هذه التعريفات الموسوعات الإلكترونية غير الربحية، والفهارس التعليمية والعلمية غير الربحية، ومنصات تطوير ومشاركة البرمجيات الحرة...". وجاء نص المادة 2-137 L صريحاً ينص على: "يقدم مزود خدمة مشاركة المحتوى عبر الإنترنت، عند الوصول إلى الأعمال المحمية بحقوق المؤلف التي تم تحميلها من قبل مستخدميه، عملاً من أعمال التمثيل لتلك الأعمال، ويجب عليه الحصول على إذن من أصحاب الحقوق...".

وأضافت المادة 3-137 L أنه: "يقدم مزود خدمة مشاركة المحتوى عبر الإنترنت، بناءً على طلب أصحاب حقوق المؤلف معلومات دقيقة وذات صلة بنوع وطريقة تنفيذ التدابير التي اتخذها لتطبيق ما جاء في المادة 2-137 L...".

فحددت المواد مزود مشاركة المحتوى عبر الإنترنت والذي بدوره يشمل المنصات الإلكترونية التي بإمكانها تخزين المحتوى ومشاركته والوصول إلى الأعمال الفكرية بطرق وأغراض ربحية، باستثناء تلك المنصات غير الربحية. وجاءت هذه المواد لتثبت أن المنصات الإلكترونية يمكنها أن تلعب دور الوسيط أو الوكيل بين المؤلفين والمشتريين، وأنها تحت إذن المؤلف يمكنها الوصول إلى هذه الحقوق واستغلالها مقابل عمولة.

لا تقدم المنصات الإلكترونية في الغالب، ووفقاً للنصوص القانونية السابقة، خدمات تنفيذية للمؤلف، بل تعمل فقط على تسهيل الربط بينه وبين المشتري أو تنوب عنه في ذلك وهذا بمفهومه يندرج ضمن الوكالة والوساطة، ولكن لا نغفل عن إمكانية تكييف العقد كمقاول في الحالات التي تقوم فيها المنصة بتقديم خدمة فعلية في إدارة الحقوق مثلاً أو تطويرها، ولا تقوم المنصات بذلك عادة.

– القانون الأمريكي:

على الرغم من عدم وجود قوانين فدرالية خاصة تنظم التوسط في العقود التي تقع على الحقوق المعنوية (حق المؤلف) في التشريع الأمريكي، إلا أن النظام القانوني الأمريكي يملك قوانين مخصصة لحماية حقوق النشر والطبع وعمليات النقل التي تقع عليها. كما جاء القانون الولائي المخصص لمدينة أوهايو.

فجاء في القانون U.S (التجمع الرسمي للقوانين الفدرالية العامة والدائمة)، في العنوان 17 المتضمن قانون الألفية الرقمية لحقوق الطبع والنشر (DMCA)، ما ينظم أحكام التعاملات التي تقع على هذه الحقوق والتي يتمتع بها المؤلف، فجاءت المادة 201 في فقرتها d المعنونة بنقل الملكية تنص على: " (1) يجوز نقل ملكية حقوق الطبع والنشر كلياً أو جزئياً عن طريق أي وسيلة نقل أو بحكم القانون...

(2) يجوز نقل أي من الحقوق الحصرية المضمنة في حقوق الطبع والنشر، بما في ذلك أي تقسيم فرعي لأي من الحقوق المحددة في المادة 106... وامتلاكها بشكل منفصل...¹. والحقوق التي تنص عليها 106 هي (الحق في النسخ، الحق في إعداد الأعمال المشتقة مثل الترجمة أو التعديل أو التحويل، الحق في التوزيع، الحق في العرض العام، الحق في الأداء العام، الحق في عرض العمل من خلال الوسائط الرقمية)، والفقرة 6 من المادة 106 تنص على: " بالنسبة للأعمال السمعية البصرية أو الأعمال الرقمية، يمكن لمالك حقوق الطبع والنشر استخدام الإنترنت أو الشبكات الأخرى لعرض العمل علناً². وتوضح هذه المواد إمكانية نقل هذه الحقوق كلياً أو جزئياً وبأي وسيلة قانونية، بما في ذلك العقود الإلكترونية التي تضم المنصات الإلكترونية والتي من خلالها يتم نقل هذه الحقوق (بيع، ترخيص، تنازل...)، فتبين المادة أن المنصات الإلكترونية قد تلعب دور الوسيط في ترتيب عملية النقل للحق بين المؤلفين والمشتريين. ولعل المادة 106 جاءت مؤكدة لذلك، لأن التعامل في نقل هذه الحقوق قد يتم في بيئة رقمية من خلال عرضها عبر الوسائط الإلكترونية، ما يعزز فكرة شرعية توسط المنصات الإلكترونية في بيع هذه الحقوق، والعقد هنا قد

¹– Article 201 Ownership of copyright, Chapter 2: Copuright Ownership and Transfer, Title 17: Copurights, U.S Code.

²– Article 106 Exclusive rights in copyrighted works, Chapter 1: Subject Matter Aand Scope of Copuright, Title 17: Copurights, U.S Code.

يكون عقد وساطة بحسب مفهوم المادتين في كون المنصة تتدخل في عرض الحقوق للبيع مثلا وتسهل الحصول على طرف ثالث في التعاقد.

وجاءت المادة 204 في الفقرة (a) تنص على أنه: "لا يكون نقل ملكية حقوق الطبع والنشر، خلافا للتصرف القانوني، صالحا إلا إذا كان هناك أداة نقل أو مذكرة أو ملاحظة للنقل مكتوبة وموقعة من قبل صاحب الحقوق المنقولة أو وكيله المعتمد"¹. توضح المادة القانونية أن المنصات الإلكترونية قد تلعب دور وكيل، من خلال أنها يمكن أن تعمل على إجراءات نقل الحقوق نيابة على المؤلف، وبالتالي يمكن تكييف العقد أيضا على أنه عقد وكالة.

وجاء في تعريف لحقوق الطبع والنشر كأحد أجزاء حق المؤلف وعرفها المشرع الأمريكي في القانون الولائي لولاية أوهايو، في المادة (A) تنص على: "حقوق الطبع والنشر (copyright) هي الحماية التي توفرها قوانين الولايات المتحدة لـ (الأعمال الأصلية للمؤلفين)، بما في ذلك الأعمال الأدبية، الدرامية... تختلف مدة حقوق الطبع والنشر بناء على عدة عوامل تشمل التأليف، الملكية، ونوع العمل. (حقوق الطبع والنشر copyright) تعني حرفيا حق النسخ، ولكنها أصبحت تعني تلك الحقوق الحصرية التي يمنحها القانون لمالكي حقوق الطبع والنشر لحماية أعمالهم، وتشمل:...(سنذكر الفقرتين 3 و 4 فقط)

(3) الحق في توزيع نسخ العمل المحمي بحقوق الطبع والنشر للجمهور عبر البيع أو أي نقل ملكية آخر، أو عن طريق الإيجار أو الإعاره.

(4) الحق في أداء أو عرض العمل المحمي بحقوق الطبع والنشر علنا"².

فهذه المادة تدعم القانون الفدرالي وتوضح أن حقوق المؤلف تشمل أن يتم الحق في نقلها وتوزيعها وعرضها، والمنصات الإلكترونية عند تدخلها في بيع هذه الحقوق فهي تعمل هنا بين المشتري والمؤلفين كموزع أو وسيط، فهذه المادة تؤكد أنه يمكن نقل الحقوق المعنوية سواء بالبيع أو الترخيص أو التوزيع.

¹ - Article 204 Execution of transfers of copyright ownership, Chapter 2: Copuright Ownership and Transfer, Title 17: Copurights, U.S Code.

² - Ohio Admin, Code 3357:15-13-34, General copyright guidelines, State Regulations.

كما جاءت في نفس اللائحة في المادة (C) تنص على أنه: "توجد حماية لحقوق الطبع والنشر للأعمال الأصلية من لحظة تثبيتها في أي وسط ملموس للتعبير، سواء كان هذا الوسيط معروفاً أو تم تطويره لاحقاً، بحيث يمكن إدراك الأعمال أو نسخها أو نقلها بطريقة أخرى سواء مباشرة أو باستخدام جهاز أو آلة. لا يجب أن يكون من الواضح أن العمل محمي بحقوق الطبع والنشر ليحصل على الحماية بموجب قانون حقوق الطبع والنشر. لا تمتد حقوق الطبع والنشر إلى أي فكرة أو إجراء أو عملية أو نظام أو طريقة تشغيل أو مفهوم أو مبدأ أو اكتشاف، بغض النظر عن الشكل الذي يتم وصفه أو شرحه أو تصويره فيه"¹. وتوضح هذه المادة أن هذه الحقوق يمكن نشرها في أوساط متطورة ونقلها بمساعدة وسائط وطرق مختلفة، ويمكن أن تكون المنصات الإلكترونية من بيه هذه الوسائل كونها تتيح نشر وبيع حقوق المؤلف عبر بيئتها الرقمية، وهنا توضح المادة أن هذه الحقوق لا تنتقل ملكيتها إلى الوسيلة (المنصة الإلكترونية)، لكنها تستطيع التدخل في عملية بيعها أو ترخيصها كوسيط وهذا يكيف دورها هنا كعقد وساطة، ويبيدها عن كونها مقاوله كونها لا تنفذ عملاً بل تكون مجرد وسيط بين المشتري والمؤلف.

وجاءت المادة (H) المتعلقة بالحصول على الإذن والتراخيص تنص على أنه: "إذا لم يكن الاستخدام يقع ضمن (الاستخدام العادل)، فيجب الحصول على إذن. لا يُعتبر الاستخدام المتكرر أو إعادة النشر (استخداماً عادلاً). يجب الحصول على إذن أو دفع حقوق ملكية لمثل هذا الاستخدام للأعمال المحمية بحقوق الطبع والنشر... يجب بذل جهد حسن النية للحصول على إذن لاستخدام المواد المحمية بحقوق الطبع والنشر والتي تقع خارج مبدأ (الاستخدام العادل)"².

فالمادة تبين أنه في حال التصرف في هذه الحقوق وجب الحصول على الإذن أو الترخيص، فلا يمكن لأي كان استغلال هذه الحقوق دون الحصول على الإذن المسبق من صاحبها، وكذلك المنصات الإلكترونية التي في عقدها مع المؤلف تقوم بالاتفاق على ذلك، وهنا قد يكون العقد وكالة إذا ما كان الترخيص أو الإذن من المؤلف يشمل أن تنوبه المنصة في عمليات نقل استغلال هذه الحقوق، وليس مجرد أن تكون وسيطاً رقمياً فيها. وجاءت المادة الموالية لها (I) تنص على طرق طلب الإذن: "هناك طريقتان

¹ - Ohio Admin, Code 3357:15-13-34, General copyright guidelines, State Regulations.

² - Ohio Admin, Code 3357:15-13-34, General copyright guidelines, State Regulations.

للحصول على إذن لاستخدام المواد المحمية بحقوق الطبع والنشر. يمكنك إما الاتصال مباشرة بصاحب حقوق الطبع والنشر أو استخدام وكالة حقوق. عملية الحصول على الإذن ليست فورية. يجب السماح بفترة...¹. وبينت هنا طريقتين إما بطريقة مباشرة وهي التعاقد على ذلك، أو عن طريق وكالات حقوق، وهنا المنصة يمكن اعتبارها وكالة رقمية فهي لا تملك الحقوق ولكنها تملك حق التفاوض عليها (بيعها، ترخيصها...)، وهذا يدعم فكرة تكييفها عقد وكالة.

وجاءت المادة (J) بعنوان الوسائط الرقمية وقانون الألفية الرقمية لحقوق الطبع والنشر تنص على: "ينطبق قانون حقوق الطبع والنشر على الموارد الرقمية وكذلك على الأعمال الورقية التقليدية. أي توزيع ملفات رقمية محمية بحقوق الطبع والنشر... يعد وضع ملفات الوسائط في مكان حيث تكون متاحة لمستخدمي الإنترنت الآخرين بمثابة توزيع...". تعمل هذه المادة على تنظيم وحماية الحقوق المعنوية في البيئة الرقمية، ويتضح أن الحقوق المعنوية (حقوق المؤلف) لا يمكن نشرها إلا بالإذن أو الترخيص وهذا يوضح أن عمل المنصات في نشر وبيع الحقوق المعنوية قانوني، يتم وفق التزامات من طرف المنصة وهذا يجعلها تعمل كوسيط لضمان حفظ هذه الحقوق حتى يتم نقلها.

خامسا: النتائج القانونية

- القانون الجزائري:

وبناءً على كل ما سبق، ونظرا لطبيعة العلاقة القانونية التي تربط الأطراف (المؤلف والمنصة الإلكترونية)، ووفقا للقوانين المستعملة والمواد القانونية التي تم التطرق إليها، فإن التكييف الأقرب لعقد توسط المنصة الإلكترونية في بيع الحق المعنوي (حق المؤلف) هو عقد وساطة أو عقد بيع خدمة، وتكون احتمالية تكييفها على أنها عقد وكالة أو مقاوله مرهونة بشروط المنصة أو بما يمنحه المؤلف لها من سلطة قانونية تخول له ممارسة الوكالة أو المقاوله وفق أسسها وشروطها القانونية.

ونرجح فكرة أن يتم تكييفه على أنه عقد جديد (عقد وساطة إلكترونية)، فنظرا للتطورات الحديثة التي يشهدها مجال المعاملات الرقمية، أصبح هذا العقد نمطا شائعا في أغلب التعاملات التجارية، لذا

¹ - Ohio Admin, Code 3357:15-13-34, General copyright guidelines, State Regulations.

فالأمر يستدعي أن يتم استحداث قانون خاص بهذا العقد، وتنظيمه في أطر قانونية خاصة به، لتحديد كافة الحقوق والالتزامات للأطراف المتعاقدة، وحماية لمصالحهم، وكل ذلك يتم استنادا لنصوص القواعد العامة مع مراعاة البيئة الرقمية التي ينشأ فيها هذا العقد.

- القانون الإماراتي:

بناءً على ما تم دراسته من النصوص القانونية ذات الصلة بعملية توسط المنصات الإلكترونية في عمليات بيع الحقوق المعنوية (حق المؤلف)، يمكننا تكييف دور المنصة الإلكترونية هنا على حالتين، الأولى أنها يقوم بينها وبين المؤلف عقد وساطة، حيث تعمل المنصة على أنها وسيط إلكتروني يربط بين المؤلف والمشتري، مقابل أجر (نسبة من العائد المالية لعملية البيع) يكون نظير تحقيق نتيجة معينة وهي إتمام عملية البيع (العمولة الأساسية تتعلق بعملية البيع). الثانية تكون في حال كان المبلغ جزائي ولم يحدد نظير ماذا ولم يرتبط بإتمام العملية في اتفاق الأطراف ولم يتعلق بعملية البيع (العمولة الأساسية بين المنصة والمؤلف لا تتعلق بإتمام عملية البيع بل بالخدمات المقدمة من تسويق وإعلان وغيرها...) فهذا يصبح تكييف العقد على أنه بيع خدمة.

- القانون الفرنسي:

المشرع الفرنسي حاله حال التشريعات الأخرى، لم يخص مثل هذه المعاملات بقوانين جديدة وأطر قانونية تنظم التعاملات بها، ولذلك من خلال النصوص القانونية التي تم التطرق إليها، نجد أن القوانين الفرنسية تنص على أن التوسط في بيع الحقوق المعنوية يمكن تكييفه على أنه عقد وكالة (في حال النقل الكلي للحقوق للخلف ليقوم باستغلالها)، أو عقد وساطة (في حال النقل الجزئي لحقوق الاستغلال للمنصة).

- القانون الأمريكي:

من خلال ما تم تحليله فيما جاء في المواد القانونية الأمريكية المتعلقة بحقوق الطبع والنشر والتي تعد جزءا من حقوق المؤلف، يتضح أن المشرع الأمريكي يمنح المؤلف حماية قوية، ويضع تنظيما دقيقا لآليات نقل هذه الحقوق أو ترخيصها، ويتبين أن المشرع الأمريكي يضع إطارا قانونيا مرنا من خلال قوانينه الفدرالية

والولائية، فيشمل العديد من العقود حتى ولو كانت حديثة وغير مسماة، فعند التمعن في دور المنصات الإلكترونية في بيع الحقوق المعنوية (حق المؤلف)، نجد أن هذه المنصات تقوم بدور الوسيط أو الوكيل في عمليات نقل أو ترخيص الحقوق.

وبناءً على ذلك، فالتكييفات القانونية للعلاقة التعاقدية بين المنصة والمؤلف وتوسطها في عملية بيع الحقوق المعنوية (حق المؤلف) يمكن أن يكون عقد وساطة أو عقد وكالة أو عقد بيع خدمة أو عقد وكالة، وذلك وفقاً لطبيعة الدور الذي تؤديه المنصة في الصفقة.

المطلب الثالث: تكييف توسط منصة PubMatch في عملية بيع الحق المعنوي

التأصيل الفقهي والتكييف القانوني لعملية توسط منصة إلكترونية في بيع الحقوق المعنوية، اتجه بنا إلى عدة تكييفات فقهية (سمسرة، وكالة بأجر، إجارة خدمة، جعالة) وقانونية (وساطة، وكالة، بيع خدمة، مقاول)، وهذه العقود متشابهة، فعقد السمسرة في الفقه الإسلامي كنظيره عقد الوساطة في القانون الوضعي فجوهرهما واحد حيث يقوم السمسار أو الوسيط بدور التوسط بين أطراف العقد من أجل إتمام صفقة معينة مقابل أجر معين، أما الوكالة بأجر فهي تشبه عقد الوكالة حيث يتم تفويض طرف نيابة عن الموكل في القيام بالمهام عند كليهما، وعقد إجارة الخدمة يقابله عقد بيع الخدمة فكلاهما يقومان على أداء خدمة مقابل أجر، وعقد الجعالة في الفقه الإسلامي يمكن إسقاطه على عقد المقاول في القانون الوضعي من حيث أن كليهما يعتمد على انجاز العمل مقابل العمولة.

فمما سبق يتضح أن هناك توافق في جوهر التكييفات القانونية والتأصيل الشرعي لعقد توسط المنصة الإلكترونية في بيع الحق المعنوي، ولذلك سنعمد على أنموذج لإسقاط التكييفات عليه وعلى طريقة عمل المنصة حتى يتم الترجيح بين هذه التكييفات على أيها ينطبق توسط منصة **PubMatch** في بيع الحق المعنوي.

إن منصة **PubMatch** تعد وسيلة لتشجيع انتشار الأفكار حول العالم، وذلك من خلال خلق بيئة تكون فيها الملكية الفكرية أكثر قابلية للإدارة، وأكثر قابلية للاكتشاف، وأسهل في الشراء والبيع. وقد تم بناء **PubMatch** لتوفير الأدوات التي تمكن الناشرين والمؤلفين والوكلاء من توسيع أعمالهم في

بيع الحقوق، مع التركيز على ثلاث مجالات رئيسية¹:

- **إدارة الحقوق**: في صناعة الحقوق، غالبا ما تكون قواعد البيانات المعتادة التي تحتوي على بيانات المبتدعات الخاصة بالكتاب غير مكتملة. لذا، قامت **PubMatch** بإنشاء قاعدة بيانات للمستخدمين تتجاوز النصوص التسويقية، من الحقوق المملوكة إلى العقود الموقعة، من تاريخ التفاوض إلى أرقام **ISBN** للنسخ الأجنبية (في حالات ترجمة الكتب)، من جداول العوائد إلى الشركاء المرتبطين، يمكن لمستخدمي **PubMatch** تنظيم تفاصيل حقوقهم الأجنبية والحفاظ عليها جاهزة دائما حتى لا يفوتهم أي فرصة للقيام بالأعمال.

- **الترويج للحقوق**: يتيح **PubMatch** للمستخدمين الوصول إلى مجموعة قوية من الأدوات التي تساعدهم في العثور على شركاء بسرعة وسهولة وبطريقة استراتيجية. سواء كان ذلك من خلال العثور على شركاء في شبكة **PubMatch** الواسعة، أو إنشاء كتالوجات حقوق جاهزة للطباعة، أو تطوير مواقع مخصصة لاستهداف شركاء محددین، يمكن لمستخدمي **PubMatch** الاتصال بشكل أفضل مع الشركاء التجاريين في المعارض التجارية، وفي الاجتماعات التجارية، وعلى الإنترنت.

- **معاملات الحقوق**: هو نظام المعاملات الخاص بـ **PubMatch** والذي يوفر للبايعين والمشتريين للحقوق فرصة للتفاوض، والشراء، وبيع الحقوق الأجنبية بشكل أسرع وأسهل وبطريقة أكثر تنظيما.

فلاحظ من خلال ما المنصة تعمل على مساعدة الناشرين والمؤلفين على تتبع وإدارة حقوقهم المتعلقة بمؤلفاتهم، حيث تتكون من قاعدة بيانات متكاملة، تتعدى كونها تقوم بعرض المؤلفات والحقوق التابعة لها وتسويقها، بل تشمل أيضا قاعدة لتخزين جميع المعلومات حول العقود التي يبرمها البائعون، وحول المفاوضات التي قام بها قبل عمليات البيع، كما توفر للمستخدم في حال الترجمات المتعددة للمؤلف تسجيل أرقام **ISBN** (الرقم الدولي المعياري للكتاب) (**International Standard**

¹ - الموقع الرسمي لمنصة PubMatch، بيان المهمة، <https://www.pubmatch.com/how-it-works.html>
26-02-2025م، 17:27.

Book Number) ويعتبر كرقم الهوية الخاصة بكل نسخة من الكتاب، إضافة إلى تتبع العوائد المالية الناتجة عن تعاملات المستخدم وعمليات البيع...، كما تعمل المنصة على الترويج للحقوق بسرعة وسهولة، وبطرق تجذب المستخدمين والعلماء، وتقدم فضاءات للمتعاملين للتفاوض والتعامل فيما بينهم لإتمام صفقاتهم بكل دقة وسهولة، من الخدمات التي تقدمها المنصة، فهي لا تعمل فقط كوسيط يربط البائعين (المؤلفين) بالمشتريين وإنما تعمل على تقديم خدمات رقمية لتسهيل عمليات البيع فقط، وهذا ما يجعل العقد يدور بين عقدي الوساطة وبيع الخدمة.

وهذا ما أكدته ما جاء في الموقع الرسمي فيما يخص من يمكنه الاستفادة من منصة PubMatch، حيث جاء من بينهم المؤلفون، خصوصاً الذين ليس لديهم دعم من وكلاء أو ناشرين فمُنحتهم المنصة مكاناً يوفر لهم مزيداً من السيطرة والأدوات لتولي أعمال حقوقهم بأنفسهم¹. فالمنصة هنا تشير إلى أن المؤلفين يديرون أعمالهم بأنفسهم دون أن تكون وكلاء عنهم أو تنوهم في التصرفات على حقوقهم، كما لا يمكن أن تكون المنصة بمثابة المقاول هنا، وبالتالي فالعقد يخرج عن كونه عقد وكالة أو مقالة.

كما أن المنصة لا تقوم بتملك الحقوق المعروضة للبيع وإنما تعرضها فقط في سبيل الحصول على العلماء أو المستخدمين، وهو ما جاء في سياسية الخصوصية حيث أكدت أن أي صور أو ملفات أو مخطوطات أو كتب تم تحميلها على PubMatch.com، بينما تكون متاحة للمشاهدة، تظل ملكية الشركة أو الشخص الذي قام بتحميلها، ولا تصبح أي حقوق ملكية فكرية ملكاً لشركة PubMatch.com².

والمعاملون مع المنصة كبائعين مسؤولون عن دفع رسوم البيانات ورسائل النص وغيرها من الرسوم الناتجة عن الوصول إلى الموقع³. وتكون من قبيل العمولة التي تتلقاها المنصة مقابل خدماتها، إلا أن هذه الرسوم تختلف فيما إذا تعلقت بنجاح عمليات البيع (عقد وساطة)، أو برسوم حتى لو لم تتم العملية (عقد

¹ - الموقع الرسمي لمنصة PubMatch، بيان المهمة، مرجع سابق، 26-02-2025م، 17:27

² - الموقع الرسمي لمنصة PubMatch، سياسة الخصوصية، <https://www.pubmatch.com/privacy-policy.html>، 26-02-2025م، 18:58.

³ - الموقع الرسمي لمنصة PubMatch، شروط الخدمة، <https://www.pubmatch.com/terms-of-service.html>، 26-02-2025م، 17:51.

بيع خدمة).

وقد جاء تحديد هذه الرسوم في شروط الخدمة في الموقع الرسمي للمنصة على أنه سيتم خصم رسوم قدرها 15% كرسوم وكلاء **PubMatch** من المعاملة الناجحة لحقوق المؤلف، بالإضافة إلى رسم خدمة بنسبة 5%، علاوة على ذلك، فإن جميع رسوم التحويل البنكي هي مسؤولية البائع وسيتم خصمها من المعاملة المتعلقة بالحقوق، تعتبر "رسوم وكلاء **PubMatch**" قابلة للتفاوض إذا كان لدى العضو 1000 عنوان أو أكثر في ملفه الشخصي¹.

ولعل هذا الشرط يفصل في كون العمولة التي تتلقاها المنصة تخرج عن كونها عمولة عن وساطتها لأنها تكون مقابل الخدمات التي تقدمها للمؤلف، وليس فقط مقابل نجاح العملية، ونفهم ذلك كونها تشترط إضافة إلى رسوم نجاح العملية نسبة أخرى تقدم مقابل الخدمة سواء تمت العملية بنجاح أم لم تتم، وبالتالي فالعقد هنا يكيف على أنه عقد بيع خدمة مقابل عمولة محددة برسوم ثابتة.

فتوسط منصة **PubMatch** في بيع الحق المعنوي ما هو إلا بيع خدمة (في القانون الوضعي) أو إجارة خدمة (في الفقه الإسلامي) كونه يقوم على تقديم خدمات وبيئة رقمية للبائعين (المؤلفين) ويتيح لهم خدمات متعددة مقابل أجر محدد برسوم ثابتة. وهذا العقد جائز ومشروع فقها وقانونا إذا ما التزمت المنصة بالضوابط الفقهية والقانونية.

¹ - الموقع الرسمي لمنصة PubMatch، شروط الخدمة، 26-02-2025م، 18:37.

المبحث الثاني: أحكام التوسط في عمليات الحجز والدفع عبر المنصات الإلكترونية

فالمعاملات المالية الإلكترونية الحديثة والتي من بين عملياتها الحجز والدفع، وتتم هذه العمليات عبر التقنيات الحديثة والتي من بينها المنصات الإلكترونية.

وهو ما يتطلب منا دراستها شرعا وقانونا لمعرفة على أي العقود يمكن تكييفها، وأي الأحكام الشرعية أو القانونية تطبق عليها، حتى تتم هذه المعاملة في صورة صحيحة، ونفصلها فيما يلي:

المطلب الأول: التأصيل الشرعي والقانوني للتوسط إلكترونيا في عمليات الحجز

إن عقود الوساطة التجارية التي تتم عبر المنصات الإلكترونية ويتم خلالها عمليات الحجز الإلكتروني التي لا بد من تأصيلها شرعا وتكييفها قانونا، ومعرفة على أي العقود تنطوي.

الفرع الأول: التأصيل الشرعي لتوسط منصة إلكترونية في عملية الحجز

أولا: تصوير المسألة

في المسألة التي سنتناولها سنركز فقط على عملية التوسط في العقد بين البائع والمنصة دون التطرق للعقد بين البائع والمشتري أو المشتري والمنصة.

يقوم الوسيط التجاري المتمثل في منصة (موقع أو تطبيق) بعرض خدمات الحجز (حجز الفنادق، حجز تذاكر الطيران، حجز تأجير السفن أو السيارات، حجز الرحلات...) التي يقترحها مقدم الخدمة (الفنادق، شركات الطيران، شركات تأجير السفن والسيارات، ...)، وتعمل هذه المنصة على الربط بين العملاء ومقدمي الخدمات، ويتقاضى الوسيط التجاري هنا عمولة تكون بدفع كلي أو جزئي مسبقا، كما يمكن إلغاء العملية أو التعديل عليها في بعض الحالات.

ثانيا: تمثيل المسألة

تتمثل هذه المسألة في أن يعرض مقدم الخدمة (فنادق أو شركات طيران أو شركات تأجير وسائل النقل) خياراتها للحجز عبر منصة إلكترونية (مثل منصة **Kayak**، **Agoda**، **Booking**،

Uber، Hertz...)، حيث يقوم العملاء باختيار الخدمة المطلوبة والموافقة على شروط الدفع (سواء جزئي/ كلي أو مسبق/ عند الوصول) والإلغاء، للحصول على تأكيد الحجز بناء على الشروط المحددة.

ثالثاً: التكيف الشرعي

بما أن التكيف الشرعي لمسألة توسط المنصة الإلكترونية في عملية الحجز يختلف حسب نوع وطبيعة الحجز الذي يتم عبرها، فيمكن أن يتم تكيف المسألة (العقد بين مقدم الخدمة والمنصة في الحجز الفندقي) على العقود التالية:

- **عقد وكالة بأجر:** في هذه الحالة يوكل الفندق المنصة في عرض خدماته الفندقية وتوفير الحجوزات وتسهيلها نيابة عنه وفقاً للشروط المتفق عليها بينهما، مقابل عمولة متفق عليها عن كل عملية حجز تتم (أغلب المنصات تعمل هكذا).

- **عقد سمسرة:** إذا كانت المنصة تعمل كوسيط بين الفندق والعملاء في عملية تسهيل الحجوزات مقابل عمولة تتفق عليها مع الفندق سواء برسوم ثابتة أو بمبلغ معلوم عن كل عملية حجز تساهم فيها.

- **عقد جعالة:** وهنا تقوم المنصة بعرض الخدمات الفندقية في سبيل إتمام عملية الحجز دون التزامها بأي خدمة أخرى (خدمات الدفع) إلا في حال تحقق إتمام عملية الحجز، فتحصل المنصة على الأجر المتفق عليه في الشروط بينهما، وهنا يكون الأجر الذي تحصل عليه متعلقاً بتحقيق النتيجة (جلب العملاء) وإلا فلا تحصل على الجعل.

ويتجلى لنا هذا التكيف من خلال النقاط التالية:

- عندما يقوم مقدم الخدمة بعرض خدماته الفندقية (الحجوزات) على المنصة الإلكترونية، فهو بذلك يرم عقداً يمكن المنصة من تأجير الغرف المتاحة أو النيابة عنه في كل خدمات الحجز أو في أن تقتصر مهمته على جلب العملاء فقط، وبالتالي فهنا تقوم بينهما إما عقد وكالة (في حال أتمت المنصة عملية الحجز نيابة عن الفندق وأخذت عمولة على ذلك فتكون وكالة بأجر)، أو عقد

سمسرة (في حال كانت المنصة تعمل كوسيط فقط بين الفندق والعملاء وتتقاضى عمولة على ذلك)، أو عقد جعالة (في حال قدم الفندق مقابلا ماليا للمنصة في حال تحقيق عدد معين من الحجوزات أو في حال جلب العملاء وتحقيق نتيجة معينة تستحق عنها العمولة).

- أن التزامات المنصة تجاه الفندق كالتزامات الوكيل (بأن تلتزم المنصة بأن تنوب عن الفندق في عملية الحجز والترويج وتحصيل الأموال)، وكالتزامات السمسار (السعي في اتمام عملية الحجز دون ضمان إتمام الصفقة ويستحق هنا السمسار عمولته عند إتمام كل عملية حجز)، أو كالتزامات المجمعول له (بتحقيق النتيجة المطلوبة حتى تتقاضى الجعل المتفق عليه).

- أن المنصة تتقاضى عمولة على ذلك مقابل عملية الحجز التي تتم عبرها سواء كانت وكالة أو سمسرة أو جعالة.

- أن جميع أركان هذه العقود تتوافر في العقد بين المنصة والفندق (الإيجاب والقبول يكون من خلال الموافقة على الشروط بين الطرفين عند عرض الخدمة عبر المنصة، ومحل العقد واضح سواء كان خدمة الحجر بالنيابة "وكالة بأجر"، أو تسهيل إتمام الصفقة "السمسرة" أو بإيجاد العملاء "جعالة".

رابعاً: أدلة التكييف الشرعي

لقد تطرقنا سابقاً لأن كل بيع أو شراء أو إجارة أو رهن أو غير ذلك من المعاملات هو جائز ومباح، ما لم يأت دليل يغير هذه الإباحة، بناءً على الأدلة السابقة.

ففيما يخص تكييف العقد على أنه وكالة بأجر، فقد بينا سابقاً حكم هذا العقد، وعند تنزيل أحكام هذا العقد على العلاقة القائمة بين المشتري والمنصة نجد أن الأدلة التي استدلينا بها على جواز عقد الوكالة بأجر يمكن تطبيقها على هذا العقد والاستدلال بها عليه.

بالإضافة إلى أن عقد السمسرة جائز، وفق ما وضعنا سابقاً من أدلة مشروعية هذا العقد، فالفندق هنا يشترط على المنصة أن تعرض عروضه في الحجوزات مقابل عمولة معينة تتلقاها أو مقابل رسوم ثابتة

معلومة، وعند موافقة المنصة على هذا الشرط تأخذ عمولتها عند إتمام عملية الحجز مع مراعاة ألا يكون هناك غرر أو تدليس...، وهذا جائز شرعا بشرط أن تكون الأجرة معلومة مثل ما بينا في حكم السمسرة.

فعملية التوسط هنا تمت إلكترونيا، وهذا لا ينفي طبيعة عقد السمسرة، حيث أن المنصة الإلكترونية في هذه الحالة لا تخرج عن كونها سمسارا يربط بين الفندق والعملاء مقابل عمولة، وبالتالي تتحقق نفس الغاية التي تحققها السمسرة التقليدية، فتأخذ حكمها طالما التزمت بنفس الشروط والضوابط الشرعية التي قررها الفقه الإسلامي في السمسرة (الأجرة معلومة، عدم وجود غرر أو جهالة أو تدليس أو إكراه... وغيرها من الضوابط الفقهية). وكذلك نقوم بالاستدلال على هذا العقد بين المنصة والفندق وفق الأدلة التي استدلينها بما على مشروعية الجعالة، فهذا العقد يشبه وضع الفندق عمولةً لمن يجد عملاء يقومون بالحجز.

خامسا: بيان التكييف

نوضح أطراف العقد في هذه المسألة وفقا للتكييف الذي قمنا به:

1) بالنسبة لتكييفه كعقد وكالة بأجر:

أ. **الموكل** : هو الفندق الذي يوكل المنصة في عرض خدمات الحجز، والتكفل بتحصيل الأموال نيابة عنه.

ب. **الوكيل**: هو المنصة الإلكترونية التي تعمل على عرض خدمات الحجز للعملاء، كما تتم عملية البيع عبر أنظمة الدفع لديها أو عبر وسيط آخر وتتقاضى مقابل ذلك عمولة أو رسوم ثابتة، فهي هنا تتولى عملية إدارة الحجز كاملة وتنوب عن الفندق فيها.

ج. **العميل**: هو الطرف الثالث الذي يستفيد من الخدمات التي تقدمها المنصة.

2) بالنسبة لتكييفه كعقد سمسرة:

أ. **الطرف الأول**: الفندق

ب. السمسار: هو المنصة الإلكترونية التي تعمل على عرض تفاصيل الحجز وربط العملاء بمقدمي الخدمات (الفندق)، وتتقاضى مقابل ذلك عمولة أو رسوم ثابتة، وهي لا تمتلك الفندق وإنما تساهم فقط في إتمام الصفقة وتتوسط بين الأطراف.

ج. الطرف الثاني (العميل): هو الشخص الذي يعرض له السمسار (المنصة الإلكترونية) المؤلف، ويقوم بشرائه (النسخة الورقية أو الرقمية)، ويتعامل مع المنصة من أجل عملية الدفع والحصول على المؤلف وفقا للشروط المتفق عليها بين البائع والمنصة.

3) بالنسبة لتكييفه كعقد جعالة:

- أ. الجاعل: هو الفندق الذي يضع الجعل للمنصة مقابل أن تجد عملاء يقومون بالحجز.
- ب. المجعول له: هو المنصة التي تبذل الجهد في عرض تفاصيل الحجز دون أن تضمن إتمام العملية.
- ج. العميل: هو الطرف الثالث الذي يقوم بعملية الحجز في حال إتمام الصفقة.

سادسا: الحكم الشرعي

بناء على ما جاء في قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية فيما يخص التعاملات المالية بالإنترنت (ذكرناه سابقا المعيار الشرعي رقم المعيار الشرعي رقم (38)، البندين 1/2 و 2/2). والذي يعد أساسا شرعيا يمكن الاستناد عليه في جواز إنشاء المنصات الإلكترونية التي تقوم بدور الوسيط في عمليات الحجز، بشرط الالتزام بالضوابط الشرعية المذكورة، فالمنصات الإلكترونية يجب أن تكون خالية من المحرمات، وفقا للبند 1/2، فمشروعية توسط المنصة هنا أن تكون خالية من الترويج لما يتعلق بمحتوى محرم شرعا (تقديم الخمر، غرف مختلطة لأغراض غير شرعية، أو خدمات تتنافى مع الأخلاق والشرعية الإسلامية...)، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ (المائدة: 02)، كما يجب أن تكون الوسائل التي تعتمد عليها المنصة في التسويق والترويج

مشروعة، فلا يجوز استخدام أساليب الغس والتدليس أو التضليل التي توقع على المشتري الغرر أو الغبن، التزاما بقوله ﷺ: {...وَمَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا¹}.

وجواز إبرام العقود المالية عبر الإنترنت وفق القواعد الشرعية (البند 2/2)، يترتب عنه أن العقود التي تتم بين الفندق والمنصة (سواءً كانت عقد وكالة بأجر أو سمسة أو جعالة) صحيحة من حيث الأصل، طالما تمت مستوفية للأركان والشروط الشرعية، مثل التراضي، وتحديد الثمن أو العمولة، ووضوح الالتزامات لكل طرف، ومشروعية المحل.

وبالتالي فيجوز عمل المنصة كوكيل بأجر أو كسمسار أو كمجوعول له، بشرط أن تكون العمولة معلومة ومحددة ينتفي فيها الغرر والجهالة والتدليس... مع ضرورة التزام المنصة بالقواعد الشرعية في العقود الإلكترونية، مثل أن تكون الشروط التي تقوم عليها العلاقة بين الفندق والمنصة واضحة، وتحدد الحقوق والالتزامات لكل طرف. وألا تتضمن المنصة أي ترويج لمحتويات تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، لضمان مشروعية المعاملات المالية والتجارية التي عبرها.

ولأن عملية التوسط في الحجز عبر المنصات الإلكترونية تقوم على تحقيق مصلحة مشروعة، وترفع الحرج على العملاء والفنادق، وفي حال التزامها بالضوابط الشرعية فهي تحقق مقصد حفظ المال من خلال عدم وجود الجهالة والغرر والغبن، وتنميته بطرق مشروعة وأقل تكلفة وفقا للضوابط التي تنص عليها الشريعة الإسلامية.

وبناء على قاعدة أن (الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم)، فالأصل في المعاملات والأشياء المستجدة تبقى جائزة ومباحة ما لم تتعارض مع نص موجود أو تتضمن محظرا شرعيا (كالإعانة على المحرمات أو التسهيل لها أو الغرر...)، وبناء على قاعدة (ما أدى إلى الحرام فهو حرام) فالمنصة إذا كانت تتوسط لفنادق تقدم خدمات محرمة وجب النظر في عملها، وفيما إذا كان الحجز محصورا

¹ - أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ من "غشنا فليس منا"، ج1، مرجع سابق، ص99. (رقم الحديث: 101).

فقط في الغرفة ولا يتضمن إعانة أو ترويجاً للمحرمات فهنا عملها جائز، أما إذا كان في الحجز ما يتضمن خدمات غير شرعية فيصبح عملها محرماً للإعانة على الحرام.

فلا حرج في أن يتم التعامل مع موقع يتولى حجز ما تريد من غرفة مقابل عمولة يأخذها من العميل أو من المؤجر، ولا فرق بين التعامل مع هذه المواقع والتعامل مع مكاتب الحجز، ويشترط لإجارة الغرفة الفندقية أن تكون معلومة إما بالرؤية، وإما بالوصف المزيل للجهالة، ولا حرج أيضاً في كون الانتفاع بالعين لا يقع عند العقد مباشرة بل يتأخر عنه مدة. وقد قرر الفقهاء أنه يجوز استئجار العين مدة لا تلي العقد، كأن يتفقا في اليوم الأول من الشهر على استئجار الغرفة من اليوم العاشر إلى الخامس عشر مثلاً¹.

والتكسب من خلال عرض الإعلانات للفنادق عبر المنصات لا حرج فيه إن كانت الإعلانات عن مباح يشرع الإعلان عنه، كما أن أخذ عمولة على مجرد جلب الزبائن للإقامة في الفنادق جائز أيضاً من حيث الأصل، ما لم يغلب على الظن أن طالب الحجز يريد لتعاطي المحرمات وإتيان المنكرات فتحرم إعانته عليه حينئذ، كما تحرم الأجرة المأخوذة عوض الحجز له لهذا الغرض المحرم، وأما من لم يغلب الظن على كونه يريد الحرام فتجوز إعانته على حجز خدمة مباحة بالفندق ولو وقع في منكر فإثمه عليه²، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ (الأنعام: 164).

وبناء على الأدلة والضوابط الشرعية المعتمدة، وما قرره الهيئات الشرعية (مجمع الفقه الإسلامي وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية)، ومشروعية كل العقود التي تم التكييف عليها لعملية الوساطة التجارية، وبناءً على المقاصد الشرعية والقواعد الفقهية التي تم التطرق إليها، وبعد تحديد التكييفات الفقهية المحتملة، نبين الحكم الشرعي لكل تكييف، كالتالي:

¹ - محمد صالح المنجد، حكم حجز الفنادق عن طريق مواقع في الإنترنت، <https://islamqa.info/ar/answers/136794/>، 2024/11/16م، 15:06.

² - إسلام ويب، <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/172853/>، 2025/02/12م، 23:15.

(1) تكييفها على أنها وكالة بأجر: يجوز شرعا أن يوكل الفندق المنصة نيابة عنه مقابل أجر، وذلك

استنادا للأدلة السابقة التي تم عرضها حول الوكالة بأجر إضافة إلى المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة

والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، التي أقرت بجواز الوكالة لأجر وحددت ضوابطها وشروطها.

(2) تكييفها على أنها سمسرة: يجوز شرعا أن تتوسط المنصة في عقد سمسرة مع الفندق والعملاء في

عمليات الحجز، لأن السمسرة من العقود الجائزة، وقد أقر الفقهاء مشروعيتها، فتجوز هذه المعاملة

وفق الضوابط الشرعية.

(3) تكييفها على أنها جعالة: يجوز شرعا أن تقوم المنصة بالتوسط في عمليات جلب العملاء على

أساس عقد جعالة لأن الأصل في الجعالة الجواز، وأكد الفقهاء على مشروعيتها.

وبالتالي فعمل المنصة الإلكترونية في التوسط في الحجز الفندقية يجوز شرعا إذا ما التزمت بالضوابط

الشرعية ، مما يؤكد مشروعية هذه المعاملة في ظل المعايير المالية الإسلامية الحديثة.

الفرع الثاني: التكييف القانوني لتوسط منصة إلكترونية في عملية الحجز

أولاً: تحديد ماهية العملية

التوسط عبر المنصات الإلكترونية في عملية الحجز (حجز غرفة)، هو نشاط تقوم به المنصة لربط

الفندق والعملاء المقبلين على الحجز، من خلال بيئة إلكترونية يتم فيها عرض الغرف والخدمات كعروض

تمكن العملاء من الاطلاع عليها لإجراء حجوزاتهم بسهولة، مقابل عمولة أو أجر معين، سواء من الفندق

أو العميل أو من كليهما، وتتم هذه العملية من خلال عقد إلكتروني ينظم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة

وبناء على شروط المنصة والاتفاق القائم بينهم.

ثانياً: تحليل عناصر العملية

أ. أطراف العملية:

- الفندق: يقوم بعرض خدماته وغرفه عبر المنصة.

- المنصة الإلكترونية: الطرف المسؤول عن عملية الحجز وإدارتها بين الفندق والعميل مقابل

عمولة أو أجر.

- العميل: الشخص/ المؤسسة التي ترغب في الحجز عبر المنصة.

ب. محل العملية:

- تقديم وإدارة عملية الحجز.

- العمولة التي تتقاضاها المنصة مقابل ما تقوم به.

ثالثا: القوانين المطبقة

أ. القانون الجزائري:

- المرسوم التنفيذي رقم 10-186 المؤرخ في 2 شعبان 1431هـ الموافق لـ 14 جويلية

سنة 2010م يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 2000-48 المؤرخ في 25 ذي القعدة

1420هـ الموافق لـ 1 مارس 2000م الذي يحدد شروط وكيفيات إنشاء وكالات

السياحة والأسفار واستغلالها: تنظيم أحكام القطاع السياحي ووكالات السياحة والأسفار.

- القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية: الذي يحدد القواعد العامة والإطار القانوني

للمعاملات الإلكترونية وعقود البيع عبر الإنترنت.

- القانون التجاري وتعديلاته: الذي يحدد شروط ممارسة الأنشطة التجارية وينظمها.

- القانون المدني الجزائري: ينص على القواعد العامة للعقود.

ب. القانون الإماراتي:

- مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة: لأنه يقر

بصحة العقود الإلكترونية.

- مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) في شأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة: لأنه

يضع ضوابط للوسائل الحديثة التي تمارس التجارة ومن بينها المنصات الإلكترونية.

- مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية: كونه يسري على

جميع الأعمال التجارية الواقعية أو الافتراضية التي تتم في الأوساط التقنية أو من خلال

وسائل التقنية الحديثة التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر.

- قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية: يعترف ينظم العقود وينص على الأحكام العامة لها.

ج. القانون الفرنسي:

- قانون السياحة (Code du tourisme): ينظم أحكام القطاع السياحي والتعاملات المتعلقة بالفنادق والحجوزات.

- القانون المدني الفرنسي (Code Civil): ينظم الأحكام العامة للعقود.

د. القانون الأمريكي:

- قانون إدارة الضرائب (Department of Taxation) الخاص بولاية

هواي: هو القانون المتعلق بالضريبة العامة على الاستهلاك، ويشمل مستهلك في القطاع السياحي.

- القانون الموحد التجاري (UCC).

- قانون العقود العام (Common Law of Contracts).

رابعاً: التكييف القانوني

عند تكييفنا لعقد توسط المنصة الإلكترونية في الحجز، يجب أولاً أن نكيفها وفقاً للمفاهيم العامة للعقود في القانون، ونقوم بإسقاط ذلك على المعاملات بالطرق الحديثة كون أغلب التشريعات لا تضع أسماء للعقود الحديثة، فحسب ما تم دراسته سابقاً، وبناءً على ذلك يمكن تكييف عملية التوسط على عقود محتملة وفقاً لعلاقة المنصة والفندق، ونكيفها هنا على أنها:

- عقد وساطة: وينطبق هذا التكييف في حال كانت المنصة مجرد وسيط للتسهيل في عملية

الحجز بين الفندق والعميل، دون أن تكون أحد أطرافه، ويقتصر دورها على ذلك فقط وتتقاضى عمولة مقابل ذلك.

- عقد وكالة: يكون تكييف عمل المنصة كوكالة في حال كانت المنصة مخولة من الفندق

لتقوم بإبرام عقود الجوزات نيابة عنه، فتتصرف باسمه وتتقاضى عمولة على ذلك.

- عقد بيع خدمة: إذا كانت المنصة تعمل على عرض عروض الحجوزات في بيئتها التقنية أي أنها وسيلة لعرض الخدمة، كما تقوم بتقديم خدمة الحجز بطريق مباشر مع بقاء تقديم الخدمة الفعلية للفندق وتتقاضى مقابل خدماتها هذه عمولة.

- عقد مقاول: في حال كانت المنصة تقدم خدمات تنفيذية مرتبطة بعملية الحجز وإتمامها مثل إعداد العقد أو تنظيم الحجوزات مع خدمات مصاحبة كالإرشاد السياحي أو النقل أو الترويج له مع ضمان إتمام عملية الحجز في فترة معينة، وذلك مقابل أجر ثابت. وفقا للقوانين محل الدراسة سنقوم بتكليف عملية توسط المنصة في الحجز وفقا للتشريعات التالية:

- القانون الجزائري:

جاء في المادة 17 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 10-186 تنص على أنه: "يتعين على وكالة السياحة والأسفار في إطار نشاطاتها: استعمال تكنولوجيات الإعلام والاتصال لترقية وتسويق مقصد الجزائر"¹. وبالرغم من أن المادة تتحدث عن الوكالات السياحية وتنظيم أنشطتها لترقية السياحة في الجزائر، إلا أنه يمكن الاستدلال بهذه المادة على أن المشرع الجزائري يقر ويعترف باستخدام وسائل إلكترونية في المجال السياحي.

كما جاءت المادة 6 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية تنص على أنه يقصد بـ: "الإشهار الإلكتروني كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"². وهذا التعريف يبرز ما يشمله الإشهار الإلكتروني من رسائل إعلانية تتم بثها عبر الوسائط الرقمية بهدف الترويج للمنتجات أو الخدمات، والمنصات الإلكترونية التي تتوسط في الحجز الفندقي، غالبا ما تستخدم الإشهار الإلكتروني للترويج للفنادق والغرف الخدمات المتعلقة بها. وبالتالي، يمكن إدراج أعمال المنصات الإلكترونية في الإشهار عن عروض الحجوزات ضمن نطاق هذه المادة.

¹ - المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 10-186 المؤرخ في 2 شعبان 1431هـ الموافق لـ 14 جويلية سنة 2010م يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 2000-48 المؤرخ في 25 ذي القعدة 1420هـ الموافق لـ 1 مارس 2000م الذي يحدد شروط وكيفية إنشاء وكالات السياحة والأسفار واستغلالها، ج.ر، ع44، ص5.

² - المادة 6 من 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، ع28، ص5.

أما المادة 10 تنص على: "يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني"¹. والمادة 11 تنص على: "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات التالية²:

- طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم.
- حالة توفر السلعة أو الخدمة.
- كفاءات ومصاريف وآجال التسليم.
- الشروط العامة للبيع...
- طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقاً.
- كفاءات وإجراءات الدفع.
- شروط فسخ العقد عند الاقتضاء.
- مدة صلاحية العرض، عند الاقتضاء.
- شروط وآجال العدول، عند الاقتضاء.
- طريقة تأكيد الطلبية.

فتؤكد المادتان أن أي معاملة تجارية إلكترونية تستلزم أن تكون مسبقة بعرض تجاري مصحوبة بعقد إلكتروني يوافق عليه المستهلك، وهذا يتناسب بشكل كبير مع عمل المنصات الإلكترونية في عرض الحجزات، كما أن العرض التجاري الإلكتروني الذي تقوم به المنصات الإلكترونية يحتوي معظم ما ذكرته المادة 11 وهذا يعزز الاستدلال بذلك في قيام المنصات التجارية بالربط بين الفندق والعميل من خلال العرض الذي تقدمه للخدمات التي يملكها الفندق وبالتالي فهي تلعب دور الوسيط ولا تكون مسؤولة عن تنفيذ الحجز بل عن توفير معلومات وتقديم اعلانات فقط، ويمكن تكييف دورها هنا على أنه عقد وساطة (يخضع للقواعد العامة للعقود في القانون المدني والتجاري). أما إذا كان العرض أو الإعلان يتضمن أيضاً

¹ - المادة 10 من 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، ع28، ص6.

² - المادة 10 من 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، ع28، ص6.

عروضا بأن المنصة هي من تتولى النيابة عن الفندق في عمليات الحجز وإبرام العقود مع العملاء لحسابه، والتحكم في الأسعار وشروط الإلغاء وغيرها فهي تلعب دور الوكيل ونكون بصدد عقد وكالة بينهما (تخضع للأحكام العامة لعقد الوكالة التي تضمنها القانون المدني والتجاري). أما في حالة كانت المنصة توفر أداة تقنية وبيئة رقمية يعرض فيها الفندق خدماته دون تدخلها في العقود مع العملاء فهي هنا بصدد عقد بيع خدمة.

- القانون الإماراتي:

إن التشريع الإماراتي لم يحمل في نصوصه ما ينظم علاقة المنصات الإلكترونية بالفنادق في مجال الحجز الفندقي، ومع ذلك تطرق لإمكانية ممارسة السياحة عبر الوسائل الإلكترونية. فالقوانين جاءت بهدف تعزيز التحول الرقمي والسير به في كل القطاعات.

فلقد جاءت المادة 3 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة تنص على أنه: "يهدف هذا المرسوم بقانون إلى ما يأتي:

1. تعزيز الثقة وتشجيع وتسهيل المعاملات الإلكترونية بكافة أنواعها، وحماية حقوق المتعاملين.

2. مواكبة التطور التكنولوجي لتعزيز المعاملات الإلكترونية في كافة القطاعات.

3. تشجيع التحول الرقمي والاستثمار وتقديم الخدمات الإلكترونية للجمهور"¹.

فهدف هذا المرسوم واضح، بأن يوفر بيئة رقمية لكل المعاملات الإلكترونية على اختلافها، وأن يواكب التطور التكنولوجي لتعزيز هذه المعاملات في كل القطاعات، والقطاع السياحي من بين هذه القطاعات، فالمادة لا تمنع من ممارسة السياحة الإلكترونية بل وتؤكد أن القوانين تهدف إلى تعزي مثل هذه المعاملات، فمن خلال المنصات الإلكترونية يمكن الاستثمار في القطاع السياحي، حيث يتم تقديم خدمات للجمهور، والخدمات هنا قد تتمثل في خدمة الحجز الإلكتروني عبر منصات مخصصة لهذا الغرض.

¹ - المادة 3 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة، ج.ر، ع712 (ملحق1)، ص2.

والمادة 1 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) في شأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة تعرف: "المتجر الافتراضي: موقع أو منصة أو غيرها من وسائل التقنية الحديثة تتيح للتاجر الرقمي عرض سلعة أو خدمة أو بيعها، أو تقديم خدمة، أو الإعلان عنها أو تبادل البيانات الخاصة بها من خلال تلك المواقع أو المنصات أو أي وسيلة من وسائل التقنية الحديثة الأخرى"¹. فهنا تكلم بصراحة عن أن الخدمات يمكن أن يتم عرضها والإعلان عنها في متاجر إلكترونية، ومن بين هاته المتاجر شمل المنصات الإلكترونية،

جاءت المادة 5 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية، الأعمال التي أعمالا تجارية بحكم ماهيتها، وذكر من بينها أعمال الفنادق، والمادة 6 التي ذكرت الأعمال التي تعد تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف، وذكرت من بينها أعمال السياحة والسفرات وأيضا إدارة المنصات والمواقع الإلكترونية والتطبيقات الذكية وغيرها من أعمال التحول الرقمي. وبما أن هذه المنصات الإلكترونية تقوم مبدئيا بإحدى أعمال الفنادق أو بتقديم خدمات تتعلق بالفندقة والسياحة والتي من بينها عمليات الحجز فهذا يجعلها أعمالا تجارية.

ومع ما جاء في المادة 1 من نفس المرسوم والتي تنص على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية الواقعية أو الافتراضية التي تتم في الأوساط التقنية أو من خلال وسائل التقنية الحديثة التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر"².

والمادة 10 من نفس المرسوم تنص على أنه: "1) يجوز ممارسة الأعمال التجارية وإنشاء أو إبرام العقود التجارية وإجراء المعاملات المشار إليها في المادة السابقة من هذا القانون بتنفيذها أو توفيرها أو إصدارها، كلياً أو جزئياً، بشكل واقعي أو افتراضي من خلال وسائل التقنية الحديثة أو في الأوساط التقنية وفقاً لأحكام التشريعات المنظمة لها. 3) تسري على العقود والمعاملات التجارية المقدمة في الأوساط التقنية أو من خلال وسائل التقنية الحديثة ذات الأحكام المقررة بشأن مثيلاتها المقدمة بشكل واقعي"³. فيتضح من خلالهما أن الأعمال التجارية يمكن أن تمارس على الواقع كما تمارس في العالم الافتراضي من خلال

¹ - المادة 1 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) في شأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة، ج.ر، ع 759، ص 2.

² - المادة 1 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية، ج.ر، ع 737 (ملحق 1)، ص 4.

³ - المادة 10 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية، ج.ر، ع 737 (ملحق 1)، ص 6.

الوسائط الرقمية، وبالتالي فالتشريع يُخضع العقود المبرمة عبر الإنترنت لنفس القواعد القانونية التي تحكم الأعمال التجارية التقليدية.

وبما أنه لا توجد قوانين خاصة وصريحة تنظم العلاقة التعاقدية بين المنصة والفندق هنا، فالتكييف القانوني يتوقف على طبيعة العمل التي تعتمد عليها المنصة الإلكترونية. واستنادا للعقود المشابهة لذلك والقواعد العامة للعقود يمكننا وضع تكييفات محتملة لهذه العقد.

ففي حال كانت المنصة تعمل فقط في التوسط بين طرفي العقد دون أن تتدخل في إبرامه وتتقاضى عمولة على ذلك، فتعمل المنصة هنا على توفير معلومات عن الخدمات المتاحة، دون أن تقدم هذه الخدمات، وتتقاضى عن كل عملية حجز ناجحة مبلغا ماليا، يصبح تكييف العقد على أنه **عقد وساطة**.

أما المنصات الإلكترونية التي تقوم نيابة عن الفندق بالتصرف باسمه ولحسابه، ففي حالة كانت المنصة تتعاقد مع العملاء باسم الفندق وتقوم بخدمات الحجز وإدارة الحجوزات نيابة عنه مقابل عمولة سواء تمت عملية الحجز أم لا، فعمل المنصة هنا يكيف على أنه **عقد وكالة**.

في حين يمكن أيضا تكييف العقد هنا على أنه **عقد بيع خدمة**، إذا كانت المنصة تعمل على عرض عروض الحجوزات في بيئتها التقنية أي أنها وسيلة لعرض الخدمة، كما تقوم بتقديم خدمة الحجز بطريقة مباشرة مع بقاء تقديم الخدمة الفعلية للفندق وتتقاضى مقابل خدماتها هذه عمولة.

أما في حال كانت المنصة تقدم خدمات تنفيذية مرتبطة بعملية الحجز وتعمل على إتمام الترتيبات والتوصل للاتفاق مع العميل حول الأسعار والعروض وطرق الدفع، وذلك مقابل عمولة يتم الاتفاق عليها مع الفندق، فهنا العلاقة التعاقدية بين المنصة والفندق تتمثل في **عقد مقاول**.

- القانون الفرنسي:

جاء في قانون السياحة الفرنسي والذي تضمن في الكتاب الثالث (التجهيزات والتطويرات)، في الفصل الأول (المواد L311-1 إلى L311-9) من العنوان الأول الحديث عن الفنادق، وخصص القسم الأول للعقود المتعلقة بالفنادق في المواد (المواد L311-1 إلى L311-5-4) وخصص الفرع الثاني

للتحديث عن العلاقات بين أصحاب الفنادق ومنصات الحجز عبر الإنترنت (المواد L311-5-1 إلى L311-5-4)، ما ينص صراحة على تكييف العلاقة التعاقدية بين الفنادق والمنصات الإلكترونية على أنها عقد وكالة، وهذا ما نصت عليه المادة L311-5-1 والتي جاء فيها: "لا يجوز إبرام العقد بين صاحب الفندق والشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يدير منصة حجز عبر الإنترنت فيما يتعلق بتأجير غرف الفنادق للعملاء إلا باسم صاحب الفندق ونيابة عنه وفي الإطار المكتوب لعقد الوكالة المنصوص عليه في المواد 1984 وما يليها من القانون المدني.

على الرغم من الفقرة الأولى من هذه المادة، يحتفظ صاحب الفندق بحرية منح العميل أي خصم أو ميزة سعرية، مهما كانت طبيعتها، ويعتبر أي شرط على العكس من ذلك غير مكتوب"¹.

كما جاءت المادة L311-5-2 تنص على: "يحدد العقد المنصوص عليه في المادة L311-5-1 شروط أجر الوكيل وكذلك أسعار تأجير الغرف وأي خدمة أخرى.

يتم تحديد أجر الوكيل بحرية بين صاحب الفندق ومنصة الحجز عبر الإنترنت"².

المشرع يعتبر المنصة الإلكترونية وكيلا عن الفندق تعمل بالنيابة عنه في إبرام عقود الحجز مع العملاء، وتحمل التزاماتها القانونية في تقديم خدماتها وإدارة عمليات الحجوزات كوكيل وتتقاضى عمولتها وفقا لذلك، ويعتمد في أحكام هذا العقد على ما جاء في المواد من 1984 إلى 2010 من القانون المدني، والتي تتضمن عقد الوكالة وأحكامه والتزامات الوكيل والموكل وغيرها من الأحكام التي تنظم هذا العقد.

¹ - Article L311-5-1 Création LOI n°2015-990 du 6 août 2015, Sous-section 2: Des rapports entre hôteliers et plateformes de réservation en ligne, Section 1: Des contrats relatifs à l'hôtellerie, Chapitre 1er: Hôtels, Titre Ier: HÔTELS, AUBERGES COLLECTIVES, CAFÉS ET DÉBITS DE BOISSONS, Code du tourisme.

² - Article L311-5-2 Création LOI n°2015-990 du 6 août 2015, Sous-section 2: Des rapports entre hôteliers et plateformes de réservation en ligne, Section 1: Des contrats relatifs à l'hôtellerie, Chapitre 1er: Hôtels, Titre Ier: HÔTELS, AUBERGES COLLECTIVES, CAFÉS ET DÉBITS DE BOISSONS, Code du tourisme.

– القانون الأمريكي:

على الرغم من أن المشرع الأمريكي لم يضع قوانين فدرالية تنظم مثل هذه العقود، إلا أنه جاء في القانون المتعلق بالضريبة العامة على الاستهلاك، القانون الخاص بمدينة هاواي ما ينص على:¹

■ الوكيل بالعمولة (Commissioned agent): هو وكيل يقوم بـ:

– بيع، شراء، تأجير، أو توفير ممتلكات.

– بيع، شراء، أو توفير خدمات.

– بيع، حجز، أو ترتيب أماكن إقامة مؤقتة أو حجوزات متعلقة بالسفر نيابةً عن الموكل، بموافقة الموكل، مقابل أجر محدد مسبقاً. عندما يدخل الوكيل بالعمولة في معاملة بيع مع طرف ثالث نيابةً عن الموكل، يكون السعر الإجمالي للصفقة خاضعاً لسيطرة الموكل، ولا يمكن للوكيل تحديد السعر بمفرده.

■ العميل (Customer): هو الشخص الذي يتلقى الخدمة بشكل شخصي.

■ أسعار العقود المتفاوض عليها غير الخاضعة للعمولة (Noncommissioned

negotiated contract rates): تعني الأسعار المحددة في عقد متفاوض عليه بين وكيل

سفر أو منظم رحلات وبين مشغل أماكن الإقامة المؤقتة أو مشغل حجوزات متعلقة بالسفر".

هذه المادة تضع تكييف العلاقة التعاقدية بين الفندق والمنصة على أنها عقد وكالة بعمولة، فالوكيل بعمولة قد يتولى عمليات مختلفة من بينها عمليات الحجز المتعلقة بالسفر نيابة عن موكله وبموافقته، ويتقاضى مقابل ذلك أجراً محدداً مسبقاً، وهذا ينطبق تماماً مع ما تقوم به منصات الحجز الإلكتروني، فتحدد الفنادق الأسعار والشروط العامة والخاصة للحجز، وللغرف وغيرها من الخدمات، بينما تقوم المنصة

¹ – Article 18-237-29.53-01 (Definitions), Subchapter 2: Licenses; Tax; Exemptions, Chapter 237: General Excise Tax Law, Title 18: Department of Taxation, Hawaii Code of Rules.

بعرض هذه الخدمات للعملاء وتسهيل عملية الحجز والتدخل فيها بالقدر الذي سمح به الفندق، وبالتالي فتنظيم العلاقة بين المنصة والفندق يخضع لأحكام الوكالة بعمولة.

فبالنظر إلى غياب قانون فدرالي محدد يعمل على تنظيم دور المنصات الإلكترونية في عملية الحجز الفندقي، يمكن الاستناد إلى القواعد العامة التي تحكم العقود عموماً بالإضافة إلى القواعد التي تحكم عقد الوكالة بعمولة في القوانين الأمريكية.

خامساً: النتائج القانونية

– القانون الجزائري:

وبناءً على كل ما سبق، من القوانين والنصوص التنظيمية للتعاملات الإلكترونية، ونظراً لطبيعة العلاقة القانونية بين المنصة والفندق، فإن التكييفات القانونية لعقد توسط المنصة الإلكترونية في الحجز، هو إما عقد وساطة أو عقد وكالة أو عقد بيع خدمة، وتكون احتمالية تكييفها على أنها عقد وكالة هو الأرجح في هذه التكييفات هو ما يقوم على الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة، وبناءً على شروط المنصة أو بما يمنحه الفندق لها من سلطة قانونية تخول لها ممارسة هذه العقود.

– القانون الإماراتي:

وبناءً على كل ما سبق، ونظراً لطبيعة العلاقة القانونية التي تربط الأطراف (المنصة والفندق)، ووفقاً للقوانين المستعملة والمواد القانونية التي تم التطرق إليها، فإن التكييف الأقرب لعقد توسط المنصة الإلكترونية في الحجز هو عقد وساطة أو عقد مقاول، وتكون احتمالية تكييفها على أنها عقد وكالة أو بيع خدمة مرهونة بشروط المنصة أو بما يمنحه الفندق لها من سلطة قانونية تخول لها ممارستها وفقاً لأسسهما وشروطهما القانونية.

– القانون الفرنسي:

فصل المشرع الفرنسي في العلاقة التعاقدية التي تربط بين الفندق والمنصة، وكيفها على أنها عقد وكالة، وفقاً لأن المنصة تعمل نيابة عن الفندق ووكيلاً عنه في عمليات الحجز التي تقوم بها وفقاً لشروط الموكل (الفندق) الذي يحدد الأسعار وشروط الحجز والغرف التي سيتم حجزها، وتتلقى عنها مقابل مالى

يتمثل في عمولة الوكالة التي تستحقها نظير قيامها بمهامها في إدارة الحجوزات وغيرها من الخدمات المرتبطة بهذه العملية، والتي تحدد أحكامها القواعد العامة للوكالة في القانون المدني الفرنسي.

- القانون الأمريكي:

من خلال ما تم تحليله وما جاء في القانون الولائي لمدينة هاواي في تكييف العلاقة التعاقدية بين المنصة والفندق في عملية توسطها في الحجز الفندقي، فالعقد هنا عقد وكالة بعمولة يخضع في أحكامه للقواعد العامة للوكالة في القوانين الفدرالية أو الولاية الأمريكية.

الفرع الثالث: تكييف عقد توسط منصة Booking في عملية الحجز

التأصيل الفقهي والتكييف القانوني لعملية توسط منصة إلكترونية في الحجز، اتجه بنا إلى عدة تكييفات فقهية (سمسرة، وكالة بأجر، جعالة) وقانونية (وساطة، وكالة، بيع خدمة، مقاول)، وهذه العقود متشابهة في جوهرها والأساس الذي تقوم عليه كما بينا سابقا، فعقد السمسرة في الفقه الإسلامي يقابله عقد الوساطة في القانون الوضعي، أما الوكالة بأجر فهي تشبه عقد الوكالة من حيث تفويض الطرف الآخر نيابة عن الموكل في القيام بالمهام عند كليهما، وعقد الجعالة في الفقه الإسلامي يمكن إسقاطه على عقد المقاول في القانون الوضعي من حيث أن كليهما يعتمد على إنجاز العمل مقابل العمولة. إلا أنه في القوانين الوضعية محل الدراسة قد كان هناك تكييف على أنها عقد بيع خدمة وهو ما لم يكن في الفقه الإسلامي وذلك نظرا لطبيعة المعاملة. وهو ما سنوضحه في التطبيق على منصة Booking.

نمت Booking منذ تأسيسها في عام 1996 كإحدى الشركات الرائدة عالميا في مجال السفر والحجز الرقمي، تستثمر Booking في التكنولوجيا الحديثة التي تجعل السفر اليوم في غاية السهولة، كما تعمل على تأمين تجارب ومجموعة من الخيارات للتنقل وأماكن الإقامة، من البيوت إلى الفنادق أو النزل وغيرها، وذلك لملايين المسافرين بكل سلاسة وسهولة. وهي تعتبر إحدى أكبر أسواق السفر عالميا، تمكن Booking أماكن الإقامة الموجودة حول العالم من الوصول إلى عملاء عالميين وتنمية أعمالهم، بما يشمل الأسماء المعروفة وأصحاب المشاريع من جميع الأحجام.

فمنصة بوكينغ تعمل كوسيط تجاري في الحجوزات الإلكترونية، بين العملاء والفنادق، حيث تقوم بتسهيل مقارنة الحجوزات من الكثير من الفنادق ومالكي أماكن الإقامة و"مزودي الخدمة" الآخرين، وأيضاً عندما يقوم العميل بإجراء حجز على المنصة الخاصة بها، فإنه يبرم عقداً مع مزود الخدمة (ما لم يذكر خلاف ذلك)، والمعلومات في المنصة الخاصة ببوكينغ تستند إلى ما يقدمه مزودو الخدمة¹.

جاء في الموقع الرسمي لمنصة بوكينغ أنه يتم عرض مزودي الخدمة الذين لهم علاقة تعاقدية مع المنصة، كما أنهم قد يقدمون تجارب سفر خارج أيضاً، وأن منصة **Booking** لا تملك أي مكان إقامة، فكل مزود خدمة هو شركة مستقلة وافقت على العمل مع المنصة بطريقة معينة². وهذا ما يشير إلى أن المنصة لا تمتلك الخدمة وإنما تعمل على ربط العملاء بالفنادق أو مزودي الخدمات المتعاقدين معها، وبالتالي فالمنصة هنا لا تملك الخدمة وإنما تعمل على عرفها فقط والعقد بذلك يخرج عن كونه عقد بيع خدمة.

ويؤكد ذلك ما جاء في طريقة عمل المنصة حيث أكدت أنها لا تشتري ولا تقوم ببيع (إعادة بيع) أي منتج أو خدمة، وأنه بعد اكتمال الإقامة المترتبة عن الحجز، يقوم مزود الخدمة بدفع العمولة لها³. فيشير ذلك إلى أن المنصة تتلقى عمولتها بعد نجاح العملية وإتمامها، وليس من بيع الخدمة فهي لا تملكها ولا تبيع أو تعيد بيع الخدمات أو المنتجات. وهو ما يعزز فكرة أن العقد هو عقد وساطة أي أن المنصة مجرد وسيط يقوم بعرض الخدمات أو المنتجات والحجوزات التي يضعها مزودو الخدمات.

أما إذا كانت بوكينغ تعمل على عرض اعلانات خاصة وبصفة مميزة وتتلقى رسوماً من مزود الخدمة مقابل الظهور في خيارات نتائج البحث، وهذه العمولة لا ترتبط بنجاح العملية أو إتمامها وإنما ترتبط بخدمة الترويج للخدمة الإعلانية، فيختلف الأمر وهذا ما يؤكد ما جاء في الموقع الرسمي للمنصة بأنه إذا كان مكان الإقامة الثاني المعروض في نتائج البحث يحتوي على شارة مكتوب عليها "إعلان"، فهذا يعني أن

¹ - الموقع الرسمي لـ Booking، عن Booking.com، <https://www.booking.com>، 11/08 /2024م، 15:34.

² - الموقع الرسمي لـ Booking، طريقة عملنا، Booking، طريقة عملنا، https://www.booking.com/content/how_we_work.ar.html?label=ar-row-booking-desktop، 26-02-2025م، 23:39.

³ - الموقع الرسمي لـ Booking، طريقة عملنا، الموقع السابق، 26-02-2025م، 23:41.

مزود الخدمة قد دفع مقابل ظهور الإعلان في هذا المكان، كجزء من برنامج إعلانات شبكة **Booking** التي يتم الدفع مقابلها. ففي هذه الحالة تكون بوكينغ تقوم ببيع خدمة للفندق¹.

كما يمكن أيضا أن يتأثر ترتيب مكان إقامة بأشياء أخرى، على سبيل المثال نسبة العمولة التي يدفعها مزود الخدمة للمنصة على الحجوزات، وسرعة دفعها عادة، وإذا ما كنت المنصة تتدخل في تنظيم المدفوعات أم لا، وبما أن ظهور نتائج البحث يتأثر بالمدفوعات على الخدمات المقدمة، وليست فقط على الجودة والتقييمات السابقة، فتعتبر هذه المدفوعات رسومات يدفعها مزود الخدمة (الفندق).

وأثناء تحديد المنصة لطرق الدفع التي تعمل بها، جاء فيها أن هناك ثلاث طرق للدفع مقابل الحجز وهي:

1. أن يتقاضى مزود الخدمة المبلغ من العميل في مكان الإقامة.
2. أن يتقاضى مزود الخدمة من العميل مقدما، وهنا تقوم المنصة (أو إحدى الشركات التابعة لها) بأخذ بيانات وسيلة الدفع الخاصة بالعميل وترسلها إلى مزود الخدمة.
3. تقوم المنصة بتنظيم عملية الدفع الخاصة بالعميل لمزود الخدمة مقدما، وتأخذ المنصة (أو إحدى الشركات التابعة لها) بيانات وسيلة الدفع الخاصة بالعميل وتضمن أن يتم الدفع لمزود الخدمة.

المنصة هنا تعمل في الحالة الأولى كوسيط فقط ولا تتدخل أبدا في عملية الدفع بل تتلقى عمولتها بعد الدفع وانتهاء مدة الإقامة من مزود الخدمة كما وضحنا سابقا. في حين في الحالتين الثانية والثالثة تتدخل المنصة في عملية الدفع سواء بإرسالها للبيانات الخاصة بالعملي إلى مزود الخدمة (الفندق)، أو من خلال معالجتها وتنظيمها للدفع بدلا من مزود الخدمة.

¹ - الموقع الرسمي ل Booking، طريقة عملنا، الموقع نفسه، 2025-02-26، 23:50

ففي الحالة الأولى تعتبر علاقة المنصة بالفندق وساطة (سمسرة) فقط، في حين لو اعتمدنا على ما جاء في الحالتين الثانية والثالثة فقد يتعدى دورها دور الوسيط لتصبح منصة تباع خدمة الدفع أو وكيلا عن الفندق في إدارة عملية الدفع، وهو ما يكيف العقد على أنه إما عقد بيع خدمة أو عقد وكالة (وكالة بأجر)، ولعل ما جاء في سياسة الأضرار حول ما إذا تسبب أي من فرد من الأفراد بفقدان أو تلف أي شيء، وبعد اتفاق العميل مع مزود الخدمة على التعويض وبموافقة العميل تقوم المنصة بخصم الرسوم نيابة عنه، فهنا تتعامل المنصة كوكيل ينوب عن مزود الخدمة في عملية الخصم.

وجاء أيضا في شروط الاستخدام الخاصة بالعملاء أن المنصة ليست في الشروط المبرمة بين العميل والفندق (مزود الخدمة)، وأن مزود الخدمة هو المسؤول الوحيد عن تجربة السفر، فالمنصة توضح أنها لا تتدخل كطرف في العقد، مما يعني أنها لا تتحمل أي مسؤولية عن الخدمات الأخرى المترتبة عن خدمة الحجز، وبهذا تتأكد فكرة أن المنصة في عمومها تعمل على أنها وسيط ولا تنوب مزود الخدمة (لا تكون له وكيلا) في تقديم الخدمة فهي لا تملكها، كما أنها تؤكد أن أي نزاعات يتحملها مزود الخدمة فحسب. ويعزز ذلك ما جاء في العلاقة التعاقدية التي توضحها المنصة للعميل عندما يقوم بإجراء (أو طلب) حجز، أن ذلك يتم مع مزود الخدمة مباشرة، وأنهم ليسوا طرفا تعاقديا فيه.

وعموما فإن العقد بين المنصة والفندق (مزود الخدمة) يدور بين عقدي الوساطة (السمسرة) والوكالة (وكالة بأجر)، وذلك بناء على العمليات التي تقوم بها المنصة وتنوب فيها عن الفندق أو بمجرد توسطها في إيجاد أطراف متعاقدة مع مزود الخدمة.

وفي كلتا الحالتين سواء كان عقد وساطة أو عقد وكالة فالعقدين جائزين فقها وقانونا إذا ما التزمت المنصة بالضوابط الفقهية والقانونية.

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي والقانوني للتوسط إلكترونيا في عملية الدفع

إن عقود الوساطة التجارية التي تتم عبر المنصات الإلكترونية ويتم خلالها عمليات الدفع الإلكتروني التي لا بد من تأصيلها شرعا وتكييفها قانونا، ومعرفة على أي العقود تنطوي.

الفرع الأول: التأصيل الشرعي للتوسط إلكترونيًا في عملية الدفع

أولاً: تصوير المسألة

في المسألة التي سنتناولها سنركز فقط على عملية التوسط في العقد بين المشتري والمنصة دون التطرق للعقد بين البائع والمشتري أو البائع والمنصة.

تعمل المنصات الإلكترونية وسيطاً مالياً بين البائعين والمشتريين، حيث تقوم بتحصيل الأموال من المشتريين الذين يستخدمون هذه المنصة وتحويلها إلى البائعين وفق نظم رقمية.

ثانياً: تمثيل المسألة

تتمثل المسألة بأن تقوم إحدى المنصات الإلكترونية المسؤولة عن القيام بالدفع (PayPal، Apple Pay، Wise...)، بتحويل الأموال وإجراء المدفوعات بين الأفراد والشركات، عن طريق خصم المنصة للمبلغ المحدد من الرصيد أو من البطاقة المصرفية المرتبطة بحساب المشتري، ويكون تحويل الأموال إلى البائع إما فوراً أو بعد فترة زمنية، وتتقاضى المنصة على ذلك رسوماً أو عمولة.

ثالثاً: التكييف الشرعي

- عقد وكالة بأجر: في هذه الحالة تعمل المنصة كوكيل عن المشتري في دفع المال للبائع، مقابل رسوم تأخذها المنصة نظير خدمتها.

- عقد حوالة: إذا كانت المشتري يكلف المنصة بتحويل أمواله إلى البائع بطريقة مباشرة وفورية دون أن تعمل المنصة كوكيل بل أن تكون مجرد وسيط مالي بينهم، وتأخذ مقابل ذلك عمولة عن طريق رسوم عن هذه الخدمة.

- عقد قرض: وهنا يقوم المشتري بإجراءات الدفع عبر المنصة الإلكترونية، ولا تقوم المنصة بتحويلها مباشر إلى البائع إنما تقوم باحتجاز الأموال التي يدفعها المشتري لفترة معينة كما قد تقوم باستثمارها قبل أن تقوم بتحويلها للبائع.

ويتجلى لنا هذا التكييف من خلال النقاط التالية:

- عندما يقوم المشتري بالدفع عبر منصة إلكترونية فهو بذلك يبرم عقدا يمكن المنصة من تحصيل وتحويل الأموال للبائع، وبالتالي فهنا تقوم بينهما إما عقد وكالة (في حال قامت المنصة بإدارة عملية الدفع نيابة عن المشتري وأخذت عمولة على ذلك فتكون وكالة بأجر)، أو عقد حوالة (في حال كانت المنصة تعمل على تحويل الأموال مباشرة بين المشتري والبائع وتتقاضى عمولة على ذلك)، أو عقد قرض (في حال قامت المنصة باحتجاز الأموال فترة معينة قبل تحويلها).
- أن التزامات المنصة تجاه المشتري كالتزامات الوكيل (بأن تلتزم المنصة بأن تنوب عنه في عملية الدفع وتحويل الأموال)، والتزامات المحال عليه (بإتمام عملية تحويل الأموال مباشرة ودون فرض رسوم زائدة)، أو كالتزامات المقرض (في احتجاز الأموال وتجنب الانتفاع بها).
- أن المنصة تتقاضى عمولة على ذلك مقابل عملية الدفع التي تتم عبرها سواء كانت وكالة أو حوالة أو قرض.

أن جميع أركان هذه العقود تتوافر في العقد بين المنصة والمشتري (الإيجاب والقبول يكون من خلال الموافقة على الشروط بين الطرفين عند القيام بالعملية عبر المنصة، ومحل العقد واضح سواء كان القيام بعملية الدفع نيابة عن المشتري "وكالة بأجر"، أو تحويل الدين حيث تصبح هي المدينة للبائع "الحوالة" أو بإقراض المنصة لأموال المشتري لمدة معينة قبل تحويلها للبائع "القرض".

رابعا: أدلة التكييف الشرعي

عند تكييفنا لعقد التوسط في عملية الدفع على أنه وكالة بأجر، فقد بينا سابقا حكم هذا العقد، وعند تنزيل أحكام هذا العقد على العلاقة القائمة بين المشتري والمنصة نجد أن الأدلة التي استدلينا بها على جواز عقد الوكالة بأجر يمكن تطبيقها على هذا العقد والاستدلال بها عليه.

أما فيما يخص تكييفه إلى عقد حوالة، فكون الحوالة تحول الحق من ذمة إلى ذمة أخرى¹، وجاءت مشروعيتها بالإجماع. فجاء في قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أن الحوالة مشروعة بالسنة والإجماع والمعقول، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: {مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ. وَإِذَا أَتَبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلءٍ فَلْيَتَّبِعْ}²، وجاء في رواية أحمد: {...وَمَنْ أَحِيلَ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيُحْتَلْ}³، وفي رواية البيهقي: {...وَإِذَا أَحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيُحْتَلْ}⁴.

كما أجمع الفقهاء على مشروعية الحوالة ولم يخالف أحد منهم ذلك⁵. وقد جاء في قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بأن من التطبيقات المعاصرة للحوالة⁶:

- 6/12 التحويلات المصرفية: إن طلب العميل من المؤسسة (المصرف الأمر) تحويل مبلغ معين من حسابه الجاري لديها لتحويله بنفس العملة إلى مستفيد معين هو حوالة إذا كان العميل مدينًا للمستفيد. والأجر الذي تأخذه المؤسسة في هذه الحالة هو مقابل إيصال المبلغ إلى المحال، وليس زيادة في الدين المحال. فإن لم يكن بنفس العملة فقد اجتمع الصرف والحوالة وهو جائز (ينظر معيار المتاجرة في العملات البند 2/11).

كما جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الحلول الشرعية لاجتماع الصرف والحوالة⁷:

¹ - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، مرجع سابق، ص90. أنظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، مرجع سابق، ص382.

² - أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، ج3، مرجع سابق، ص1197. (رقم الحديث: 1564).

³ - أخرجه أحمد، مسند أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، ج16، مرجع سابق، ص48. (رقم الحديث: 9974).

⁴ - أخرجه البيهقي، صحيح مسلم، كتاب الحوالة، باب من أحيل على ملي فليتبّع ولا يرجع على المحيل، ج6، مرجع سابق، ص117. (رقم الحديث: 11389).

⁵ - الكمال بن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج7، ص239. أنظر: الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج3، ص423. أنظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص382. أنظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، مرجع سابق، ص228.

⁶ - هيئة المحاسبة هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم (7) الحوالة، (12) التطبيقات المعاصرة للحوالة، 6/12 التحويلات المصرفية، ص185.

⁷ - مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم: 84 (1/9) بشأن تجارة الذهب، الحلول الشرعية لاجتماع الصرف والحوالة، ع9، ج65.

- (أ) الحوالات التي تقدم مبالغها بعملة ما ويرغب طالبها تحويلها بنفس العملة جائزة شرعاً، سواء أكان بدون مقابل أم بمقابل في حدود الأجر الفعلي، فإذا كانت بدون مقابل فهي من قبيل الحوالة المطلقة عند من لم يشترط مديونية المحال إليه، وهم الحنفية، وهي عند غيرهم سفتجة، وهي إعطاء شخص مائلاً لآخر لتوفيته للمعطي أو لوكيله في بلد آخر. وإذا كانت بمقابل، فهي وكالة بأجر، وإذا كان القائمون بتنفيذ الحوالات يعملون لعموم الناس، فإنهم ضامنون للمبالغ، جرياً على تضمين الأجير المشترك.

- (ب) إذا كان المطلوب في الحوالة دفعها بعملة مغايرة للمبالغ المقدمة من طالبها، فإن العملية تتكون من صرف وحوالة بالمعنى المشار إليه في الفقرة (أ)، وتجري عملية الصرف قبل التحويل، وذلك بتسليم العميل المبلغ للبنك وتقييد البنك له في دفاتره بعد الاتفاق على سعر الصرف المثبت في المستند المسلم للعميل، ثم تجري الحوالة بالمعنى المشار إليه.

ونستدل بهذه الأدلة التي تنص على مشروعية الحوالة على هذه الحوالة الإلكترونية فإذا لم تقم المنصة باحتجاز هذه الأموال وقامت بتحويلها بطريقة فورية، فالمنصة تقوم بتحويل الأموال بين حسابات المشتري والبائع، فهي بذلك أشبه بالحوالة الشرعية.

أما فيما يخص تكييفه إلى عقد قرض، فالقرض هو دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله¹، فتقوم المنصة في هذه الحالة باحتجاز الأموال قبل تحويلها، وهنا ثلاث احتمالات:

- **الاحتمال الأول:** أن يتم احتجاز الأموال بسبب إجراءات تنظيمية (شروط كوصول المبيع إلى المشتري حتى لا يكون هناك إرجاع) أو تقنية لضمان أمان المعاملة المالية (التحقق من الدفع، مكافحة الاحتيال والقرصنة الإلكترونية، التأكد من وصول الطلب إلى البائع...)، وأن لا تستفيد منه المنصة ولا تقوم بالاستثمار فيه خلال فترة احتجازه، ففي هذا الاحتمال يبقى العقد عقد حوالة، وقد استدلينا عليها سابقاً.

- **الاحتمال الثاني:** أن يكون الاحتجاز بدون أسباب مشروعة وبدون مبرر ويكون لفترة طويلة دون تحويل الأموال للبائع، ولم تستفد المنصة من هذه الأموال (فوائد بنكية، تمويل أنشطتها) خلال

¹ - الحنابلة: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، مرجع سابق، ص312.

الفترة نفسها فهذا يكون عقد قرض، لكنه قد يلحق الضرر بالبائع أو المشتري في حال تأخر وصول الأموال. بالرغم من أن العقد هنا ليس قرضا ربويا ولكن احتجاز الأموال والتأخير في تسليمها بدون أسباب مشروعة حتى يؤدي ذلك إلى الإضرار بالبائع هو من قبيل المماطلة، والمماطلة لا تجوز شرعا، لقوله ﷺ: {مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ}¹. وقال أيضا ﷺ: {يُؤْتِي الْوَاجِدَ يُجِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ}². والمراد هنا بالمطل واللّي هو تأخير ما استحق أدائه بغير عذر³. ومن القواعد الفقهية قاعدة "الضرر يزال"، فلا يجوز تأخير الحقوق لأن في ذلك ضررا لأصحابها، فالمماطلة هنا تضر بالبائع.

- الاحتمال الثالث: أن يكون الاحتجاز بأسباب مشروعة أو بدونها ولكن يحدث أن تستثمر فيه

المنصة فعليا، فهذا يعتبر قرضا يجر منفعة وهذا قرض ربوي. قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الذِّبْكُ ؕ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالُ الرِّبَا أَمْضَعًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ ۖ﴾ (آل عمران: 130)، وقال رسول الله ﷺ: {إِذَا أَقْرَضَ أَحَدُكُمْ قَرْضًا، فَأَهْدَى لَهُ، أَوْ حَمَلَهُ عَلَى الدَّائَةِ، فَلَا يَرْكَبْهَا وَلَا يَقْبَلْهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَرَى بَيْنَهُ وَيَبْنِيهِ قَبْلَ ذَلِكَ}⁴. وقال أيضا: {كُلُّ قَرْضٍ جَرٍّ مَنْفَعَةٍ فَهُوَ وَجْهٌ مِنْ وَجُوهِ الرِّبَا}⁵. وتدل هذه الأحاديث على أنه يجب ألا يجر القرض نفعًا، كما قد أجمع الفقهاء على أن القرض الذي ينجر عنه نفع هو ربا⁶.

خامسا: بيان التكييف

1) بالنسبة لتكييفه كعقد وكالة بأجر:

أ. الموكل: هو المشتري الذي يوكل المنصة في الدفع للبائع.

¹ - أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، ج3، مرجع سابق، ص1197. (رقم الحديث: 1564).

² - أخرجه النسائي، النسائي، كتاب البيوع، باب مطل الغني، ج7، مرجع سابق، ص621. (رقم الحديث: 4689).

³ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح البخاري، ج4، ص465. أنظر أيضا نفس المرجع: ج5، ص62.

⁴ - أخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج3، مرجع سابق، ص813. (رقم الحديث: 2432).

⁵ - أخرجه البيهقي، سنن البيهقي، ج5، ص573. (رقم الحديث: 10933).

⁶ - السرخسي، المبسوط، ج14، مرجع سابق، ص35. أنظر: الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج5، مرجع سابق، ص250. أنظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص356. أنظر: ابن قدامة، المغني، ج6، مرجع سابق، ص436.

ب. الوكيل: هو المنصة الإلكترونية التي تعمل على إدارة عملية الدفع، من خلال تحصيل الأموال وتحويلها إلى البائع مقابل عمولة أو رسوم ثابتة.

ج. الطرف الثالث: هو البائع الذي يستلم الأموال من المنصة بعد تحويلها.

(2) بالنسبة لتكليفه كعقد حوالة:

أ. المُحِيل: هو المشتري الذي ينقل التزامه المالي بالدفع إلى المنصة.

ب. المحال عليه: هو المنصة الإلكترونية التي تعمل على تحصيل الأموال وتحويلها (مباشرة أو بعد فترة

دون استفادة المنصة منها) إلى البائع مقابل عمولة أو رسوم ثابتة.

ج. المحال له: هو البائع الذي يستلم الأموال من المنصة بعد تحويلها.

(3) بالنسبة لتكليفه كعقد قرض:

أ. المقرض: هو المشتري الذي ينقل التزامه المالي بالدفع إلى المنصة.

ب. المقرض: هو المنصة الإلكترونية التي تعمل على تحصيل الأموال واحتجازها (دخلت في ذمتها

مؤقتاً) وتلزم بتحويله إلى البائع لاحقاً مقابل عمولة أو رسوم ثابتة.

ج. الطرف الثالث: هو البائع الذي ستقوم المنصة بتحويل الأموال له بعد فترة.

سادساً: الحكم الشرعي

وبناء على الأدلة والضوابط الشرعية المعتمدة، وما قرره الهيئات الشرعية (مجمع الفقه الإسلامي وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية)، وبناءً على مقصد التيسير ورفع الحرج في المعاملات المالية، حيث تسهل الحوالة انتقال الأموال بين المتعاقدين، ولا تختلف في ذلك الحوالة الإلكترونية التي تمارسها المنصات الإلكترونية في التوسط بينهم لنقل الأموال، واستناداً للقواعد الفقهية التي تم التطرق إليها، وبعد تحديد التكييفات الفقهية المحتملة، نبين الحكم الشرعي لكل تكييف، كالتالي:

(1) تكليفها على أنها وكالة بأجر: يجوز شرعاً أن يوكل المشتري المنصة نيابة عنه في الدفع مقابل أجر،

وذلك استناداً للأدلة السابقة التي تم عرضها حول الوكالة بأجر إضافة إلى المعايير الشرعية لهيئة

المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، التي أقرت بجواز الوكالة لأجر وحددت ضوابطها

وشروطها.

(2) **تكييفها على أنها حوالة:** يجوز شرعا أن تتوسط المنصة في عملية الدفع بين المشتري والبائع، لأن الحوالة من العقود الجائزة، وقد أقر الفقهاء مشروعيتها، فتجوز هذه المعاملة وفق الضوابط الشرعية لعقد الحوالة بأن ينتقل الدين من ذمة لأخرى بشكل نهائي دون زيادة أو تأخير غير مبرر.

(3) **تكييفها على أنها قرض:** لا يجوز شرعا أن تقوم المنصة بالتوسط في عمليات الدفع بين المشتري والبائع إذا احتجزت الأموال واستفادت منه بحصولها على منفعة استثمارها فترة احتجازها، لأن هذا القرض ربوي وهو محرم شرعا، أما في حالة احتجزت المنصة الأموال بدون مبرر ولم تحصل على منفعة من وراء ذلك وأدى ذلك إلى تضرر البائع فهذا يدخل في باب المماطلة وهي لا تجوز شرعا، وحتى ولو لم يقع الضرر وجب اجتناب التأخر في تحويل الأموال للبائع تجنباً لشبهة القرض الربوي. وبالتالي فإن عملية توسط المنصات الإلكترونية في عمليات الدفع، إذا كانت تتم كوكالة بأجر أو عقد حوالة فهي جائزة شرعا وتجوز عمليات التوسط عن طريقها لتسديد الأموال للبائعين، أما إذا كانت تتعامل على أساس أنها قروض فالوساطة التي تقوم بها هنا غير شرعية كونها قروض تحتجز فيها الأموال مما قد يسبب أضرار للبائعين وجب تجنبها، كما قد تكون قروضا ربوية تنجر عن احتجاز الأموال فيها منافع محرمة شرعا، لذا وجب الحذر في التعامل مع هذه المنصات وتبين إجراءات الدفع وأساليبها حتى لا يقع المتعامل معها في الربا والحرام.

الفرع الثاني: التكييف القانوني لتوسط منصة إلكترونية في عملية الدفع

أولاً: تحديد ماهية العملية

إن تدخل المنصات الإلكترونية في عملية الدفع، هو عملية تقوم بها المنصة في تحصيل أموال العملية التجارية من المشتري من خلال وسائل إلكترونية (التحويلات البنكية، التحويلات الرقمية، بطاقات الدفع،...)، حيث يقوم المشتري بالدفع عبر المنصة لتقوم هي بتحويل الأموال (بطريقة فورية مباشرة أو على مراحل وبعد فترة معينة) للبائع وفق آليات محددة وتتلقى نظير ذلك عمولة، وتتم هذه العملية من خلال عقد إلكتروني ينظم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة وبناء على شروط المنصة والاتفاق القائم بينهم.

ثانيا: تحليل عناصر العملية

أ. أطراف العملية:

- البائع: يقوم بعرض سلعه وخدماته عبر المنصة.
- المنصة الإلكترونية: الطرف المسؤول عن عملية الدفع بين البائع والمشتري وإدارتها سواء كان طرفا تقنيا فقط أو يتحمل مسؤوليات أخرى للعملية، مقابل عمولة أو أجر.
- المشتري: الشخص الذي يقوم بعملية الدفع عبر المنصة لسداد مقتنياته من سلع أو خدمات.

ب. محل العملية:

- تسهيل تحويل الأموال أو القيام بها بين أطراف المعاملة التجارية.
- العمولة التي تتقاضاها المنصة مقابل ما تقوم به.

ثالثا: القوانين المطبقة

أ. القانون الجزائري:

- القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية: الذي يحدد القواعد العامة والإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية وعقود البيع عبر الإنترنت.
- القانون رقم 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها: حيث يهدف لمكافحة الجرائم الإلكترونية وحماية المعاملات المتعلقة بالأنظمة المعلوماتية.
- القانون التجاري وتعديلاته: الذي يحدد شروط ممارسة الأنشطة التجارية وينظمها.
- القانون المدني الجزائري: لا ينص صراحة على عمليات الدفع سواء بصور تقليدية أو إلكترونية، ولكن يمكن تكييفها ضمن المواد الخاصة للعقود المشابهة لها.

ب. القانون الإماراتي:

- مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة: لأنه يقر بصحة العقود الإلكترونية والتوقيعات الرقمية.

- مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) في شأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة: لأنه

يضع ضوابط للوسائل الحديثة التي تمارس التجارة ومن بينها المنصات الإلكترونية.

- مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية: كونه يسري على

جميع الأعمال التجارية الواقعية أو الافتراضية التي تتم في الأوساط التقنية أو من خلال

وسائل التقنية الحديثة التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر.

- قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية.

ج. القانون الفرنسي:

- قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي (Loi pour la confiance dans

l'économie numérique): يحدد قواعد التجارة الإلكترونية والتزامات

مقدمي الخدمات الوسيطة والتي من بينها المنصات الإلكترونية.

- القانون التجاري (Code de commerce): ينظم الأنشطة التجارية والعقود.

- القانون المدني الفرنسي (Code Civil).

د. القانون الأمريكي:

- قانون الألفية لحقوق النشر الرقمية DMCA

- القانون الموحد التجاري (UCC).

- قانون العقود العام (Common Law of Contracts).

رابعاً: التكييف القانوني

عند تكييفنا لعقد توسط المنصة الإلكترونية في الدفع، يجب أولاً أن نكيفها وفقاً للمفاهيم العامة

للعقود في القانون، ونقوم بإسقاط ذلك على المعاملات بالطرق الحديثة كون أغلب التشريعات لا تضع

أسماء للعقود الحديثة، فحسب ما تم دراسته سابقاً، وبناءً على ذلك يمكن تكييف عملية التوسط على

عقود محتملة وفقاً لعلاقة المنصة والمشتري، ونكيفها هنا على أنها:

- عقد بيع خدمة: إذا كانت المنصة تعمل على عرض خدمات الدفع في بيئتها التقنية أي أنها وسيلة لتمرير الأموال فقط، كما تقوم بتقديم خدمة الدفع بطريقة مباشرة لتحويل الأموال، وتتقاضى مقابل خدماتها هذه عمولة.
- عقد وديعة: في هذه الحالة تقوم المنصة بالاحتفاظ بالمبلغ لفترة قصيرة قبل أن تقوم بتحويله إلى البائع، ولكن دون أن تقوم باستغلالها أو الاستفادة منها، وتتقاضى عمولتها على خدماته في تحويل الأموال والحفاظ عليها.
- عقد قرض: يكون في حال احتفظت المنصة بالأموال المودعة لديها من طرف المشتري، وقامت باستغلالها لأغراضها الشخصية بإذن المودع، وتقاضت بذلك عمولة.
- عقد ضمان: في حال تصرفت المنصة في أموال المشتري قبل تحويلها إلى البائع وقامت باستغلالها دون إذن المودع.

وفقا للقوانين محل الدراسة سنقوم بتكليف عملية توسط المنصة في الدفع وفقا للتشريعات التالية:

- القانون الجزائري:

المادة 6 من القانون 05-18 تنص على: "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، وليس على سبيل الحصر، المعلومات التالية:...

- كفاءات وإجراءات الدفع.
- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية.
- تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها"¹.

وأضافت المادة 13 ما يلي: "يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية:...

¹ - المادة 11 من 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، ع28، ص6.

شروط وكيفية الدفع¹.

بما أن المشرع الجزائري ذكر أنه على المورد الإلكتروني تحديد كيفية وإجراءات الدفع وأن يقدم وصفا كاملا للمستهلكين بمختلف مراحل العملية، إضافة إلى أن يكون العقد مرفقا بشروط الدفع وكيفية، فإن المشرع الجزائري يعطي للمنصة الإلكترونية كأحد الموردين الإلكترونيين إمكانية تحديد الشروط (شروط على البائعين أو المشتريين أو شروط متفق عليها مع البائعين) في تحصيل الأموال من المشتريين لتحويلها إلى البائع. والمشتري هنا يخضع لهذه الشروط وفقا للعملية التجارية التي يقوم بها، وهذا راجع إلى نظام عمل المنصة التي اختارها للدفع.

وقد حدد المشرع الجزائري الفصل السادس من الباب الثاني من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية للحديث عن الدفع في المعاملات الإلكترونية، فجاءت المادة 27 تنص على أنه يقصد بـ: "يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به.

عندما يكون الدفع إلكترونيا، فإنه يتم من خلال منصات مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر و بريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة التعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية.

يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الإلكترونية². وهذه المادة تحدد أن الدفع يتم في إطار التجارة الإلكترونية بوسائل دفع مرخصة من قبل السلطات المختصة ومرتبطة بها، ولكنها لا تحدد بدقة كيفية انتقال الأموال بين البائع والمشتري والمنصة.

وبالتالي فإن التكييف القانوني لعملية تدخل المنصة في عملية الدفع وعلاقتها بالمشتري يعتمد على طريقة عمل المنصة في تحصيل الأموال وتحويلها إلى البائع.

¹ - المادة 13 من 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، ع28، ص7.

² - المادة 6 من 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، ع28، ص5.

فالاحتمالات الواردة للعلاقة التعاقدية في هذه الحالة تعتمد على كيفية عمل المنصة الإلكترونية وتعاملها مع الأموال التي تحصلها من المشتري، فقد تكون المنصة تعمل فقط على تمرير الأموال بين طرفي العملية التجارية، كما قد تكون مستقبلية للأموال وتحتفظ بها ثم تعيد تحويلها إلى البائع، كما يمكن أن تعمل المنصة كطرف ثالث يحتفظ بالأموال وفقا لشروط معينة.

من خلال نماذج عمل المنصات الإلكترونية في الدفع، إذا كانت المنصة مجرد وسيلة تحويل للأموال، أي أداة تقنية لنقل الأموال ولا تؤثر في العلاقة التعاقدية بين المشتري والبائع، بل يقتصر دورها على تنفيذ العملية فقط، فالمنصة هنا ليست مسؤولة عن تسليم المنتج أو الخدمة، بل فقط عن تمرير الأموال، والمشتري لا يرتبط بها بعقد مستقل، بل يعتبر مستخدما للنظام الخاص بها، وبالتالي فالعلاقة هنا هي بيع خدمة، يخضعها القانون الجزائري للقوانين المنظمة للدفع الإلكتروني وقوانين حماية المستهلك، وتتقاضى المنصة عمولة كرسوم أو نسب مئوية من المبالغ المدفوعة مقابل توفير خدمة الدفع.

في حين قد تحتفظ المنصة بالمبلغ لفترة وجيزة قبل أن تقوم بتحويله إلى البائع، فُتحصل المنصة أموال المشتري ثم تحويلها لاحقا، ولكن دون أن تقوم باستغلالها أو الاستفادة منها (حفظ الأموال إلا للغرض المحدد وهو تحويلها للبائع في حال اكتمال شروط العقد، وصول المنتج، الاستلام...)، وهذا يضعها أمام المشتري في التزامات كتقديم ضمانات لاسترجاع أمواله في حال لم تتم العملية، فالعقد هنا يكيف على أنه عقد وديعة، والتي جاء تعريفها في المادة 590 من القانون المدني: "الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا"¹. ويخضع هذا العقد بين المنصة والمشتري لما نص عليه المشرع الجزائري فيما يخص عقد الوديعة في القانون المدني في المواد (590 إلى 601) وللقواعد العامة للعقود. ومن التزامات المنصة ما يلتزم به المودع لديه، فقد جاء في المادة 591: "على المودع لديه أن يتسلم الوديعة. وليس له أن يستلمها دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمنا"². أما فيما يخص العمولة التي تتلقاها المنصة نظير خدماتها فهي من قبيل الأجر عن الوديعة وتدخل في التزامات المودع، ومنها ما جاء في المادة 597: "على المودع أن يرد إلى المودع لديه ما أنفق في حفظ الشيء وعليه أن

¹ - المادة 590 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، ع78، ص1028.

² - المادة 591 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، ع78، ص1028.

يعوضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة". وعند تطبيق ما جاء في المادة على حالة المنصة، فالمنصة تأخذ عمولتها أو رسوما إدارية على حفظ الأموال، وتحويلها لاحقا للبائع وعلى عملية إدارة الحسابات، بالإضافة إلى أنها قد تأخذ عمولة في حال كانت ملزمة قانونيا بإعادة الأموال في حالات محددة، فقد تفرض رسوما لتعويضها عن أي تكاليف في عمليات التحويل أو التكاليف التقنية.

أما في حال احتفظت المنصة بالأموال المودعة لديها والتي تم تحصيلها من المشتري قبل أن يتم تحويلها إلى البائع وقامت باستغلالها لأغراضها الشخصية، فتكيف العلاقة هنا على أنها عقد قرض وهذا ما نصت عليه المادة 598: "إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شيء آخر مما يستهلك وكان المودع لديه مأذونا له في استعماله اعتبر العقد قرضا"¹. ففي هذه الحالة ينطبق على ما تقوم به المنصة الإلكترونية التي تقوم باستخدام أموال المشتري والاستفادة منها لأغراضها الشخصية خلال فترة ايداعها في المنصة، على أن تكون قد حصلت على إذن صريح من المشتري في استخدامها أو يكون من خلال موافقته على شروط عمل المنصة والتي من بينها الاستغلال الشخصي لهذه الأموال، وإلا فتصرفها في الأموال هنا يعتبر غير قانوني ومن قبيل الإثراء بلا سبب.

تجدر بنا الملاحظة أن المنصة قد تعمل على ربط طرفي العقد البائع والمشتري ولا تتدخل مطلقا في عملية البيع بل تسهل التفاعل بينهما فحسب، وبالتالي فلا تستقبل الأموال بل فقط توفر مكان رقمي لعرض البائع سلعه وخدماته وتربطه بالمشتري مباشرة في حالة الدفع، ويعتبر دورها هنا كوسيط فقط والعلاقة بينها وبين المشتري هي علاقة وساطة، لأن المشتري عند سيقوم بالدفع إما مباشرة للبائع أو عن طريق وسيلة أو نظام دفع آخر خارج المنصة، وفي هذه الحالة لا يمكن اعتبار عمل المنصة كنوع من العقود التي يكيف عليها توسطها في عملية الدفع كونها لا تشارك فعليا في أي جزء من الدفع أو نقل الأموال.

¹ - المادة 598 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، ع78، ص1028.

– القانون الإماراتي:

إن التشريع الإماراتي لم يحمل في نصوصه ما يُحَكِّم العلاقة بين المنصة الإلكترونية والمشتري في حال تدخلها في عملية الدفع على أي العقود يمكن تكييفها. ولكن من خلال استقراء القوانين المتعلقة بالتجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية نحاول تكييف هذه العلاقة التعاقدية.

فقد جاءت الفقرة 5 من المادة 5 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) في شأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة تنص على: "تحديد شروط وأحكام وتفاصيل المراحل المتعددة بشأن بيع السلع والخدمات من خلال وسائل التقنية الحديثة بما فيها تحديد سعر السلع والخدمات وأجور وأسعار الخدمات اللوجستية وخدمات الدفع الرقمي وإتاحتها بشكل معلن على الموقع الإلكتروني أو التطبيق أو غيره من وسائل التقنية الحديثة الأخرى للتاجر الرقمي وإتاحة العقد الرقمي أو الشروط والأحكام في ذلك الشأن متى لم يكن هناك عقد رقمي، على أن يعتبر شراء السلع والخدمات قبولاً من المستهلك للعقد الرقمي أو لتلك الشروط والأحكام"¹. فوضح المشرع الإماراتي تنظيم تفاصيل بيع السلع والخدمات عبر الوسائل الحديثة، بما في ذلك شروط وأحكام العقود الرقمية بما فيها خدمات الدفع الإلكتروني، لكنه لا يذكر بشكل محدد دور هذه الوسائل (التي من بينها المنصات الإلكترونية) في خدمة الدفع، وما إذا كانت تتدخل في عملية تحويل أو نقل الأموال بين المشتري والبائع.

وجاءت الفقرة 6 من المادة 6 التي تتضمن حماية حقوق المستهلك بشأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة تنص على: "يتمتع المستهلك بالحقوق التالية:...

إتاحة خانة خاصة بشكل متاح للجميع بشفافية تمكن من تقييم تجربة التعامل مع التاجر الرقمي، وتقييم السلع والخدمات وبوابات الدفع الرقمي والخدمات اللوجستية"². ومن نص هذه المادة يمكننا الاستدلال على أن المنصة قد تقوم بخدمات أكثر من مجرد كونها وسيطاً، بل قد تقوم بتقديم خدمات رقمية ومن بينها خدمات الدفع، كون هذه المادة تلزم المنصة بتقديم فرصة للمستهلكين لتقييم خدماتها، وتتقاضى

¹ – المادة 5 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) في شأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة، ج.ر، ع759، ص5.

² – المادة 6 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) في شأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة، ج.ر، ع759، ص5.

رسوما على ذلك وهو ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 15 المتعلقة ببوابات الدفع الرقمي والتي نصت على: "يتبع في شأن قنوات وأساليب الدفع الرقمي الاشتراطات والمعايير والمتطلبات التالية:...

عدم فرض أي رسوم إضافية على المستهلك بشأن الدفع الرقمي خلافا لتلك المحددة والمعلنة من التاجر الرقمي في العقد الرقمي أو الشروط والأحكام"¹. وهذا يعني أن المنصة لا تحقق أرباحا مباشرة من خلال حيازتها للأموال وبدل من ذلك تتلقى عمولتها مقابل خدماتها المقدمة وهذا هو مضمون عقد بيع الخدمة، إضافة إلى ذلك المادة تشير إلى أن المنصة تقدم خدمة تقنية ولا تعتبر جهة مالية، لأن المشتري لا يودع أمواله في المنصة قصد الاحتفاظ بها إنما يستخدم خدمة المنصة في تمرير أمواله إلى البائع، دون أن تفرض عليه رسوم إضافية أو غير معلنة.

كما لا يغفل عما جاء في المادة (السابقة الذكر) أن ذكر الأحكام والشروط المتعلقة بمراحل العمليات التي يمر بها المستهلك ومن بينها عملية الدفع، قد تشير إلى أن الاتفاق بين المشتري والمنصة يشمل تحويل الأموال ونقلها من المشتري إلى البائع فتحويل الأموال بعد الاحتفاظ بها لفترة وفقا للمادة المذكورة، يتيح للمنصة أن تتدخل في مرحلة التحويل الفعلي للأموال بين البائع والمشتري (بمعنى أنها تحتفظ بها لفترة معينة)، فإن هذا يتطلب تضمين الشروط المتعلقة بهذا التحويل في العقد الرقمي الذي يتم بين المستهلك والمنصة، وتوضح كيفية التعامل مع الأموال وكيفية تسويتها بين الأطراف. وبذلك، فإن المنصة، إذا كانت تحتفظ بالأموال وتقوم بتحويلها بناءً على شروط معينة، ستكون مسؤولة عن تنظيم تلك العمليات المالية، ونكيفها هنا على أنها عقد ودیعة.

والوديعة تنظمها الأحكام الخاصة بهذا العقد والتي نصت عليها في المواد (962- 996) من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية، أما فيما يخص العمولة التي تتقاضاها المنصة فالوديعة قد تكون بأجر باتفاق إذا ما اتفق الأطراف على ذلك وهذا ما تقوم به المنصات الإلكترونية، وقد نصت عليه المادة 965 من نفس المرسوم: "ليس للمودع عنده أن يطلب أجره على حفظ الوديعة أو أجرة للمحل

¹ - المادة 15 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) في شأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة، ج.ر، ع759، ص10.

الذي وضعت فيه إلا إذا اشترط ذلك عند الإيداع أو جرى عرف خاص به"¹. ونصت المادة 986 على: "على المودع أن يؤدي الأجر المتفق عليه إذا كانت الوديعة بأجر"². والاتفاق بين الأطراف هنا من قبيل الأحكام والشروط التي تضعها المنصة ويوافق عليها المشتري. والمودع (المشتري) هنا يقدم الأجرة والتي قد تكون رسوما على عملية التحويل أو مقابل الخدمات التي تقدمها له المنصة.

كما لا يجوز للمنصة أن تتصرف في الوديعة إلا بإذن المودع، جاءت المادة 969 تنص على: "لا يجوز للمودع عنده أن يستعمل الوديعة أو يرتب عليها حقا لغيره بدون إذن المودع فإن فعل فتلفت أو نقصت قيمتها كان ضامنا"³. ففي عقد الوديعة لا يتصرف المودع عنده في الوديعة، وكذلك المنصة فلا تتصرف في الأموال التي حصلتها من المشتري وإنما تحتفظ بها فقط لإجراءات تنفيذية أو غيرها.

ويذكر المشرع الإماراتي حالة أخرى يمكن أن يكيف عليها العقد بين المشتري والمنصة وهي حالة أن تتصرف المنصة في أموال المشتري قبل تحويلها إلى البائع وتستغلها دون إذن المودع، فيصبح المودع عنده هنا (المنصة الإلكترونية) ضامنا، كما وضحته المادة السابقة 969 وما تؤكدته الفقرة 1 من المادة 971 والتي نصت على أنه: "إذا تسلف المودع عنده الوديعة أو اتجر بها دون إذن من المودع كان ضامنا لها ولا يبرأ منها إلا برد مثلها لمحل إيداعها إن كانت مثلية أو برد قيمتها للمودع لا لمحل إيداعها إن كانت قيمة ويكون الربح للمودع عنده في حالة الاتجار بها"⁴. وهنا يكيف العقد على أنه عقد ضمان وتحكمه القوانين المنصوص عليها في القانون الاتحادي رقم (4) في شأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة.

أما في حال استغلت المنصة الأموال التي حصلتها من المشتري خلال فترة احتفاظها بها وكانت بإذن المودع فالعقد يكيف على أنه عقد قرض وهذا ما نصت عليه المادة 992 والتي تنص على: "إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو شيئاً يهلك بالاستعمال وأذن المودع للمودع عنده في استعماله اعتُبر

¹ - المادة 965 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية، ج.ر، ع158، ص165.

² - المادة 986 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية، ج.ر، ع158، ص168.

³ - المادة 969 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية، ج.ر، ع158، ص165.

⁴ - المادة 971 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية، ج.ر، ع158، ص166.

العقد قرضاً¹. وهذا ما أكدته الفقرة 2 من المادة 971 والتي جاء فيها أنه: "وإن المودع عنده الوديعة أو اتجر بها بإذن من المودع فإنها تنتقل بذلك من كونها وديعة إلى كونها ديناً في ذمته فلا يبرأ منها إلا برد مثل المثلي وقيمة القيمي للمودع لا لحل إيداعها"².

وهناك حالة أخرى إذا كانت المنصة تعمل على إتاحة دفع الأموال عبر وسائل الدفع الخاصة بها إلى البائع، فإن دور المنصة هنا سيكون مجرد وساطة مالية، حيث تعمل كمنصة لإجراء التحويلات المالية بين المشتري والبائع دون أن تتدخل في التحكم في الأموال نفسها أو نقلها، ولا ندرج هذا التكييف ضمن التكييفات المحتملة كون المنصة لا تتدخل فعلياً في عملية الدفع.

- القانون الفرنسي:

جاء في القانون الفرنسي في قانون المستهلك ما ينص على أن مزودي الخدمات يقدمون خدمات رقمية، وجب عليهم أن يحدد الخصائص الأساسية لها، فالمنصات الإلكترونية كأحد مزودي الخدمات تقدم خدمات متنوعة من بينها خدمات الدفع، جاءت المادة L111-1 تنص في فقرتها الأولى على أن: "قبل أن يكون المستهلك ملزماً بعقد بمقابل مالي، يجب على مقدم الخدمة أن يقدم للمستهلك، بطريقة واضحة ومفهومة، المعلومات التالية"³:

الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، وكذلك خصائص الخدمة الرقمية أو المحتوى الرقمي، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعتها ووسيلة الاتصال المستخدمة، بما في ذلك الوظائف، والتوافق، وقابلية التشغيل البيئي للسلعة التي تحتوي على عناصر رقمية، أو للمحتوى الرقمي، أو للخدمة الرقمية، إضافة إلى أي قيود تتعلق بتثبيت البرامج.

¹ - المادة 992 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية، ج.ر، ع158، ص169.

² - المادة 971 من قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية، ج.ر، ع158، ص166.

³ - Article L111-1 Modifié par Ordonnance n°2021-1247 du 29 septembre 2021, Chapitre Ier: Obligation générale d'information précontractuelle, Titre Ier: Information des Consommateurs, Livre Ier: Information des Consommateurs et Pratique Commerciales, Code de la consommation.

السعر أو أي ميزة أخرى تُمنح بدلاً من دفع سعر، أو بالإضافة إليه، وفقاً لأحكام المواد L112-1 إلى L112-4".

هذه المادة تفرض على مزودي الخدمات ومن بينهم المنصات الإلكترونية التي تقدم خدمات الدفع أن توضح للمستهلك (المشتري) طبيعة الخدمة المقدمة له، وهذا ما يشمل أن توضح إن كانت فقط تقدم خدمة دفع، أو أنها تحتفظ بالأموال لفترة معينة ثم تقوم بتحويلها للبائع لاحقاً، وهو ما يتحكم في تكييف العلاقة التعاقدية بين المشتري والمنصة.

وهذا يأتي أيضاً في سياق مضمون المادة L111-2 أنه بالإضافة إلى المعلومات المنصوص عليها في المادة L111-1، يجب على كل مقدم خدمة، قبل إبرام عقد تقديم الخدمات، وفي حالة عدم وجود عقد مكتوب، قبل تنفيذ تقديم الخدمة، أن يوفر للمستهلك أو يبلغه، بطريقة واضحة ومفهومة، معلومات إضافية تتعلق ببيانات الاتصال الخاصة به ونشاطه في تقديم الخدمة وشروط تعاقدية أخرى، يتم تحديد قائمتها ومحتواها بموجب مرسوم في مجلس الدولة.

كما يتم تحديد المعلومات الإضافية التي يتم إبلاغها فقط بناءً على طلب المستهلك بموجب مرسوم صادر عن مجلس الدولة¹.

وتعزز المادة 19² من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي، ذلك أيضاً، فنصت على أنه دون المساس بالالتزامات الأخرى للإعلام المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية السارية، يجب على كل شخص يمارس النشاط المحدد في المادة 14 أن يضمن للأشخاص الذين يُقصد لهم توفير السلع أو تقديم الخدمات وصولاً سهلاً ومباشراً ودائماً باستخدام معيار مفتوح إلى المعلومات التالية: ... أن يذكر السعر

¹ - Article L111-2 Création Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, Chapitre Ier: Obligation générale d'information précontractuelle, Titre Ier: Information des Consommateurs, Livre Ier: Information des Consommateurs et Pratique Commerciales, Code de la consommation.

² - Article 19 Modifié par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, Chapitre Ier: Principes généraux, Titre II: du Commerce Électronique, Code de la consommation, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

بشكل واضح وغير غامض، وبخاصة إذا كانت الضرائب وتكاليف الشحن مشمولة في السعر. ينطبق هذا الفقرة دون المساس بالأحكام التي تحكم الممارسات التجارية المضللة المنصوص عليها في المادة 1-121 L من قانون حماية المستهلك، ولا بالالتزامات الخاصة بالإعلام عن الأسعار المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية السارية.

ففي حال قيام المنصة بالاحتفاظ بالأموال مثلما ما تم التكييف سابقا، يعتبر العقد عقد وديعة (المواد 1915 إلى 1963 من القانون المدني الفرنسي)، وقد عُرِفَت الوديعة أو الإيداع في القانون الفرنسي المادة 1915 من القانون المدني على أنها بشكل عام اتفاق يتم بموجبه تسليم شيء من شخص إلى شخص آخر، على أن يحتفظ به ويعيده على حاله¹. وأكدت المادة 1918 أنه: "لا يمكن أن يكون موضوع الإيداع إلا الأشياء المنقولة"². وهو جوهر تعامل المشتري مع المنصة في حال احتفظت بأمواله لفترة وجيزة قبل تحويلها إلى البائع، وتتقاضى المنصة على ذلك أجرا، فقد جاءت المادة 1928 تنص على أنه: "يجب تطبيق هذه القاعدة بشكل أكثر صرامة في الحالات التالية³:

- إذا عرض المودع لديه نفسه لتلقي الإيداع.
- إذا تم الاتفاق على أجر للحفظ.
- إذا تم الإيداع لمصلحة المودع لديه فقط.
- إذا تم الاتفاق صراحة على أن المودع لديه سيكون مسؤولا عن أي نوع من الأخطاء".

¹ - Article 1918 Création Loi 1804-03-14 promulguée le 24 mars 1804, Chapitre Ier: Du dépôt en général et de ses diverses espèces, Titre XI: Du dépôt et du séquestre, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Code civil.

² - Article 1915 Création Loi 1804-03-14 promulguée le 24 mars 1804, Section 1: De la nature et de l'essence du contrat de dépôt, Chapitre II: Du dépôt proprement dit, Titre XI: Du dépôt et du séquestre, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Code civil.

³ - Article 1928 Création Loi 1804-03-14 promulguée le 24 mars 1804, Section 3: Des obligations du dépositaire, Chapitre II: Du dépôt proprement dit, Titre XI: Du dépôt et du séquestre, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Code civil.

فإذا كانت المنصة تتقاضى رسوما مقابل احتفاظها بالأموال لتحويلها لاحقا للبائع، فذلك يعزز تكييف العقد على أنه وديعة.

أما المادة 1930 : "لا يجوز له استخدام الشيء المودع دون إذن صريح أو ضمني من المودع"¹. وإلا فالعلاقة التعاقدية تتحول إلى عقد قرض في حال استغلال الأموال التي تحصلها المنصة من المشتري، وتحكمه القوانين الخاصة بعقد القرض في القانون المدني الفرنسي في المواد (1874 إلى 1914).

- القانون الأمريكي:

وفي غياب النصوص القانونية التي تحكم هذه العلاقة التعاقدية بين المنصة والمشتري في عمليات الدفع، فالعقد هنا يكيف بناء على الشروط التي تعلنها المنصة في التعامل مع المشتري، وعلى ما تقدمه من خدمات والدور الذي تلعبه.

إذا كانت المنصة تعمل على تقديم خدمات الدفع في بيئتها التقنية أي أنها وسيلة لتمرير الأموال فقط وتحويلها من المشتري للبائع، وتتقاضى مقابل خدماتها هذه عمولة، فالعقد هنا يكيف على أنه عقد بيع خدمة، حيث تعد المنصة مقدمة لخدمات رقمية للمستخدمين عند إجراء معاملاتهم المالية وتسديد مقتنياتهم، وهذا يبقّي المعاملات ضمن نطاق القوانين الفدرالية التي تنظم الخدمات الرقمية والتجارة الإلكترونية، مثل القانون التجاري الموحد UCC قانون تحويل الأموال Electronic Fund (Transfer)، والذي يهدف إلى حماية المستهلكين في تحويلاتهم المالية وعمليات الدفع، من خلال توضيح العملية وطبيعتها وهذا ما نصت عليه المادة 1693: "يجب الإفصاح عن الشروط والأحكام الخاصة بالتحويلات المالية الإلكترونية التي تشمل حساب المستهلك في الوقت الذي يتعاقد فيه على التحويل المالي... ويجب أن تتضمن:

- نوع وطبيعة التحويلات المالية...

¹ - Article 1930 Création Loi 1804-03-14 promulguée le 24 mars 1804, Section 3: Des obligations du dépositaire, Chapitre II: Du dépôt proprement dit, Titre XI: Du dépôt et du séquestre, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Code civil.

- أية رسوم على التحويلات المالية الإلكترونية أو على الحق في إجراء مثل هذه التحويلات¹.

وأيضا قانون التوقيعات الإلكترونية في التجارة العالمية والوطنية (Electronic Signatures in Global and National Commerce) الذي يعترف بالعقود الإلكترونية ويضفي عليها الشرعية وينظم أحكام إتمام المعاملات الإلكترونية.

أما إذا كانت المنصة تقوم بالاحتفاظ بالمبلغ لفترة قصيرة قبل أن تقوم بتحويله إلى البائع، ولكن دون أن تقوم باستغلالها أو الاستفادة منها، وتتقاضى عمولتها على خدماته في تحويل الأموال والحفاظ عليها، فنكيف العقد على أنه **وديعة**، فتتحمل المنصة التزامات معينة في إدارة هذه الأموال مقابل عمولة تتلقاها. وفي حال احتفظت المنصة بالأموال المودعة لديها من طرف المشتري، وقامت باستغلالها لأغراضها الشخصية بإذن المودع، وتقاضت بذلك عمولة، فالعقد هنا يكيف على أنه **عقد قرض**. وفي كلا الحالتين نعود للتشريعات التي تتضمن القواعد العامة للعقود وللقانون التجاري الموحد UCC المتضمن الأحكام المتعلقة بالودائع والقروض التجارية وقوانين حماية المستهلك.

خامسا: النتائج القانونية

- القانون الجزائري:

وبناءً على كل ما سبق، ونظرا لطبيعة العلاقة القانونية التي تربط الأطراف (المنصة والمشتري)، ووفقا للقوانين المستعملة والمواد القانونية التي تم التطرق إليها، وبالرجوع إلى القواعد العامة للعقود في القانون المدني والتجاري، وأيضا للممارسات التي تقوم بها المنصات الإلكترونية في نقل الأموال والدفع الإلكتروني، فإن التكيف الأقرب لعقد توسط المنصة الإلكترونية في الدفع هو عقد بيع خدمة، والخدمة هنا تصنف على أنها خدمة دفع إلكتروني، فأغلب المنصات تقوم بتوفير بيئة مسؤولة على معالجة وتحويل الأموال بين الأطراف

¹ - Article 1693 Terms and conditions of transfers, Subchapter VI: Electronic Fund Transfers, Chapter 41: Consumer Credit Protection, Title 15: Commerce And Trade, U.S. Code.

المتعاقدة، وتكون احتمالية تكييفها على أنها عقد ودیعة أو قرض مرهونة بشروط المنصة في تحصيل الأموال واحتفاظها بها سواء كانت تستغلها أم لا.

– القانون الإماراتي:

ووفقا لما تطرقنا له للقوانين المستعملة والنصوص القانونية التي تم التطرق إليها، وبالرجوع إلى القواعد العامة للعقود في القانون المدني والتجاري، ونظرا للعلاقة القانونية التي تربط الأطراف (المنصة والمشتري)، ووفقا لعمل المنصات الإلكترونية في نقل الأموال والدفع، فإن التكييف القانوني الأرجح لعقد توسط المنصة الإلكترونية في الدفع هو عقد بيع خدمة، والخدمة هنا تصنف على أنها خدمة دفع رقمي في بيئة رقمية، فالمنصات تقوم بتوفير بيئة مسؤولة على تحويل الأموال بين الأطراف المتعاقدة، وتكون احتمالية تكييفها على أنها عقد ودیعة أو قرض أو ضمان مرهونة بشروط المنصة في تحصيل الأموال واحتفاظها بها سواء كانت تستغلها أم لا، وسواء كان ذلك بإذن من المودع أو بدونه.

– القانون الفرنسي والأمريكي:

من خلال ما سبق من النصوص القانونية التي نص عليها المشرع الفرنسي، وللقوانين الفدرالية في القانون الأمريكي والقوانين الولائية المكملة، ووفقا لما جاء في القوانين السابقة في تكييف العقد الذي يقع بين المنصة والمشتري في توسطها في عملية، فالأرجح أن العقد هنا هو تقديم خدمة، وقد بينا التبريرات في القوانين السابقة.

الفرع الثالث: تكييف توسط منصة PayPal في عملية الدفع

PayPal هو مقدم خدمات دفع، وينفذ ذلك عبر إنشاء خدمات PayPal على موقعه واستضافتها وصيانتها وتقديمها إلى المستهلكين والعملاء عبر الإنترنت. وتمكّن خدماته من إرسال المدفوعات إلى أي شخص يمتلك حساب PayPal، وكذلك تلقي المدفوعات، أينما توفرت هذه الخدمة، نقدم المنصة نوعين من الحسابات، حسابات PayPal الشخصية، وحسابات PayPal التجارية، وتسمح جميع حسابات PayPal للمستخدمين بسداد مدفوعات باستخدام بطاقتهم الائتمانية أو بطاقة السحب أو الحساب البنكي أو الرصيد الموجود في حسابهم على PayPal أو شيك إلكتروني أو طرق

دفع أخرى، وقد تخضع الحسابات التجارية لرسوم تختلف عن الرسوم السارية على الحسابات الشخصية¹. يمكنك استخدام PayPal مجاناً للدفع مقابل عملية شراء أو أي نوع آخر من المعاملات التجارية ما لم تكن المعاملة تنطوي على تحويل عملة². وهذا ما أكدته خاصية الدفع عبر الإنترنت التي جاءت في المنصة بأن عندما يقوم المستخدم بشراء باستخدام PayPal، فلن يتم تحميله أية تكاليف خفية أو رسوم نظير المعالجة، وإنما قد تُطبق الرسوم على تحويل العملات فحسب³.

فمنصة بايال لا تطبق رسوماً في حال عمليات الدفع، إلا إذا اقتضى الأمر تحويلاً للعملات، فتطالب برسوم معينة مقابل قيامها بخدمة التحويل.

جاء في اتفاقية مستخدم بايال أنه يمكن شراء سلعة ما من بائع يقبل التعامل عبر PayPal حيث يمكن للمشتري شراء منتج ما من بائع يتعامل عبر PayPal، بأي عملة يقبلها المستلم، وتعتمدها منصة PayPal، باستخدام الرصيد الموجود في حساب المشتري على PayPal، أو باستخدام أي طريقة دفع مرتبطة بحسابه على PayPal وهذا يشمل، على سبيل المثال:

- شراء منتج من موقع بيع بالتجزئة عبر الإنترنت واختيار PayPal كطريقة الدفع عند نقطة الدفع.

- إرسال دفعة إلى البائع نظير سلعة أو خدمات.

- استخدام حساب المشتري على PayPal لشراء منتج من متجر البائع الفعلي. وتشير المنصة أنه إذا كان البائع الذي يشتري منه المشتري يبيع سلعة أو خدمات وليس لديه حساب على PayPal، أنه يمكنه المطالبة بمدفوعاتك من خلال فتح حساب على PayPal، وفي حالة عدم فتحه لحساب على PayPal في غضون 30 يوماً، سيتم رد مدفوعات عملية الشراء إلى المشتري.

¹ - الموقع الرسمي لمنصة PayPal، اتفاقية مستخدم PayPal، 2025-02-27، https://www.paypal.com/dz/legalhub/paypal/useragreement-full?locale.x=ar_DZ، 10:52.

² - الموقع الرسمي لمنصة PayPal، رسوم المستهلك في PayPal، 2025-02-27، <https://www.paypal.com/dz/webapps/mpp/paypal-fees>، 10:10.

³ - الموقع الرسمي لمنصة PayPal، الدفع عبر الإنترنت، <https://www.paypal.com/dz/webapps/mpp/pay-online>، 2025-02-27، 10:19.

وهذا ما يثبت أن المدفوعات في هذه الحالة لا تحول مباشرة عبر المنصة (ليس عقد حوالة "في الفقه الإسلامي" وليس عقد بيع خدمة فقط "لأنه لا يقدم خدمة توفير بيئة رقمية للتحويل فقط إنما يحتجز الأموال أيضا") وإنما يتم احتجازها لفترة تقدر بشهر وهو ما يجعل العقد هنا يكيف على أنه (قرض أو ودیعة أو ضمان).

ولعل ما جاء في اتفاقية المستخدم فيما يخص احتجاز الرصيد بأن أي رصيد يحتفظ به المشتري على حسابه في PayPal يمثل مطالبة من دون ضمان ضد المنصة، حيث تدمج المنصة الرصيد مع أرصدة مستخدمين آخرين وتستثمر تلك المبالغ المالية في استثمارات سائلة، حيث يتم احتجاز هذه المبالغ المجمعة بعيدا عن أرصدة PayPal المؤسسية، ولا تستخدم PayPal هذه المبالغ المالية لتغطية نفقاتها التشغيلية أو أي أغراض مؤسسية أخرى لديها، كما لا تتيحها لدائنيها في حالة الإفلاس، كما أنها لا تتيح للمستخدم أن يتلقى فوائد أو أي أرباح أخرى على المبالغ المودعة في رصيده. وأنه بقبوله لشروط ذلك فهو يوافق على أن تكون PayPal هي المستحق لأي فوائد أو أي أرباح أخرى على هذه الاستثمارات، وأن يوافق على التنازل عن أي حقوق في أي فوائد ناشئة عن مبالغه المالية لـ PayPal¹. في هذه الحالة يخرج العقد من كونه عقد ودیعة فقط وإنما يدخل في كونه عقد قرض بمنافع وحتى وإن لم تستغلها لأغراضها الشخصية، وهو لا يجوز شرعا، لأنه يجر منافع، أما من حيث القانون فالقوانين لم ترفض مثل هذه القروض.

فالمشتري عندما يصدر المشتري تفويضا بالدفع لبائع يقبل PayPal قد يستغرق بعض البائعين مدة تصل إلى 30 يوما لإكمال المعاملة. وفي هذه الحالات، قد يظهر المبلغ المدفوع كطلب معلق في حساب المشتري على PayPal وفي تلك الحالة، سيظل التفويض بالدفع ساري المفعول حتى يكمل البائع المعاملة (ولكن لمدة لا تزيد عن 30 يوما)، لفترة من الوقت حتى يتم الإفراج عن الاحتجاز أو عند تلقي معاملة مكتملة. وهنا أيضا يكيف العقد على أنه قرض، فالأموال تبقى محتجزة إلى غاية اكتمال المعاملة أو إنهاؤها، ويتعلق الأمر هنا بالمعاملات العادية أما في حال كان المبلغ المدفوع يتطلب من المنصة إجراء عملية تحويل عملات، فسيتم تحديد سعر صرف المعاملات وتطبيقه في الوقت الذي تمت فيه معالجة عملية الدفع.

¹ - الموقع الرسمي لمنصة PayPal، اتفاقية مستخدم PayPal، موقع سابق، 27-02-2025م، 12:09.

ويثبت ذلك ما جاء في سياسة المستخدمين فيما يخص الرسوم بأن المستخدم إذا اشترى شيئاً ما من بائع يقبل معاملات PayPal ، لا يدفع رسماً إلى PayPal ، وإذا قام PayPal بعملية تحويل عملات لعملية الشراء فسيتم استخدام سعر صرف العملات لدى PayPal بما في ذلك رسم تحويل العملات لديهم.

يمكن للمستخدم استخدام طرق الدفع المرتبطة بحسابه على PayPal لتمويل المعاملات التي يجريها باستخدام حسابه على PayPal، ولا يحتاج إلى رصيد في حسابه على PayPal لشراء شيء ما أو إرسال مدفوعات، إلا أنه يمكنه إضافة مبالغ مالية إلى حسابه على PayPal من الحساب البنكي المرتبط بحسابه على PayPal عن طريق طلب تحويل إلكتروني إلى حسابه على PayPal، عندها سيتم احتجاز المبلغ المحوّل كرصيد في حسابه على PayPal. وهنا توضح المنصة أنها قد تقدم للمشتري منصة فقط لتمرير أمواله (حوالة) أي تقدم له خدمة ولكنها بطريقة مجانية كون الرسوم لا تقع على عمليات الدفع التي لا تتدخل فيها المنصة.

أيضاً في إدارة المخاطر التي قد تنجم عن هذه العمليات فإن المنصة عندما تحدد معاملة يُحتمل أن تنطوي على درجة عالية من المخاطر، فتقوم بمراجعة المعاملة بمزيد من الدقة قبل السماح بإتمامها، وعند حدوث ذلك، ستفرض PayPal حجزاً على المعاملة وإخطار البائع لتأخير شحن السلعة، وقد يؤدي ذلك إلى تأخير استلام السلعة التي اشتراها الشخص. وإذا تأكدت المنصة من عدم خطورة المعاملة، فستقوم بإخطار البائع وتوجيهه إلى شحن السلعة، وإذا لم تتمكن من التأكد من عدم خطورتها، تقوم بإلغائها ورد المدفوعات إلى المشتري، ما لم تكن ملزمة قانونياً باتخاذ إجراء آخر.

فالاحتجاز هو إجراء قد تتخذه PayPal في ظروف معينة إما على مستوى المعاملة أو على مستوى الحساب، وعندما تفرض PayPal احتجازاً مؤقتاً على المدفوعات، لن تكون المبالغ المالية متاحة سواء للمرسل أو للمستلم، ويأخذ PayPal في حسابه العديد من العوامل قبل فرض احتجاز على المدفوعات (كملكية الحساب ونشاط المعاملة ونوع النشاط التجاري والمنازعات السابقة للعملاء ورضا العملاء بوجه عام..). فتكون الأموال المحتجزة كضمانة لأداء التزامات المستخدم بموجب اتفاقية المستخدم هذه، وأنه سيتوجب عليه منح PayPal حق حجز الرصيد الموجود في حسابه على PayPal على سبيل

الرهن وليكون بمنزلة حق ضمان لـ PayPal في ذلك الرصيد ليكون بحوزة PayPal. وهنا يكيف العقد وفقا لهذا الشرط على أنه عقد ضمان وفقا لما نص عليه المشرع الإماراتي في حال احتجاز الأموال كضمان لتحقيق المستخدم إلتزاماته.

ونصت سياسة المنصة صراحة أنها تعمل كموفر خدمات دفع فقط وأنها:

- لا تعمل بوصفها بنكاً أو توفر الخدمات البنكية.
- لا تعمل كوكيل ضمان فيما يتعلق بأي مبالغ مالية محتجزة في الحسابات.
- لا تعمل كوكيل أو وصي لدى المستخدم.
- لا تدخل في شراكة أو مشروع مشترك أو وكالة علاقة توظيف مع المستخدم.
- لا تتولى أي رقابة أو مسؤولية عن المنتجات أو الخدمات التي يتم الدفع مقابلها باستخدام خدمات PayPal.
- لا تضمن هوية أي مشتر أو بائع.
- لا تضمن أن يقوم المشتري أو البائع بإتمام المعاملة.
- لا تحصيل أو تدفع أي ضرائب قد تنشأ عن استخدام خدماتها، ما لم يتم النص على خلاف ذلك صراحة في اتفاقية المستخدم.

ومن سياسة المنصة هنا يثبت أن المنصة لا تعمل أبدا كوكيل ولا تتولى خدمات أو ضرائب قد تنشأ على استخدامها، وبالتالي فالمنصة لا يمكن أن تتعامل مع المشتري بعقد وكالة.

ومما سبق فإن تعامل المشتري مع المنصة في عملية توسطها قد تأخذ عدة احتمالات وتكييفات، فقد يكون العمل بينهما كقرض وأن تحتجز أمواله وتستثمر فيها، وهذا التكييف يجعل من التعامل محرما شرعا في الفقه الإسلامي، أما في القوانين الوضعية فالمعاملة لم تحطها بشروط تمنع هذا التصرف.

كما قد يأخذ العقد مجرى آخر فيكون عقد وديعة إذا كان احتجاز الأموال لا يتم فيه استثمار وإنما

فقط لإجراءات تنفيذية أو تفاديا لمخاطر محتملة.

كما قد تقدم المنصة خدمة تحويل الأموال مباشرة بين البائع والمشتري دون أن يكون عند المشتري رصيد وهو ما يعتبر عقد حوالة في الفقه الإسلامي أو ما يعتبره القانون الوضعي بيع خدمة.

إن التعامل مع منصة باي بال يجب أن يكون فيه اجتهادات فقهية خاصة حتى تنضبط المعاملات ولا تكون بصورة تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، خصوصا إذا انطوت هذه المعاملة على عقد محرم شرعا كالقرض الذي يجر منفعة لما فيه من غرر وغبن فاحش، فعلى المجامع الفقهية والهيئات الشرعية أن تضبط هذه التعاملات بشروط خاصة وتبين حكم التعامل معها وبما كونها من مستجدات العصر ويعتمد إليها أغلب الأفراد في تعاملاتهم.

أما في القوانين الوضعية فلا يوجد ما يمنع تعامل هذه المنصات كوسطاء إلا بما يضبطها بالنظام العام وما لا يخالف النصوص القانونية، ويحافظ على العدالة الاجتماعية.

خلاصة الفصل:

إن التطبيقات الحديثة للعمليات التي تنطوي تحت عقد الوساطة التجارية سواء في عمليات بيع الحقوق المعنوية أو عمليات الحجز الفندقي أو عمليات الدفع الإلكتروني، والتي تتم عبر المنصات الإلكترونية، وخلقت تحديات شرعية وقانونية في تكييف هذه العقود، يمكن تكييفها على عدة عقود وفقا لعدة أسباب قد تؤثر في تكييف العقد بداية من طريقة عمل المنصة إلى الشروط التي يتفق عليها الطرفان إلى الأعمال التي يقوم بها الوسيط التجاري، إلى الوسيلة التي تتم بها هذه العملية... وغيرها.

ففي الفقه الإسلامي وبالرغم من حداثة هذه المعاملات إلا أنه يمكن تكييفها على عدة عقود مشابهة لها، وفقا لطبيعة عمل المنصة الإلكترونية ولكيفية تعامل الطرف الآخر معها سواء كان مؤلفا، عميلا أو مشتري، وتأخذ أحكامها مع مراعاة الضوابط الشرعية التي تتوخاها العقود في الفقه الإسلامي، وكذلك انتهج القانون الوضعي فممارسات الوساطة التجارية عبر الوسائل التقنية الحديثة وضعت تحديات قانونية أمامها حتى تنظمها في أطر تشريعية تحكمها، فهي تخرج أحيانا عن كونها عقودا تطبق عليها القواعد العامة للعقود نظرا لطبيعتها المستجدة.

الخاتمة

إن الوساطة التجارية تعتبر امتداداً لأعمال الوسيط بكل مفاهيمها الفقهية والقانونية والاقتصادية، ومع التطورات والاحتياجات التجارية في التعاملات المالية، اتسع مجالها حتى تشمل القطاع التجاري في كل مجالاته، ففي الفقه الإسلامي اندرجت تحت العقود المشابهة لها من سمسة وإجارة ووكالة وجعالة وابات لدور الوسيط فيها حكم في أن تكيف على إحدى هذه العقود حتى لا تكون في منأى عن أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، بل وتكون مضبوطة بضوابط المعاملات الشرعية، وهو ما سعت إليه الشريعة الإسلامية في ظل التطورات الحديثة التي مست الوساطة التجارية وابات تتم بوسائل وتقنيات حديثة وفي بيئات رقمية، مما استدعى أن يتم التعامل معها من منظور شرعي ووفق أحكام فقهية، مواءمة مع التحديات الفقهية التي فرضتها المستجدات.

وكان للقوانين الوضعية الرأي الآخر في تنظيم هذا العقد تنظيمياً يضعها ضمن أطر قانونية تحكمها، خصوصاً في الدول العربية التي وجب أن تتعامل معها بالموازنة مع الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية، رغم التحديات التي تفرضها السوق العالمية من تعامل مع هذه العقود من منظور تجاري واقتصادي بحت.

النتائج:

خلال دراستنا لموضوع الوساطة التجارية في المعاملات المالية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية، توصلنا إلى جملة من النتائج، وهي كالتالي:

- أن الوساطة التجارية في الفقه الإسلامي هي عقد يتكون من عدة عقود ويكيف كل عقد تبعاً لأعمال الوسيط فيه وتبعاً لعلاقة الموسط بموسطه، وأجرته المستحقة، فقد تنطوي تحت الإجارة تارة بشروط عقد الإجارة في الفقه الإسلامي ودور ربطه بغرض أو نتيجة لتحقيقها، في حين قد تحكمها أحكام الجعالة إذا كان أجره معلقاً على النتيجة التي سيحققها، كما قد تندرج ضمن أحكام الوكالة إذا ما كانت أعمال الوسيط تدور نيابة عن موكله.
- الوساطة التجارية هي من العقود المشروعة في الفقه الإسلامي كونها تكيف على عدة عقود مشروعة مشابهة لها أو تندرج تحتها.
- الوساطة التجارية في القوانين الوضعية لا تختلف عن كونها الوساطة التجارية في الفقه الإسلامي، فهي في أغلب التشريعات لا تملك أحكاماً تنظيمية وتشريعات خاصة، لتنظيمها، فالمرشع الجزائري والفرنسي والأمريكي أخضعوها إلى القواعد العامة للعقود، ولم يخصوها بنصوص لتنظيمها، في حين كان للمرشع الإماراتي رأي آخر بأن خصها بقوانين

تحكمها في صورتها الأكثر شمولاً وهي السمسرة فأخضعها في أحكامها لعقد السمسرة، مع مراعات الأحكام العامة في تطبيقها وتنظيمها.

- في القانون الوضعي يتم تكييف عقد الوساطة التجارية على أنها من قبيل عقود المقاوله أو الوكالة أو بيع الخدمة، في حين أن أغلب التشريعات تجعلها عقداً غير مسمى تحكمه القواعد العامة للعقود.
- تجري الوساطة التجارية في المعاملات المالية على اختلافها فهي لم تنحصر في التعاملات المالية التقليدية فحسب على كونها توسط شخص طبيعي وإنما تعدت إلى الأشخاص المعنويين شركات ومؤسسات بل باتت وسائل التقنية الحديثة ووسائل الذكاء الاصطناعي تلعب الدور الهام في عمليات الوساطة التجارية في صورتها الرقمية، فصارت الوساطة التجارية تجري في المعاملات المالية المعاصرة من حقوق معنوية وتعاملات مصرفية وأوراق مالية وتجارية، كما باتت تدخل في المعاملات المالية الإلكترونية من تجارة إلكترونية وصيرفة إلكترونية.
- إن انعقاد عقد الوساطة التجارية في الفقه الإسلامي كسائر العقود يخضع في انعقاده إلى شروط تقوم على أركانه المتمثلة في الصيغة والعاقدان والمعقود عليه من ثمن ومثمن، ولكل أحكامه الخاصة التي تضبطه وفقاً للمذاهب الفقهية الأربعة.
- تضع القوانين الوضعية لانعقاد عقد الوساطة التجارية شروطاً وأركاناً يقوم عليها العقد، تتمثل في الرضا، المحل والسبب ولكل أحكامه القانوني التي تنظمه ففي القوانين الجزائية والإماراتية تخضع في أغلب الأحكام إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، في حين أن المشرع الفرنسي والأمريكي يخضعها إلى مبادئ المصالح العامة والعدالة.
- إن التطبيقات المعاصرة لعقد الوساطة التجارية وبوسائله الحديثة خصوصاً عبر المنصات الإلكترونية التي تتوسط في أغل العمليات التجارية التي يقوم بها الوسيط البشري ولكن بصورة إلكترونية وفي بيئة رقمية تكاد تلغي وجود الوسطاء التقليديين ليحل محلهم وسطاء رقميون، فباتت المنصات تتوسط في عمليات البيع والشراء والتأجير والحجز والدفع وغيرها من العمليات التي يقوم بها الوسيط التجاري.
- إن بيع الحقوق المعنوية عبر المنصات الإلكترونية يعتبر من التعاملات الحديثة، كون محل العقد هنا في ذاته يعتبر من المعاملات المالية المعاصرة، فما بالك بالطريقة التي يتم بها بيعها،

وفي تأصيل هذه المسألة فقهيًا وجدنا أنها تنطوي إما سمسرة أو إجارة خدمة، أو وكالة بأجر أو جعالة، ويتم تحديد التكليف الأرجح بناءً على شروط عمل المنصة وعلى ما يتم الاتفاق عليه بين الأطراف المتعاقدة. في حين كيفانها في القانون الوضعي إلى عقد وكالة أو مقاوله أو وساطة، أو عقد بيع خدمة وفي كل القوانين التشريعية محل الدراسة يكون الاتفاق على العمل في العقد وشروط عمل المنصة هو ما يكيّف عملية التوسط في النهاية.

● في عملية توسط المنصات الإلكترونية في عملية الحجز والتي خصصناها بالحجز الفندقي وفي علاقة المنصة بالفندق، أصلناها شرعياً على أن المعاملة تندرج ضمن عقود الوكالة بأجر، أو عقود الجعالة، أو عقود السمسرة، وتحكمها في ذلك طريقة عمل المنصة والفندق في مدى مشروعية التعامل في حال كانت الفنادق أو الخدمات المقدمة محظورة شرعاً وهو ما يحكم هذه المعاملة في الفقه الإسلامي، أما في القانون الوضعي فتم تكييفها على أنه من قبيل عقود الوكالة، الوساطة، بيع الخدمة، المقاوله، وكل ذلك يخضع للنصوص القانونية والقوانين العامة التي تقوم عليها أعمال المنصة وعلاقتها بالعملاء والفنادق، وتكيف على إحدى هذه العقود بناءً على ذلك.

● إن توسط المنصات الإلكترونية في عملية الدفع وفي علاقة المنصة بالمشتري وبعد تأصيله شرعاً اتضح أنه لا يخرج عن كونه عقد وكالة بأجر أو عقد حوالة أو عقد قرض، ويحكمها في كل حالة ما يحكم أحكام هذه العقود في الفقه الإسلامي، أما في القوانين الوضعية الجزائرية والفرنسية والأمريكية فقد تم تكييف هذه العقود على أنها إما بيع خدمة أو عقود وديعة أو قروض، في حين أضاف المشرع الإماراتي كونها عقد ضمان في بعض الحالات، وكل القوانين أخضعها للقوانين العامة التي تقوم عليها أعمال المنصات الإلكترونية.

التوصيات:

● تعزيز البحث في الدراسات في الفقه الإسلامي حول موضوع الوساطة التجارية، خصوصاً الوساطة التجارية الإلكترونية في ظل انتشارها لضمان توافقها مع أحكام الشريعة الإسلامية، لما يشوبها من تحديات ومستجدات تجعلها في حاجة دائمة إلى الاجتهادات والتحقق من مدى التزامها بالضوابط الشرعية.

● وضع أطر قانونية تحكم هذه التعاملات خصوصاً أن أغلب التشريعات تخضعها للقواعد العامة، وهو ما لا يتلاءم أحياناً مع ما تحمله هذه المعاملة من حيثيات ومستجدات قانونية

خصوصا في صورتها الحديثة، حماية للتعاملات المالية للأفراد وحفاظا على الأمن التعاقدى والعدالة.

- الاستفادة من التجربة الإماراتية في التشريع القانوني الذي يقوم في أغلب مبادئه ونصوصه على أحكام الشريعة الإسلامية، فهو يزوج بين الأحكام الشرعية الفقهية والأحكام القانونية الوضعية في تنظيم مثل هذه المعاملات خصوصا في صورتها الحديثة.
- الحرص على تشجيع الدراسات المقارنة في هذا المجال، خصوصا في مواضيع العصر لزيادة الوعي بين المتعاملين بهذه الوسائط والتقنيات، والوصول إلى حلول تلبي احتياجات المجتمعات وتقوم على مبادئ الشريعة الإسلامية كما لا تخل بالأنظمة القانونية.

الفهارس

فهرس الآيات:

الرقم	الآية	الصفحة
البقرة		
01	﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ (البقرة: 282)	17
02	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكُتُبُوهُ﴾ (سورة البقرة: 282)	43
03	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكُتُبُوهُ وَلْيَكُتَبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكُتَبْ وَلِيُمْلِلِ الَّذِينَ عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِيَ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾ (البقرة: 282)	-123 124
04	﴿وَلَا تَسْمُؤُوا أَنْ تَكُتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكُتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ (البقرة: 282).	124
05	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (البقرة: 275).	234
آل عمران		
06	﴿قَالَ ءَايَتُكَ إِلَّا نُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْرًا﴾ (آل عمران: 41)	157

292	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ﴾ ﴿(آل عمران: 130)﴾	07
النِّسَاء		
-17 -18 -48 -156 169	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (النساء: 29)،	08
171	﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ (النساء: 6)	09
المَائِدَة		
47	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: 01)	10
47	﴿وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمِيثَاقَهُ الّذِي وَاثَقَكُمْ بِهِ إِذْ قُلْتُمْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِذَاتِ الصُّدُورِ﴾ (المائدة 07)	11
48	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ (المائدة: 87)	12
-82 270	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ (المائدة: 02)	13
12	﴿إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ (المائدة: 89)	14

الأنعام		
272	﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ (الأنعام: 164)	15
يُوسُفُ		
-178 237	﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ (يوسف: 72)	16
الكهف		
45	﴿ فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَ فَأَقَامَهُ، قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ۝٧٧ ﴾ (سورة الكهف: 77).	17
النور		
17	﴿ رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ ﴾ (النور: 37)	18
القصص		
45	﴿ فَجَاءَتْهُ إِحْدَاهُمَا تَمْشِي عَلَى اسْتِحْيَاءٍ قَالَتْ إِنَّكِ أَبِى يَدْعُوكَ لِتَجْزِيكِ أَجْرًا مَا سَقَيْتَ لَنَا ﴾ (سورة القصص: 25)	19
45	﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَأْتِيكِ إِسْتِجْرَةٌ خَيْرٌ مِنْ إِسْتِجْرَةِ الْقَوِيِّ الْأَمِينِ ۝٢٦ ﴾ (سورة القصص: 26)	20
235	﴿ قَالَ إِنِّى أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ وَنَكُونَ مِنْ خَلْقِكَ وَإِنِّى أَخَافُ أَنَّ تُكَلِّمُنَا بِأَفْهَامٍ غَيْرِ مَعْنَى ۝٢٧ ﴾ (القصص: 27)	21
فاطر		
	﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَتْلُونَ كِتَابَ اللَّهِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَنفَقُوا مِمَّا	22

17	رَزَقْنَاهُمْ سِرًّا وَعَلَانِيَةً يَرْجُونَ تَجَرَّةً لَّنْ تَبُورَ ﴿٢٩﴾ (فاطر: 29).	
الصف		
17	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى تَجَرَّةٍ تَنْجِيكُمْ مِنْ عَذَابِ الْإِلِيمِ ﴿١٠﴾ تُوْمِنُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ ذَلِكَ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١١﴾﴾ (الصف: 10-11)	23
الطلاق		
235	﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوِهْنَ أَجُورَهُنَّ ﴿٥٦﴾﴾ (الطلاق: 06)	24
العاديات		
13	﴿فَوَسَّطْنَاهُ جَمْعًا ﴿٥﴾﴾ (العاديات: 5)	25

فهرس الأحاديث:

الرقم	الحديث	الصفحة
01	{ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَلَّى بِأَصْحَابِهِ، ثُمَّ جَاءَ رَجُلٌ، فَقَالَ نَبِيُّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " مَنْ يَتَجَرَّ عَلَى هَذَا - أَوْ يَتَصَدَّقُ عَلَى هَذَا - فَيُصَلِّيَ مَعَهُ " قَالَ: فَصَلَّى مَعَهُ رَجُلٌ }	16
02	{ الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ }	37
03	{ لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، لَا تُشَفُّوا بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، لَا تُشَفُّوا بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا غَائِبًا بِنَاجِزٍ }	40
04	{ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ، وَالذَّهَبِ بِالذَّهَبِ، إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ. وَأَمَرَنَا أَنْ نَشْتَرِيَ الْفِضَّةَ بِالذَّهَبِ كَيْفَ شِئْنَا. وَنَشْتَرِيَ الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْنَا. قَالَ: فَسَأَلَهُ رَجُلٌ فَقَالَ: يَدًا بِيَدٍ؟ فَقَالَ: هَكَذَا سَمِعْتُ }	40
05	{ مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزَنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ }	43
06	{ قَالَ اللَّهُ: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ }	45- 182
07	{ وَاسْتَأْجَرَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّيْلِ، ثُمَّ مِنْ بَنِي عَبْدِ بْنِ عَدِيٍّ، هَادِيًا خَرِيَّتًا (الْخَرِيْتُ: الْمَاهِرُ بِالْهَدَايَةِ) قَدْ غَمَسَ يَمِينَ حِلْفٍ فِي آلِ الْعَاصِ بْنِ وَائِلٍ، وَهُوَ عَلَى دِينِ كُفَّارٍ قُرَيْشٍ، فَأَمَنَاهُ فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاِحِلَتَيْهِمَا، وَوَعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، فَأَتَاهُمَا بِرَاِحِلَتَيْهِمَا صَبِيحَةَ لَيَالٍ ثَلَاثٍ، فَارْتَحَلَا، وَانْطَلَقَ مَعَهُمَا عَامِرُ بْنُ فُهَيْرَةَ، وَالِدُّ لَيْلَى، فَأَخَذَ بِهِمْ أَسْفَلَ مَكَّةَ، وَهُوَ طَرِيقُ السَّاحِلِ }	45- 46
08	{ كُنَّا نَبْتَاعُ الْأَوْسَاقَ بِالْمَدِينَةِ، وَكُنَّا نُسَمِّي السَّمَّاسَةَ، قَالَ: فَأَتَانَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَسَمَّانَا بِاسْمٍ هُوَ أَحْسَنُ مِمَّا كُنَّا نُسَمِّي بِهِ أَنْفُسَنَا، فَقَالَ: يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ إِنَّ هَذَا الْبَيْعَ يَحْضُرُهُ اللَّغْوُ، وَالْحَلِيفُ،	48- 49

	فَشُوبُوهُ بِالصَّدَقَةِ {	
49	{ لَا تَلَقُّوا الرُّكْبَانَ، وَلَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ. (قَالَ: فَقُلْتُ لِابْنِ عَبَّاسٍ: مَا قَوْلُهُ): لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ قَالَ: لَا يَكُونُ لَهُ سِمْسَارًا {	09
50	{ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ {	10
82	{ مَنْ سُئِلَ عَنْ عِلْمٍ عَلِمَهُ ثُمَّ كَتَمَهُ أَجِمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِلِجَامٍ مِنْ نَارٍ {	11
169	{ إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ {	12
204	{ مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ {	
234	{ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، فَهُوَ حَلَالٌ، وَمَا حَرَّمَ، فَهُوَ حَرَامٌ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ، فَهُوَ عَافِيَةٌ، فَاقْبَلُوا مِنَ اللَّهِ عَافِيَتَهُ، فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يَكُنْ نَسِيًّا {	13
234	{ الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ {	
235	{ وَاسْتَأْجَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّيْلِ، هَادِيًا خَرِيَّتًا، وَهُوَ عَلَى دِينِ كُفَّارٍ قُرَيْشٍ، فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاِحِلَتَيْهِمَا، وَوَاعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، فَأَتَاهُمَا بِرَاِحِلَتَيْهِمَا صُبْحَ ثَلَاثٍ {	14
237	{ فَحِجْنًا لِنُؤْمَرِنَا عَلَى بَعْضِ هَذِهِ الصَّدَقَاتِ. فَنُؤَدِّي إِلَيْكَ كَمَا يُؤَدِّي النَّاسُ وَنُصِيبُ كَمَا يُصِيبُونَ {	15
-243 271	{...وَمَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا {	16
-290 292	{ مَطْلُ الْعَيِّ ظُلْمٌ {	17
290	{...وَمَنْ أُحِيلَ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَحْتَلْ {	
290	{...وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَحْتَلْ {	
292	{ لِيُ الْوَاحِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ {	18
292	{ إِذَا أَقْرَضَ أَحَدُكُمْ قَرْضًا، فَأَهْدَى لَهُ، أَوْ حَمَلَهُ عَلَى الدَّابَّةِ، فَلَا يَرْكَبُهَا وَلَا يَقْبَلُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَرَى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ {	19
292	{ كُلُّ قَرْضٍ جَرٍّ مَنْفَعَةٌ فَهُوَ وَجْهٌ مِنْ وَجُوهِ الرِّبَا {	20

فهرس الموضوعات:

الصفحة	العنوان
أ-ي	مقدمة
	الفصل الأول: ماهية الوساطة التجارية، نطاقها ومشروعيتها
12	المبحث الأول: مفهوم الوساطة التجارية ومشروعيتها
12	المطلب الأول: مفهوم الوساطة التجارية ونطاقها
12	الفرع الأول: مفهوم الوساطة التجارية
12	أولاً: تعريف الوساطة
16	ثانياً: تعريف التجارة
18	ثالثاً: مفهوم الوساطة التجارية كمركب
24	الفرع الثاني: نطاق الوساطة التجارية
30	أولاً: البيوع
44	ثانياً: الإجارة
47	المطلب الثاني: مشروعية الوساطة التجارية
47	الفرع الأول: من القرآن

48	الفرع الثاني: من السنة النبوية
50	الفرع الثالث: من المعقول
53	المبحث الثاني: التكيف الفقهي والقانوني للوساطة التجارية
53	المطلب الأول: التكيف الفقهي للوساطة التجارية
54	الفرع الأول: تكيف الوساطة التجارية المقدرة بالزمن
56	الفرع الثاني: تكيف الوساطة التجارية المقدرة بالعمل
60	المطلب الثاني: التكيف القانوني للوساطة التجارية
60	الفرع الأول: تكيف الوساطة التجارية على أنها عقد غير مسمى
63	الفرع الثاني: تكيف الوساطة التجارية على أنها عقد مقاوله
67	الفرع الثالث: تكيف الوساطة التجارية على أنها عقد وكالة
72	الفرع الرابع: تكيف الوساطة التجارية على أنها عقد بيع خدمة
الفصل الثاني: المعاملات المالية التي تجري فيها الوساطة التجارية	
79	المبحث الأول: المعاملات المالية المعاصرة

79	المطلب الأول: الحقوق المعنوية
82	الفرع الأول: حق المؤلف
90	الفرع الثاني: حق براءة الاختراع
93	الفرع الثالث: حق الاسم التجاري
107	المطلب الثاني: التعاملات المصرفية
107	الفرع الأول: نظام التأمين
113	الفرع الثاني: التعاملات المصرفية الإسلامية
121	الفرع الثالث: الأوراق المالية والتجارية
129	المبحث الثاني: المعاملات المالية الإلكترونية
129	المطلب الأول: التجارة الإلكترونية
138	المطلب الثاني: الصيرفة الإلكترونية
الفصل الثالث: أحكام عقد الوساطة التجارية في الفقه والقانون	
156	المبحث الأول: انعقاد عقد الوساطة التجارية فقها وقانونا

156	المطلب الأول: شروط انعقاد عقد الوساطة التجارية في الفقه الإسلامي
156	الفرع الأول: الصيغة
168	الفرع الثاني: العاقدان
169	أولاً: التراضي
170	ثانياً: الأهلية
178	الفرع الثالث: المعقود عليه
183	المطلب الثاني: شروط انعقاد عقد الوساطة التجارية في القانون الوضعي
190	أولاً: الرضا
195	ثانياً: المحل
198	ثالثاً: السبب
203	المبحث الثاني: انتهاء عقد الوساطة التجارية فقها وقانوناً
203	المطلب الأول: انتهاء عقد الوساطة التجارية في الفقه الإسلامي
208	المطلب الثاني: انتهاء عقد الوساطة التجارية في القانون الوضعي
209	الفرع الأول: الفسخ

218	الفرع الثاني: الاستحالة
	الفصل الرابع: التطبيقات الحديثة لعمليات التوسط عبر المنصات الإلكترونية
231	المبحث الأول: أحكام التوسط في عمليات بيع الحقوق المعنوية عبر المنصات الإلكترونية
231	المطلب الأول: التأصيل الشرعي لتوسط منصة إلكترونية في بيع الحق المعنوي
245	المطلب الثاني: التكييف القانوني لعملية توسط منصة إلكترونية في بيع الحق المعنوي
262	المطلب الثالث: تكييف توسط منصة PubMatch في بيع الحق المعنوي
266	المبحث الثاني: أحكام التوسط في عمليات الحجز والدفع عبر المنصات الإلكترونية
266	المطلب الأول: التأصيل الشرعي والقانوني للتوسط إلكترونياً في عملية الحجز
266	الفرع الأول: التأصيل الشرعي لتوسط منصة إلكترونية في عملية الحجز
273	الفرع الثاني: التكييف القانوني لتوسط منصة إلكترونية في عملية الحجز
284	الفرع الثالث: تكييف توسط منصة Booking في عملية الحجز
287	المطلب الثاني: التأصيل الشرعي والقانوني للتوسط إلكترونياً في عملية الدفع

288	الفرع الأول: التأصيل الشرعي للتوسط إلكترونيا في عملية الدفع
294	الفرع الثاني: التكيف القانوني لتوسط منصة إلكترونية في عملية الدفع
309	الفرع الثالث: تكيف توسط منصة PayPal في عملية الدفع
317	خاتمة
الفهارس	
322	فهرس الآيات
326	فهرس الأحاديث
328	فهرس الموضوعات
335	قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً: كتب السنة

1. ابن ماجة، سنن ابن ماجة، دار إحياء الكتب العربية، ج2، مصر، 1388هـ.
2. أحمد بن حنبل، مسند أحمد، مؤسسة الرسالة، ط1، ج17، بيروت، لبنان، 1421هـ-2001م،
3. البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط5، ج2، دمشق، سوريا، 1414هـ-1993م
4. البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، ط3، ج5، ج10، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م.
5. الترمذي، سنن الترمذي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط2، ج5، مصر، 1395هـ-1975م.
6. مسلم، صحيح مسلم، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، ج3، القاهرة، مصر، 1374هـ-1955م.

ثانياً: كتب التفسير وشروح الحديث

7. ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، ط3، ج2، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م
8. ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 1423هـ-2003م، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية.
9. ابن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار هجر، ط1، ج18، القاهرة، مصر، 1422هـ-2001م.
10. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري (شرح صحيح البخاري)، 1379هـ، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
11. ابن عاشور الطاهر، التحرير والتنوير، الدار التونسية، ج6، تونس، 1984م
12. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1420هـ-2000م.
13. أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1415هـ-1994م.

14. الصنعاني، التنوير شرح الجامع الصغير، 1432هـ، 2011م، مكتبة دار السلام، الرياض، السعودية.

15. القرطبي شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، ط2، ج6، ج9، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ - 1964م،

16. النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، ط2، ج11، بيروت، لبنان، 1392هـ.

ثالثاً: المعاجم والموسوعات

17. ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية، دط، ج1، بيروت، لبنان، 1399هـ-1979م.

18. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط3، ج7، بيروت، لبنان، 1414هـ.

19. أبو نصر الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، ط4، ج3، بيروت، لبنان، 1407هـ-1987م.

20. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة (و س ط)، عالم الكتب، ط1، م1، القاهرة، مصر، 1429هـ-2008م.

21. الأزهرى، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، ط1، ج11، بيروت، لبنان، 2001م.

22. الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، دار ومكتبة الهلال، ج6، القاهرة، مصر، دت.

23. عبد الغني أبو العزم، معجم الغني، مؤسسة الغني، ط1، ج4، الرباط، المغرب، 1434هـ-2013م.

24. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط8، بيروت، لبنان، 1426هـ-2005م، ص692.

25. الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، ج2، بيروت، لبنان، دت.

26. محمد رواس قلججي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء (حرف الميم)، دار النفائس، ط2، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م.

27. مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس (مادة تجر)، وزارة الارشاد والأبناء، دط، ج10، الكويت، 1972م، ص279، 280.

28. نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، ط1، دمشق، سوريا، 1429هـ-2008م.

رابعاً: النصوص القانونية

- الأوامر:

29. الأمر رقم 131-2016 المؤرخ في 10 فبراير 2016 يعدل جميع أحكام القانون المدني المتعلقة بالقانون العام للالتزامات (المواد من 1101 إلى 1381) باستثناء تلك المتعلقة بالمسؤولية المدنية.
30. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الكتاب الثاني، الباب السابع العقود المتعلقة بالملكية، الفصل الأول، ج.ر، ع78.
31. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م الصادر بتاريخ 16 ذو الحجة 1395هـ الموافق لـ 19 ديسمبر 1975م المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-09 المؤرخ في 4 شوال 1443هـ الموافق لـ 5 ماي 2022م المتضمن القانون التجاري، ج.ر، ع101، الجمهورية الجزائرية.
32. الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424هـ الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003م المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع445.
33. الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424هـ الموافق لـ 19 جويلية 2003م المتعلق ببراءات الاختراع، ج.ر، ع44، الجمهورية الجزائرية.
34. الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424هـ الموافق لـ 26 أوت 2003م المعدل والمتمم بالأمر 10-04 المؤرخ في 16 رمضان 1431هـ الموافق لـ 26 أوت 2010م المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، ع52، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- القوانين:

35. قانون اتحادي رقم (14) لسنة 2023م الصادر بتاريخ 18 صفر 1445هـ الموافق لـ 04 سبتمبر 2023م بشأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة، ج.ر، ع759، الإمارات العربية المتحدة.
36. قانون اتحادي رقم (17) لسنة 2002م الصادر بتاريخ 7 شوال 1442هـ الموافق لـ 19 ماي 2021م في شأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية، ج.ر، ع703، الامارات العربية المتحدة.

37. قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية الصادر بتاريخ 03 ربيع الأول 1406 هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1985م، ع158، الدولة الإمارات العربية المتحدة.
38. قانون اتحادي رقم (5) بإصدار قانون المعاملات المدنية الصادر بتاريخ 3 ربيع الثاني 1406 هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1985م، ج.ر، ع158، الإمارات العربية المتحدة.
39. قانون اتحادي رقم 1 لسنة 1987م بتعديل القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م، بإصدار قانون المعاملات المدنية المؤرخ في 14 فيفري 1987م، ج.ر، ع172، الإمارات العربية المتحدة.
40. القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق لـ 13 ماي 2007م يعدل ويتمم القانون رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع31، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
41. القانون رقم 09-04 المؤرخ في 14 شعبان 1430 هـ الموافق لـ 5 ماي سنة 2009م المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر، ع47، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
42. القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 هـ الموافق لـ 10 ماي 2018م المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، ع28، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
43. القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 هـ الموافق لـ 10 ماي 2018م المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، ع28، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- المراسيم:

44. المرسوم الاتحادي رقم (46) الصادر بتاريخ 13 صفر 1443 هـ الموافق لـ 20 سبتمبر 2021م بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة، ج.ر، ع712 (ملحق 1)، الامارات العربية المتحدة.
45. المرسوم الاتحادي رقم (50) لسنة 2022م الصادر في 7 ربيع الأول 1444 هـ الموافق لـ 03 أكتوبر 2022م بإصدار قانون المعاملات التجارية، ج.ر، ع737 (ملحق 1)، الامارات العربية المتحدة.
46. المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 3 ذي القعدة 1413 هـ الموافق لـ 25 أبريل 1993م المعدل والمتمم للأمر 75-59 المضمن القانون التجاري. ج.ر، ع27، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
47. المرسوم التنفيذي رقم 10-186 المؤرخ في 2 شعبان 1431 هـ الموافق لـ 14 جويلية سنة 2010م يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 2000-48 المؤرخ في 25 ذي القعدة 1420 هـ

- الموافق ل 1 مارس 2000م الذي يحدد شروط وكيفيات إنشاء وكالات السياحة والأسفار واستغلالها، ج.ر، ع44، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
48. مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية الصادر بتاريخ 13 محرم 1440هـ الموافق ل 23 سبتمبر 2018م، ج.ر، ع637، الإمارات العربية المتحدة.
49. مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) لسنة 2023م الصادر بتاريخ 18 صفر 1445هـ الموافق ل 04 سبتمبر 2023م بشأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة، ج.ر، ع 759، الإمارات العربية المتحدة.
50. مرسوم بقانون اتحادي رقم (32) لسنة 2021م الصادر بتاريخ 13 صفر 1443هـ الموافق ل 20 سبتمبر 2021م بشأن الشركات التجارية، ج.ر، ع712، الإمارات العربية المتحدة.
51. مرسوم بقانون اتحادي رقم (38) لسنة 2021م الصادر بتاريخ 13 صفر 1443هـ الموافق ل 20 سبتمبر 2021م بشأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع 712 (ملحق)، الإمارات العربية المتحدة.
52. مرسوم بقانون اتحادي رقم (48) لسنة 2023 المؤرخ في 17 ربيع الأول 1445هـ الموافق ل 2 أكتوبر 2023م في شأن تنظيم أعمال التأمين، ج.ر، ع 762، الإمارات العربية المتحدة.
53. مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) بإصدار قانون المعاملات التجارية الصادر بتاريخ 7 ربيع الأول 1444هـ الموافق ل 3 أكتوبر 2022م، ج.ر، ع 737 (ملحق 1)، الإمارات العربية المتحدة.
- الأنظمة:
54. نظام رقم 20-02 المؤرخ في 20 رجب 1441هـ الموافق ل 15 مارس 2020م المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج.ر، ع16، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
55. نظام رقم 91-07 المرخ في 4 صفر 1412هـ الموافق ل 14 أوت 1991م يتعلق بقواعد الصرف وشروطه، ج.ر، ع24، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

خامسا: كتب الفقه

- المذهب المالكي:

56. ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبية على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن حزم، ط1، بيروت، لبنان، 1434هـ- 2013م.
57. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، ج4، القاهرة، مصر، 1425هـ- 2004م.
58. ابن رشد القرطبي (ابن رشد الحفيد)، بغية المقتصد شرح بداية المجتهد، دار ابن حزم، ط1، مج13، بيروت، لبنان، 1440هـ- 2019م.
59. ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، دار الغرب الإسلامي، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1408هـ- 1988م.
60. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1423هـ- 2003م.
61. ابن عرفة، المختصر الفقهي، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، ط1، ج5، الإمارات العربية المتحدة، 1435هـ- 2014م.
62. أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير (حاشية الصاوي)، دار الكتب العلمية، ط1، ج3، بيروت، لبنان، 1315هـ- 1995م.
63. الدسوقي، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي، دار الفكر، د.ط، ج4، مصر، د.ت.
64. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، ج4، نواكشوط، موريتانيا، 1312هـ- 1992م.
65. الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، إدارة إحياء التراث الإسلامي، ط1، ج4، قطر، 1403هـ.
66. شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي المعروف بـ زروق، شرح زروق على متن الرسالة، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1427هـ- 2006م.

67. عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناي، دار الكتب العلمية، ط1، ج7، بيروت، لبنان، 1422هـ-2002م.
68. القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن حزم، ط1، ج2، 1420هـ-1999م.
69. المازري، شرح التلقين، دار الغرب الإسلامي، ط1، ج2، تونس، 2008م.
70. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، ط1، ج3، بيروت، لبنان، 1415هـ-1994م.
71. محمد بن حمود الوائلي، بغي المقتصد شرح بداية المجتهد، دار ابن حزم، ط1، ج13، بيروت، لبنان، 1440هـ-2019م.
72. محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، ط6، ج2، بيروت، لبنان، 1402هـ-1982م.
73. محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، ط2، ج7، بيروت، لبنان، 1317هـ.

المذهب الحنفي:

74. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط2، ج1، ج2، ج4، ج6، مصر، 1386هـ-1966م.
75. أبو بكر الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، دار البشائر الإسلامية، ط1، ج3، بيروت، لبنان، 1431هـ-2010م.
76. الباري، العناية شرح الهداية، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط1، ج6، مصر، 1389هـ-1970م.
77. بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، ط1، ج10، بيروت، لبنان، 1420هـ-2000م.
78. بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، ط2، مج8، بيروت، لبنان، 2012م.

79. حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي، النهاية في شرح الهداية، دار الكتب العلمية، ج6، بيروت، لبنان، 2023م.

80. زيد الدين ابن نجيم، البحر الرائق (حرف الميم)، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج5، القاهرة، مصر، دت.

81. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، د.ط، بيروت، لبنان، 1414هـ-1993م.

82. السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، د.ط، ج12، مصر، د.ت.

83. عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، ج5، القاهرة، مصر، 1314هـ.

84. علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، ط2، ج2، بيروت، لبنان، 1414هـ-1993م.

85. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ج2، بيروت، لبنان، 1407هـ-1986م.

86. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، ط1، ج5، مصر، 1328هـ.

87. الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر، ط2، ج6، بيروت، لبنان، د.ت.

88. الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط1، ج7، مصر، 1389هـ-1970م.

89. محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري المرغيناني، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، دار احياء التراث العربي، ط1، ج8، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م.

90. المرغيناني، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مطبعة الفتوح، ط1، مصر، 1355هـ-1936م.

المذهب الحنبلي:

91. ابن النجار الفتوحي، معونة أولي النهى شرح المنتهى (شرح منتهى الإرادات)، مكتبة الأسد، ط5، ج5، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1429هـ-2008م.

92. ابن النجار الفتوحى، منتهى الارادات، مؤسسة الرسالة، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1419هـ-1999م.
93. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1414هـ-1994م.
94. ابن قدامة، المغني على الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، ج6، بيروت، لبنان، 1403هـ-1983م.
95. ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، ط3، ج6، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417هـ-1997م.
96. ابن قدامة، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة السوادى، ط2، جدة، المملكة العربية السعودية، 1421هـ-2000م.
97. برهان الدين ابن مفلح الحفيد، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، ط1، ج5، بيروت، لبنان، 1418هـ-1997م.
98. البهوتي، كتاب كشف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، ج2، بيروت، لبنان، 1388هـ-1968م.
99. البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، وزارة العدل، ط1، ج7، المملكة العربية السعودية، 1429هـ-2008م.
100. البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، وزارة العدل، ط1، ج8، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1427هـ-2006م.
101. الحجاوي أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، ج2، بيروت، لبنان، د.ت.
102. الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، ج3، بيروت، لبنان، 1415هـ-1994م.
103. شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير (على المقنع والانصاف)، دار هجر، ط1، ج16، القاهرة، مصر، 1415هـ-1995م.

104. شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخراقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة العبيكان، ط1، مج4، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1413هـ-1993م.

105. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار هجر، ط1، ج11، ج16، القاهرة، مصر، 1415هـ-1995م.

المذهب الشافعي:

106. أبو المعالي الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، ط1، ج8، ج13، جدة، المملكة العربية السعودية، 1428هـ-2007م.

107. البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)، دار الفكر، ج3، عمان، الأردن، 1415هـ-1995م.

108. البكري الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار احياء الكتب العربية، ط1، ج3، مصر، 1418هـ-1997م.

109. تقي الدين السبكي، تكملة المجموع شرح المذهب، مطبعة التضامن الأخوي، ج10، القاهرة، مصر، 1348هـ، ص166.

110. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، ج3، بيروت، لبنان، 1415هـ-1994م.

111. الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر، ط1، ج3، عمان، الأردن، 1318هـ-1997م.

112. الزركشي، شرح الزركشي، دار العبيكان، ط1، ج3، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1413هـ-1993م.

113. زيد الدين عبد العزيز بن زيد الدين المليباري، فتح المعين لشرح قرّة العين بمهمات الدين، دار الكتب العلمية، ط1، ج3، بيروت، لبنان، 1415هـ-1995م.

114. الشافعي، الأم، دار الفكر، ط2، ج5، بيروت، لبنان، 1410هـ-1990م.

115. شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، ج5، ج4، بيروت، لبنان، 1404هـ-1984م.
116. الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، بيروت، لبنان، 1416هـ-1995م.
117. الشيرازي، تكملة المجموع شرح المذهب، دار الكتب العلمية، ط1، ج13، بيروت، لبنان، 2011م.
118. الماوردي، الحاوي الكبير في شرح فقه مذهب الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، ط1، ج5، ج6، بيروت، لبنان، 1419هـ-1999م.
119. النووي، المجموع شرح المذاهب، إدارة الطباعة المنيرية، ج9، القاهرة، مصر، 1344هـ.
120. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ط3، ج4، دمشق، سوريا، 1412هـ-1991م.

سادسا: كتب عامة

121. إبراهيم علوان، عقد السمسرة وآثاره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، ط1، الإسكندرية، مصر، 2009م.
122. أحمد هندي، المحاماة وفن المرافعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2009م.
123. برهان الدين ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، ج1، القاهرة، مصر، 1406هـ-1986م.
124. بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة (التشريع وزراعة الأعضاء، المراجعة، الحساب الفلكي، حق التأليف، البوصلة)، مؤسسة الرسالة، ط1، م2، بيروت، لبنان، 1416هـ-1996م.
125. بلال عماد أبو السعيد، المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، دار أسامة، ط1، عمان، الأردن، 2011م.
126. التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة (كتاب البيوع والمعاملات)، دار الوعي، ط2، ج5، الرويبة، الجزائر، 1431هـ-2010م.

127. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع - الإيجار - المقاوله) دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، دار العاتك لصناعة الكتب، ط2، القاهرة، مصر، د.ت
128. حسام الدين الأحمد، السمسرة والوساطة التجارية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2012م.
129. حسام الدين عفانة، يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة، دار الطيب، ط1، القدس، فلسطين، 1430هـ-2009م.
130. حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة (دراسة قانونية لعقد تقديم الاستشارات الفنية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998م.
131. حسني المصري، العقود التجارية، مكتبة الصفار، ط1، الكويت، 1990م.
132. حسين بن معلوي الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، دار طيبة، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1425هـ-2004م.
133. ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مكتبة الملف فهد الوطنية، ط2، ج12، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1432هـ.
134. رائد أحمد خليل القره غولي، عقد الوساطة التجارية (دراسة مقارنة)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014م.
135. رضا صاحب أبو حمد، إدارة المصارف مدخل تحليلي كمي معاصر، دار الفكر، ط1، عمان، الأردن، 1423هـ-2002م.
136. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، دار المكتبي، ط1، دمشق، سوريا، 1420هـ-1999م.
137. سعد بن تركي بن مُجَّد الخثلان، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، ط1، المملكة العربية السعودية، 1425هـ-2004م.
138. سليمان مرقس، القانون المدني في الالتزامات، المطبعة العالمية، د.ط، القاهرة، مصر، 1964م.
139. الشاطبي، الموافقات (حرف الميم)، دار ابن عفان، ط1، ج2، المملكة العربية السعودية، 1417هـ-1997م.

140. الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج3، 2002م.
141. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، ط2، ج2، بيروت، لبنان، 1424هـ - 2003م.
142. عبد الرحمان الجزيري، مختصر الفقه على المذاهب الأربعة، دار القلم، م2، بيروت، لبنان، 2020م.
143. عبد الرحمان بن صالح الأرطم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، دار اشبيليا، ط1، الرياض، السعودية، 1416هـ، 1995م.
144. عبد الرحمان بن عبد الله السند، الأحكام الفقهية للمعاملات الإلكترونية (الحاسب الآلي وشبكة المعلومات الإنترنت)، دار الوراق، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1424هـ - 2004م.
145. عبد الرحيم بن ابراهيم بن عبد الرحمان السيد الهاشم، التعيين وأثره في العقود المالية، مطابع جامعة الامام سعود الاسلامية، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1427هـ - 2006م.
146. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود الواردة على العمل المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، دار احياء التراث العربي، م1، بيروت، لبنان، 1964م.
147. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود الواردة على العمل: المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، منشأة المعارف جلال حزي وشركاؤه، ج7، م1، الاسكندرية، مصر، 2004م.
148. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود الواردة على العمل المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، دار احياء التراث العربي، م1، بيروت، لبنان، 1964م.
149. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام)، دار احياء التراث العربي، ج1، بيروت، لبنان، 1952م.
150. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية، دار النهضة العربية، م8، القاهرة، مصر، د.ت.
151. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، ط1، ج1، مصر، 1952م.

152. عبد العزيز مُجَدَّ عزام، فقه المعاملات، مكتب الرسالة الدولية، ج1، المملكة العربية السعودية، 1998م.
153. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني الأردني)، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن، 1991م.
154. عبد الكريم الاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع (المعاملات المالية)، دار كنوز إشبيلية، ط1، ج3، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1429هـ - 2008م.
155. عبد الله مبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، دار المريخ، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1420هـ - 2000م.
156. عجيل طارق كاظم، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني (دراسات وبحوث)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011م.
157. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة في المقابلة الوكالة والكفالة، مكتبة دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 2007م.
158. عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط1، جدة، المملكة العربية السعودية، 1401هـ - 1981م.
159. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2001م.
160. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية (معناها، أنواعها، عناصرها، خواصها، قيودها)، دار الفكر العربي، مصر، 1416هـ - 1996م.
161. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية (دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية)، المكتبة القانونية، القاهرة، مصر، 1993م.
162. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني)، ديوان المطبوعات الجمعية، ط5، بن عكنون، الجزائر، 2003م.
163. علي فلاح الزعبي، إدارة التسويق منظور تطبيقي استراتيجي، دار اليازوري، عمان، الأردن، 2009م.

164. علي محي الدين علي القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، ط1، بيروت، لبنان، 1422هـ-2001م.
165. غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي، د.ط، دار العابدين، القاهرة، مصر، 1978م.
166. فتحي الدريني، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، مؤسسة الرسالة، ط2، بيروت، لبنان، 1401هـ-1981م.
167. كريستوفرو مور، عملية الوساطة (استراتيجيات عملية لحل النزاعات)، دار الأهلية، ط1، الأردن، 2007م.
168. لطفي أحمد مُجدد، أعمال السمسار في بورصة الأوراق المالية دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2013م.
169. ليسلي إيلين هاريس، ترخيص المحتويات الرقمية (دليل علمي لأمناء المكتبات واختصاصييها)، تر: جبريل بن حسن بن مُجدد العريشي وعلي بن عبد العزيز الحمودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2006م.
170. مبارك بن سليمان بن مُجدد آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، دار كنوز إشبيليا، ج1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1426هـ-2005م.
171. مجموعة مؤلفين (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية)، الدرر البهية من الفتاوى الكويتية (كتاب المعاملات)، دار الإفتاء، ط1، ج5، الكويت، 1436هـ-2010م.
172. مجموعة مؤلفين (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية)، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار الصفوة، ط1، ج38، مصر، 1419هـ-1998م.
173. مجموعة مؤلفين (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية)، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، ص2، ج9، الكويت، 1407هـ-1987م.
174. مُجدد بن ابراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، ط1، ج3، الأردن، 1430هـ-2009م.

175. مُجَدُّ تقي العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارنة بالقوانين الوضعية، مكتبة معارف القرآن، ج2، كراتشي، باكستان، 1436هـ-2015م.
176. مُجَدُّ توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، ط6، دمشق، سوريا، 1431هـ-2010م.
177. مُجَدُّ حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، دار النشر العلمي والمطابع بجامعة الملك سعود، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1404هـ-1984م.
178. مُجَدُّ حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط4، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417هـ-1996م.
179. مُجَدُّ سويلم، إدارة البنوك وبورصات الأوراق المالية، الشركة العربية، مصر، 1993م.
180. مُجَدُّ شلتوت، الفتاوى دراسة مشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية، 1424هـ-2004م، دار الشروق، القاهرة، مصر.
181. مُجَدُّ صالح حمدي، فقه المعاملات المالية، مركز التميز للبحوث والدراسات الاقتصادية، ط1، الدار البيضاء، الجزائر، 1435هـ-2014م.
182. مُجَدُّ عثمان شير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، ط6، عمان، الأردن، 1427هـ-2007م.
183. مُجَدُّ مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية في المذاهب الأربعة، دار الفكر، ط1، ج1، ج2، دمشق، سوريا، 1427هـ-2006م.
184. محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 1430هـ-2009م.
185. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، ط1، دمشق، سوريا، 1420هـ-1999م.
186. مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، 1404هـ-1974م.

187. نبيل السمالوطي، بناء المجتمع الإسلامي ونظمه، دار الشروق، ط3، جدة، المملكة العربية السعودية، 1418هـ-1998م.
188. النعيمي سحر رشيد حميد، الاتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 2004م.
189. نور الدين الخادمي، علم المقاصد الشرعية، مكتبة العبيكان، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1421هـ-2001م.
190. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، ط2، ج5، الكويت، 1404هـ.
191. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط4، ج4، ج5، دمشق، سوريا، 1409هـ-1989م.
192. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوى وحلول، دار الفكر، ط3، دمشق، سوريا، 1427هـ-2006م.
193. يوسف أحمد أبو فارة، التسويق الإلكتروني عناصر المزيج التسويقي عبر الإنترنت، دار وائل، ط1، عمان، الأردن، 2004م.

سابعاً: الرسائل الجامعية

- دكتوراه:

194. شرف بن علي الشريف، الإجارة الواردة على عمل الإنسان (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في فرع الفقه وأصوله، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1397هـ.
195. صلاح الدين أحمد محمد عامر، أنظمة الدفع الإلكتروني المعاصر غير الائتماني في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، السودان، 1433هـ-2012م.
196. صليح بونفلة، النظام القانوني للعمليات المصرفية الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة 8 ماي 1945م، قالمة، الجزائر، 2020م.

197. عبد الرحمان قروي، الصيرفة الإلكترونية كآلية لتعزيز أداء المصارف الجزائرية (دراسة ميدانية على مستوى الوكالات المصرفية العمومية بقلمة)، أطروحة دكتوراه في علوم التسيير، جامعة عنابة، 2018م.

198. لونيس واري، حق براءة الاختراع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 (بن يوسف بن خدة)، الجزائر، 2019م.

199. مصطفى هنشور وسيمة، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2017م.

200. هشام محمد علي أحمد، خصوصية التحكيم في عقود الوساطة التجارية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري والبحري، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2020م.

- ماجستير:

201. أحمد بن مداني، الوساطة في المعاملات المالية السمسرة، رسالة ماجستير، قسم القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، الجزائر، 2002م.

202. صرصور غادة غالب يوسف، عقد السمسرة بين الواقع والقانون - دراسة مقارنة بين القانون التجاري المصري والقانون التجاري الأردني، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

203. مروان رفيق محمد الأحمد، النظام القانوني لعقد السمسرة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، جوان، 2010م.

ثامنا: المقالات

204. ابراهيم بن صالح ابراهيم التتم، الأحكام الفقهية المتعلقة بالجهالة في السمسرة الإلكترونية (دراسة تطبيقية)، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، ع 39، إصدار 4، جامعة الأزهر، الاسكندرية، مصر، ديسمبر 2023م.
205. ابراهيم بن علي بن مُجَّد السفياني، ضوابط المعاملات المالية عند الفقهاء، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، ع 71، م 11، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية
206. إبراهيم عنتر فتحي، واقعية عقد الوساطة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، كلية القانون، جامعة تكريت، 2014م، ع 24
207. ابن تيمية، القواعد النورانية، دار ابن الجوزي، ط 1، المملكة العربية السعودية، 1422هـ.
208. أحمد سعد علي البرعي، تطبيقات الذكاء الاصطناعي والروبوت من منظور الفقه الإسلامي، مجلة الإفتاء المصرية، دار الافتاء المصرية، ع 48، م 14، مصر، جانفي 2022م.
209. أحمد سفر، العمل المصرفي الإلكتروني في البلدان العربية، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط 1، بيروت، لبنان، 2006م.
210. أحمد مُجَّد الشحي، حقوق التأليف في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة بقانون حقوق المؤلف الإماراتي، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، ع 1، م 14، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، رمضان 1438هـ - جوان 2017م.
211. تيكاري هيفاء رشيدة، أساسيات في نظام التأمين، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 4، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البلدة، الجزائر، ماي 2013م.
212. جلال وفاء مُجَّدِين، التحويلات المصرفية الإلكترونية من الوجهة القانونية (دراسة في القانون الأمريكي والقانون النموذجي للأمم المتحدة)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 2، م 1، ج 1، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، جويلية 2007م.

213. حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، مفهوم ومشروعية مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، مجلة الفكر القانوني، ع2، م6، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، نوفمبر 2022م.
214. حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، مفهوم ومشروعية مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي، مجلة الفكرة القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، ع2، م6، الأغواط، الجزائر، 2022م.
215. داودي مخلوف، المعاملات المالية المصرفية على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة التراث، مخبر المخطوطات، جامعة زيان عاشور، ع3، م2، الجزائر، 2012م
216. راضية عيمور، الوكيل المؤتمت في ظل الجيل الحديث من الذكاء الاصطناعي، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، ع2، م6، الأغواط، الجزائر، 2022م.
217. رمزي محمود، النقود والبنوك والتجارة الإلكترونية، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2022م.
218. سامي حسن محمود، بيع الدين وسنات القرض وبدائله الشرعية في مجال القطاع العام والخاص، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي بمجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع11، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1419هـ- 1998م.
219. سامي كباهم، مكانة البنك الإلكتروني في القانون الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، ع7، مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، جوان 2021م.
220. سمية بن قويدر، النشر الإلكتروني وحقوق المؤلف (رهانات مالية وقانونية دولية)، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والأنظمة السياسية، ع1، م5، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله، تيبازة، الجزائر، 2021م
221. صادقي عباس، تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي)، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، المركز الجامعي الشيخ آمود بن مختار، عدد خاص، إيليزي، الجزائر، ماي 2018م.

222. عبد الرحمان اجاه أبوه، التحويلات المصرفية حقيقتها وحكم أخذ الأجرة عليها، مجلة الشهاب، ع3، م7، جامعة حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2021م.
223. عبد السلام داود العبادي، الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع5، ج5، جدة، المملكة العربية السعودية، 1998م.
224. عبد اللاوي سيد أحمد، استخدامات الذكاء الاصطناعي في قطاع التكنولوجيا المالية بين الفرص والتحديات، الكتاب الجماعي التكنولوجيا المالية الابتكارات والحلول الرقمية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، مخبر التنمية المحلية المستدامة، جامعة يحيى فارس، المدية، الجزائر، 2021م.
225. عبد الله الشعيب، أحكام السمسرة في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والدراسات، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع66، م21، الكويت، 2006م.
226. عجيل جاسم النشمي، الحقوق المعنوية (بيع الاسم التجاري والتراخيص)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع5، ج5، جدة، المملكة العربية السعودية، 1998م.
227. عدنان بن جمعان بن محمد الزهراني، أحكام التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، دار القلم، ط1، بيروت، لبنان، 206م.
228. عشير جيلالي، قاشي علال، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، م6، ع2، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2022م.
229. علي يوسف صاحب العكيلي، التأصيل الفقهي والتشريعي للتعاقد في النظام القانوني الأمريكي، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، ع43، جامعة بابل، العراق، أبريل 2019م.
230. علي يوسف صاحب العكيلي، التأصيل الفقهي والتشريعي للتعاقد في النظام القانون الأمريكي، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، ع43، العراق، 2019م.
231. لمياء عماني، فدرة التكنولوجيا المالية على تعزيز الاستدامة الاجتماعية (حالة جائحة كوفيد 19)، الكتاب الجماعي التكنولوجيا المالية الابتكارات والحلول الرقمية، جامعة يحيى فارس، كلية

- العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، مخبر التنمية المحلية المستدامة، المدية، الجزائر، 2021م.
232. معراج هوارى، آدم حديدي، تنامي الصناعة المصرفية الإسلامية في الدول الأوروبية -بالإشارة إلى التجربة البريطانية والفرنسية-، مجلة إدارة الأعمال والدراسات الاقتصادية، ع1، م1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، مارس 2015م.
233. ممتاز مطلب خبصي، حاتم غائب سعيد، عقد الوساطة التجارية والمركز القانوني للوسيط، مجلة جامعة تكريت للحقوق، كلية الحقوق، العراق، 1 أكتوبر 2020م.
234. ناظم خالد محسم حمود، الحقوق المعنوية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة الريان للعلوم الانسانية والتطبيقية، ع2، م3، اليمن، ديسمبر 2020م
235. نبيلة باديس، رضوان موجاري، التحويلات المصرفية في نظام الدفع الإلكتروني بين آليات المعالجة والضوابط الرقابية، مجلة التحليل الاقتصادي ودراسات التنمية، ع2، م1، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، الجزائر، ديسمبر 2022م
236. نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 1431هـ-2010م.
237. نھا أنور سليمان، فاعلية الجهود التسويقية لروبوتات الدردشة المدعومة بالذكاء الاصطناعي (AI Chatbots) في بناء قيمة العلامة التجارية واستجابة العملاء، المجلة المصرية لبحوث الإعلام، جامعة المنوفية، ع84، ج2، مصر، سبتمبر 2023م.
238. هاني حمدان عبد الله المرسومي، ذنون يونس صالح المحمدي، مفهوم عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة تكريت للحقوق، م1، ع1، ج2، العراق، سبتمبر 2016م
239. وافي ميلود، داودي مُجّد، واقع ومتطلبات تفعيل البنوك الإلكترونية (دراسة حالة الجزائر)، مجلة الدراسات التسويقية وإدارة الأعمال، ع1، م1، كلية الدراسات الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة طاهري مُجّد، بشار، الجزائر، جوان 2017م.

240. يعقوب بن حدة، تنظيم تجارة المقايضة في القانون الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، م14، ع2، الشلف، الجزائر، 2022م

241. يوسف صلاح الدين يوسف نصر، أجرة السمسار عند الملكية وصورها المعاصرة، مجلة الشريعة والقانون طنطا، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، م34، ع01، مصر، 2019م.

تاسعا: المداخلات

242. بباس منيرة، الصناعة المصرفية التقليدية في زمن التكنولوجيا المالية... أي تأثير؟، الكتاب الجماعي التكنولوجيا المالية الابتكارات والحلول الرقمية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، مخبر التنمية المحلية المستدامة، جامعة يحيى فارس، المدية، الجزائر، 2021م، بدر الدين الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، ج3، الكويت، 1405هـ-1985م.

243. رحيم حسين، هوارى معراج، الصيرفة الإلكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية، ملتقى المنظومة المصرفية الجزائرية والتحول الاقتصادي واقع وتحديات، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة الشلف، مخبر العولمة واقتصاديات شمال افريقيا، الجزائر، 14 و 15 ديسمبر 2004م.

244. محمد بن ذهيب، صلاح الدين قدرى، فراح إلياس الهناني، مخاطر الدفع الإلكتروني عبر الإنترنت التي يتعرض لها المستهلك الإلكتروني واستراتيجية الجزائر لحمايته (مشروع التصديق والتوقيع الإلكترونيين)، الملتقى الوطني الثالث حول المستهلك والاقتصاد الرقمي (ضرورة الانتقال وتحديات الحماية)، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف، ميلة، الجزائر، 23 و 24 أبريل 2018م.

245. مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، الوساطة (نموذج دليل الممارسة السليمة وفقا لاتفاقية لاهاي المؤرخة في 25 أكتوبر 1980م بشأن الجوانب المدنية للاختطاف الدولي)، مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص 2012م، المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي القانون الدولي، هولندا.

عاشرا: المراجع الأجنبية

246. Abeba N. Turi, Financial Technologies and DeFi a Revisit to the Digital Finance Revolution, Springer Nature Switzerland, Switzerland, 2023.

Béatrice Blohorn-Brenneur, Conciliation et médiation commerciales (Domaines d'application et droit comparé), L'Harmattan, Paris, France, 2013

247. Filippo di Mauro et d'autres, Islamic Finance In Europe, European Central Bank, Frankfurt, Germany, 2013.

248. Michel Zavarro, Philippe Malinvaud, la responsabilité des constructeurs, litec, paris, 2005.

249. Nirvikar Singh, Electronic Commerce Economics and Strategy (Chapter8: (Intermediaries), Economics Department, University of California Santa Cruz, 2000.

الحادي عشر: المواقع الإلكترونية

250. إسلام ويب، <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/172853/>.

251. جريدة العرب الاقتصادية الدولية، أوروبا (حضور كبير للتمويل الإسلامي والدراسات المتخصصة فيه)،

https://www.aleqt.com/2010/07/01/article_414154.html.

252. د.م، أسماء البنوك الإسلامية في أمريكا (خدمات تمويل إسلامي) <https://arbahbank.com/>

253. رامي، هل عقد تقديم الاستشارة القانونية عقد بيع خدمة؟، <https://www.syrian-lawyer.club/>

254. سعد محمد آل عائش، الوساطة التجارية وعقد الوساطة التجارية في النظام السعودي، <https://wasital-itqan.com>

255. ليندة، العقود الإلكترونية في الفقه الإسلامي ومدى صحتها، <https://emgr.co/>

256. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدوحة، قطر، <https://iifa-aifi.org/ar>

257. مُجَدِّدٌ صالح المنجد، حكم السمسرة،

<https://islamqa.info/ar/answers/45726/>

258. مُجَدِّدٌ صالح المنجد، حكم حجز الفنادق عن طريق مواقع في الإنترنت،

<https://islamqa.info/ar/answers/136794/>

259. الموقع الرسمي لمنصة Booking، <https://www.booking.com>

260. الموقع الرسمي لمنصة PayPal، <https://www.paypal.com>

261. الموقع الرسمي لمنصة PubMatch،

<https://www.pubmatch.com/>

262. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، بنك ساب SABB الخدمات المصرفية

الإسلامية، المنامة، البحرين، 1437هـ، <https://aaoifi.com/?lang=en>

263. Aurélien Bamdè, La notion de cause (cause objective / cause subjective – cause de l’obligation / cause du contrat, <https://aurelienbamde.com/2017/05/06/la-notion-de-cause-cause-objective-cause-subjective-cause-de-lobligation-cause-du-contrat/>.

264. Aurélien Bamdè, La réforme de la liste des conditions de validité du contrat, <https://aurelienbamde.com/2017/02/01/la-reforme-de-la-liste-des-conditions-de-validite-du-contrat/>.

265. Saleh M Nsouli, Andera Schaechter, Les enjeux de la banque électronique, Finance et Développement, Septembre 2002.

<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/fre/2002/09/pdf/nsouli.pdf>.

266. Statistical Terms Glossary,

<https://www.unescwa.org/ar/sd-glossary/>.

ملخص الدراسة

ملخص:

تتناول هذه الدراسة موضوع الوساطة التجارية في المعاملات المالية بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية، حيث سلطت الضوء على ماهية الوساطة التجارية ومشروعيتها وتكييفاتها الفقهية والقانونية، كما بينت أحكامها من حيث شروط الانعقاد، من الصيغة والمتعاقدان، إلى المعقود عليه، بالإضافة إلى أحكام انتهاء العقد المبرم بين الوسيط والموسط وفقا للفقه الإسلامي في مذاهبه الفقهية الأربعة وللقوانين الوضعي في التشريع الجزائري والإماراتي والفرنسي والأمريكي. كما تتناول الدراسة التطورات الحديثة في الوساطة التجارية، خاصة من خلال المنصات الإلكترونية، وتبحث في مدى مواءمة هذه التطبيقات مع القوانين والتشريعات المعمول بها، وكذلك توافقها مع الضوابط الشرعية. وتبرز الدراسة أهمية إيجاد إطار قانوني وشرعي متكامل ينظم هذه العمليات التجارية.

Abstract :

This study This study examines commercial brokerage in financial transactions from the perspectives of Islamic jurisprudence and positive law. It explores the concept of brokerage, its legal and Islamic rulings regarding contract formation, terms, parties, subject matter, and contract termination. The research also delves into modern applications of brokerage, particularly through digital platforms, analyzing their compliance with existing laws and their alignment with Islamic legal principles. The study highlights the necessity of establishing a comprehensive legal and Islamic framework to regulate these transactions, ensuring transparency and the protection of all parties involved.

Résumé:

Cette étude examine la médiation commerciale dans les transactions financières à travers les perspectives de la jurisprudence islamique et du droit positif. Elle met en lumière le concept de médiation commerciale et ses règles en matière de formation du contrat, de conditions, de parties contractantes, d'objet du contrat et de résiliation. L'étude aborde également les évolutions récentes de la médiation commerciale, en particulier via les plateformes numériques, en évaluant leur conformité aux lois en vigueur et leur compatibilité avec les principes du droit islamique. L'étude souligne l'importance d'établir un cadre juridique et islamique complet pour réguler ces opérations, garantissant ainsi la transparence et la protection des droits de toutes les parties concernées.

Democratic Popular Republic of Algeria
Ministry of Higher Education and Scientific Research
Amir Abd-el-Kader University of Islamic Sciences
Constantine

Faculty of Charia and Economic

Department Of Charia and Law



Commercial Mediation in Financial Transactions A Comparative Study Between Islamic Jurisprudence and Laws

Thesis submitted for academic doctoral sciences/LMD

Specialty : Charia and Law

Elaborated by the student
Gasmi Fatma Zohra

Supervised by the D
Benbeghila Leila

The discussion jury members

Name and First Name	Original University	Function
Pr. Boumahrat Lynda	Amir Abd-el-Kader University of Islamic Sciences	Chairman
Dr. Benbeghila Leila	Amir Abd-el-Kader University of Islamic Sciences	Supervisor and Reporter
Pr. Benhacine Soraya Aicha Baya	Amir Abd-el-Kader University of Islamic Sciences	Membre
Dr. Bouzeghar Dalila	Amir Abd-el-Kader University of Islamic Sciences	Membre
Dr. Bouazza Nadira	Abdelhafid Boussouf University Center Mila	Membre
Dr. Gasarellail Aicha	Larbi Ben Mhidi University Oum El Bouaghi	Membre

University year: 1445 -1446h / 2024-2025