التكييف الفقهي لعقد خدمات الهاتف المحمول والآثار المترتبة عليها

محمد السانوسي محمد شحاته.
قسم الفقه، كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الأزهر، أسيوط، مصر.
البريد الالكتروني : Mohamadalsanosy.12@azhar.edu.eg

الملخص :

الهاتف المحمول من الخدمات الضرورية المعاصرة التي ترتبط بالواقع ارتباطاً وثيقا، وتشكل أداة مهمة في تدبير أمور الفرد، سواء على المستوى الشخصي أو الأسري، أو المجتمعي بل مع العالم الخارجي، وذلك في إطار منظومة متكاملة من الخدمات ،لا يمكن الحصول عليها جزافاً، بل في إطار تعاقدي وفق ما تسمح به النظم ، وتحكمه القوانين، والهاتف المحمول في واقعنا المعاصر ما هو إلا آلة معتبرة عرفًا لتوصيل اللفظ إلى سمع الآخر، فيكون العقد على خدماته مقبولًا شرعًا، خاصة وأن الأخذ بهذه التقنية أصبح واجباً لتسيير المصالح ،وأنه فتح بابا من أبواب التيسير وحسن التسيير، والمنفعة التي وقع العقد عليها هي بيع الخدمة المملوكة للشركة التي تؤدي خدمة الاتصالات اللاسلكية منفعة معتبرة شرعا مالم يترتب عليها ضرر أو تؤدي إلى مفسدة ، أو مشتملة على غرر، أو شرط ربوي أو غير ذلك، وللفقهاء في تخريج عقد خدمات الهاتف المحمول عليه أقوال كثيرة ، أشهرها القول بأنه عقد توريد الخدمات، وهو من العقود المقبولة شرعا، حتى وإن كان فيه غرر، فإن غرره قليل لا يؤثر في صحة العقد، ومن حيث الحقوق والالتزامات: فإن لمقدم الخدمة الحق في وضع شرط جزائي يضمن الوفاء بحقه ، ويحول بينه وبين المستفيد في استخدام الهاتف المحمول في غير ما أعد له، ويتخرج هذا الشرط على مذهب القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار.

الكلمات المفتاحية : الفقه الإسلامي، عقد، هاتف محمول، خدمات، تجهيز، بيع الخدمة.

The juristic adjustment of cellular phone services agreement and its implications

Mohamad Alsanosy Mohamad Shehata
Department of Islamic Jurisprudence, Faculty of Sharia and Law, Al-Azhar University, Assiut- Egypt
Email: Mohamadalsanosy.12@azhar.edu.eg

Abstract:
Cellular phone is considered as one of of the essential contemporary services that are closely related to our lives. It represents an important tool in managing personal life, not only on the individual, family or social levels but also on the international level. This service is provided within a framework of an integrated system of service that cannot be obtained randomly but only via an organized contractual framework according to the set system and laws. Cellular phone, in the present times, is a customarily recognized instrument that is used as a communication means among people, a matter that legitimizes this service agreement contract especially that cell phone technology is becoming increasingly applicable for business conduct as well as facilitating life affairs, The signed agreement implies the sale of the service owned by wireless communication companies. This service is considered lawful and legal unless it causes damage, results in corrupted actions, uncertainty or includes usury conditions,Jurists (Fuqaha') have many viewpoints in this concern, one of the most common views is that this agreement is considered a service supply contract which is an acceptable agreement even if it implies some uncertainties as its uncertainty is insignificant and does not affect the validity of the agreement. As for the rights and liabilities, the service provider has the right to stipulate a penalty clause to preserve the rights of the company, and to prevent the users

from abusing cellular phones. This clause contradicts the doctrine of the judge Shuraih concerning the compensation for disruption and waiting.
Keywords: Islamic fiqh, contract, cellular phone, services, preparation, sale of service.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي خلق السماوات والأرض، وجعل الظلمات والنور، ثم الذين كفروا بربهم يعدلون.والحمد لله الذي لا يؤدى شكر نعمة من نعمه؛ إلا بنعمة منه توجب على مؤدي ماضي نعمه بأدائها نعمة حادثة، يجب عليه شكره بها. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمدا عبده ورسوله،وبعد:

فإن الهاتف المحمول أو الجوال هو أحد أشكال أدوات الاتصال الحديثة، والذي يعتمد على الاتصال اللاسلكي عن طريق أبراج البث الموزعة ضمن مساحة معينة ، ومع تطور أجهزة (الهاتف النقال) أصبحت الأجهزة أكثر من مجرد وسيلة اتصال صوتي ، بحيث أصبحت تستخدم كأجهزة كمبيوتر (يدوي) وكذلك استقبال البريد صوتي، وتصفح الإنترنت والأجهزة الجديدة يمكنها التصوير بنفس نقاء ووضوح الكاميرا الرقمية ذاتها، كما أصبحت الهواتف النقالة وسيلة من وسائل الإعلان ، كذلك بسبب التنافس الشديد بين مشغلي أجهزة الهاتف النقال أصبحت تكلفة المكالمات ، وتبادل الرسائل في متناول جميع فئات المجتمع .

والعقد على خدمات الهاتف المحمول من العقود المستجدة التي أوجدتها التقنية الهائلة في مجال الاتصالات اللاسلكية ، ولزم من شيوع استعمالها أنها لم تعد من الكماليات ،بل أصبحت من الضروريات التي لا غنى لأحد عنها.وقد كان لاستعمالها الكثير من الآثار في مجال الالتزامات العقدية ،ونشوء الكثير من القضايا الخلافية حول طبيعة هذه العقد ،هل هومن عقود الاشتراك ،أم من عقود بيع الخدمات ،أم من عقود الإجارة ،أم من عقود توريد الخدمات؟ وغيرها من القضايا المتفرعة عن حكم التعامل بهذه الوسيلة .

ومن يسر الشريعة، أن الشارع الحكيم أباح التعامل بين الناس فيما يحتاجون إليه من بيع وشراء وتعاقد بأنواع العقود ،وجعل الأصل في هذه المعاملات الإباحة فكل معاملة خلت من الغرر والربا والظلم والميسر فهي مباحة.

والفقه الإسلامي بما أنه مصدر ثراء ونماء لكثير من الأحكام الشرعية المستقاة من القرآن الكريم والسنة النبوية لم يكن بمعزل عن دراسة هذه القضايا ،وما يتفرع عنها من أحكام ،بما يؤكد أن الفقه الإسلامي بيان وتبيان لكل ما هو مستجد ،كما يقول الإمام الشافعي في الرسالة :" فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليلُ على سبيل الهدى فيها" (١)؛لكل ما تقدم آثرت الكتابة في هذا الموضوع ومقارنته قانوناً أو نظاماً للتأكيد على أن الشريعة الإسلامية مصدر خصب لتخريج حكم القضايا المستجدة ،وعلى الأخص منها قضايا العقول الراجحة .

أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث في أن معرفة الحكم الشرعي في القضايا الفقهية المستجدة يجعل المسلم على بصيرة بما له من حقوق وما عليه من التزامات ،وبخاصة تجاه التصرفات التي تكتنفها الكثير من التعقيدات،وتحيط بها الكثير من الأوصاف ،وتشكل جانباً مهما في حياته،كما هو الحال في مسألة خدمات الهاتف المحمول.

ومما يزيد من أهمية الموضوع أن الشريعة الإسلامية وهي تقضي بجواز العقد تنظر إلى ما يترتب عليه من آثار، وخاصة إذا صحب استخدام هذه الوسيلة محل العقد أضرار صحية ،بسبب التوزيع العشوائي لأبراج الهاتف المحمول

(١) الرسالة للشافعي،(١٩/١).

التي تولد حقول كهرومغناطيسية وذبذبات ضارة بالجسم البشري إذا تجاوزت الحد المسموح بها قانونا،لذا يتوجب إقامة هذه المنشآت وفق أسس وقواعد منضبطة بميزان الشريعة الإسلامية في إطار قاعدة (لا ضرر ولا ضرار). ([1])

وأخيراً :زيادة وجوه التقنية المستخدمة في عمل الهاتف المحمول ،وما يترتب عليها من منافع أو مفاسد لم تكن موجودة وقت العقد.

مشكلة البحث:

الهاتف المحمول من الخدمات الضرورية المعاصرة التي ترتبط بالواقع ارتباطاً وثيقا ،وتشكل أداة مهمة في تدبير أمور الفرد ،سواء على المستوى الشخصي أو الأسري ،أو المجتمعي بل مع العالم الخارجي،وذلك في إطار منظومة متكاملة من الخدمات ،لا يمكن الحصول عليها جزافاً ،بل في إطار تعاقدي وفق ما تسمح به النظم،وتحكمه القوانين.

والشريعة الإسلامية ليست بمعزل عن التعامل مع كل وسائل التقنية المعاصرة ،بل تحض عليها وتأمر بها ،وذلك في إطار قواعد التعاقد المستوفي الأركان والشروط ،المتضمن تحمل تبعة كافة الالتزامات المترتبة من العاقدين.

الدراسات السابقة:

ـ التكييف الفقهي لعقد خدمات الهاتف المحمول وأثره في حكم المبلغ المقطوع، للدكتور/ محمد بن عبدالرحمن الأحمدي – بحث مقبول للنشر بمجلة الجامعة الإسلامية ج/٦.

---

(١) مسند أحمد بن حنبل (١/ ٣١٣) رقم(٢٨٦٧) ؛المستدرك على الصحيحين للحاكم مع تعليقات الذهبي في التلخيص (٢/ ٦٦)،رقم(٢٣٤٥)،وقال :" هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم و لم يخرجاه".

خطة البحث:

يقسم هذا البحث إلى تمهيد ومباحث ثلاثة:

•تمهيد في بيان الدلالة اللغوية والاصطلاحية لمصطلح عقد خدمة الهاتف المحمول.

•**المبحث الأول** :التكييف القانوني والفقهي لعقد خدمات الهاتف المحمول.

•**المبحث الثاني**:طبيعة عقد خدمة الهاتف المحمول قانونا وفقهاً.

•**المبحث الثالث**:التزامات طرفي عقد خدمات الهاتف المحمول والآثار المترتبة على الإخلال بها .

مبحث تمهيدي
في بيان الدلالة اللغوية والاصطلاحية لمصطلح
عقد خدمة الهاتف المحمول

أولاً: العقد في اللغة والاصطلاح:

يطلق العقد في اللغة على عدة معان، وكلها تعني الربط الذي هو نقيض الحل. يقال :عقد الحبل بعقده عقدًا فانعقد، شدَّه، والذي صرح به أئمة الاشتقاق أن أصل العقد نقيض الحل"[١].

والعقد كما يذكر القرطبي يشمل ما عقده المرء على نفسه من بيع وشراء وغيرها من المعاوضات مما يتعلق به حق العباد ويشمل عقود الإسقاطات أيضًا كالطلاق والعتاق، وكذا يشمل المناكحات[٢].قال الجصاص: "إن العقد كان في أصل اللغة الشدّ ثم نقل إلى الأيمان والعقود، عقد المبايعات ونحوها" [٣].

أما في الاصطلاح فإن العقد عند الفقهاء لا يكون إلا بين طرفين ولا يكون بين طرف واحد، وإذا كان من طرف واحد لم يكن عقدًا وإنما يسمى التزامًا أو تصرفًا، وقد يسمى عقدًا تسمية لغوية"[٤].

وعرفه ابن عابدين بقوله:"العقد مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر" [٥].

---

(١) تاج العروس ،الزبيدي، مادة عقد (٨/ ٣٩٤)؛مختار الصحاح للرازي،(ص: ٢١٤).

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي،(٣٢/٦).

(٣) أحكام القرآن للجصاص(٢٨٥/٣).

(٤) ينظر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف(ص: ١٣٨).

(٥) ينظر: رد المحتار على الدر المختار،لابن عابدين(١/٣)

وقد فرق بعض فقهاء القانون بين لفظي الاتفاق والعقد، فقالوا:"الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه" [١].وعرفوا العقد بما هو أخص من الاتفاق، فقالوا عنه: "هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله" [٢].

وبالمقارنة بين مفهوم العقد في الفقه الإسلامي وبين مفهومه في القوانين الوضعية، نجد أنه يطلق عند الفقهاء بإطلاقين أحدهما عام يشمل التصرفات التي تنشأ بإرادة منفردة أو بتطابق إرادتين، وآخر خاص، يقتصر على المعنى الثاني – تطابق الإرادتين. أما في القوانين الوضعية التي لم تستمد أصولها من الشريعة الإسلامية، فنجدها تأخذ بالمعنى الخاص للعقد، وهو المعنى المراد عند إطلاق الفقهاء،وقد بسط الأستاذ السنهوري القول في هذه المسألة [٣].

ثانياً: دلالة الخدمة في اللغة والاصطلاح:

الخدمة في اللغة: طلب منفعة الشيء ومنه استخدمته سألته أن يخدمني أو جعلته كذلك [٤].

وفي الاصطلاح الفقهي: هي ما يحصل عليه المستهلك من نتائج أعمال الغير، كخدمة أصحاب الحرف والصناعات ونحوهم [٥].

---

(١) ينظر: نظرية العقد،د/ عبد الرزاق السنهوري(ص٧٩)

(٢) ينظر:العقد ،د/ السنهوري: (ص٧٩)

(٣) ينظر:مصادر الحق/د/السنهوري(١/٧٧.

(٤) لسان العرب لابن منظور ،باب الميم ،فصل الخاء (١٢/ ١٦٧)،المصباح المنير للفيومي (ص١٦٥). تاج العروس للزبيدي،مادة (خ د م) (٣٢/ ٥٥).

(٥) ينظر: الحسبة لابن تيمية (ص٣٤).

والضابط الإسلامي للخدمة هو أن تكون الخدمة نتاج نشاط مشروع،وكذا النتائج المترتبة عليه ، ومن ثم لا يجوز الاسترباح من وراء تلك الأمور ،عملاً بالقاعدة الشرعية القائلة "المنفعة المحظورة شرعاً تلحق بالمنفعة المعدومة حساً"(١).

أما في الفكر الوضعي: فهو لا يفرق بين مشروعية ذلك الشيء، أو عدم مشروعيته، فصدور قرار بتحريم الخمر مثلاً من زاوية التحليل الاقتصادي غير الإسلامي، نجد أنه ينافي أحسن استخدام للموارد، فهو يرى أن مثل هذا القرار هو إهدار للموارد الاقتصادية، ففي أرباح الخمر والمسكرات منافع اقتصادية لبعض الناس ،إذ يترتب عليها ازدياد المزروع من الكروم ،وإنشاء المصانع ونحو ذلك.

وفي المسألة موضوع البحث يلاحظ أن الخدمات ،التي يحصل عليها المستفيد ،ليست واحدة ،بل كثيرة ومتعدد؛ لذا الصواب أن يقال :عقد خدمات الهاتف المحمول ؛لمنع اختلاطه بالعقود الأخرى؛لذا يجب استعمال لفظ (خدمات) بدلا من(خدمة)؛لأن العقد يوفر أكثر من خدمة للمشترك كخدمة الاتصال الفوري وخدمة الرسائل القصيرة(sms) وخدمة الانترنت وغيرها من الخدمات الأخرى.

ثالثاً: دلالة الهاتف في اللغة والاصطلاح:

الهاتف في اللغة مشتق من كلمة هتف: والهتف والهتاف الصوت الجافي العالي، وقيل: الصوت الشديد. وقد هتف به هتافا ،أي صاح به. وفي حديث

(١) ينظر: معالم القربة في أحكام الحسبة لمحمد بن أحمد القرشي(ص٣٥).

حنين:قال اهتف بالأنصار[1] ،أي نادهم وادعهم، وقد هتف يهتف هتفًا.لكن المعنى الأقرب للهاتف هو قوله :" وسمعت هاتفًا يهتف إذا كنت تسمع الصوت ولا تبصر أحدا"[2].

وفي الاصطلاح : لم أقف على تعريف خاص به ،إلا أنه يستفاد من كلام أهل اللغة أن الهاتف هو :كل أداة تُسمع الصوت دون أن يبصر السامع هيئة قائله.

وهذا المعنى يكون مقبولاً في المراحل الأولى من إنتاج هذه التقنية من الهواتف،أما الآن فإن وسيلة الهاتف المحمول يرى فيها الطرفان بعضهما البعض صوتاً وصورة ،وهو معنى مقبول من الناحية الواقعية،بمعنى أن الواقع يؤكد إمكانية أن تسمع الصوت ولا ترى قائله،وذلك في الزمن البعيد.

ودليله : ما روي عن محمد بن المنكدر قال : بينما عمر بن الخطاب يصلى على جنازة إذا يهاتف يهتف من خلفه : لا تسبقنا بالصلاة يرحمك الله فانتظره حتى لحق بالصف ، فكبر عمر وكبر معه الرجل فقال الهاتف : إن تعذبه فكثيرا عصاك وإن تغفر له ففقير إلى رحمتك..". [3]

---

(١) وهو جزء من حديث مروي عن أبي هريرة : أن رسول الله -ﷺ- حين سار إلى مكة ليفتحها قال لأبي هريرة : اهتف بالأنصار فقال : يا معشر الأنصار أجيبوا رسول الله -ﷺ- فجاءوا كأنما كانوا على ميعاد أخرجه الحاكم في "المستدرك على الصحيحين للحاكم مع تعليقات الذهبي في التلخيص (٢/ ٦٢) رقم(٢٣٢٨) قال الذهبي في التلخيص : صحيح" والبيهقي في السنن الكبرى (٩/ ١١٧)،والدارقطني في سننه (٣/ ٥٩) رقم(٢٣٢).

(٢) لسان العرب ،باب الفاء،فصل الهاء (٩/ ٣٤٤). النهاية في غريب الحديث والأثر ،لابن الأثير (٥/ ٢٤٣).

(٣) جامع الأحاديث ،لجلال الدين السيوطي (٢٧/ ٦٣).

وفي معرفة الصحابة لأبي نعيم الأصبهاني :قال خريم بن فاتك [1] لعمر بن الخطاب : يا أمير المؤمنين ألا أخبرك كيف كان بدء إسلامي ؟ قال : بلى ، قال : بينما أنا في طلب بعير لي إذا أنا منها على أثر إذ جنني الليل بأبرق العزاف ، فناديت بأعلى صوتي : أعوذ بعزيز صاحب هذا الوادي ، من سفهاء قومه ، فإذا هاتف يهتف بي ويحك عذ بالله ذي الجلال والمجد والنعماء والأفضال واقتر آيات من الأنفال ووحد الله ولا تبال قال : فذعرت ذعرا شديدا ، فلما رجعت إلى نفسي قلت : يا أيها الهاتف ما تقول ؟ أرشد عندك أم تضليل ؟ بين لنا هديت ما الحويل؟ قال : قال : رسول الله ذو الخيرات بيثرب يدعو إلى النجاة يأمر بالصوم وبالصلاة وينزع الناس عن الهنات.."[2].

والشاهد في الأثرين كلمة (الهاتف) وهي دالة على وجود صوت بدون رؤيه قائله عياناً،ولكنه يعي كلامه ويفهم الغاية منه .

ولا يخفى أن التليفون ينقل كلام المتحدث فيه بدقة، فيسمع كل واحد منهما الآخر بوضوح، ولا يختلف الكلام من خلاله عن الكلام بدون واسطة سوى عدم رؤية أحدهما الآخر ووجود فاصل بينهما، وإن كان العلم الحديث قد بدأ خطوات جادة لإيجاد يجمع بين الصوت والصورة.

---

(١) خريم بن فاتك: خريم بن الأخرم بن شداد بن عمرو بن الفاتك بن القليب..، شهد بدرا مع أخيه سبرة بن فاتك، وقيل: إن خريما هذا وابنه أيمن أسلما جميعا يوم فتح مكة، والأول أصح.أسد الغابة لابن الأثير (٢/ ١٦٧) ،الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن حجر (٤٤٦/٢) رقم(٦٤٣).

(٢) معرفة الصحابة لأبي نعيم الأصبهاني (٧/ ٢١٥)رقم(٢٢٥٩) المعجم الكبير للطبراني (٢١٠/٤) رقم(٤١٦٥).

رابعاً: دلالة كلمة المحمول في اللغة والاصطلاح:

الحمل بالكسر ما يحمل على الظهر ونحوه ،والجمع أحمال وحمول ،وحملت المتاع حملاً من باب ضرب فأنا حامل .أما المحمول : فهو الشيء الذي يُحمل بواسطة شيء اخر ، وهو اسم مفعول مشتق من الفعل الثلاثي المبني للمجهول(حُمِلَ) [1].

خامساً:دلالة كلمة الهاتف كأداة اتصال من الناحية النظرية:

من الثابت عملاً شيوع مصطلحات (نقال – جوال – Mobile) إلا أنها مصطلحات غير دقيقة من الناحية اللغوية[2]. كذلك يطلق أحيانا على هذا الجهاز بالهاتف الخلوي؛ لاحتوائه على خلية الكترونية [3].

---

(١) ينظر: حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، بحث فضيلة الدكتور علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٦٩٨).

(٢) لايصح أن نسمي هذا الجهاز بـ (النقال)؛لأن (نقال) صيغة مبالغة على وزن (فعّال) ، وهي مشتقة من اسم الفاعل (ناقل) ، الذي يكون بدوره مشتقاً من الفعل الثلاثي المبني للمعلوم (نقل) ، وبما أن الانسان هو الذي يقوم بنقل أو حمل هذا الجهاز ، لذا يكون الاصح استخدام اسم المفعول (منقول) المشتق من الفعل الثلاثي المبني للمجهول (نُقِلَ) ، وما تطرقنا اليه حول المشتق (نقال) ينطبق على (جوال) ، للتوضيح ينظر : قواعد اللغة العربية د. مجيد نوط عبد وآخرون،(٥١-٧٠).

أما مصطلح (mobile) فهي كلمة انكليزية تعني (نقال) ونظراً لما سبق ذكره حول هذه الكلمة ، فإن الاصح استخدام المصطلح الانكليزي المشتق (carried) الذي يعني (محمول) ، الذي يشتق من الفعل الثلاثي القياسي (Carry) والذي يعني (يحمل) ، ينظر : اللغة الانكليزية بطريقة مبسطة ،أ/ طاهر البياتي،(ص٣٥٢).

(٣) الخلوي مصطلح منسوب الى (الخلية) ، ينظر : قواعد اللغة العربية د. مجيد نوط عبد وآخرون،(ص:١١٦).

وفي تقديري أن التسمية الأصح لغةً لهذا الجهاز هو الهاتف المحمول،وأن العقد لاينتج آثاره إلا إذا كان بين طرفين (مقدم الخدمة ،ومتلقيها)،وأن ذلك يكون لقاء الدفع المسبق من المشترك أو متلقي الخدمة .

كما يتضح أن المنفعة التي وقع العقد عليها هي بيع الخدمة المملوكة للشركة التي تؤدي خدمة الاتصالات اللاسلكية .

تعريف الهاتف المحمول:

يمكن تعريف الهاتف المحمول بأنه : شكل من أشكال أدوات الاتصال والذي يعتمد على الاتصال اللاسلكي عن طريق شبكة من أبراج البث الموزعة ضمن مساحة معينة.

ومع تطور العلوم أصبحت أجهزة الهاتف تستخدم ليس كوسيلة اتصال صوتي فحسب بل أصبحت تستخدم كأجهزة كمبيوتر للمواعيد واستقبال البريد الصوتي وتصفح الأنترنت والتصوير بنفس نقاء ووضوح الكاميرات الرقمية. وبسبب التنافس الشديد بين مشغلي أجهزة الهاتف أصبحت تكلفة المكالمات وتبادل المعطيات في متناول جميع فئات المجتمع. فأرتفع عدد مستخدمي هذه الأجهزة في العالم بشكل يومي ليحل محل أجهزة الاتصال الثابتة [1].

وبالجمع بين المصطلحات السابقة يمكن القول بأن عقد خدمات الهاتف المحمول هو العقد الذي يبرم بين مورد خدمات الاتصالات، أصالة أو نيابة،وبين الراغب في الاشتراك بهذه الخدمات يلتزم بموجبه الأول بتوريد الخدمات من خلال تامين الوسائل الفنيةاللازمة للاتصال بالشبكة خلال فترة زمنية معينة لقاء مقابل نقدي معلوم.

(١) المرجع السابق (ص:١١٦).

المبحث الأول

التكييف القانوني والفقهي لعقد خدمات الهاتف المحمول

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التكييف القانوني لعقد خدمات الهاتف المحمول.

المطلب الأول: التكييف الفقهي لعقد خدمات الهاتف المحمول.

المطلب الأول

التكييف القانوني لعقد خدمات الهاتف المحمول

عقد خدمات الهاتف المحمول من العقود المستجدة المرتبطة بالتطور التقني الهائل في مجال الاتصالات ،وقد شاع استخدام هذا العقد في وقتنا المعاصر،حتى بات من الضروريات التي تصحب الإنسان في حله وترحاله وأينما كان ،وأينما ذهب .

وقد اجتهد رجال القانون في تعريفه ،حيث لا يوجد نص محدد بخصوصه ومن هذه التعريفات:

١- عرفه جانب من الفقه بأنه :" عقد خاص للاشتراك بشبكة الهواتف النقالة، والذي يبرم ما بين الراغبين في الحصول على خدمات الهاتف النقال من الشركات التي تقدم خدمة الاشتراك مقابل الدفع المسبق من قبل المشترك" [١].

٢- عرفه بعضهم بأنه:"عقد الخدمات التي تبرم مع الشركات المقدمة لتلك الخدمة بقصد الحصول على الاتصالات اللاسلكية عبر الشبكات الهوائية".[٢]

٣- هناك من عرفه بأنه :" عقد من العقود الخاصة وغير المسماة ، تبرم بين مقدم هذه الخدمات (شركة الاتصالات) وبين الراغب بالحصول على هذه الخدمة (المشترك) ، يلتزم بموجبه الطرف الأول بتقديم خدمة الاتصال

---

(١) ينظر:خصوصية التعاقد عبر شبكة الانترنت، د/أسامة أبو الحسن مجاهد (ص:٣٩)؛النظام القانوني لعقود الهواتف النقالة ، د. هالة صلاح الحديثي، (ص:٩٨).

(٢) ينظر: خصوصية التعاقد عبر شبكة الانترنت، د/أسامة أبو الحسن مجاهد (ص:٣٩) ؛ النظام القانوني لعقود الهواتف النقالة ، د. هالة صلاح الحديثي(ص:٩٨).

للطرف الثاني عن طريق تأمين اتصاله بالشبكة خلال فترة زمنية ممتدة مقابل دفع مادي معلوم من الطرف الثاني ".[١]

٤- وهناك تعريف رابع بأنه "العقد المبرم بين المستهلك والمرخص له والذي بموجبه يقدم هذا الأخير خدمة الهواتف المتنقلة للمستهلك لقاء أجر" [٢].

ويتضح من هذه التعاريف أن عقد خدمات الهاتف المحمول تتحدد معالمه فيما يلي:

أولا: أطراف العقد:

يتكون العقد من طرفين :

- الأول: الشركة التي تؤدي الخدمة ،وهي بلا شك تاجر محترف.
- الثاني: متلقي الخدمة ،وهو غالبا ما يكون ،شخصاً عادياً او مستهلكاً.

ثانياً: محل العقد:

يتكون محل العقد من أمرين:

- الأمر الأول :خدمة الاتصالات التي يقدمها مقدم الخدمة ،متمثلة في شركة الاتصالات تجاه المشترك أو المستخدم.
- الأمر الثاني: المقابل المادي الذي يدفعه المشترك أو المستفيد.

---

(١) ينظر: المسؤولية الالكترونية ، د. محمد حسين منصور، (ص:٣٦)، خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها ، د. محمد سامي عبد الصادق ، (ص٥٩)،الانترنت وبعض الجوانب القانونية ،د/محمود السيد عبد المعطي،(ص:١٠٨).

(٢) ينظر : المسؤولية الالكترونية ، د. محمد حسين منصور،(ص:٣٦).

ومعنى ذلك أن العميل أو المشترك يبغي من العقد الحصول على المنفعة التي تؤديها الشركة ،وهي موجودة بالفعل[١] .

ومن شروط المحل:أن يكون معينا، أو قابلا للتعيين ،وهو شرط متحقق في هذا العقد،حيث إنه معين من خلال طريقة السداد(المقابل المالي) فالشركة تضع عداً من الشروط مع المشترك ،ومنها نوع العملة،ونوع الخدمات ،وعدد الوحدات،وغيرها. [٢]

ويتفرع عن هذا الأمر أنه متى قام المشترك بالوفاء بالتزاماته،تجاه الشركة ، فإنه سيحصل على المنفعة أو الخدمة المتفق عليها .

ثالثاً: خصائص عقد خدمات الهاتف المحمول:

باستقراء التعاريف السابقة تتضح خصائص عقد خدمات الهاتف المحمول فيما يلي:

الخاصية الأولى:أنه عقد رضائي: يتم بتلاقي الإيجاب مع القبول بلا عيب من عيوب الإرادة. وتتحقق الرضائية هنا كتابة ،والكتابة –كما هو معلوم– وسيلة من وسائل الإثبات ، تأخذ بها جميع قوانين الإثبات ، وبالتالي يكون من السهل الحفاظ على حقوق أطراف العقد، وخاصة الطرف الضعيف المتمثل بالمشترك، والذي يعبر عن إرادته بطريقة الكتابة ، فلا ينعقد العقد بدون وضع توقيعه أو بصمة إبهامه او كليهما على العقد (١٩).

الخاصية الثانية:أنه من العقود الملزمة الجانبين : اذ أنه يلقي على عاتق أطرافه التزامات متقابلة ومتبادلة ، ويعد كل منها سبباً لالتزام الاخر . فمورد

(١) ينظر: النظام القانوني لعقود الهواتف النقالة – د. هالة صلاح الحديثي (ص:٩٨)؛ المسؤولية الالكترونية ، د. محمد حسين منصور،(ص:٣٦).

(٢) ينظر: المسؤولية الالكترونية ، د. محمد حسين منصور،(ص:٣٦).

الخدمة تقع عليه جملة من الالتزامات والتي من أهمها تقديم خدمات الاتصالات للمشترك من خلال تأمين اتصاله بالشبكة وتوفير الوسائل الفنية اللازمة لذلك.

أما المشترك فتقع على عاتقه- أيضاً- مجموعة من الالتزامات ، يبرز في مقدمتها التزامه بدفع المقابل النقدي. (١٩).

ويترتب على القول بأنه عقد ملزم للجانبين أنه إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ ما التزم به تجاه الآخر ،كان لهذا الآخر أن يطالبه بتنفيذ ما التزم به ،كما أن لهذا الآخر إذا لم يطلب فسخ العقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه هو، وهذا ما يطلق عليه الدفع بعد التنفيذ. [١]

الخاصية الثالثة:أنه عقد من العقود الزمنية المستمرة التنفيذ : فالعقد لاينتهي بمجرد أول تنفيذ له ، وإنما يلتزم مورد الخدمة بتوريد خدمة الاتصالات للمشترك بصورة متتابعة طالما كان المشترك مستمراً بتنفيذ بنود العقد المبرم بينهما ، ومنها التزامه بدفع المقابل النقدي. [٢]

ويلاحظ أن هذه المدة قد تكون قابلة للتجديد ،ويحصل المشترك على الخدمة خلال هذه المدة ،وتحدد التزاماته بدفع المقابل المالي ،حسب هذه المدة .

(١) ينظر: النظام القانوني لعقد الاتصالات الحديثة(الهاتف النقال) ،د/سعد جاد الله الحيدر،(ص:٨٠)؛التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة) د/سمير حامد عبد العزيز الجمال،(ص:٧٩).

(٢) ينظر: عقود نقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي) د/صلاح الدين جمال،(ص:٢٦٧)وما بعدها.

وفيما يتعلق بالشركة التي تقدم الخدمة :فإنها تلتزم بتقديم الخدمة مدة العقد ،وعليه فالمنفعة التي يحصل عليها المشترك مرتبطة بمدة زمنية ،مادام أنه متقيد ببنود العقد المبرم. (١)

ويترتب على القول بأن عقد خدمات الهاتف المحمول من العقود المستمرة،عدة نتائج أهمها:

أ. عدم جواز إعادة الطرفين إلى ما كانا عليه قبل ابرام العقد ؛ لأن ما نفذ من التزامات رتبها العقد لا يمكن إعادتها ، وذلك لارتباطها بالزمن الذي مضى ، والذي لايمكن إرجاعه ، فآثار الفسخ تقتصر على المستقبل فقط. (٢)

ويلزم من ذلك أنه إذا ما طالب مورد الخدمة بإلغاء العقد بسبب امتناع المشترك عن الوفاء بمقابل الخدمة التي استهلكها ، وكان نظام الدفع المستخدم هو نظام الدفع اللاحق، فإن ذلك يسري على المستقبل. (٣)

ب. في حالة توقف العقد ، لايمكن للمشترك الحصول على الخدمة وكذلك تضييع فرصة الحصول على المنفعة المادية التي يبحث عنها المورد فمثلاً إذا كانت مدة العقد سنة ، وتوقف لمدة (ستة) أشهر، فإن المشترك لايستطيع الانتفاع بالخدمة سوى مدة ستة اشهر ، وكذلك المورد ، أما إذا توقف العقد لفترة مساوية لفترة العقد فإن ذلك يؤدي إلى انتهاء العقد. (٤)

---

(١) ينظر: عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق.

(٢) النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، د/أمجد محمد منصور،(ص:٤٥-٤٦)،العقد والارادة المنفردة د. محمد حسني عباس، ،(ص:٦٢).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) ينظر: دور المدة في العقود المستمرة د. حسن علي الذنون (ص:٦) ومابعدها.

ج. يمكن في هذا العقد تطبيق نظرية الظروف الطارئة[١]،باعتبار أن مدة تنفيذ العقد تستغرق وقتاً معيناً قد يطول وقد يقصر ، فكلما طالت مدة العقد كلما كان تغير الظروف أمراً محتملاً ، إذ قد تطرأ ظروف معينة لم تكن متوقعة من قبل الطرفين عند إبرام العقد، تجعل تنفيذ المدين لالتزامه مرهقاً أو مهدداً بخسارة فادحة ، الأمر الذي يستدعي تدخلاً من القضاء للأخذ بيد المتعاقد الضعيف عند تنفيذ العقد[٢] .

الخاصية الرابعة: أنه من عقود الإذعان:

عقد الإذعان هو :عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولايقبل مناقشة فيها ، ويكون ذلك متعلقاً بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني أو فعلي وموضع منافسة محددة النطاق [٣].

ويرى بعض الفقه أن عقد الاذعان يتصف بخاصية أخرى تتمثل في أن الإيجاب في عقد الإذعان يكون بصيغة مطبوعة تتضمن شروطًا عدة ، تقبل

(١) يفسخ العقد أحيانا لاستحالة تنفيذه، وهو ما يسمى في فقهنا بالآفة السماوية، ويسمى عند الإنكليز بالحادث الإلهي، وعند الفرنسيين بالقوة القاهرة أو الظروفو٢٧

أو الأحوال الطارئة، فيفسخ البيع كما تبين بهلاك المبيع قبل تسليمه، لاستحالة تنفيذ العقد بعد هلاك محله، كما ينفسخ عقد الإيجار بخراب الدار المؤجرة أو بالإخلال بالمنفعة كانهدام جزء منها يؤثر هدمه على المنفعة المقصودة منها.

ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته ،د/وهبة مصطفى الزحيلي ، (٤/ ٣٢١٠) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،د/عبد الرزاق السنهوري (ج١)، مصادر الالتزام،(ص:٧٠٣).

(٢) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،د/عبد الرزاق السنهوري،(ص:٧٠٣).

(٣) ينظر: الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام، د. عبد الودود يحيى،(ص:٤٦).

جملة أو ترفض ، وهذه الشروط غالباً ما تكون معقدة بحيث لايفهمها الشخص العادي،ويجد صعوبة في ذلك [١].

ويتعلق عقد الإذعان عادة بسلع وخدمات ضرورية للمستهلك ،وهي تكاد تكون محتكرة من جهة معينة أو جهات محددة،وتعرض على الجمهور بشروط عامة ومماثلة على وجه الدوام [٢].

والمتأمل في عقد خدمات الهاتف المحمول ،يجد أن عناصر العقد تضمنت معنى الإذعان ، فالموجب والمتمثل بشركات متخصصة في مجال الاتصالات ، لها قوة وإمكانية اقتصادية وفنية كبيرة ، بحيث يظهر أمامها المشترك ، طرفاً ضعيفاً يقبل بالشروط التي تفرض عليه من قبل هذه الشركات.

ويتحقق هذا الوصف في عقد خدمات الهاتف المحمول من جوانب كثيرة منها:

١- أن إرادة (المشترك) محكومة بالشروط التي يمليها الطرف الأقوى اقتصاديا ،والمتمثل في الشركة التي تؤدي الخدمة،ولايكون أمام المشترك إلا الإذعان لشروط العقد.

٢- أن الاشتراك في خدمات الهاتف المحمول من الأمور الضرورية التي لا غنى لأي فرد عنها.

٣- أن شروط الحصول على خدمات الهاتف المحمول ينفرد بوضعها شخص واحد(الشركة)مما يؤدي إلى عدم التوازن العقدي بين طرفي العقد،ومن ثم

(١) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق السنهوري (٢٢٩/١)، شرح القانون المدني الجديد – الالتزامات ،د/محمد كامل مرسي،(٤٤/١).

(٢) ينظر: تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص،د/حسن الهداوي،(٦٣).

إذعان المشتركين للشروط التي تضعها شركات الاتصالات ؛لحاجتهم الملحة إلى هذه الخدمة. [١].

٤- أن هذه شركات الاتصالات تعمد الى أن توجه الايجاب بشروط واحدة إلى جميع المشتركين دون تمييز.

٥- أن بعض هذه الشروط تكون مصاغة بطريقة صعبة الفهم من قبل المشترك البسيط ، وبالتالي فإن هذا المشترك سوف يبرم العقد ، دون أن يفهم مضمون بنوده [٢].

(١) ينظر: عقود الإذعان، الشيخ حسن الجواهري ، بحث متاح على شبكة الانترنت على الموقع (http:llwww. Islamicfeqh.com ،التنظيم القانوني لعقد الهاتف النقال ،أ/حوراء على حسين ،(ص:٣١١).

(٢) ينظر: نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، د. عبد الرحمن الملحم ،(ص٢٦٢).

المطلب الثاني

التكييف الفقهي لعقد خدمات الهاتف المحمول.

وفيه فرعان:

- **الفرع الأول:** مدى مشروعية عقد خدمات الهاتف المحمول.
- **الفرع الثاني:** ما يشترط في خدمات الهاتف المحمول التي يقع العقد عليها.

الفرع الأول

مدى مشروعية عقد خدمات الهاتف المحمول

عقد خدمات الهاتف المحمول من العقود المستجدة ،التي حظيت بكثير من الدراسات الفقهية ،سواء على مستوى الأبحاث أو الندوات أو المؤتمرات الفقهية، وهي في مجموعها تقضي بأن الهاتف المحمول ينقل كلام المتحدث فيه بدقة، فيسمع كل واحد منهما الآخر بوضوح، وبات كل من العاقدين يرى كل منهما الآخر بالصوت والصورة.

وكان قد أثير بهذا الشأن الكثير من الإشكاليات –وقت أن كان الهاتف المحمول لايتحقق معه إلا الصوت دون الصورة – وذكر العلماء في حينها أنه إذا انتهى عقد ما من خلال الهاتف، وتم فيه الإيجاب والقبول – مع بقية الشروط المطلوبة – فإنه صحيح لا غبار عليه، غير أن عدم رؤية أحدهما الآخر يجعل احتمال التزوير وتقليد صوت شخص آخر واردًا ولذلك إذا ثار النزاع حول ذلك فالقضاء هو الفيصل، وتسمع دعوى من يدعى ذلك ولكن عليه يقع عبء الإثبات.

أما عدم رؤية أحدهما الآخر فليس له علاقة بصحة العقود أو عدمها؛ لأن المطلوب في باب العقود سماع الإيجاب والقبول، أو التقاؤهما، أو إدراكهما بأية وسيلة كانت [١].

أما الآن فقد تغير الوصف تماماً فأصبحت الهواتف المحمولة ناقلة للصوت والصورة معا،مصحوبة بكثير من وجوه التقنية الهائلة التي ما كان العلماء في الماضي القريب يدور بمخيلتهم عشر هذه التقنية ،يقول الله تعالى :﴿وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾[٢] يقول الشيخ الطاهر بن عاشور:" الذي يظهر لي أن هذه الآية من معجزات القرآن الغيبية العلمية، وأنها إيماء إلى أن الله سيلهم البشر اختراع مراكب هي أجدى عليهم من الخيل والبغال والحمير، وتلك العجلات التي يركبها الواحد ويحركها برجليه وتسمى (بسكلات) ، وأرتال السكك الحديدية، والسيارات المسيرة بمصفى النفط وتسمى (أطوموبيل) ، ثم الطائرات التي تسير بالنفط المصفى في الهواء. فكل هذه مخلوقات نشأت في عصور متتابعة لم يكن يعلمها من كانوا قبل عصر وجود كل منها.وإلهام الله الناس لاختراعها هو ملحق بخلق الله، فالله هو الذي ألهم المخترعين من البشر بما فطرهم عليه من الذكاء والعلم وبما تدرجوا في سلم الحضارة واقتباس بعضهم من بعض إلى اختراعها، فهي بذلك مخلوقة لله تعالى لأن الكل من نعمته" [٣].

---

(١) حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة ،د/علي محيي الدين القره داغي،مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٦٩٨) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي(١٠٨/٤)؛ المدخل الفقهي، للزرقا فقرة( )١٧١؛ أحكام المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف (ص١٧٧ –١٧٨).

(٢) سور النحل،من الآية (٨).

(٣) التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور، (١٤/ ١١١).

وفي تقديري أنه يدخل في مضمون الآية كل ما هو جديد ومفيد من ووجوه الابتكارات النافعة ،على الأخص:

١. الحاسب الآلي وأهميته في تنمية القدرات الذهنية ،وسهولة تبادل المعلومات ونقل التجارب التنموية الناجحة ،والوقوف على أسباب النجاح والفشل والأخذ بأحدث الأساليب في مجال البناء والتنمية.
٢. الشبكة العنكبوتية ،وما صحبها من تقدم هائل في مجال نقل المعلومات وسرعة اتخاذ القرارات ،في إطار ما يعرف بالحكومة الالكترونية .
٣. الأقمار الصناعية ،وسائر وجوه الاتصالات العصرية وما نتج عنها من كشف المستور في الكون، وما في باطن الأرض من ثروات هائلة ،تكفي لإسعاد العالم ،وتخليصه من بؤس الفقر والمجاعة.

وأخيرا: الهاتف المحمول ،وما فيه من تقنيات هائلة نتاج عقل بلغ من الذكاء غايته ،وصارت خدماته ضرورية من باب صنع ما لايتم النفع إلا به – وفي تقديري – أنه داخل في عموم دعوة النبي –ﷺ– إلى إعانة الصانع ،ودعوته إلى تبني ذوي الابتكارات وتشجيعهم ؛لعموم نفع صنيعهم ،وهذا ما يستفاد من الحديث المتفق عليه ،فعن أبي ذر –رضي الله عنه–، قال: سألت النبي –ﷺ–أي العمل أفضل؟ قال: «إيمان بالله، وجهاد في سبيله»، قلت: فأي الرقاب أفضل؟ قال: «أعلاها ثمنا، وأنفسها عند أهلها»، قلت: فإن لم أفعل؟ قال: «تعين صانعاً، أو تصنع لأخرق»،: قال: فإن لم أفعل؟ قال: «تدع الناس من الشر، فإنها صدقة تصدق بها على نفسك»[1].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه،كتاب العتق،باب: أي الرقاب أفضل (٣/ ١٤٤) رقم(٢٥١٨)،ومسلم في الإيمان، باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال(٨٩/١) ، رقم(٨٤)

والأخرق هو: الذي ليس بصانع، ولا يحسن العمل.يقال: رجل أخرق وامرأة خرقاء لمن لا صنعة له فإن كان صانعا حاذقا قيل رجل صنع بفتح النون وامرأة صناع بفتح الصاد(١).

قال ابن حجر" وفي الحديث إشارة إلى أن إعانة الصانع أفضل من إعانة غير الصانع ؛لأن غير الصانع مظنة الإعانة ،فكل أحد يعينه غالبا، بخلاف الصانع فإنه لشهرته بصنعته يغفل عن إعانته "(٢).

يضاف إلى ما تقدم أن للعرف مدخل في بناء الأحكام الشرعية ،وقد أفاض القرافي المالكي في شرح هذه المسألة وذكر أن العرف يقضي في زمن معين، حتى بعدم قبول بعض ألفاظ مقبولة في زمن ما نظرًا لأنها أصبحت متروكة غير مفهومة، كما يقضي بقبول ألفاظ مفهومة لعصر لم تكن مقبولة من قبل، ونقل ذلك من الإمام الكبير أبي عبد الله المازري قوله: " ...فإن النقل إنما يحصل باستعمال الناس لا بتسطير ذلك في الكتب، بل المسطر في الكتب تابع لاستعمال الناس) ، ثم رتب على ذلك أمورًا: (أحدها أن مالكًا وغيره من العلماء إنما أفتى في هذه الألفاظ بهذه الأحكام؛ لأن زمانهم كان فيه عوائد اقتضت نقل هذه الألفاظ للمعاني التي أفتوا بها فيها صونًا لهم عن الزلل"(٣).

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "فإذا لم يكن له – أي للبيع ونحوه – حد في الشرع، ولا في اللغة، كان المرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم، فما سموه بيعًا فهو بيع، وما سموه هبة فهو هبة..."(٤).

---

(١) فتح الباري:ابن حجر،(٥/ ١٤٩)؛شرح النووي على مسلم:النووي (٢/ ٧٥).

(٢) سورة النحل ،من الآية (٨)

(٣) الفروق للقرافي(١/٤٤-٤٥).

(٤) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام(٢٩/١٣-١٩).

والهاتف المحمول في واقعنا المعاصر ما هو إلا آلة معتبرة عرفًا لتوصيل اللفظ إلى سمع الآخر، فيكون العقد على خدماته مقبولًا شرعًا.

وقد أقر ذلك مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧- ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ١٤ - ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م،بعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة ،ونظراً إلى التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها في إبرام العقود لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصرفات.

وباستحضار ما تعرض 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 ، والموالاة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف .

قرر ما يلي :

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 والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب) ، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلي الموجه إليه وقبوله .

ثانياً : إذا 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 المشار إليها في الديباجة .

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

رابعاً : إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه ، ولا الصرف لاشتراط التقابض ، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال . [1].

متى يكون القبول عبر الهاتف المحمول معتبرا؟

يكون القبول معتبرا ما دام لم يتخلل بينه وبين الإيجاب ما يعد إعراضا عن العقد من الطرفين. يقول السرخسي: "ولسنا نعني بالمجلس موضع جلوسهما، بل المعتبر وجود القبض قبل أن يتفرقا"[2].

جاء في المجموع شرح المهذب:"فرع: لو تناديا وهما متباعدان وتبايعا صح البيع بلا خلاف. وأما الخيار، فقال إمام الحرمين: يحتمل أن يقال لا خيار لهما، لأن التفرق الطارئ يقطع الخيار، فالمقارن يمنع ثبوته، قال: ويحتمل أن يقال يثبت ما داما في موضعهما فإذا فارق أحدهما موضعه بطل خياره، وهل يبطل خيار الآخر أم يدوم إلى أن يفارق مكانه، فيه احتمالان للإمام وقطع المتولي بأن الخيار يثبت لهما ما داما في موضعهما فإذا فارق أحدهما موضعه ووصل إلى موضع لو كان صاحبه في الموضع عُدَّ تفرقًا، حصل التفرق وسقط الخيار هذا كلامه. والأصح في الجملة ثبوت الخيار وأنه يحصل التفرق بمفارقة أحدهما موضعه وينقطع بذلك خيارهما جميعًا وسواء في صورة المسألة كانا

(١) ينظر: قرار رقم: ٥٢ (٦/٣)مجلة المجمع (عدد ٦، ج٢ ص ٧٨٥)،قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي جدة ١ – ١٦٢ تجميع جميل أبو سارة (ص: ٧٩).

(٢) المبسوط للسرخسي(٣/١٤).

متباعدين في صحراء أو ساحة أو كانا في بيتين من دار أو في صحن وصفة، صرح به المتولي، والله أعلم "[١].

وقد ذكر الرافعي نحو ذلك في مسالة أخرى فبين أن المفروض أن الخلاف ينتهي ما دامت قرائن الأحوال متوفرة، وأفادت التفاهم، فحينئذ يجب القطع بصحة هذا العقد[٢].

ومن جانب آخر، فإن الأساس في العقود هو صدور ما يدل على الرضا بصورة واضحة مفهومة كما تدل على ذلك نصوص الفقهاء[٣]، وذلك متحقق في الهاتف المحمول حيث إن التعبير يتم من خلال اللفظ الذي هو محل الاتفاق بين الفقهاء، وما الهاتف المحمول إلا وسيلة لتوصيل الصوت فحسب، وليس وسيلة جديدة [٤].

(١)المجموع شرح المهذب للنووي(١٨١/٩).

(٢)فتح العزيز، بهامش المجموع، (١٠٣/٨ – ١٠٤).

(٣) ينظر: فتح القدير لابن الهمام(٤٩/٣)؛الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٩١ – ١٠١)؛الفروق للقرافي(٤٤/١)؛ وشرح الخرشي،(٥/٥)، المجموع شرح المهذب (١٦٣/٩)؛الروضة للنووي (٢٥/٨)؛الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٩)؛ المغني لابن قدامة(٥٦٢/٣)؛والقواعد النورانية لابن تيمية(ص٤).

(٤) حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة ،د/علي محيي الدين القره داغي،مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٦٩٨) .

الفرع الثاني

ما يشترط في خدمات الهاتف المحمول التي يقع العقد عليها

من المتفق عليه أن الخدمة التي يقع العقد عليها لا تكون مشروعة إلا في ضوء ما تقضي به نصوص الشريعة الإسلامية بشأن مسألة المبيع ،كما دلت عليه عموم الآيات القرآنية والأحاديث النبوية ،التي تفيض بها استدلالات الفقهاء في كتبهم على هذا الحكم،ومنها-على وجه الإيجاز-:

١- أن تكون هذه الخدمات نافعة: ووجه النفع فيها أن يستفيد الناس منها في حياتهم العامة، كاختراع وسائل المواصلات والاتصالات، وحتى لو انحرف بعض الناس في استخدام هذا النوع من الاختراعات فاستخدمها في الممنوع فإنها تأخذ حكم المنع.

وعليه لايصح العقد على الخدمات الضارة ، وأعني به الضرر في الميزان الشرعي ،عملاً بقول النبي-ﷺ -" لا ضَرَرَ ولا ضِرار، مَن ضَارَّ، ضَرَّه اللهُ، وَمَن شَاقَّ، شقَّ اللهُ عليه" (١)، إذ بميزان الشرع يُحكم على نفع الأشياء أو ضررها(٢). وقد صدر عن المجمع الفقهي الإسلامي قراراً حول الآلات التي يتم اختراعها، حيث جاء فيه:" إن كل أداة حديثة وصل إليها الإنسان بما علّمه الله، وسخّر له من وسائل؛ إذا كانت تخدم غرضاً شرعياً أو واجباً من واجبات الإسلام، وتحقق فيما لا يتحقق من دونها، تصبح مطلوبة بقدر درجة

---

(١) رواه ابن ماجه في ،كتاب الأحكام،(٢/ ٧٨٥)، رقم(٢٣٤٢)،و قال الشيخ الألباني : حسن".

(٢) قيل:الضرر: أن يدخل على غيره ضررًا، بما ينتفع هو به، والضرار: أن يدخل على غيره ضررًا، بما لا ينتفع هو به ، كمن منع ما لا يضره، ويتضرر به الممنوع". القاعدة الذهبية لا ضرر ولا ضرار:ابن رجب الحنبلي، (ص: ٣٨).

الأمر الذي تخدمه وتحققه من المطالب الشرعية، وفقاً للقاعدة الأصولية: ما يتوقف على الواجب فهو واجب." [١]

٢- أن تكون الخدمة معلومة للعاقدين علماً نافياً للجهالة الفاحشة: بأن تكون معينة معروفة للعاقدين ؛ للنهي الوارد في السنة عن بيع الغرر وعن بيع المجهول [٢].والعلم يتحقق إما بالإشارة إليه إذا كان موجودًا، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه، ورؤية بعضه كافية إذا كانت أجزاؤه متماثلة، أو بالوصف المانع للجهالة الفاحشة، وذلك ببيان الجنس والنوع والمقدار، كأن يكون المبيع حديدا من الصلب أو الفولاذ من حجم معين.فلا يصح التصرف بالمجهول جهالة فاحشة: وهي التي تفضي إلى المنازعة ،ويكون العقد فاسدا عند الحنفية، باطلا عند غير الحنفية، وتغتفر الجهالة اليسيرة، وهي التي لا تؤدي إلى المنازعة ويتسامح الناس فيها عادة. [٣]

٣- ألاَّ تكون مشتملة على غرر: لنهيه -ﷺ-عن بيع الغرر[٤] والغرر هو الخطر[٥]، قال الخطابي:"والغرر :هو ما طوي عنك علمه وخفى عليك باطنه

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥/ ٢٠٠٤).

(٢) وردت أحاديث كثيرة في النهي عن بيع الغرر،منها ما روي عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: "نهى رسول الله -ﷺ- عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر".رواه مسلم في صحيحه،كتاب البيوع (١١٥٣/٣) ،رقم (١٥١٣).

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي(٢٦/ ١٣، ٤٩)؛ البدائع للكاساني(١٥٨/٥)، الشرح الكبير للدردير(١٠٦/٣)؛ القوانين الفقهية لابن جزيء(ص: ٢٦٩)، مغني المحتاج للخطيب الشربيني(٢١٦/٢)؛المهذب للشيرازي(١/ ٢٦٣/ ٢٦٦)؛ المغني لابن قدامة،(٤/ ٢٠٩)؛ غاية المنتهى للرحيباني(١١/ ٢، ٣٣٢) وما بعدها.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) الصحاح للجوهري ،مادة (غرر)(٧٦٨/٢) .

وسره وهو مأخوذ من قولك طويت الثوب على غره أي على كسره الأول وكل بيع كان المقصود منه مجهولاً غير معلوم ومعجوزاً عنه غير مقدور عليه فهو غرر [١]. قال النووي:"النهي عن بيع الغرر أصل عظيم من أصول كتاب البيوع ،ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كبيع الآبق والمعدوم والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه ،وما لم يتم ملك البائع عليه ،...، ونظائر ذلك، وكل ذلك بيعه باطل؛ لأنه غرر من غير حاجة ،ومعنى الغرر الخطر والغرور والخداع[٢].

وإنما نهى الرسول -ﷺ- عن هذه البيوع تحصيناً للأموال أن تضيع وقطعاً للخصومة والنزاع أن يقعا بين الناس فيها[٣].

قال العلماء :ومدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده هو أنه إن دعت حاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة وكان الغرر حقيرا جاز البيع وإلا فلا [٤].

٤- ألاَّ يرتبط الحصول على الخدمة الوفاء بالتزام ربوي زائد على أصل القرض إذا كانت طريقة سداد ثمنها بالقرض،أواقترن بالعقد تحصيل زيادة عند تأخر المستفيد في دفع قيمة الاشتراك ؛لأن الزيادة على أصل القرض بدون مقابل ربا محرم شرعاً،فإذا تضمن العقد مثل هذا الشرط وجب الغاؤه.

وقد قيل في مثل هذا الشأن بشأن بطاقة الائتمان:إن حامل البطاقة إذا اتخذ من الاحتياطات ما يكفل عدم تطبيق هذا الشرط المحرم عليه، فلا بأس من

(١) معالم السنن للخطابي (٣/ ٨٨).
(٢) شرح النووي على مسلم (١٠/١٥٦) .
(٣) معالم السنن للخطابي(٣/٦٧٢) .
(٤) شرح النووي على مسلم (١٠/ ١٥٦).

الاستفادة من البطاقة وتوقيعه على اتفاقيتها بالرغم من هذا الشرط، لأنه في معرض الإلغاء شرعا، وهو مستنكر ومعمول على استبعاد مفعوله.

والدليل الشرعي لهذا قول النبي -ﷺ-، المروي في الصحيحين لعائشة- رضي الله عنها- في أمر بريرة -رضي الله عنها-: "خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق" (١)، وفي رواية: "اشتريها وأعتقيها واشترطي لهم الولاء)) (٢).قال شراح الحديث:"معناه: لا تبالي لأن اشتراطهم مخالف للحق فلا يكون ذلك للإباحة، بل المقصود الإهانة وعدم المبالاة بالاشتراط وإن وجوده كعدمه"(٣).

هذا من حيث المستخدم، أما من جهة المشترط فإن اشتراطه فوائد التأخير حرام باتفاق، وهو من ربا الجاهلية، وهو ما يدعى قاعدة:" أَنظِرْني أزِدْك" (٤) عن قتادة «أن ربا الجاهلية، يبيع الرجل البيع إلى أجل مسمى، فإذا حل الأجل ولم يكن عند صاحبه قضاء زاده وأخر عنه» (٥) .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ،كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل (٢/٧٥٩)، رقم(٢٠٦٠).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ،كتاب البيوع ، باب بيع المكاتب إذا رضي (٢/ ٧٥٩) رقم((٢٤٢٥)

(٣) سبل السلام شرح بلوغ المرام، عز الدين الصنعاني(٢/ ١١).

(٤) بطَاقَة الائتمان وتَكييفها الشَّرعي، د/عبد الستار أبو غدة ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ١٣٣٦).

(٥) ينظر: تفسير الطبري (٧/ ٢٠٤)؛ تفسير ابن كثير(١/ ٥٥٤).

تفريعاً على ما تقدم يتضح جلياً أنه لامانع شرعا من العقد على خدمات الهاتف المحمول ،بالأوصاف المذكورة ،خاصة وأن الأخذ بهذه التقنية أصبح واجباً لتسيير المصالح ،وأنه فتح بابا من أبواب التيسير وحسن التسيير،والله أعلم.

المطلب الثالث

موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بالمقارنة بين الرأي القانوني في مسألة الهاتف المحمول وبين الرأي الفقهي يظهر بجلاء أن الإسلام لايقف موقف العزلة من كل تقنية جديدة نافعة ،بل يحض عليها ،وقد يأمر بها ،ويجعل طلبها من باب الضروريات التي لا يتصور تسيير الحياة بمرونة ويسر بدونها.

أما العقد على خدمات الهاتف المحمول فإن الرأي الفقهي كان المصدر الأساس لكثير من القوانين التي ناقشت هذه المسألة ،وتشابه الحكم فيها مع ما انتهى إليه الحكم الفقهي ،ومن ذلك نص المادة(٥٠) من القانون المدني الكويتي ونصها: " يسري على التعاقد بطريق الهاتف أو بأي طريق مشابه حكم التعاقد في مجلس العقد بالنسبة إلى تمامه وزمان إبرامه، ويسري عليه حكم التعاقد بالمراسلة بالنسبة إلى مكان حصوله " وفسرتها المذكرة الإيضاحية بقولها:"الصورة الثالثة من صور التعاقد هي تلك التي يتم فيها التعاقد بطريق الهاتف أو أي طريق آخر مشابه، وسمة التعاقد بالهاتف أو ما يشبهه أن يتم بين شخصين غائبين أحدهما عن الآخر مكانًا، ولكنهما في حكم الحاضرين كلامًا، حيث إن كلًّا منهما يسمع عبارة الآخر فور إبدائها منها ومن أجل ذلك يعطي المشرع التعاقد الذي يتم على هذه الصورة حكم التعاقد بين الغائبين أي التعاقد بالمراسلة بالنسبة إلى مكان انعقاد العقد حيث يتحدد هذا المكان بذاك الذي يتكلم منه الموجب ويعطيه حكم التعاقد بين الحاضرين أو التعاقد في مجلس العقد بالنسبة إلى كيفية تمام العقد وزمان انعقاده. إذ إنه من الممكن اعتبار التعاقد

بالهاتف في خصوص تمام إبرامه وزمانه في حكم التعاقد الحاصل في مجلس العقد" [1] .

ومن هذا العرض نرى أن ما انتهى إليه القانون في اعتبار التعاقد عن طريق الهاتف في حكم التعاقد بين الحاضرين في انعقاد العقد وترتب آثاره عليه صحيح ومطابق للنظر الفقهي السديد. والله أعلم

(١)المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، (ص٦٦)،وينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٦٢٦)

المبحث الثاني

طبيعة عقد خدمة الهاتف المحمول قانونا وفقهاً

وفيه ثلاثة مطالب :

- **المطلب الأول:** طبيعة عقد خدمة الهاتف المحمول قانونا.
- **المطلب الثاني:** طبيعة عقد خدمة الهاتف المحمول فقها.
- **المطلب الثالث:** موازنة بين الفقه والقانون الوضعي

المطلب الأول

طبيعة عقد خدمة الهاتف المحمول قانونا

وجد في هذا الصدد أكثر من اتجاه في بيان طبيعة عقد خدمات الهاتف المحمول،أذكر بعضها:

الاتجاه الأول:

يصف البعض عقد خدمات الهاتف المحمول بأنه عقد من عقود الاشتراك ،شأنه شأن عقد الاشتراك في خدمات الانترنت ، وعقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية وغيرها من العقود الأخرى(١) .

الاتجاه الثاني:

يصف البعض عقد خدمات الهاتف المحمول بأنه عقد بيع خدمات،ويعرف عقد بيع الخدمات بأنه :" العقد الذي ينقل بمقتضاه البائع إلى المشتري خدمة تستهلك بمجرد أن وضعت تحت تصرف الأخير ، ومنها بيع الطاقة من خلال التيار الكهربائي ،بيع خدمة المشاهدة عبر القنوات الفضائية ، بيع خدمات الاتصالات عن طريق شبكات الهواتف السلكية واللاسلكية" (٢) .

كما يرى أصحاب هذا الرأي ،أن أحكام عقد البيع يمكن تطبيقها على عقد الخدمات،فليس هناك اختلاف بين عقد الخدمات وعقد البيع التقليدي سوى تبادل شيء غير مادي أي خدمة في الأول مقابل مبلغ من النقود ، كما أن البيع في عقد الخدمات لا يعني نقل الملكية بالمعنى التقليدي لنقل ملكية الأشياء

---

(١) ينظر: عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكتروني، د. فاروق الاباصيري (ص:٥)، خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها ، د. محمد سامي عبد الصادق (ص:٥٩).

(٢) ينظر: عقد البيع والمقايضة،د/ توفيق حسن فرج ،(ص:٢٨).

المادية ،لأنه ينصب على بيع خدمة تستهلك عندما توضع تحت تصرف المشتري وأن هذا الامر لا يؤثر على وصفها بالبيع طالما أن هذه الخدمة لها آثارها على المستهلك ، فالمهم في الامر أن تكون بصدد قيمة تقدر بمال [١] .

إلا أن جانباً [٢] من الفقه ،يذهب الى عدم إمكان إطلاق وصف البيع على العلاقة التعاقدية بين مورد الخدمة والمشترك للأسباب الآتية:

١- أن عقد البيع هو عقد فوري التنفيذ في الأصل،فلا يعد الزمن عنصراً جوهرياً فيه، في حين أن عقد خدمات الهاتف المحمول هو من العقود المستمرة التي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه.

٢- الالتزامات الواقعة على الطرفين في عقد خدمات الهاتف المحمول، قد تستمر أي ما بعد إبرام العقد وتنفيذه ، وانتهاء الرابطة العقدية بين الطرفين وخاصة تلك الخاصة بعدم إفشاء المكالمات والمراسلات، وهذا الأمر لا وجود له في عقد البيع ، إذ تنتهي العلاقة بين البائع والمشتري بمجرد التنفيذ.

٣- لا يمكن أن نتصور تسليماً مادياً لخدمات الهاتف المحمول ، في حين أن من أهم التزامات البائع في عقد البيع هو التزامه بتسليم المبيع. [٣]

---

(١) ينظر:خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها، د. محمد سامي عبد الصادق (ص:٦٧)وما بعدها، نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية د. أحمد محمود سعد(ص٢٩٩).

(٢) ينظر:خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها، د. محمد سامي عبد الصادق(ص:٦٧)وما بعدها.

(٣) ينظر:شرح القانون المدني(الحقوق العينية الاصلية) (ج:١) ، د. محمد كامل مرسي ، (ص:٢٤٦ وما بعدها، شرح أحكام عقدي البيع والايجار، د. علي هادي العبيدي، (ص:١٨) ،الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات (المقاولة، البيع ، الايجار)، د. مدحت محمد عبد العال،(ص:٩٢).

الاتجاه الثالث:

يذهب جانب من الفقه إلى محاولة التقريب بين عقد خدمات الهاتف المحمول وعقد الايجار، حيث بادر جانب من الفقه الفرنسي،إلى القول أنه يمكن تطبيق احكام عقد الايجار أو أن تكون الخدمات محلاً لهذا العقد ، واستند اصحاب هذا الاتجاه في دعم وجهة نظرهم إلى القول بأن مورد الخدمة لا يقصد ولا يرغب بنقل كل حقوقه الواردة على الخدمات إلى متلقيها أو المستخدم لها وإنما هو يهدف فقط الى تمكينه من الانتفاع بها مقابل حصوله على مقابل مادي عن هذا الانتفاع، وأن هذا الامر يتطابق مع مفهوم عقد الايجار ، ويتفق معه بصفته عقد يلتزم به المؤجر من أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معلومة لقاء اجر معلوم[١].

ويرى جانب آخر من الفقه،أن عقد خدمات الهاتف المحمول هو أكثر انسجاماً مع أحكام عقد الإيجار ، إذ أن الطرف الأول في هذا العقد هو شركة الاتصالات التي تتعهد بتوفير الخدمة الى المشترك دون أن يؤدي ذلك الى انتقال ملكية هذه الخدمة بشكل نهائي الى المشترك ، وأن خدمات الاتصالات التي يقدمها مورد الخدمة للمشترك تبقى ملكيتها للمورد الذي له حق ايقافها في حالات معينة [٢].ويأتي هذا الرأي متفقاً مع نص المادة (٥٥٨) من القانون

(١) الوسيط في شرح القانون المدني العقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الايجار والعارية) د.عبد الرزاق السنهوري،(ص:٢٠٧-٦٢٧).

(٢) ينظر: عقود تجهيز خدمات الهاتف النقال د. سلام منعم مشعل (ص١٥٨).

المدني المصري والتي تنص على أنه:" تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور"[١].

الاتجاه الرابع:

هناك اتجاه في القانون بأنه عقد توريد خدمات :ويعرف عقد توريد الخدمات بأنه:"التعهد الذي يلتزم بموجبه شخص بتجهيز آخر ببعض الأموال المنقولة على دفعات متتالية خلال مدة معينة لقاء ثمن أو أجرة متفق عليها بحسب ما إذا كان تسليم الأموال على سبيل البيع أو الإجارة"[٢]،وعرفه آخرون بأنه:"عقد يلتزم شخص بمقتضاه بأن يقدم أشياء بصفة دورية أو مستمرة لمصلحة شخص آخر" [٣].

(١) الوسيط في شرح القانون المدني العقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الايجار والعارية) د.عبد الرزاق السنهوري (ص:٦٢٧).

(٢) ينظر: محاضرات في القانون التجاري والبحري د. مصطفى كمال طه (ص:٧٠).

(٣) ينظر: محاضرات في القانون التجاري والبحري د. مصطفى كمال طه المرجع السابق،نفسه؛التنظيم القانوني لعقد الهاتف المحمول ،أ/حوراء علي حسين ، ،(ص:٣١٣)،التنظيم القانوني للاتصالات في مصر والدول العربية، (ص:١٦).

المطلب الثاني

طبيعة عقد خدمة الهاتف المحمول فقهاً

بالنظر في التكييف القانوني لطبيعة عقد خدمات الهاتف المحمول يظهر أن أولى هذه الآراء بالقبول أنه عقد توريد خدمات ،شأنه شأن عقد توريد خدمة الكهرباء،والماء والغاز وخدمات التليفون ،وأن الخدمة التي ورد العقد عليها هي خدمة الاتصالات اللاسلكية المتنقلة ،ومن ثم فإن الشركة المقدمة لهذه الخدمة تقوم بتوريد خدمة الاتصالات اللاسلكية المتنقلة للمشترك ،وذلك طبقاً للقواعد والأنظمة القانونية ،مقابل التزام الشركة بتوريد هذه الخدمة للمشتركين وهو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد أو من طبيعة الالتزام يتعلق بتحقيق غاية أو نتيجة .

وعقد التوريد من العقود الجائزة شرعا ،متى توافرت ضوابطها وشروطها [1]،وهي وإن كانت متعددة إلا أن أقربها إلى العقد محل البحث هي العقود التي تُعقد لأجل توريد خدمات الماء والكهرباء والغاز والهاتف، ويُلاحظ في هذه العقود أن أحد طرفي العقد وهي الجهة المقدمة للخدمات تقف موقف القوي المستغني، بينما يقف الطرف الآخر موقف المذعن المحتاج الذي تُملى عليه الشروط [2].

وعقود التوريد هذه تشبه عقد البيع، وتشبه بيع السلم من جهة اشتراط تحديد أوصاف المعقود عليه، والقدرة على تسليمه، وتحديد مواعيد التسليم، إلا

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام،الشيخ، مصطفى أحمد الزرقا، ط العاشرة ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٨م، مطبعة طربين – دمشق،(٢/٧١٠).

(٢) ينظر: عقد التوريد (دراسة شرعية د/عبدالله بن محمد المطلق،(ص:٣١). عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة،د/أحمد ذياب شويدح ، (ص: ٤).

أن بعض العلماء[١]يشبهها بصور فقهية بحثها الفقهاء المتقدمون كبيع موصوف في الذمة غير معين على غير وجه السلم، وكالشراء المستمر، والجمع بين البيع والإجارة، وبيع ما يتكرر قطفه، ولا يعلم أحداً من العلماء يرى أن عقود التوريد من بيع السلم [٢].

ونظراً لكون البدلين– المبيع والثمن – يتأجلان في عقود التوريد إلى آجال محدودة ومعلومة شبهها البعض بعقد الاستصناع ، وتحديداً بمفهومه عند صاحبي أبي حنيفة إذ أجازوا فيه عدم تعجيل الثمن خلافاً للسلم، كما أنهما اعتبراه عقداً جائزاً غير لازم مع عدم ذكر الأجل، ولازماً بتحديده،كما ذكر فقهاء الحنفية [٣].

اعتراض وجوابه:

١– قد يقال إن عقود التوريد من عقود الغرر، لأن البدلين أو أحدهما قد يتم تأجيله ،يقول صاحب الإقناع:" لأن في السلم غرراً فلا يضم إليه غرر تأخير رأس المال"[٤].

ويفسر زيادة الغرر في تأجيل البدلين بأنه جاء نتيجة لنظرة العلماء إلى البدلين، فرأوا زيادة في الغرر، ويشير لو أنهم نظروا إلى المتعاقدين لما تصوروا وجود زيادة في الغرر، ولكان المتعاقدان متساويين في تحمل المخاطرة؛

(١) ينظر: عقد التوريد (دراسة شرعية)، ب د/عبدالله بن محمد المطلق، (ص:٣١).

(٢) ينظر: مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة،د/ رفيق يونس المصري،(ص:٢٠٧) وما بعدها.

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي ،(١٣٩/١٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥/ ٢)؛ مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة،د/ رفيق يونس المصري،(ص:٢٢١).

(٤) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، للخطيب الشربيني (٢٩٦/٢).

لأن الغرر لا يُنظر إليه من حيث ذاته، وإنما يُنظر إليه من حيث أثره على المتعاقد، وبالتالي فلا فرق في الغرر الناتج عن تأجيل أحد البدلين وبين الغرر الناتج عن تأجيل كليهما [١].

وأجيب عن هذا بأن الغرر موجود وقد يدخل في الغرر غير المؤثر إذا دعت الحاجة إلى مثل هذه العقود [٢]؛لأن الحاجة تُنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة [٣].

ومع اختلاف العلماء المعاصرين بشأن مسألة توافر الغرر في عقود التوريد إلا أن أرجح هذه الأقوال هو عدم توافره؛لأن تأجيل البدلين في عقود التوريد لا غرر فيه؛ لأن المبيع مقسط على آجال معلومة، والثمن أيضاً محدد ومقسط على آجال معلومة، والغرر المنهي عنه هو ما تردد المعقود عليه بين الوجود والعدم [٤].

ويمكن أن يحمل على نفي الغرر المنهي عنه، وهو ما كان كثيراً، حيث إن ما يُراد توريده محدد بأوصاف معينة وبكميات محددة ومعلومة، وهو إما أن يكون موجوداً ومتوفراً حال العقد، وإما أن يتوفر أو يوجد وقت استحقاقه، ومن ثَم فغرره قليل لا يؤثر في صحة العقد، وكذلك الأمر بالنسبة للثمن فإنه يكون

---

(١) ينظر: مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة،د/ رفيق يونس المصري،(ص:٢٢١).

(٢) ينظر: د/يوسف الضرير، بحث منشور له ،منظمة المؤتمر الإسلامي، ١٩٩٦: العدد التاسع ٣٢٩/٢ وما بعدها) عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ،د/أحمد ذياب شويدح (ص: ٧).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر ،للسيوطي (ص:٨٠).

(٤) ينظر:: المناقصات عقد الاحتياط ودفع التهمة، حسن الجواهري،(ص:٢٦٢)،عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ،د/أحمد ذياب شويدح (ص: ٨).

معلوماً قدراً وصفة وأجلاً، وعلى فرض وجود غرر في عقود التوريد ولو كان كثيراً فإن الحاجة باتت ماسة وعامة فتُنزل منزلة الضرورة، مما يجعل هذا الغرر مغتفراً وغير مانع من صحة هذه العقود [١].

١- قد يقال إن عقد توريد الخدمات من قبيل بيع الدين بالدين ،بناءً على تأجيل البدلين، خاصة وأنه بعد إبرام عقد التوريد لا يتم تعجيل البدلين أو أحدهما، بل يُؤجل كل من المبيع والثمن [٢]،وقد "نهى رسول الله - ﷺ- عن بيع الكالئ بالكالئ"[٣] ،ونقل ابن المنذر الإجماع على عدم جواز بيع الدين بالدين[٤].

وبناءً على هذا النهي الوارد ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى القول بأن العقود التي يتم فيها بيع العين الموصوفة الموجودة سواء في بلد المتعاقدين أو في غير بلدهما لا يشترط فيها تسليم الثمن، أما العقود التي يكون المبيع فيها موصوفاً في الذمة أو مسلماً فيه فإنه يشترط فيها تسليم الثمن في مجلس العقد؛ لئلا يتعلق البدلان في الذمة، إذ يدخل ذلك في بيع الدين بالدين المنهي عنه في الحديث المشهور. [٥].

---

(١) ينظر:عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ،د/أحمد ذياب شويدح (ص: ٨).

(٢) ينظر:المرجع السابق، (ص: ٨).

٣) أخرجه عبدالرزاق في المصنف (٨/ ٩٠)؛والدارقطني في سننه، (٣/ ٧٢،٧١)؛ والحاكم في المستدرك (٢/ ٦٥،٦٦).

(٤) الإجماع لابن المنذر(ص:٩٢)

(٥) ينظر:عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ،د/أحمد ذياب شويدح (ص: ٨).

ونوقش هذا التخريج بأكثر من وجه، منها:

١- أن حديث الكالئ بالكالئ حديث ضعيف، فقد ذكر ابن حجر أن الحاكم صححه على شرط مسلم، ووهم؛ لأن راويه موسى بن عبيدة الربذي لا موسى بن عقبة، وأن ابن حنبل لا تحل عنده الرواية عنه، ولا يعرف هذا الحديث عن غيره، وأنه ليس في هذا حديث يصح، ونقل عن الشافعي أن أهل الحديث يوهنون هذا الحديث، وأن الدارقطني جزم في العلل بأن موسى بن عبيدة تفرد به [١].

٢- أن دعوى الإجماع على تحريم بيع الدين بالدين لم تثبت، فإن ابن القيم قال: "إن بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام، ولا إجماع، وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ هو المؤخر الذي لم يقبض، كما لو أسلم شيئا في شيء في الذمة وكلاهما مؤخر فهذا لا يجوز بالاتفاق، وهو بيع كالئ بكالئ" [٢].وفسر الإمام مالك الكالئ بالكالئ بـ :"أن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر[٣].

٣- وأما القول بأن في تأجيل البدلين انشغال ذمة كل من المتعاقدين من غير فائدة فليس مسلماً؛ إذ لو كان كذلك لما تعاقد بذلك أحد، وقد يكون للمتعاقدين غرض سليم في تأجيل البدلين[٤].

---

(١) ينظر:فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني (٣/٢٦).

(٢) ينظر:إعلام الموقعين لابن القيم (٨/٢)

(٣) المدونة الكبرى، للإمام مالك (٤/ ٣٥).

(٤) الأسواق المالية ،د/ محمد القري بن عيد ،(٢/٣٣٣) عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة (ص: ١٠)؛عقد الاستصناع،وعلاقته بالعقود الجائزة، د/محمد رأفت سعيد،مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٧/ ١١٢٤).

وخلاصة ما تقدم أن الغرر في عقد توريد الخدمات من الغرر اليسير ،وهو غير مؤثر في صحة العقد،وأن العقد في ذاته لا إشكال فيه ،وله مخرج واسع في الفقه المالكي،فهو من قبيل بيع الصفة التي يتأجل فيها البدلان،،أو أن هذا العقد من باب الشراء من دائم العمل ،جاء في مواهب الجليل ما نصه:" والشراء من دائم العمل كالخباز، وهو بيع وإن لم يدم فسلم"كالخباز واللحام بيعاً، ويسمى بيعة أهل المدينة، فقد كان أحدهم يبتاع اللحم بسعر معلوم، يأخذ كل يوم شيئاً معلوماً، ويشرع في الأخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء وكذلك كل ما يباع في الأسواق، ولا يكون إلا بأمر معلوم يسمي ما يأخذ كل يوم، ولم يكن يُعتبر ذلك من باب بيع الدين الدين [1]،وفي حاشية الدسوقي:"ويجوز الشراء من دائم العمل بثمن معجل أو مؤجل، ويخالف بذلك السلم؛ لعدم اشتراط تعجيل الثمن وتأجيل المثمن، فهو بيع لأن البيع لا يشترط فيه واحد من الأمرين [2].والشراء من دائم العمل له صورتان:

١- أن يتعاقد معه على أنه يأخذ كل يوم بعشرة دراهم خبزاً مثلاً، ويثبت لكل منهما الفسخ.

٢- أن يأخذ جملة منه يفرقها على أيام وليس لأحدهما الفسخ في هذه الصورة [3].

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب (٥٨٣/٤)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢١٦/٣).

(٢)حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢١٦/٣).

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢١٦/٣)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، (٢٦٣/٢).

أما الشراء المستمر كشراء لبن الغنم شهراً، فقد رُوي عن الحسن البصري قوله بجوازه[١]، وسُئل الإمام مالك: "أرأيت إن اشتريت لبن عشر شياه بأعيانها في أبان لبنها، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم ذلك جائز إذا سمى شهراً أو شهرين أو ثلاثة، وكان قد عرف وجه حلابها فلا بأس به"[٢].

وتفريعاً على ما تقدم يمكن القول بأن عقد خدمات الهاتف المحمول صورة معاصرة من صور الشراء المستمر أو من دائم العمل أحد التي هي صورة عقود التوريد المعاصرة.

(١) ينظر: المجموع شرح المهذب،(٣٠٩/٩).

(٢) ينظر: المدونة الكبرى، (٢٩٦/١٠).

المطلب الثالث

موازنة بين الفقه والقانون

بالمقارنة بين القانون والفقه بشأن الطبيعة الفقهية والنظامية لعقد خدمات الهاتف المحمول،يظهر جليًّا أن هذا العقد أقرب إلى عقد توريد الخدمات ،سيما وأن تصنيف العقد بأنه عقد تأجير خدمات لم يسلم من النقد، فعلى الرغم من وجود خصائص مشتركة بين عقد خدمات الهاتف المحمول وعقد الايجار،ودعم عدد من الآراء الفقهية لفكرة إيجار الخدمات ، إلاَّ أنه لا يمكن التسليم بهذه الفكرة للأسباب التالية:

١- توجد التزامات جوهرية تترتب على عقد الايجار يصعب تنفيذها في العلاقة بين مورد الخدمة والمشترك في عقد خدمات الهاتف المحمول ومنها الالتزام بتسليم المأجور الذي يقع على عاتق المؤجر في عقد الايجار، فمن غير الممكن أن يفرض على مورد الخدمة التزاماً بتسليم خدمات الاتصالات إلى المشترك تسليماً حقيقياً. (١).

٢- الأجرة في عقد الايجار يمكن أن تكون من النقود ، ويمكن أن تكون أي مال آخر ،كجزء من محصول أو الانتفاع بشيء ، مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة أو تكون بشكل تحسينات يدخلها المستأجر على هذه العين، وقد تكون بضاعة في حين أنه في عقد خدمات الهاتف المحمول ، يكون المقابل أو البدل الذي يلتزم المشترك بدفعه هو مقابل مالي وهو مبلغ من النقود ، كذلك بالنسبة للأجرة قد يغفل المتعاقدان عن الاتفاق على الاجرة في عقد الايجار أو يساء

(١) ينظر:خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها، د. محمد سامي عبد الصادق(ص: ٧٠).

تقديرها أو يتعذر إثباتها ، فتكون الأجرة هي أجرة المثل"[١]،وهذا الامر لا وجود له في عقد خدمات الهاتف المحمول [٢].

ويتفق هذا التكييف مع أهم خاصية من خصائص العقد وهي أنه عقد من عقود المدة، فالالتزام بتقديم الخدمة يعد التزاماً مستمراً ، ذلك لان عقد توريد الخدمة ، هو عقد متتابع في التنفيذ ، اذ يستغرق مدة زمنية لتنفيذه. [٣].

أي أن تقديم الخدمات قد يكون بصورة دورية وعلى أوقات أو بصورة مستمرة ، وفي الحالتين يستغرق تنفيذها مدة من الزمن .

وعليه فإن عقد خدمات الهاتف المحمول ، يُعد من العقود الزمنية مستمرة التنفيذ ، فالعقد لا ينتهي بمجرد أول تنفيذ له ، وانما يلتزم مورد الخدمة بتوريد خدمة الاتصالات للمشترك بصورة متتابعة طالما كان المشترك مستمراً بتنفيذ بنود العقد المبرم بينهما ، ومنها التزامه بدفع المقابل النقدي.

(١)الوسيط في شرح القانون المدني العقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الايجار والعارية) د.عبد الرزاق السنهوري (ص:٦٢٧)،وما بعدها؛ القانون التجاري،د/سميحة القليوبي،(٩٣/١).

(٢) ينظر:خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها، د. محمد سامي عبد الصادق،(م.س)(ص:٧٠).

(٣) ينظر: التعاقد الالكتروني عبر الانترنت ،د. محمد امين الرومي ،(ص١٢٥).

المبحث الثالث
التزامات طرفي عقد خدمات الهاتف المحمول
والآثار المترتبة على الإخلال بها

وفيه مطلبان:

* **المطلب الأول**:التزامات طرفي عقد خدمات الهاتف المحمول نظاماً وفقهاً.
* **المطلب الثاني**: الآثار المترتبة على الإخلال بالمسؤولية العقدية نظاماً وفقهاً.

المطلب الأول

التزامات طرفي عقد خدمات الهاتف المحمول قانونا وفقها

من الثابت أن القواعد العامة تقضي بوجوب تنفيذ كل عاقد لالتزامه في إطار مبدأ حسن النية ،ومن ثم فإن المسؤولية العقدية لاتنشأ إلا إذا أخل أحد العاقدين بالتزاماته،بحيث يسأل المدين عن تعويض الدائن المضرور إذا أخل بالتزام ولم يكن في الإمكان إجباره على تنفيذ التزامه ،وكذلك الحال إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.وحتى تتم الفائدة يمكن تقسيم هذا المبحث إلى فروع ثلاثة:

الفرع الأول

التزامات طرفي العقد قانوناً

أولا: التزامات المستخدم :

طبقاً للقواعد العامة والشروط المنصوص عليها في العقد يلتزم المستخدم أو المشترك بمايلي:

الالتزام الأول: الالتزام بدفع الاشتراك المالي ،وذلك بناء على أن عقد خدمات الهاتف المحمول من عقود المعاوضة ،ويتم ذلك بموجب طريقتين:

الأولى: الدفع المسبق من جانب المشترك : وبموجب هذه الطريقة يقوم المشترك بتعبئته ، إذ تقوم شركات (الهاتف النقال) بإصداره لغرض بيعه ، ومن خلال هذه العملة يحول المقابل المال إلى حساب مقدم الخدمة ويصرف حسب استخدام المشترك ويمكن أن تسمى هذه الطريقة بالدفع الالكتروني ،وأن هذه الطريقة تكون أكثر كلفة من طريقة الدفع اللاحق ولكنها تساعد المشترك على عدم المخاطرة بإجراء مكالمات كثيرة قد يجد المشترك صعوبة في

تسديدها.ويلاحظ أن طريق الدفع المسبق هي الطريقة المستخدمة عند أغلب المشتركين في الدول العربية.

الثانية :الدفع اللاحق: وتتم هذه الطريقة من خلال الدفع بشكل مباشر من قبل المشترك إلى شركة الاتصالات ، من خلال الذهاب إلى فروع الشركة ، ويتم الدفع بالطريقة العادية وبالنقود السائلة ، وتكون الاتصالات التي يجريها المشترك أقل كلفة مع وجود مبلغ اشتراك شهري محدد يلتزم المشترك بدفعه إلى شركات (الهاتف النقال) والتي هي بدورها تقدم له [1].

هذا الالتزام ورد النص عليه في نظام الاتصالات السعودي ،فنصت المادة السادسة :يتم استحمال مقابل مالي لصالح الخزينة العامة نظير تقديم الخدمات تجاريا، وإصدار الترخيص للمشتغلين والسماح لهم باستخدام الترددات بموجب قرار يصدر من مجلس الوزراء".

ونصت المادة السابعة :تضع الهيئة الأسس والقواعد الخاصة بتحديد المقابل المالي لخدمة الاتصالات بالقدر الذي يقتضيه وضع المنافسة ،وتبين اللائحة الضوابط اللازمة لذلك".[2].

الالتزام الثاني:احترام الغرض من التعاقد:الغرض الأساسي الذي يتم التعاقد من أجله هو أن يتمكن المشترك من الوصول إلى الشبكة ،ويجب أن يلتزم المشترك بهذا الغرض من التعاقد ، وأن يكون استخدام الاتصالات بشكل

(١) ينظر: عقد الاشتراك في قواعد المعاملات الالكتروني،د/فاروق الأباصيري (ص:١٢٦) أ/حوراء علي حسين ،مجلة رسالة الحقوق كلية القانون،كربلاء،العدد الأول السنة السابعة ،٢٠١٥م،(ص:٣١٣)،

(٢) نظام الاتصالات الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٢بتاريخ (١٤٢٢/٣/١٢ه ،قرار مجلس الوزراء رقم ٧٤ بتاريخ ١٤٢٢/٣/٥هـ.

مشروع ليتمكن بعد ذلك من الحصول على خدمات الاتصالات التي يريدها ، والتي قد تقتصر على إجراء المكالمات والمراسلات والوصول إلى الشبكة أو تمتد لتشمل بقية الخدمات الأخرى وذلك لتحقيق أهداف وأغراض مشروعة للمشترك ، دون أن يتسبب بأذى لمقدم الخدمة أو للغير وأن يستعمل وسائل الاتصال بشكل مشروع وأخلاقي وعد استعمالها لتحقيق أغراض غير مشروعة وغير قانونية وكذلك عدم إزعاج الآخرين سواء ، كارتكاب الجرائم مثلا بالاتصالات او بالرسائل غر المرغوب فيها [1].

ثانياً: التزامات مقدم الخدمة نظاماً:

أ. يلتزم مقدم الخدمة بصفة أساسية بتأمين اتصال المشترك بالشركة ،ويشمل هذا الالتزام بتأمين تقديم الأدوات والمعدات ومستلزمات تشغيل الخدمة ،كالكابلات والأسلاك وغيرها بهدف إرسال واستقبال الخدمات ،وتكون هذه الأجهزة والمعدات بمواصفات تجارية خاصة ،وهذه ما أكدت عليه جميع قوانين الاتصالات. [2].

ب. التزام مقدم الخدمة بالسرية والخصوصية :أي سرية البيانات والمعلومات الشخصية للمشترك ،وسرية وخصوصية المكالمات والمراسلات عبر وسائل الاتصالات المختلفة.

---

(١) ينظر: عقد الاشتراك في قواعد المعاملات الإلكتروني/فاروق الأباصيري، (ص:١٢٦) ، عقود خدمات المعلومات ، دراسة في القانون المصري والفرنسي،د/ محمد حسام محمود ١٩٩٤م،(٨٦)؛التنظيم القانوني لعقد الهاتف النقال، أ/حوراء علي حسين ،مجلة رسالة الحقوق (ص:٣١٣).

(٢) ينظر: المسؤولية الإلكترونية د/محمد حسين منصور ،(ص:١٠١)؛ التعاقد عبر تقنيات الاتصالات الحديثة ، د.سمير حامد عبد العزيز الجمال (ص:٢٦).

ويقصد بالبيانات الشخصية في خدمة الهاتف المحمول اسم المشترك وعنوانه وجميع البيانات ذات الطابع الشخصي.

ومقتضى ما تقدم أن شركة الاتصالات التي تقدم خدمات الهاتف المتحرك ملتزمة بحفظ المعلومات والبيانات الخاصة بالمشترك واتصالاته التي تكون في حيازتهم ،وعليها توفير الحماية الكافية لهم ،ولايجوز لمقدم الخدمة جمع أي معلومات أو استعمالها أو الاحتفاظ بها أو إعلانها عن أي مشترك إلا بموافقة أو وفقا لمايسمح به القانون.

الفرع الثاني

التزامات طرفي العقد فقهاً

أولا: التزامات المستفيد أو المشترك:

وأظهر هذه الالتزامات :التزام المستفيد بدفع قيمة الخدمة ،واستخدام الهاتف المحمول في الأغراض المشروعة حسب ما رود النص عليه في العقد وبيان ذلك كما يلي:

أ- <u>الالتزام الأول: الالتزام المسبق بدفع الاشتراك المالي</u>

توجب الشريعة الإسلامية على طرفي علاقة المعاوضة الوفاء بالالتزامات المترتبة على تحصيل المنفعة التي وقع العقد عليها ،خاصة وأن عقد خدمات الهاتف المحمول من عقود المعاوضة الرضائية الملزمة للجانبين .

ومن جانب آخر: فإن عقد خدمات الهاتف المحمول من العقود المحددة حيث يستطيع كل طرف من الأطراف المتعاقدة تحديد مقدار الالتزام الذي ينشئه العقد عليه مقابل الحق الذي سيكسبه كل طرف وقت تمام العقد ،وقد سبق ذكر ما قاله فقهاء المالكية بجواز الشراء من دائم العمل بثمن معجل أو مؤجل، ويخالف بذلك

السلم؛ لعدم اشتراط تعجيل الثمن وتأجيل المثمن، فهو بيع لأن البيع لا يشترط فيه واحد من الأمرين [١].

وعليه فمتى تم العقد وتوافرت شروطه وأركانه التزم المستفيد بدفع قيمة الخدمة كما تحددها الشركة .

ولا يحتج على ذلك بأن المستفيد لم يحصل على الخدمة بعد؛لأن المبيع في عقود التوريد إما أن يكون موجوداً عند المورد أو غير موجود عنده حال العقد ولكن يغلب على الظن وجوده وقت استحقاقه، كما أن المورد قد يكون منتجاً للمبيع، أو متاجراً به وقادراً على تسليمه؛ وهو مذهب كثير من العلماء المعاصرين ،ممن قالوا بأن عقود التوريد لا تدخل في النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، لقدرته على التسليم في الموعد المحدد ، لأن المورد لا يبرم عقد التوريد إلا وهو واثق بحصوله على المبيع وفق الالتزامات الواردة في العقد [٢].

والتزام المستفيد بدفع ثمن الخدمة يتخرج على كثير من الآيات القرآنية والنصوص الشرعية [٣]،التي توجب الوفاء بمقابل الحصول على الخدمة ،وقاعدة

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقي(م.س)،(٣/٢١٦)

(٢) ينظر: مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة،د/ رفيق يونس المصري، (م.س)،(ص:٢٢٢) وما بعدها؛بحث الشيخ محمد الصديق بن الأمين الضرير(من علماء السودان) ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،منظمة المؤتمر الإسلامي ١٩٩٦: العدد التاسع ٢/٣٣٠،٣٣١)

(٣) ومن هذه الآيات قوله تعالى:{قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ*قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ }سورة القصص ،الآيتان(٢٦-٢٧) وفيهما دلالة على أن عقد العمل قد يمتد إلى عدد من السنين

الغنم بالغرم [1]،التي أفاض الفقهاء في شرحها .

ويفسر الغرم بما يلزم المرء لقاء شيء، من مال أو نفس.ويفسر الغنم: بما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء [2].

وتخريج عقد خدمات الهاتف المحمول على عقد توريد الخدمات يلزم منه تسمية ثمن الخدمة التي يقوم بها المورد بمصطلح الأجر، وهذا لا يعترض عليه لغوياً أو منطقياً حيث هو من قبيل الأجر فعلاً، ولكن وجه الاعتراض يأتي من حيث اختلاف المفهوم الاقتصادي العام للأجر مع هذا المفهوم الخاص، فالأجر وفقاً للمفهوم العام الحديث مبلغ من النقود (أو ما يحل محلها) يستحقه العامل بالتعاقد مع صاحب عمل مقابل وقت محدد يقضيه للعمل لديه أو عمل محدد يؤديه من خلاله ولا يتحمل العامل بأية حال مسؤولية ما يقوم به من عمل، بل يتحمل

=باتفاق واضح وصريح بين الطرفين، وأن من علامات الصلاح بالنسبة للمستأجر أن لا يشق على الأجير وأن يحدد له أجره ويوفيه له في وقته.

وفي السنة المطهرة أحاديث كثيرة منها قول أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم عن رب العزة سبحانه وتعالى أنه قال: (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره)).أخرجه البخاري في صحيحه،كتاب البيوع ، باب إثم من باع حرا (٣/ ٨٣) ،رقم(٢٢٢٧).

(١) مجلة الأحكام العدلية (مادة ٨٧) مع شرح الأتاسي (١ / ٢٤٥)،ودليل هذه القاعدة حديث: " لا يغلق الرهن من صاحبه. . . ". أخرجه الدارقطني (٣ / ٣٣) من حديث سعيد بن المسيب مرسلا، وقال ابن حجر في التلخيص (٣ / ٣٦) : صحح أبو داود والبزار والدارقطني إرساله؛ شرح السنة للبغوي(٨ / ١٨٥).

(٢) ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ،د/محمد الزحيلي (١/ ٥٤٣).

ذلك صاحب العمل، فالأجر ثمن مضمون لخدمة يؤديها العامل بعقد قائم على التراضي بينه وبين صاحب العمل. (١).

ب- الالتزام الخاص باحترام الغرض من التعاقد :فهو التزام إسلامي أصيل ،يتخرج على الأصول الشرعية التي تمنع العاقد من استعمال المنفعة التي وقع العقد عليها على غير ما أعدت له ،سواء من الناحية الشرعية أو من الناحية النظامية ،وهذه المسألة نظير من استأجر حانوتاً في سوق البزازين مثلاً فليس له أن يتخذه للحدادة أو الطبخ أو نحو ذلك مما يؤذي جيرانه. (٢).

كما أنه يتخرج على موقف الإسلام من الحيل التي يعول عليها أحد العاقدين للوصل إلى أمر غير مشروع بناء على عقد مشروع ،قال ابن القيم : الحيلة هي نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب عليه بالعرف استعمالها من سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه ، بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة(٣) .

وقال محمد بن الحسن :" ما احتال به المسلم حتى يتخلص به من الحرام أو يتوصل به إلى الحلال فلا بأس به ، وما احتال به حتى يبطل حقاً أو يحق

(١) ينظر: الربط القياسي للأجور بالمستوى العام للأسعار،تحليل من منظور إسلامي لمشكلة الأجور،في ظل التضخم والعلاج المقترح،د. عبد الرحمن يسري أحمد (٨/ ١٥٥٦).

(٢) ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص: ١٣٦).

(٣) أعلام الموقعين لابن القيم(٣/٢٢٠)؛ ونحوه في الذريعة إلى مكارم الشريعة للأصفهاني (ص: ٣٦١).

باطلاً أو ليدخل به شبهة في حق فهو مكروه والمكروه عندنا إلى الحرام أقرب "[1] .

ومن نظائر هذه المسألة صفة الدار المستأجرة في يد المستأجر :فإنها تكون أمانة في يد المستأجر، فلا يضمن إلا بالتعدي أو المخالفة. وتوابع الدار كالمفتاح أمانة أيضا. وإن تلف شيء مما يحتاج إليه للتمكن من الانتفاع لا يضمنه. وإذا استأجر الدار على أن تتخذ للحدادة، فاستعملها للقصارة أو غيرها مما لا يزيد ضرره عادة عن الحدادة، فانهدم شيء من البناء، فلا ضمان عليه. أما إن استأجرها على أن يتخذها للسكنى، فاستعملها للحدادة أو القصارة، فانهدم شيء منها ضمن [2] .

ثانياً: التزامات مقدم الخدمة:

من الثابت أن المنفعة أو الخدمة في عقد خدمات الهاتف المحمول كما يقول العلماء لا تُستوفى جملة واحدة، وإنما تُستوفى تدريجياً([3]) ،والبدل الآخر المتمثل بالثمن فقد يكون معجلاً أو مؤجلاً.

ويشير ابن عابدين إلى أن المنفعة تحدث شيئاً فشيئاً، ثم يقول: "وشأن البدل أن يكون مقابلاً للمبدل، وحيث لا يمكن استيفاؤها حالاً لا يلزم بدلها حالاً

(١) فتح الباري لابن حجر(٣٤٧/١٢).

(٢) ينظر: الفتاوى الهندية (٤ / ٤٨١)، المهذب للشيرازي (١ / ٤٠٠)، كشاف القناع للبهوتي(٤ / ١٥، ١٦).

(٣) الهداية شرح بداية المبتدي، المرغيناني، المكتبة الإسلامية ،بيروت(٢٢٠/٣)،بدائع الصنائع،للكاساني (١٩٦/٣)؛ كشاف القناع عن متن الإقناع،للبهوتي، (٦٥/٤)؛ كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية،(٣٩٩/٢٩)؛ المحلى،لابن حزم، (١٨٤/٨).

إلا إذا شرطه ولو حكماً بأن عجله؛ لأنه صار ملتزماً له بنفسه حينئذ، وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد فصح" [1].

والتزام مقدم الخدمة بتأمين اتصال المشترك بالشركة أثر طبيعي للوفاء بالالتزام المنصوص عليه في العقد؛لما سبق ذكره من أن العقد عقد معاوضة ،وأنه ملزم للجانبين ،ومن ثم فلا يجوز شرعاً أن يمنع الخدمة عن المشترك أو المستفيد ؛لعموم الأدلة التي سبق ذكرها في التزامات المستفيد ،وعلى الأخص قول النبي -ﷺ-:" ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعط أجره " [2].

قال ابن حجر"قوله ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره هو في معنى من باع حرا وأكل ثمنه لأنه استوفى منفعته بغير عوض وكأنه أكلها ولأنه استخدمه بغير أجرة وكأنه استعبده"[3].

أما التزام مقدم الخدمة بالسرية والخصوصية: فهو التزام ديني أصلاً ،ينبع من النهي عن هتك الأسرار؛لعموم قوله تعالى:﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَحِيمٌ﴾[4].ومعنى الآية: خذوا ما ظهر ولا تتبعوا عورات المسلمين، أي لا يبحث أحدكم عن عيب أخيه حتى يطلع عليه بعد أن ستره الله [5].

---

(١) حاشية ابن عابدين(١٠/٦).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) فتح الباري لابن حجر (٤/ ٤١٨).

(٤) سورة الحجرات،الآية(١٢).

(٥) تفسير القرطبي (١٦/ ٣٣٣).

وفي الصحيحين عن أبي هريرة ﷺ- ، أن رسول الله -ﷺ - قال: «إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث، ولا تحسسوا، ولا تجسسوا، ولا تناجشوا، ولا تحاسدوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخوانا»(١).

قال العلماء: التحسس الاستماع لحديث القوم، والتجسس البحث عن العورات. وقيل: هو التفتيش عن بواطن الأمور وأكثر ما يقال في الشر. والجاسوس صاحب سر الشر. والناموس صاحب سر الخير.(٢).

عن أبي برزة الأسلمي-ﷺ- قال: قال رسول الله - ﷺ-:" يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه لا تغتابوا المسلمين ولا تتبعوا عوراتهم، فإن من اتبع عوراتهم يتبع الله عورته ومن يتبع الله عورته يفضحه في بيته ". (٣).

وقال عبد الرحمن بن عوف: حرست ليلة مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالمدينة إذ تبين لنا سراج في بيت بابه مجاف على قوم لهم أصوات مرتفعة ولغط، فقال عمر: هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف، وهم الآن شرب فما ترى!؟ قلت: أرى أنا قد أتينا ما نهى الله عنه، قال الله تعالى:" ولا تجسسوا" وقد تجسسنا، فانصرف عمر وتركهم (٤).

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، واللفظ له-كتاب الأدب، باب {يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم ولا تجسسوا} [الحجرات: ١٢] (٨/ ١٩) رقم(٦٠٦٦)،ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب تحريم الظن، والتجسس، والتنافس، والتناجش ونحوها (٤/ ١٩٨٥) رقم(٢٥٦٣).

(٢) شرح النووي على مسلم (١٦/ ١١٩).

(٣) قال المنذري في الترغيب والترهيب (٣/ ١٦٩) رقم(٣٥٢٩):"رواه أبو داود عن سعيد بن عبد الله بن جريج عنه،ورواه أبو يعلى بإسناد حسن من حديث البراء"سنن أبي داود،كتاب الأدب ،باب في الغيبة، (٤/ ٢٧٠) رقم(٤٨٨٠) وقال الألباني:"حسن صحيح".

(٤) تفسير القرطبي (١٦/ ٣٣٣).

لقد نهى الإسلام عن إفشاء الأسرار، قال النبي – ﷺ– في حديث جابر بن عبد الله –رضي الله عنهما– "إذا حدث الرجل بالحديث ثم التفت فهي أمانة" والأمانة لا يجوز إضاعتها بإفشائها وإشاعتها، قال الله تعالى: }يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله الرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون{ (الأنفال: ٢٧)، وقال النبي --ﷺ: "إنما يتجالس المتجالسان بالأمانة فلا يحل لأحد أن يفشي على صاحبه ما يكره." (١)

وعن ابن عباس قال: قال العباس: يا بني ، إني أرى أمير المؤمنين يقربك ويخلو بك ويستشيرك مع أناس من أصحاب رسول الله (صلى الله عليه وسلم)؛ فأحفظ عني ثلاث خصال: «لا يجربن عليك كذبة، ولا تفشين له سرا، ولا تغتابن عنده أحدا» . قال عامر: فقلت لابن عباس: يا ابن عباس ، كل واحدة خير من ألف. قال: نعم، ومن عشرة آلاف " (٢).

وقال –ﷺ–: "المستشار مؤتمن."(٣)

فهذه الأحاديث وغيرها تحرم إفشاء الأسرار وتأمر بحفظها لما يترتب على إفشائها من الضرر والأذى لأصحاب الأسرار.

قال ابن بطال:" الذي عليه أهل العلم أن السر لا يباح به إذا كان على صاحبه منه مضرة"(٤)

---

(١) الزهد والرقائق لابن المبارك والزهد لنعيم بن حماد (١/ ٢٤٠) رقم(٦٩١)، الآداب الشرعية: ابن مفلح (ص: ٤٤) رقم(١٠٦).

(٢) الزهد لهناد بن السري (٢/ ٥٦٦) ؛جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر (١٢٩/١) ؛الآداب الشرعية والمنح المرعية: ابن مفلح (٢/ ٢٦٨).

(٣) الأدب المفرد :البخاري، (ص: ١٣٦) ،وذكره الألباني في «السلسلة الصحيحة» (١٥٥٨).

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري:ابن حجر (١١/ ٨٢).

إلا أن هذا الحكم ليس على إطلاقه ،فيجب للمصلحة العامة كشف الأسرار في إطار من التوازن بين الحقوق والواجبات ، فالفاجر الذي يتعدى فجوره إلى غيره يجب كشف سره للتحذير منه ،أو من يعمل جاسوساً ،يجب كشف جاسوسيته للمصلحة العامة ،قال الإمام المناوي:" فذكره-أي الفاجر- بذلك من النصيحة الواجبة لئلا يغتر به مسلم فيتقدى به في فعله أو يسترسل له فيؤذيه" [1]،وفي الأثر مرفوعاً: "اذكروا الفاجر بما فيه يحذره الناس"[2].

وعليه فإن المصلحة العامة قد تلزم الشركة بتقديم بيانات العميل ، في إطار ضوابط معينة ،ويفسر ذلك بأنه نوع من الشهادة الصادقة التي ينبني الحق عليها ،وقد قال الله تعالى:{وَلا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ.}[1] قال الطبري :"وهذا خطابٌ من الله عز وجل للشهود الذين أمر المستدينَ وربَّ المال بإشهادهم، فقال لهم:"ولا يأب الشهداءُ إذا ما دعوا" – ولا تكتموا، أيها الشهود، بعد ما شهدتم شهادَتكم عند الحكام، كما شهدتم على ما شهدتم عليه، ولكن أجيبوا من شهدتم له إذا دعاكم لإقامة شهادتكم على خصمه على حقه عند الحاكم الذي يأخذُ له بحقه.ثم أخبر الشاهدَ جل ثناؤه ما عليه في كتمان شهادته، وإبائه من أدائها والقيام بها عند حاجة المستشهد إلى قيامه بها عند حاكم أو ذي سلطان، فقال:"ومن يكتمها". يعني:

---

(١) التيسير بشرح الجامع الصغير (١/ ٢٤) عون المعبود، محمد أشرف العظيم آبادي (١١/ ٢٣٣).

(٢) تحفة الأحوذي للمبار كفوري (١٠/ ٢٣٣).

(1) إرواء الغليل للألباني (٥ / ٣٧٥)؛إبطال الحيل لابن بطة (ص: ٤٢) رواه في جزء الخلع وإبطال الحيل وإسناده جيد ، كما ذكره الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة ـ(١ / ١٠٨).

ومن يكتم شهادته "فإنه آثم قَلبه"، يقول: فاجرٌ قلبه، مكتسبٌ بكتمانه إياها معصية الله.." (١)

والناظر في الحالات المستثناة من وجوب كتمان السر يدرك أنه إفشاء تقتضيه المصلحة العامة أو الضرورة أو الحاجة، وقواعد الشريعة لا تمنع من إفشاء السر في مثل هذه الحالات الاستثنائية، فمن قواعد الشريعة: الضرورات تبيح المحظورات، وقاعدة: تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، وقاعدة: دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة، وقاعدة ترجيح المصلحة الأعلى على المصلحة الأدنى.

ويظهر هذا الحكم بوضوح فيما جاء في قرار المجمع الفقهي المتعلق بالمحافظة على السر في المهن الطبية .جاء في هذا القرار :

- السر أمانة لدى من استودع حفظه التزاماً بما جاءت به الشريعة الإسلامية وهو ما تقضي به المروءة وآداب التعامل .

- الأصل حظر إفشاء السر وإفشاؤه دون مقتضى معتبر موجب للمؤاخذة شرعاً .

- يتأكد واجب حفظ السر على من يعمل في المهن التي يعود الإفشاء فيها على أهل المهنة بالخلل كالمهن الطبية إذ يركن إلى هؤلاء ذوو الحاجة إلى محض النصح وتقديم العون فيفضون إليهم بكل ما يساعد على حسن أداء هذه المهام الحيوية ومنها أسرار لا يكشفها المرء لغيرهم حتى الأقربين إليه .

تستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانه إلى ضرر يفوق إفشاءه بالنسبة لصاحبه أو يكون في إفشائه مصلحة ترجح على مضرة كتمانه وهذه الحالات على ضربين:

---

(١) تفسير الطبري ،(٦/ ٩٩).

أ- حالات يجب فيها إفشاء السر بناءً على قاعدة ارتكاب أهون الضررين لتفويت أشدهما وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرئه وهذه الحالات نوعان :

- ما فيه درء مفسدة عن المجتمع .
- وما فيه درء مفسدة عن الفرد .

ب-حالات يجوز فيها إفشاء السر لما فيه :

- جلب مصلحة للمجتمع .
- أو درء مفسدة عامة .

وهذه الحالات يجب الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وأولوياتها من حيث حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل . (١)

الفرع الثالث

موازنة بين القانون والفقه بشأن التزامات العاقدين

بالمقارنة بين القانون والنظام بشأن التزامات طرفي عقد خدمات الهاتف المحمول ،يظهر مدى التقارب بين هذين الوجهين ،وما ذاك إلا لأن الشريعة الإسلامية مبناها الحكمة والمصلحة التي تتفق والحاجة إلى ضبط التصرفات العقدية بمقاصد الشرع الكلية،حفاظاً على التوازن العقدي بين طرفيه.

وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين قاعدة مقبولة شرعاً متى جاء العقد خالياً من كل شوائب التصرفات العقدية .

---

(١) قرار رقم ٨٣/ ١٠ د ٨ من قرارات المجمع الفقهي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيري بأحوان، بروناي، دار السلام، من ١ - ٧ محرم 1414هـ الموافق ٢١ - ٢٧ يونيو ١٩٩٩م، منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، صـ ٢٠٧ العدد العشرون، السنة الخامسة.

وعقد توريد الخدمات الذي تم تخريج عقد خدمات الهاتف المحمول عليه من العقود المقبولة شرعا ،حتى وإن كان فيه غرر ، فإن غرره قليل لا يؤثر في صحة العقد، وكذلك الأمر بالنسبة للثمن فإنه يكون معلوماً قدراً وصفة وأجلاً، وعلى فرض وجود غرر في عقود التوريد ولو كان كثيراً فإن الحاجة باتت ماسة وعامة فتُنزل منزلة الضرورة، مما يجعل هذا الغرر مغتفراً وغير مانع من صحة هذه العقود.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على الإخلال بالمسؤولية العقدية نظاماً وفقهاً.

وفيه فروع ثلاثة:

الفرع الأول:الآثار المترتبة على الإخلال بالمسؤولية العقدية قانوناً.

الفرع الثاني:الآثار المترتبة على الإخلال بالمسؤولية العقدية فقهاً.

الفرع الثالث:موازنة بين القانون والفقه.

الفرع الأول

الآثار المترتبة على الإخلال بالمسؤولية العقدية قانوناً.

المسؤولية الناتجة عن الحاق الضرر إما أن تكون مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية.ولكي تقع المسؤولية لا بد من معرفة أنواع الضرر سواء في المسؤولية العقدية الناشئة عن التعاقد أو المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الفعل النافع أو الضار [1].

ويشترط لثبوت المسؤولية العقدية توافر شرطين:

الأول: وجود عقد صحيح الأركان والشروط بين الطرفين(الضار والمضرور) .

- الثاني: أن يكون هناك ضرر حاصل نتيجة الإخلال بالالتزام العقدي[2].

وبناءً على ما سبق ذكره في المبحث السابق من تكييف علاقة خدمات الهاتف المحمول أنه عقد توريد خدمات ،فإنه متى قام المشترك أو المستفيد

(١) أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، د. جلال علي العدوي(ص:٤٢٤– ٤٢٥).

(٢) الدراسات البحثية في نظرية العقد ،د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، (ص:٢٣).

بالوفاء بالشروط المنصوص عليها في العقد لتحصيل الخدمة ،فقد تحقق ارتباط الإيجاب بالقبول ،طبقا لما تقضي به قواعد القانون المدني في هذا الشأن[١].

ومن الثابت أن مسؤولية شركة الهواتف النقالة تجاه مستخدم الهاتف تعد مسؤولية عقدية وذلك في حالة وجود عقد صحيح بينهما فإذا ما أخل أحد الأطراف بالالتزام القانوني ستنهض عندئذ المسؤولية العقدية وكقاعدة عامة فإن التزام المورد (شركة الهواتف المحمولة) بأداء الخدمة هو التزام بتحقيق نتيجة، ما لم يتضح من نصوص العقد أو من طبيعة الالتزام المبرم أن الأمر يتعلق بتحقيق غاية وليست نتيجة ،وعلى هذا الأساس سوف لا يستطيع مورد الخدمة التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كحدوث تفجير أو بحالة حدوث قطع للتيار الكهربائي[٢].

ويشترط لتحقيق الضرر شروط ثلاثة:

١. أن يكون الضرر محققا .

٢. اشتراط كون الضرر حقيقاً .

٣. أن يصيب الضرر محلاً متقوماً و محترماً أي أن يصيب حقاً محترماً فإن كان حقاً غير محترم فلا مسئولية عما يصيبه من ضرر كإتلاف المنكرات كالخمور أو المطبوعات المضلة. [٣]

ويترتب على ذلك أن من يطالب بالتعويض عن ضرر أصابه بسبب شركة الهواتف النقالة عليه أن يثبت ذلك الضرر؛ لأنه إن لم يقم بإثبات ذلك ،لا يعد

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ،د/عبد الرزاق السنهوري(١/٢٠٥)

(٢) دروس في الالتزامات ، د. شمس الدين الوكيل ،(٣٥)

(٣) التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي و الدول العربية. د. سعيد عبدالسلام، (ص٣٤).

الضرر عندئذ قد أصابه شخصيًّا،ولاتكون دعواه مقبولة ،فضلاً عن أن هناك اضراراً أخرى ناجمة عن التوزيع العشوائي لأبراج الهواتف النقالة والتي تولد حقول كهرومغناطيسية وهذا ما يرتب مسؤولية غير عقدية على محدث الفعل الضار والمتمثل بشركة الهواتف النقالة ويكون أساس هذه المسؤولية محددة بالمسؤولية الموضوعية المادية (تحمل التبعة) أو الغرم بالغنم والتي تقوم على فكرة جوب تحمل المسؤول قانونا المخاطر الناجمة عن نشاطه[1].

وعليه فإنه ملزم بتعويض المضرور الذي لحق به الضرر ولو بغير خطأ من المسؤول [2].

ومن وجوه الحاق الضرر بالمستفيد إخلال الشركة بالالتزامات المنصوص عليها في العقد كعدم جودة الخدمة بتقديم الخدمة،أو قطع الخدمة أي إيقافها فترة من الزمن أو تعليقها بدون مسوغ من قبل شركات الاتصالات وهذا ما يعد تعسفا من قبل شركات الاتصالات لذا يتوجب حماية المشترك منه .

(١) إنهاء القوة الملزمة للعقد،د/عبد الحكيم فودة،(ص:٣٩).

(٢) انحلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري ،د/أحمد أبو عيسى المحمدي،(ص:٢٥)

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على الإخلال بالمسؤولية العقدية فقهاً.

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: الوفاء بالالتزام العقدي على الوجه المعتبر شرعاً:

أوجب الله تعالى الوفاء بالعقود على الوجه الأكمل ،قال الله تعالى:﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" [1] ،قال الطبري:"يعني: أوفوا بالعهود التي عاهدتموها ربَّكم، والعقود التي عاقدتموها إياه، وأوجبتم بها على أنفسكم حقوقًا، وألزمتم أنفسكم بها لله فروضًا، فأتمُّوها بالوفاء والكمال والتمام منكم لله بما ألزمكم بها، ولمن عاقدتموه منكم، بما أوجبتموه له بها على أنفسكم، ولا تنكُثُوها فتنقضوها بعد توكيدها [2].

والعقد هو:ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعًا [3] ،أو هو: التزام على سبيل الأحكام وهو وصل الشيء بالشيء على سبيل الاستيثاق [4].

١- وقوله تعالى: {وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولا}[5] قال الفخر الرازي :"أما مقتضى هذه الآية أن كل عقد وعهد جرى بين إنسانين فإنه يجب عليهما الوفاء بمقتضى ذلك العقد والعهد، إلا إذا دل دليل منفصل على أنه لا يجب الوفاء بمقتضاه وبهذا الطريق تصير أبواب المعاملات على طولها وإطنابها مضبوطة معلومة بهذه الآية الواحدة ويكون المكلف آمن القلب مطمئن النفس

(١) سورة المائدة ،من الآية الأولى.

(٢) تفسير الطبري (٩/ ٤٤٧).

(٣) التعريفات للجرجاني (ص: ١٥٣).

(٤) التعريفات الفقهية :محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، (ص: ١٤٩)

(٥) سورة الإسراء ،من الآية(٣٤).

في العمل لأنه لما دلت هذه النصوص على صحتها فليس بعد بيان الله بيان وتصير الشريعة مضبوطة معلومة"[1].

٢- قوله -ﷺ- :"المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراما"[2]. وقوله -ﷺ- :" الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"[3].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية:" وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة وهو حقيقة المذهب؛ فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله. فإن شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله. وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله؛ وإنما المشترط له أن يوجب الشرط ما لم يكن واجبا بدونه. فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما وعدم الإيجاب ليس نفيا للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضا للشرع وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجبا؛ فإن المتبايعين يجب لكل منهما على الآخر من الإقباض ما لم يكن واجبا ويباح أيضا لكل منهما ما لم يكن مباحا ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراماً" [4].

---

(١) التفسير الكبير للرازي (٣٠/ ١٦٤).

(٢) رواه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام عن رسول الله - ﷺ- ، باب ما ذكر عن رسول الله -ﷺ-في الصلح بين الناس (٣/ ٦٣٤) رقم(١٣٥٢)، وأبو داود كتاب الأقضية باب الصلح (٣٥٩٤) (٤/ ١٩) قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٣) رواه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام عن رسول الله- ﷺ-، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس (٣/ ٦٣٤) رقم(١٣٥٣)، قال الترمذي: حديث حسن صحيح".

(٤) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/ ١٤٨) .

المسألة الثانية :مدى مشروعية اشتراط الشرط الجزائي:

يقول الدكتور/عبد الرزاق السنهوري:"يحدث كثيرا أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل بل يعمدان إلى الاتفاق مقدما على تقدير هذا التعويض، فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن التأخير، هذا الاتفاق مقدما على التعويض يسمى بالشرط الجزائي وسمي بالشرط الجزائي؛ لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه. اهـ." (١).

وعليه فإن لمقدم الخدمة الحق في وضع شرط جزائي يضمن الوفاء بحقه ،ويحول بينه وبين المستفيد في استخدام الهاتف المحمول في غير ما أعد له ،ويتخرج هذا الشرط على مذهب القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار، وقد أيد ذلك ابن القيم رحمه الله بما رواه البخاري في صحيحه عن ابن عون عن ابن سيرين أنه قال:"قال رجل لكريه: أرحل بركابك، فإن لم أرحل معك في يوم كذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح، (من شرط على نفسه طائعًا غير مكره فهو عليه" (٢)، وابن شبرمة قال في حديث جابر بن عبد الله في قصة البعير (البيع جائز والشرط جائز) (٣).

---

(١) ينظر: الوسيط القسم الثاني نظرية الالتزام(ص: ٨٥١ ف ٤٧٧).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم، (٣/ ٣٠١)؛المدخل الفقهي الزرقاء(٣٤٣/١)

(٣) ونصه :عن جابر –رضي الله عنهما– أنه باع النبي– ﷺ– جملا، واشترط ظهره إلى المدينة أي ركوبه، وفي لفظ قال: بعته واستثنيت حملانه إلى أهلي. سنن الترمذي ،كتاب البيوع ،باب ما جاء في اشتراط ظهر الدابة عند البيع (٣/ ٥٥٤) رقم(١٢٥٣) قال أبو عيسى :"هذا حديث حسن صحيح.

على أن الجمهور ومعهم أبو حنيفة متفقون على أن من باع عبدا واشترط أن يعتقه المشتري فهو شرط صحيح يجب الوفاء به، لتشوف الشارع للحرية بل إن من الفقهاء من قال: يجبر المشتري على ذلك.

وأما إن كان الشرط بغير ما ذكر، فإنه يفسد هو ويبقى التصرف صحيحا فيجب الوفاء به [(١)].

فهذا وأمثاله يدل دلالة قاطعة على أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود تعويضًا عن ضرر محقق هو شرط صحيح معتبر يضاف إليه ما لم يكن هنالك عذر شرعي في الإخلال بالالتزام به.

وعليه فإنه إذا تضمن العقد شرطاً جزائياً عند الفسخ ، فهو شرط لازم وصحيح ، ومما جاء في " قرار مجمع الفقه الإسلام: "يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينًا ؛ فإن هذا من الربا الصريح "

وقالوا : " الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي وما لحق المضرور من خسارة حقيقية ، وما فاته من كسب مؤكد ، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي" [(٢)].

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، (٥/ ١٦٩)،الهداية شرح بداية المبتدي ،للميرغيناني(٣ / ٢٢٩، ٢٣٠)،حاشية الدسوقي(٣ / ٦٥)، منح الجليل للشيخ عليش،(٢ / ٥٦٨)؛المهذب للشيرازي،(١ / ٢٧٥)؛،نهاية المحتاج لشمس الدين الرملي(٣ / ٤٣٦)،شرح منتهى الإرادات للبهوتي،٢ / ١٦٠)؛ المغني لابن قدامة،(٤ / ٢٤٩، ٢٥٠).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٥١٥).

ومما يستدل به على مشروعية الشرط الجزائي:

١- إن ضمان الأضرار الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات والعقود أو التأخر فيها، إذا كان مشروعا بدلالة العموم الواردة بالحديث، فإن المتعاقدين إذا اتفقوا على هذا الضمان مسبقا في العقد قبل وقوعه جائز لأنه يوافق الشرع.

٢- إن الضرر الناشئ عن ضياع المصلحة من جراء التأخير في تنفيذ الالتزامات والعقود، كضياع مصلحة محققة لعدم قيام المتعهد بتوريد السلعة في الوقت المحدد، أو عدم الوفاء بالالتزام بشحن وتصدير بضاعة في وقت معين

٣- بقياس الشرط الجزائي على شرط العربون في الصحة وذلك للتشابه فيما بينهما، فكلاهما يتضمن التزام أحد العاقدين بدفع مبلغ من المال عند عدم تنفيذ العقد جزاء على تقصيره وكلاهما يقصد منه سلامة العقود من التلاعب بها، وحث المتعاقد على التنفيذ، وذلك بتخويفه من مغبة عدم التنفيذ، لأن هذا يعرضه لخسارة العربون الذي دفعه وقت العقد، أو دفع المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي[١].

وقد تايد ذلك بقرار هيئة كبار العلماء في السعودية سنة ١٣٩٤هـ [٢].

المسألة الثانية:الحق في الفسخ:

إذا تم الاتفاق مع شركة الاتصالات على الاشتراك لسنة كاملة ، فهو عقد لازم ، لا يحل لأحد الطرفين فسخه إلا برضا الطرف الآخر ، قال ابن قدامة رحمه الله : " الإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس لواحد منهما فسخها ، وبهذا

(١) الشرط الجزائي، د. الحموي، (ص١٧٢، ١٧٣.)مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦٠٠/١٢).

(٢) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء (١/ ١٥٢)،ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (٧/ ٩٤٤).

قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأنها عقد معاوضة ، فكان لازماً كالبيع ... وسواء كان له عذر أو لم يكن" [١].

وإذا وافق الطرف الثاني على إقالة الطرف الراغب بالفسخ مجاناً ، فهو أولى وأفضل ، لقول النبي -ﷺ-:" من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة " [٢].

المسألة الثالثة: مراعاة الظروف الطارئة للمستفيد:

الظروف الطارئة التي تحول بين المشترك أو المستفيد وبين الوفاء بالالتزامات على الوجه الأكمل ،مما يلزم منه فسخ العقد مع الشركة تقيم لها الشريعة الإسلامية وزناً ، فلا تعامل من أصابه العذر كمن فسخ من غير عذر.

وتعرف نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي بـ(الجوائح) وهي" كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد والعطش (...) والسيل". [٣]

ومن الثابت أنه يجوز اللجوء إلى القضاء لإعادة التوازن إلى طرفي العقد، والخروج من النزاع، بالاستناد إلى مبدأ وضع الجوائح، ورعاية الأعذار الطارئة، بناء على بعض الآراء الفقهية (المالكية والحنابلة).[٤]

---

(١) المغني لابن قدامة (٣٣٢/٥).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ،كتاب الإجارة ،باب في فضل الإقالة (٣/ ٢٧٤) ،(٣٤٦٠)،وصححه الألباني. صحيح وضعيف سنن أبي داود (ص: ٣٤٦٠).

(٣) المغني لابن قدامة ، (٤/ ٨١).

(٤) ينظر:المدونة للإمام مالك،(١٥/٤)؛ بداية المجتهد لابن رشد،(١٤١/٢) ؛إعلام الموقعين لابن القيم، (٣٣٧/٢)؛ المغني(٢١٦/٤)؛ مناقصات العقود الإدارية ،عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة م،د/يونس رفيق المصري ،جلة مجمع الفقه الإسلامي ،(٨٤٥ /٩)،

قال رسول الله -ﷺ-: "لو بعت من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟" (١)

ونظر المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في "الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية "، في الدورة الخامسة ١٤٠٢ هـ، وقرر الأخذ بالظروف الطارئة، وجواز اللجوء إلى القضاء لإعادة تعديل الحقوق والالتزامات، بالنسبة لطرفي العقد، أو فسخ العقد والتعويض، بناء على رأي أهل الخبرة (٢).

المسألة الرابعة: دفع غرامة مالية للتأخر في تنفيذ الالتزام.

العقد- كالمبيع والثمن المعين - سبب من أسباب وجوب الغرامة المالية فإن تلف المبيع قبل القبض بفعل البائع أو بآفة سماوية فلا غرامة على أحد وينفسخ العقد، وإن تلف المبيع بفعل المشتري، فهو قبض للمبيع، وإن تلف بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار إن شاء غرم الأجنبي وإن شاء فسخ العقد ورجع على البائع بالثمن، ويغرم الأجنبي قيمة المتلف إن كان قيميا، ومثله إن كان مثليًّا (٣).

ويتخرج على هذا الحكم أنه إذا نص في عقد خدمات الهاتف المحمول على شرط يقضي بغرامة مالية على المستفيد إذا أخل بالتزامه،وجب الالتزام بها،إذا

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ،كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، (٣/ ١١٩٠)،(١٥٥٤).

(٢) قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، (ص: ٩٩)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩/ ٨٤٥).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، (٥ / ٢٥٦)؛ القوانين الفقهية لابن جزيء(ص: ١٦٤)؛ روضة الطالبين للنووي،(٣ / ٤٩٩)؛ الشرح الكبير مع المغني ،لابن قدامة، (٤ / ١١٦ و ١١٧).

وجد لها ما يوجبها على المشترك أو المستفيد ،كالتأخير في سداد الأقساط المستحقة ،أو استعمال الخدمة خارج نطاق ماهو مصرح له بها.

المسألة الخامسة: التعويض عن إفشاء الأسرار:

الضرر المترتب على إفشاء الأسرار ضرر أدبي من جانب ومادي من جانب آخر ،ولا خلاف في مشروعية التعويض عن الضرر المادي .أما التعويض عن الضرر الأدبي، فإن الفقهاء المتقدمين لم يتعرضوا له بالاسم، واختلف فيه الفقهاء المعاصرون اختلافًا كبيرًا.

فالأستاذ على الخفيف – رحمه الله – يقول: إن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعًا إلزامه وإجباره عليه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير إلى أن يمتثل، أما إلزامه بمال على وجه التعويض عما أحدثه بامتناع من ضرر، لا يتمثل في فقد المال، فلا تبيحه القواعد الفقهية، والأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعًا، أو في مقابلة مال أخذ أو أتلف، وإلا كان أكلًا له بالباطل، وعلى ذلك يكون أخذه تعويضًا عن ضرر لم يترتب عليه تلف لمال غير جائز شرعًا، لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال، فإن قوبل المال بغير مال كان أكلًا للمال بالباطل [1].

ويقول أيضًا: إن وجوب التضمين بالمال إنما يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله، أو نقص قيمته بفعل ضار، أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائمًا، فلا يرى الفقهاء فيه تعويضًا. [2].ومؤدى ذلك أن الأستاذ على الخفيف يمنع التعويض عن الضرر الأدبي، ويمنع التعويض أيضًا

(١) الضمان في الفقه الإسلامي، (ص: ٢١).

(٢) ينظر: الشرط الجزائي ومختلف صوره وأحكامه،د/ حمداتي شبيهنا ماء العينين ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٥٠٤،).

عما فات المضرور من كسب، ويجيز فقط التعويض عن الضرر المالي القائم فعلًا [١].

وهو قول الشيخ مصطفى الزرقا:"الحكم بالتعويض المالي عن الضرر الأدبي حكم مستحدث، ليس له نظائر في الفقه الإسلامي. . . والأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الإضرار الأدبي إنما هو التعزير الزاجر، وليس التعويض المالي، إذ لا تعد الشريعة شرف الإنسان وسمعته مالًا متقومًا يعوض بمال آخر إذا اعتدى عليه".[٢].

ومؤدى ما تقدم أن الكثير من الفقهاء المعاصرين لايرون مبررًا استصلاحيًا لمعالجة الضرر الأدبي بالتعويض المالي، ما دامت الشريعة قد فتحت مجالًا واسعًا لقمعه بالزواجر التعزيرية. [٣].

إلاَّ أن ذلك لا يحول دون حق المضرور في التعويض عما أصابه من ضرر ،خاصة أن الضرر المترتب على استخدام وسيلة الهاتف المحمول تتعدى لتشمل في الثانية الواحدة العالم كله ،وهو ضرر عظيم ،يصعب تداركه إلا من خلال إجراءات قد تبدو معقدة ،أو تحتاج إلى وقت كبير لدرء خطرها.

---

(١) ينظر: الشرط الجزائي ومختلف صوره وأحكامه،د/ حمداتي شبيهنا ماء العينين ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٥٠٥).

(٢) الفعل الضار،للشيخ مصطفى الزرقا، (ص:١٢١ – ١٢٤)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٨/ ٦٥٧).

(٣) نظر: الشرط الجزائي،د،الصديق محمد الأمين الضرير، الشرط الجزائي ومختلف صوره وأحكامه،د/ حمداتي شبيهنا ماء العينين ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/ ٥٠٥).

الفرع الثالث

موازنة بين الفقه والقانون

بالمقارنة بين الفقه والقانون بشأن المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزامات العقدية ،يظهر لي التقارب بينهما من حيث الآثار ، ووجوب الوفاء بالالتزامات المنصوص عليها في العقد على الوجه المعتاد ،وثبوت حق الشركة في الشرط الجزائي ،والفسخ لإخلال المشترك بالتزاماته ،وفرض غرامة على التأخير في الوفاء بالالتزامات العقدية .وتبقى مسألة التعويض عن إفشاء الأسرار ،فإن أكثر الفقهاء لايقولون بها ،لوجود العقوبات التعزيرية الرادعة .

أما في القانون المدني فإن التعويض عن الضرر الأدبي يجوز في كل من المسؤوليتين: التقصيرية والعقدية، ولكن حصوله نادر في المسؤولية العقدية كما يقول السنهوري. (١).

وتجدر الإشارة إلى أن بعض القوانين العربية، ومنها القانون المدني الأردني ،والمصري ،والسوداني ،نصت على التعويض عن الضرر الأدبي،وذلك في مجال حديثها عن المسؤولية التقصيرية، (الفعل الضار).

(١) ينظر: الوسيط: (١ / ٦٨٠ و٦٨٣).

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين ،وصلاة وسلاماً على خاتم الأنبياء وسيد المرسلين

وبعد:

فإن عقد خدمات الهاتف المحمول من العقود المستجدة ،التي تجد تخريجها في عقد توريد الخدمات ،على الراجح ،من التخريجات الفقهية ،التي بحثها الفقهاء المعاصرون ،في ضوء التأصيل القانوني لهذا العقد ،وما يترتب عليه من آثار .

وتتمة للفائدة فقد قسمت بحثي هذا إلى تمهيد ومباحث ثلاثة ،انتهيت من خلالها إلى عدد من النتائج أهمها:

١- لاتقف الشريعة الإسلامية موقفاً سلبيا من التقنية المعاصرة أيًّا كانت صورتها،مادام أنها تقدم منفعة مشروعة ،بغض النظر عن مخترع أو مقدم هذه المنفعة ،إذ العبرة بالنفع الإنساني ،الذي يتخطى حاجز المعتقدات،شريطة ألا يخالف قصداً من مقاصد الشريعة ومبادئها الكلية.

٢- عقد خدمات الهاتف المحمول من العقود الخاصة وغير المسماة ، التي تبرم بين مقدم هذه الخدمات (شركة الاتصالات) وبين الراغب بالحصول على هذه الخدمة (المشترك) ، يلتزم بموجبه الطرف الأول بتقديم خدمة الاتصال للطرف الثاني عن طريق تأمين اتصاله بالشبكة خلال فترة زمنية ممتدة مقابل دفع مادي معلوم من الطرف الثاني.ويتميز هذا العقد بأنها عقد رضائي ،ملزم للجانبين ،وأنه عقد من العقود الزمنية المحددة بمدة معينة ،وأنه من عقود الإذعان.

٣- التكييف الفقهي المختار لعقد خدمات الهاتف المحمول أنه من عقود توريد الخدمات،وأنه وإن كان فيه غرر ،إلا أن الرأي الراجح المفتى به في هذا

الشأن هو أن الغرر في عقود التوريد يسير، ولا يؤثر في صحة العقد، وعلى فرض وجوده فإنه يُغتفر؛ لأن الحاجة باتت ماسة وعامة فتُنزل منزلة الضرورة.

٤- الخدمة التي يقع العقد عليها لا تكون إلا مشروعة ،في ضوء ما تقضي به نصوص الشريعة الإسلامية بشأن مسألة المبيع .

٥- عقود التوريد من العقود المشروعة، التي لا تدخل في بيع الدين بالدين، ولا بيع ما ليس عندك، ويمكن إلحاقها بالصور الفقهية التي بحثها الفقهاء، كبيع الموصوف في الذمة غير المعين، وكبيع الصفة عند المالكية التي يتأجل فيها البدلان، وكالشراء المستمر أو من دائم العمل.

٦- لضمان التوازن المالي يجب عدم إدراج أي شرط في عقود الاشتراك بخدمات الاتصالات بين مقدم الخدمة والمشترك يخوله وحده من إمكانية التحلل من العقد وبشكل تقديري وبقرار منفرد من جانبه دون سبب مشروع ، ويجب أن تكون الشروط التي تعطي الحق في إنهاء العقد واضحة وثابتة ومقررة لكل من طرفي العقد.

٧- مشروعية الشرط الجزائي في عقود خدمات الهاتف المحمول ؛لأن ضمان الأضرار الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات والعقود أو التأخر فيها، إذا كان مشروعا بدلالة العموم الواردة بالحديث، فإن المتعاقدين إذا اتفقوا على هذا الضمان مسبقا في العقد قبل وقوعه جائز لأنه يوافق الشرع.

٨- التزامات طرفي العقد(المشترك وشركة خدمات الهاتف المحمول) التزامات مشتركة تحكمها قواعد التوزان المالي ،والإخلال بها يخضع لأحكام المسؤولية التعاقدية .

٩- تقارب الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في كثير من الأحكام المنظمة لأحكام عقد خدمات الهاتف المحمول ،سيما القانون المدني المصري ،أو الأردني ،أو النظام السعودي ،لكون أكثر أحكام هذه النظم تتخرج على كثير من الأحكام الفقهية التي تنظم العقد المدني وتضبط أحكامه بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية.

وأخيرا :

فإن البحث يوصي بـ:

١- اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الالتزامات المترتبة على تقديم خدمات الهاتف المحمول ،من خلال تشريعات تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ،التي تعد الإطار العام لمنظومة التعادل في التبادل .

٢- وضع آلية خاصة تظهر أسبقية الشريعة الإسلامية في صياغة قواعد الانضباط والتوازن العقدي،وحماية حقوق المتعاقدين ،في إطار قاعدة "لاضرر ولاضرار" .

والله ولي التوفيق

أهم المصادر والمراجع الشرعية

١. القرآن الكريم.

٢. إبطال الحيل لابن بطة ،المحقق : زهير الشاويش،الناشر : المكتب الإسلامي (ط.٣).

٣. أحكام القرآن للجصاص، الناشر: دار إحياء التراث العربي ، بيروت ١٤٠٥ هـ.

٤. أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف مطبعة السنة المحمدية مصر، ط٤ .

٥. أسد الغابة لابن الأثير ،دار الكتب العلمية ،الطبعة: الأولى ١٤١٥هـ ١٩٩٤م.

٦. الإجماع لابن المنذر، تحقيق د. فؤاد عبدالمنعم أحمد، ط الثالثة ١٤٠٢هـ، دار الدعوة ، الإسكندرية.

٧. الآداب الشرعية: لابن مفلح، الناشر: عالم الكتب.

٨. الأدب المفرد :البخاري، الناشر : دار البشائر الإسلامية ، بيروت ،الطبعة الثالثة ، ١٤٠٩ – ١٩٨٩م.

٩. الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن حجر، الناشر: دار الجيل بيروت،الطبعة: الأولى، ١٤١٢ هـ ، ١٩٩٢ م.

١٠. الأسواق المالية ،د/ محمد القري بن عيد ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،منظمة المؤتمر الإسلامي، ١٩٩٦: العدد التاسع.

١١. الأشباه والنظائر ،للسيوطي، ١٣٧٨هـ ، ١٩٥٩م، طبعة الحلبي، مصر

١٢. الأشباه والنظائر لابن نجيم، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان،الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ ، ١٩٩٩م.

١٣. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الشربيني: محمد الخطيب الشربيني ،تحقيق مكتب البحوث والدراسات ، دار الفكر، ط ١٤١٥هـ، دار الفكر ، بيروت.

١٤. التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي والدول العربية. د. سعيد عبدالسلام. الطبعة الأولى. ١٩٩٠. مؤسسة شباب الجامعة. الإسكندرية مصر.

١٥. التفسير الكبير للرازي الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت،الطبعة: الثالثة ، ١٤٢٠ هـ.

١٦. التيسير بشرح الجامع الصغير،للمناوي ، الناشر: مكتبة الإمام الشافعي – الرياض،الطبعة: الثالثة، ١٤٠٨هـ ، ١٩٨٨م

١٧. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، الناشر: دار الكتب المصرية – القاهرة،الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ ، ١٩٦٤ م.

١٨. الذريعة إلى مكارم الشريعة للأصفهاني ، ط/ دار الصحوة ، مصر.

١٩. الربط القياسي للأجور بالمستوى العام للأسعار،تحليل من منظور إسلامي لمشكلة الأجور،في ظل التضخم والعلاج المقترح،د. عبد الرحمن يسري أحمد مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

٢٠. الرسالة للشافعي ،المحقق: أحمد شاكر ،الناشر: مكتبه الحلبي مصر،الطبعة: الأولى، ١٣٥٨هـ/١٩٤٠م.

٢١. الزهد لهناد بن السري ،الناشر: دار الخلفاء للكتاب الإسلامي – الكويت،الطبعة: الأولى، ١٤٠٦ه.

٢٢. الزهد والرقائق لابن المبارك والزهد، لنعيم بن حماد المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي،الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت.

٢٣. السنن الكبرى للبيهقي الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان،الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ ، ٢٠٠٣ م.
٢٤. الشرط الجزائي ومختلف صوره وأحكامه،د/ حمداتي شبيهنا ماء العينين مجلة مجمع الفقه الإسلامي.الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ ، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ .
٢٥. الفروق للقرافي، الناشر: عالم الكتب،الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ
٢٦. الفقه الإسلامي وأدلته ،د/وهبة مصطفى الزحيلي ،دار الفكر ، سوريَّة – دمشق.
٢٧. القاعدة الذهبية لا ضرر ولا ضرار:ابن رجب الحنبلي، الناشر: دار الكتاب العربي ،الطبعة: الأولى، ١٤١٠ هـ ، ١٩٩٠ م.
٢٨. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ،د/محمد الزحيلي ،الناشر: دار الفكر – دمشق،الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ ، ٢٠٠٦ م.
٢٩. القواعد النورانية لابن تيمية ، الناشر: دار ابن الجوزي ، المملكة العربية السعودية،الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
٣٠. اللغة الانكليزية بطريقة مبسطة ،أ/طاهر البياتي – الطبعة الرابعة عشرة – بلا ناشر ومكان نشر ، ٢٠٠٨ م.
٣١. المبسوط للسرخسي،الناشر: دار المعرفة – بيروت ،الطبعة: بدون طبعة ،تاريخ النشر: ١٤١٤هـ ، ١٩٩٣م .
٣٢. المجموع شرح المهذب للنووي ،الناشر: دار الفكر.
٣٣. المجموع شرح المهذب، تحقيق محمود مطرحي، ط الأولى ١٤١٧هـ ١٩٩٦م، دار الفكر، بيروت.

٣٤. المحلى،لابن حزم، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة ،بيروت

٣٥. المدونة الكبرى، للإمام مالك ،الناشر: دار الكتب العلمية،الطبعة: الأولى ١٤١٥هـ ، ١٩٩٤م.

٣٦. المستدرك على الصحيحين للحاكم ،الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت ،الطبعة الأولى ، ١٤١١ ، ١٩٩٠

٣٧. المعجم الكبير للطبراني ، دار النشر: مكتبة ابن تيمية – القاهرة،الطبعة: الثانية.

٣٨. المناقصات عقد الاحتياط ودفع التهمة، حسن الجواهري، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الثاني، ط ١٤١٧هـ ، ١٩٩٦م.

٣٩. المهذب للشيرازي ،الناشر: دار الكتب العلمية (ب.ت).

٤٠. النهاية في غريب الحديث والأثر، لناشر: المكتبة العلمية ، بيروت ١٣٩٩هـ ، ١٩٧٩م

٤١. الهداية شرح بداية المبتدي، المرغيناني، المكتبة الإسلامية ،بيروت.

٤٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،الكاساني ،الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ ، ١٩٨٦م

٤٣. بطَاقَة الائتمان وَتكييفها الشَّرعي، د/عبد الستار أبو غدة ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي

٤٤. تاج العروس ،الزبيدي، المحقق: مجموعة من المحققين ،الناشر: دار الهداية.

٤٥. تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، أبو العلا عبد الرحيم المباركفورى الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت.
٤٦. تفسير ابن كثير، الناشر: دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون – بيروت ،الطبعة: الأولى ، ١٤١٩ هـ.
٤٧. تفسير الطبري، المحقق: أحمد محمد شاكر،الناشر: مؤسسة الرسالة،الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ ، ٢٠٠٠ م.
٤٨. جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ، ناشر: دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية،الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ ، ١٩٩٤ م.
٤٩. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر – بيروت.
٥٠. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ط ١٤١٢هـ، دار الفكر – بيروت،
٥١. حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة ،د/علي محيي الدين القره داغي،مجلة مجمع الفقه الإسلامي لتابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.
٥٢. حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، بحث فضيلة الدكتور علي محيي الدين القره داغي مجلة مجمع الفقه الإسلامي
٥٣. د/يوسف الضرير، بحث منشور له ،منظمة المؤتمر الإسلامي، ١٩٩٦: العدد التاسع.
٥٤. رد المحتار على الدر المختار،لابن عابدين الناشر: دار الفكر،بيروت،الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ ، ١٩٩٢م.
٥٥. روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ،الناشر: المكتب الإسلامي بيروت، دمشق، عمان،الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م

٥٦. سبل السلام شرح بلوغ المرام، عز الدين الصنعاني ، الناشر: دار الحديث،الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٥٧. شرح النووي على مسلم:النووي ، الناشر: دار إحياء التراث العربي بيروت
٥٨. صحيح البخاري ،المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر،الناشر: دار طوق النجاة ،
٥٩. صحيح مسلم،المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي،الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت.
٦٠. عقد الاستصناع،وعلاقته بالعقود الجائزة، د/محمد رأفت سعيد،مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
٦١. عقد التوريد (دراسة شرعية)، ب د/عبدالله بن محمد المطلق، حث منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر ط ١٤١٤هـ ، ١٩٩٣م.منظمة المؤتمر الإسلامي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الثاني، ط ١٤١٧هـ ١٩٩٦م.
٦٢. عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة،د/أحمد ذياب شويدح ، بحث مقدم إلى مؤتمر"الإسلام والتحديات المعاصرة"المنعقد بكلية أصول الدين في الجامعة الإسلامية،في الفترة: ٣،٢/٤/٢٠٠٧م.
٦٣. عون المعبود شرح سنن أبي داود، محمد أشرف بن أمير ،شرف الحق الصديقي، العظيم آبادي ،الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت.
٦٤. غاية المنتهى للرحيباني، الناشر: المكتب الإسلامي،الطبعة: الثانية ١٤١٥هـ ، ١٩٩٤م.

٦٥. فتح الباري:ابن حجر، الناشر: دار المعرفة ، بيروت، ١٣٧٩ه.
٦٦. فتح القدير لابن الهمام ، الناشر: دار الفكر،الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٦٧. قواعد اللغة العربية، د. مجيد نوط عبد وآخرون – بلا ناشر ومكان نشر ،٢٠١١.
٦٨. كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، تحقيق عبدالرحمن محمد العاصمي، مكتبة ابن تيمية.
٦٩. كشاف القناع عن متن الإقناع،للبهوتي، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، ط ١٤٠٢هـ، دار الفكر
٧٠. لسان العرب ،لابن منظور، الناشر: دار صادر – بيروت ،الطبعة: الثالثة ١٤١٤ هـ.
٧١. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد العشرون، السنة الخامسة.
٧٢. مجلة المجمع (عدد ٦)،قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي جدة ١ ١٦٢ تجميع جميل أبو سارة.
٧٣. مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية،عام النشر: ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
٧٤. مختار الصحاح للرازي، الناشر: المكتبة العصرية ، الدار النموذجية بيروت – صيدا،الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
٧٥. مسند الإمام أحمد بن حنبل،الناشر : مؤسسة قرطبة – القاهرة.
٧٦. معالم السنن للخطابي، الناشر: المطبعة العلمية – حلب ،الطبعة: الأولى ١٣٥١ هـ ، ١٩٣٢ م.

٧٧. معالم القربة في أحكام الحسبة لمحمد بن أحمد القرشي ط: الهيئة العامة للكتاب

٧٨. معرفة الصحابة لأبي نعيم الأصبهاني ، دار الوطن للنشر، الرياض،الطبعة: الأولى ١٤١٩ هـ ، ١٩٩٨ م.

٧٩. مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة،د/ رفيق يونس المصري، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الثاني، ط ١٤١٧هـ ، ١٩٩٦م.

٨٠. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب ،ط الثانية ١٣٩٨هـ، دار الفكر ، بيروت.

ثانيا: أهم المصادر والمراجع القانونية:

٨١. أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، د. جلال علي العدوي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م.

٨٢. الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات (المقاولة، البيع ، الايجار)، د. مدحت محمد عبد العال ،،دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠١م.

٨٣. الانترنت وبعض الجوانب القانونية ،د/محمود السيد عبد المعطي،دار النهضة العربية،١٩٩٨م.

٨٤. التعاقد الالكتروني عبر الانترنت ،د. محمد امين الرومي ، ط١، دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ، ٢٠٠٤م.

٨٥. التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة) د/سمير حامد عبد العزيز الجمال ،الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦م

٨٦. التعاقد عبر تقنيات الاتصالات الحديثة ، د.سمير حامد عبد العزيز الجمال ، طبعة دار النهضة العربية،٢٠٠٦م،طبعة أولى.
٨٧. التنظيم القانوني لعقد الهاتف النقال ،أ/حوراء على حسين ،مجلة جامعة كربلاء،رسالة الحقوق،العدد الأول ،السنة السابعة ،٢٠١٥م.
٨٨. التنظيم القانوني للاتصالات في مصر والدول العربية،دار الكتب القانونية ،مصر،عام ٢٠٠٨م
٨٩. الدراسات البحثية في نظرية العقد ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن منشأة المعارف،الإسكندرية،٢٠٠٦م..
٩٠. العقد والارادة المنفردة د. محمد حسني عباس، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٩م
٩١. القانون التجاري،د/سميحة القليوبي،(ج:١) طبعة دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٠٩١م،الطبعة الأولى..
٩٢. المسؤولية الالكترونية ، د. محمد حسين منصور،منشأة المعارف،الاسكندرية ،٢٠٠٦ م.
٩٣. الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام، د. عبد الودود يحيى ، دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٤م.
٩٤. النظام القانوني لعقد الاتصالات الحديثة(الهاتف النقال) ،د/سعد جاد الله الحيدر،دار الكتب القانونية ،مصر،٢٠١٢م.
٩٥. النظام القانوني لعقود الهواتف النقالة ، د. هالة صلاح الحديثي ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، كلية القانون ،جامعة القادسية ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، ٢٠٠٩م.

٩٦. النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، د/أمجد محمد منصور ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن – ٢٠٠٦م.
٩٧. الوسيط في شرح القانون المدني العقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الايجار والعاربة) د.عبدالرزاق السنهوري ،المجلد الأول(ج٦)، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٦٣م.
٩٨. انحلال الرابطة العقدية في القانون المدني المصري ،د/أحمد أبو عيسى المحمدي،،دار النهضة العربية ،مصر ٢٠٠٤
٩٩. إنهاء القوة الملزمة للعقد،د/عبد الحكيم فودة،دار المطبوعات الجامعية ،١٩٩٣م قد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكتروني، د. فاروق الاباصيري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٣م.
١٠٠. تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص،د/حسن الهداوي،جامعة الكويت ،ط:٢، ١٩٧٤م.
١٠١. خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها ، د. محمد سامي عبد الصادق – دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥م.
١٠٢. خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها ، د. محمد سامي عبد الصادق – دار النهضة العربية ، القاهرة – ٢٠٠٥م.
١٠٣. خصوصية التعاقد عبر شبكة الانترنت، د/أسامة أبو الحسن مجاهد ،دار النهضة العربية ،٢٠٠٣م.
١٠٤. خصوصية التعاقد عبر شبكة الانترنت، د/أسامة أبو الحسن مجاهد ،دار النهضة العربية ،٢٠٠٣م.
١٠٥. دروس في الالتزامات ، د. شمس الدين الوكيل ، منشأة المعارف الإسكندرية ، بدون سنة.

١٠٦. دور المدة في العقود المستمرة د. حسن علي الذنون ،دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ،١٩٨٨م.
١٠٧. شرح أحكام عقدي البيع والايجار، د. علي هادي العبيدي ، ط١، المركز القومي للنشر والتوزيع ، إربد، الاردن، ٢٠٠٠م.
١٠٨. شرح القانون المدني الجديد – الالتزامات ،د/محمد كامل مرسي المطبعة العالمية – مصر – ١٩٥٤م.
١٠٩. شرح القانون المدني(الحقوق العينية الاصلية) (ج:١) ، د. محمد كامل مرسي منشأة المعارف ،الاسكندرية ،٢٠٠٥م.
١١٠. عقد البيع والمقايضة،د/ توفيق حسن فرج مؤسسة الثقافة الجامعية ، بلا مكان نشر، ١٩٧٩م.
١١١. عقود الإذعان، الشيخ حسن الجواهري ، بحث متاح على شبكة الانترنت على الموقع . http:llwww. Islamicfeqh.com
١١٢. عقود تجهيز خدمات الهاتف النقال د. سلام منعم مشعل،، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، كلية الحقوق – جامعة النهرين ، المجلد (٩)
١١٣. العدد (١٧) ، ٢٠٠٦م.
١١٤. عقود نقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي) د/صلاح الدين جمال الدين ،دار الفكر الجامعي الاسكندرية(ب.ت).
١١٥. محاضرات في القانون التجاري والبحري د. مصطفى كمال طه ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،٢٠٠٦٨م.
١١٦. مصادر الالتزام ،د/عبد الرزاق السنهوري، دار النشر للجامعات المصرية – ١٩٥٢م.

١١٧. نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية د. أحمد محمود سعد دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٥م.
١١٨. نظام الاتصالات الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٢بتاريخ (١٤٢٢/٣/١٢ه ،قرار مجلس الوزراء رقم ٧٤ بتاريخ ١٤٢٢/٣/٥هـ
١١٩. نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، د. عبد الرحمن الملحم ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة (١٦) ، ١٩٩٢م.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الملخص .	١٠٦٦
المقدمة .	١٠٦٩
مبحث تمهيدي .	١٠٧٣ : ١٠٧٩
المبحث الأول: التكييف القانوني والفقهء لعقد خدمات الهاتف المحول .	١٠٨٠ : ١١٠٢
المطلب الأول : التكييف القانوني لعقد خدمات التهاتف المحول .	١٠٨١
المطلب الثاني : التكييف الفقهي لعقد خدمات الهاتف المحول .	١٠٨٩
المطلب الثالث : موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	١١٠١
المبحث الثاني :طبيعة عقد خدمة الهاتف المحمول قانونا وفقهاً .	١١٠٣ : ١١١٦
المطلب الأول: طبيعة عقد خدمة الهاتف المحمول قانونا.	١١٠٤
المطلب الثاني: طبيعة عقد خدمة الهاتف المحمول فقها.	١١٠٨ : ١١٤٥
المطلب الثالث: موازنة بين الفقه والقانون الوضعي	١١١٥
المطلب الأول:التزامات طرفي عقد خدمات الهاتف المحمول نظاماً وفقهاً.	١١١٧
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الإخلال بالمسؤولية العقدية نظاماً وفقهاً.	١١٣٣
الخاتمة	١١٤٦ : ١١٤٨
المصادر والمراجع .	١١٤٩ : ١١٦٠
فهرس الموضوعات .	١١٦١