الأحكام الفقهية للتعامل في البيانات الالكترونية
" دراسة في الفقه الإسلامي"

د. حسين محروس قنديل

إن الإنسان باعتباره كائناً اجتماعياً يحتاج إلى غيره من بني جنسه كي يتعامل معهم، وسواء أكان هذا التعامل تعاملاً مالياً كالبيع والشراء، والأخذ والإعطاء، والهبة، والرهن، وإقامة الشركات وغير ذلك من التعاملات، أو غير مالي كالزواج، والطلاق، والولاية، وغير ذلك.

ولما كانت التعاملات المالية من أبرز وأوسع التعاملات بين البشر فقد أولاها الشارع الحكيم العناية التي تلزم لإقامتها وكيفية التعامل بها، وذلك ببيان ما هو مشروع منها وما هو غير مشروع، ولقد وجِدت هناك العديد من صور التعامل على الأموال كالبيع والشراء، والإجارة، والهبة، والرهن والارتهان، وغير ذلك.

ولما كان محل التعاملات المالية هو المال، فقد وضع الشارع الحكيم الأحكام التي تتعلق بأسباب كسبه وبيّن منها ما هو مشروع وما هو غير ذلك، وكذلك بيّن الصور التي يجوز التعامل في المال بها، كما وضع الوسائل الشرعية لحمايته.

ولما كان المال في تطور مستمر منذ أن خلق الله تعالى الخلق حتى يومنا هذا – كما قد يحدث له تطور بعد ذلك– فقد عني فقهاء الشريعة الإسلامية بما يعد مالاً، وما لا يعد كذلك، فعرفوا المال ووضعوا له شروطاً تميزه عن غيره، كما قسموا المال إلى عدد من التقسيمات التي كان لها أثر في الأحكام الشرعية التي تتعلق بكل قسم.

ولقد ظهرت اليوم أنواع من التعاملات على أشياء ليست أعيانًا في ذاتها، ولكن شاع التعامل فيها، ومن هذه التعاملات ما ظهر على الساحة في التعامل فيما يصدر من أجهزة الحاسب الآلي " الكمبيوتر" وقد أطلق عليها العديد من المصطلحات منها البرامج، والمعطيات، والمخرجات، والمعلومات الالكترونية، إلا

أن أظهر هذه المصطلحات التي أطلقت عليها " البيانات الالكترونية[1]" ولقد عمَّ وعرف التعامل بذلك وشاع في كثير من البلاد الإسلامية، ولما كان التعامل في هذه البيانات حديثاً نسبياً- ولم يتطرق إليه فقهاء الشريعة الإسلامية قديماً- قامت الأنظمة القانونية المختلفة في الدول العربية، والإسلامية بتنظيم هذه التعاملات مستندة في ذلك إلى القوانين الغربية التي عرفت التعامل بهذه البيانات، مما يستلزم الوقوف على ما قرره القانون في بعض المواطن بشأن هذا الموضوع.

التساؤلات التي يثيرها البحث:

ويثار في هذا المقام عدد من التساؤلات ألا وهي: ما مدى جواز التعامل في هذه البيانات الالكترونية، وما هو التكييف الفقهي لهذه البيانات، فهل تعد مالاً، ومن ثم يجوز التعامل فيها، أم أنها لا تعد مالاً، وإذا كانت مالاً فما هي صور التعامل فيها، وهل هذه التعاملات جائزة في نظر الشرع، أم لا، وما هي الشروط اللازم توافرها حتى تكون هذه التعاملات جائزة؟

فتكون المسألة المطروحة أمامنا هي : هل هل يمكن اعتبار البيانات الالكترونية مالاً في نظر الشريعة الإسلامية، ويصح التعامل فيها بصورة من الصور المشروعة، أم لا يجوز ذلك ؟

وهذه المسألة لم توجد في عهد الفقهاء القدامى، فمن الطبيعي أن لا يوجد في كتبهم جواب خاص عن جزئياتها الموجودة في عصرنا، غير أنهم تحدثوا عن كثير من الأشياء غير المادية – الحقوق- ومسألة الاعتياض عنها حسب ما كان

---

(١) ولقد اخترت مصطلح البيانات الالكترونية لأنه يشمل كل صور المخرجات التي تصدر من الحاسب الآلي الكمبيوتر.

موجودًا أو متصورًا في عصرهم، فمنهم من منع الاعتياض عنها، ومنهم من أجاز الاعتياض عن بعض الأنواع.

ولا يخفى أن الشريعة الإسلامية قد وضعت الأصول والقواعد بكل أمر يتعلق بتصرفات المكلفين ينشأ من تعاملهم داخل المجتمع الإسلامي، فكل حادث لابد له من حكم شرعي.

وإن الكشف عن الحكم الشرعي في هذه المسألة يستدعي الوقوف على حقيقة موضوعه من جوانبه المختلفة، حتى يمكن تصوره ومعرفته، ثم ترتيب الحكم الشرعي له.

فهذا الموضوع يثير العديد من الصعوبات التي تتعلق به كما أنه يثير العديد من التساؤلات منها:

- ما المقصود بالبيانات الالكترونية، وما هي صورها، وما هو التكييف القفهي لها." فهل تعد هذه البيانات مالاً أم أنها منفعة متحصلة من جهاز الكمبيوتر، وما الفارق بين كونها مالاً أو منفعة."
- ما المقصود بالتعامل في البيانات الالكترونية، وما هي صور هذا التعامل"
- وهل يجوز التعامل في البيانات الالكترونية بشتي الصور أم أن هناك صوراً لا يجوز التعامل بها في هذه البيانات"
- وما هي طبيعة التعامل – العقد – على البيانات الالكترونية، وما هي الشروط الشرعية للتعامل في هذه البيانات ؟
- وما هو الأثر الفقهي للتعامل في هذه البيانات؟

وسوف أحاول جاهداً الإجابة في هذا البحث على هذه التساؤلات، وما يتفرع عنها مبيناً آراء الفقهاء في جوانب البحث المختلفة، متبعاً في ذلك المنهج العلمي.

ونسأل الله تعالى أن يسدد خطانا ويشرح صدورنا بما فيه حق وصواب حسب ما يرضاه سبحانه وتعالى، وهو الموفق والمعين .

السبب في البحث: إن السبب الرئيس في اختياري لهذا الموضوع راجع إلى ما يكتنف الموضوع من صعوبات وتساؤلات شرعية أهمها :هل الشريعة الإسلامية تعرف التعامل في الأشياء غير المادية – بصفة عامة- ومنها البيانات الالكترونية – باعتبارها من مستجدات العصر- ، أم أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعرفوا سوى التعامل في الأشياء المادية فقط، دون الاعتداد بالأشياء غير المادية؟

وإن كانت الشريعة الإسلامية تقر التعامل في الأشياء غير المادية فما هي الشروط الشرعية للتعامل في هذه الأشياء، وما هي الصور التي يجوز التعامل فيها، وما هو الأثر المترتب على التعامل فيها؟

ومن بين الأسباب التي تدفعني للبحث في الفقه الإسلامي إبراز أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية الذين أخفى الحاقدون آراءهم، فاندثرت أراؤهم مع أن في أقوالهم، وأرائهم الخير الكثير بحيث لو طبقت باعتباره تشريعاً نافذاً لأغنانا عن النظر إلى أراء تبعد عن روح الإسلام وتعاليمه.

منهجي في البحث

ولقد اتبعت في هذا البحث عدداً من المناهج العلمية في البحث.

فقد اتبعت "المنهج التأصيلي" وذلك ببحث المسألة التي أتعرض لها في البحث إلى أصلها الشرعي وبيان حكمها الشرعي، والسبب في اتباعي لهذا المنهج حداثة الموضوع من الناحية الشرعية، كما قمت أيضاً بذكر أقوال الفقهاء فيما يشبه

أو يتعلق بالموضوع، وكان ذلك تارة في صلب البحث" المتن" وتارات أخرى في الهامش، وذلك من الكتب الأصيلة لكل مذهب.

واتبعت كذلك المنهج التحليلي وذلك بتحليل المسألة محل البحث إلى عدد من المسائل كما قمت بوضع العديد من الافتراضات التي تتعلق بمسائل البحث، وقمت ببحثها وذكر أراء الفقهاء فيها، وبيان الحكم الشرعي الذي يتعلق بها.

كما اتبعت أيضاً المنهج المقارن وذلك بالمقارنة بين المذاهب الفقهية في عدد من المسائل محل البحث – الذي تقتضيه المقارنة–.

واتبعت في منهجي في البحث الأصول العلمية : من ذكر المسألة محل البحث، ثم تحرير محل النزاع، ثم بيان موطن الاتفاق بين الفقهاء في المسألة، وبيان موطن الاختلاف، وذكر المذاهب الفقهية المتفقة ووضعها تحت رأي واحد، ثم ذكر الأدلة لكل رأي، ومناقشة أوجه الاستدلال المرجوحة من الأدلة، ثم بيان الرأي المختار في المسألة – وهو دائماً الرأي الأول في ذكر الأراء – وبيان سبب اختيار لهذا الرأي.

خطة البحث

ولقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة، وفصلين، وخاتمة.

فأما المقدمة: فقد عرضت فيها لأهمية الموضوع، وسبب اختياري له، وطرحت فيها عدداً من المسائل التي يثيرها البحث، وبيَّنت منهجي في البحث، وخطة الدراسة.

وأما الفصل الأول : فسوف أتناول فيه التعريف بالبيانات الالكترونية وتكييفها الفقهي، وقسمته إلى ثلاثة مباحث.

فأما المبحث الأول فسوف أتناول فيه المقصود بالبيانات الالكترونية، والصور التي تتخذها، وقسمته إلى مطلبين.

فأما المطلب الأول: فسوف أتناول فيه المقصود بالبيانات الالكترونية.

وأما المطلب الثاني : فسوف أتناول فيه الصور التي تتخذها البيانات الالكترونية.

وأما المبحث الثاني : فسوف أتناول فيه: التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية"، وقسمته إلى مطلبين.

فأما المطلب الأول: فسوف أتناول فيه تعريف المال والمنفعة في الفقه الإسلامي.

وأما المطلب الثاني: فسوف أتناول فيه التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية.

وأما المبحث الثالث: فسوف أتناول فيه الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية، وأنواعها، وقسمته إلى مطلبين:

فأما المطلب الأول : فسوف أتناول فيه تعريف الملكية وأنواعها في الفقه الإسلامي.

وأما المطلب الثاني: فسوف أتناول فيه الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية، وأنواعها.

وأما الفصل الثاني فسوف أتناول فيه التصرفات التي ترد على البيانات الالكترونية، وقسمته إلى ثلاثة.

فأما المبحث الأول: فسوف أتناول فيه صور التعامل في البيانات الالكترونية وتكييفها الفقهي، وقسمته إلى مطلبين:

فأما المطلب الأول: فسوف أتناول فيه صور التعامل في البيانات الالكترونية.

وأما المطلب الثاني: فسوف أتناول فيه التكييف الفقهي للتصرف في البيانات الالكترونية.

وأما المبحث الثاني فسوف أتناول فيه الشروط اللازم توافرها لصحة التعامل في البيانات الالكترونية .

فأما المطلب الأول: فسوف أتناول فيه الشروط اللازم توافرها لصحة التعامل في الأموال.

وأما المطلب الثاني: فسوف أتناول فيه الشروط اللازم توافرها في البيانات الالكترونية

وأما المبحث الثالث: فسوف أتناول فيه الأثر المترتب على صحة التعامل في البيانات الالكترونية، وقسمته إلى مطلبين:

فأما المطلب الأول: فسوف أتناول فيه الأثر المترتب على صحة التعامل في البيانات الالكترونية بعوض.

وأما المطلب الثاني: فسوف أتناول فيه الأثر المترتب على صحة التعامل في البيانات الالكترونية بغير عوض.

وأما الخاتمة فقد تناولت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث، وكذلك أهم التوصيات التي ينبغي مراعاتها بشأن هذا الموضوع .

الفصل الأول
التعريف بالبيانات الالكترونية وتكييفها الفقهي

تمهيد وتقسيم :

إن موضوع التعاملات المالية في البيانات الالكترونية" يعد من الموضوعات الحديثة، فوجدت من المناسب أن نتعرض لتعريف البيانات الالكترونية، وبيان الصور التي تتخذها هذه البيانات، وكذلك التكييف الفقهي لها، وبيان الملكية التي ترد على هذه البيانات.

وسوف نتعرض – إن شاء الله تعالى – في هذا الفصل لهذه النقاط لما لها من أهمية في مجال البحث ، وقد خصصت لها هذا الفصل، وقسمته إلى ثلاثة مباحث.

أتناول في المبحث الأول: التعريف بالبيانات الالكترونية والصور التي تتخذها، وأتناول في المبحث الثاني : التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية، وأتناول في المبحث الثالث: الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية.

المبحث الأول
التعريف بالبيانات الالكترونية.

تمهيد وتقسيم :

إن البحث في موضوع البيانات الالكترونية يثير بعض التساؤلات منها : ما هو المقصود بالبيانات الالكترونية، وماهي الصور التي تتخذها هذه البيانات؟

وللإجابة على هذه التساؤلات أهمية في موضوع بحثنا حيث من خلالها يمكن لنا تحديد معنى هذه البيانات، الذي من خلاله بعد ذلك يمكن لنا التعرف على طبيعة هذه البيانات، وكيفية التعامل فيها، ولما كان للإجابة على هذه التساؤلات هذه الأهمية فقد خصصت لها هذا المبحث، وقسمته إلى مطلبين:

المطلب الأول: المقصود بالبيانات الالكترونية.

المطلب الثاني: صور البيانات الالكترونية.

المطلب الأول
المقصود بالبيانات الالكترونية.

إن تعريف البيانات الالكترونية له أهمية في مجال البحث، وذلك لأنه يتحدد من خلاله ماهية البيانات الالكترونية، لذا سوف نتعرض لتعريف البيانات الالكترونية في اللغة، ثم في الاصطلاح.

في اللغة : إن مصطلح البيانات الالكترونية يتكون من شقين :

الأول : البيانات . الثاني :الالكترونية.

الأمر يقتضي أن نتعرف على كل منهما، وبيان المقصود بهما:

أ-**المقصود بالبيانات في اللغة:** البيانات جمع بيان، والبيان اسم من الفعل (بان)، ومنه قول الله تبارك وتعالى(**الرَّحْمَنُ۝ عَلَّمَ الْقُرْآنَ۝ خَلَقَ الْإِنسَانَ۝ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ**) [1] وهو الحجة والمنطق الفصيح[2]، وقيل هو الكلام الذي يكشف عن حقيقة حال أو يحمل في طياته بلاغاً، فيكون بمعنى الوضوح والانكشاف[3]وقيل هو عبارة عن إظهار المتكلم المراد للسامع[1].

---

(١) سورة الرحمن الآيات رقم (١، ٢، ٣، ٤)

(٢) تفسير النسفى : لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، ٢٠٠٥، دار النفائس، بيروت- لبنان ، ج ٤، ص٣٠٥، تفسير الرازي المشتهر بمفاتيح الغيب:لأبي عبد الله فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي الشافعي المعروف بالفخر الرازي، دار إحياء التراث العربى، ج ٢٩، ص٢٤١، ٢٤٢" في تفسير سورة الرحمن"

(٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المكتبة العلمية ، بيروت- لبنان، ج١، ص٧٠، باب الباء ، المعجم الوسيط: لمجموعة :" إبراهيم

ب-المقصود بالالكترونية: هي الوسائل المستحدثة التي يتم استخدام الحاسب الآلي[٢]، وغيره من الوسائل[٣] في إنشائها أو تجميعها.

وإضافة البيانات إلى كونها الكترونية يخرج ما عداها من بيانات أخرى ويبقى كون البيانات أنها الكترونية، أي تنسب إلى إحدى الوسائل المستحدثة في الإنشاء أو التجميع.

ويكون معنى البيانات الالكترونية في اللغة:" *التعبير عن الحجة والمنطق الفصيح باستخدام وسيلة من الوسائل المستحدثة*"

في الاصطلاح : إن محاولة وضع تعريف جامع مانع للبيانات الالكترونية بحيث يجمع كل صور البيانات الالكترونية المعهودة والمعروفة حالياً في التعامل يعد أمراً صعباً، وذلك لأن هذه البيانات في الوقت الحالى تكاد لا تقع تحت حصر، خاصة في ظل التطور السريع لهذه البيانات، فلا يكاد يصبح يوم جديد إلا ويطالعنا العالم بنوع أو شكل جديد لهذه البيانات.

مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار، دار الدعوة، ج ١، ص ٨٠، باب الباء.

(١) التعريفات: للإمام علي بن محمد بن علي الجرجاني، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، باب الباء ص ٦٧ رقم (٢٩٧) " نسخة محققة قام بها إبراهيم الأبياري".

(٢) ويقصد بالحاسب الآلي هنا "الكمبيوتر"

(٣) ويقصد بغيره من الوسائل كأجهزة الهاتف الذكي "Smart phone "وغير ذلك مما يمكن أن ينتجه الجهد البشري.

غير إنني سوف أحاول – قدر إمكاني – أن أتعرض لتعريف هذه البيانات لدى أهل هذا الفن من العلوم مما يميزها عن غيرها، ثم نتبع ذلك بأراء فقهاء القانون في هذا المجال(١).

وللتعرف على البيانات الالكترونية يجب التعرف على المعلومة التي ترتبط بها تلك البيانات(٢).

ففي مجال نظم المعلومات نجد أن هناك اتجاهين في تحديد المقصود بالبيانات والمعلومات.

الاتجاه الأول: يرى أصحابه "وهم العديد من الباحثين في مجال نظم البيانات والمعلومات" أنه من الصعب أن نضع حداً فاصلاً بين البيانات"DATA" والمعلومات"INFORMATION، فما يعتبر معلومات في بعض المراحل، يعتبر بيانات في المرحلة التي تليها، وأن المعلومة قد لا تكون في صورة كمية أي يعبر عنها بالأرقام، وإنما قد تكون معلومة غير كمية أي وصفية، ويمكن الحصول عليها من مصادر متعددة كالملاحظات والمناقشات مع العاملين ودراسة التقارير الوصفية،

---

(١)لأن فقهاء القانون قد تعرضوا لمعالجة هذا الموضوع في بعض جوانبه.

(٢) أنظر **تفصيلاً** /**http://www.alukah.net/web/khedr**

الولوج إلى الموقع ٢٣-٠٧-٢٠١٥ ١١:١٨ PM

ومشار إلى بعض المصادر والروابط منها: هاشم أحمد عطية ومحمد محمود عبد ربه، الفرق بين البيانات والمعلومات.

٢- الفرق بين البيانات والمعلومات، الجامعة العربية المفتوحة www.aoua.com

٣- الفرق بين البيانات والمعلومات، www.uqucs.com/vb/showthread.php

٤-الفرق بين البيانات والمعلومات

. //data-information-knowledge٠٨/٠٤/٢٠١٠.net/١٠kuwait

لكن المعلومات الكمية تساعد متخذ القرار بصورة أكثر فاعلية من المعلومات الوصفية(١)

الاتجاه الثاني : يرى جانب من الباحثين أن هناك فرقاً بين البيانات والمعلومات، ويضع عدداً من المميزات بينهما أظهرها:

أ- **إن البيانات** : هي مجموعة الحقائق والمدخلات التي يتم تسجيلها أو سيتم تسجيلها مستقبلاً، وتكون غير مترابطة وغير محددة العدد، وهذه البيانات يتم إدخالها إلى الكمبيوتر لمعالجتها وإخراج النتائج، ومن أمثلة البيانات : الاسم، والسن، والمهنة..... وغير ذلك.

اما المعلومات: فهي مجموعة النتائج التي تم تحصيلها من الكمبيوتر، فهي بذلك مجموعة البيانات التي أعدت بطريقة ما- أي تمت معالجتها عن طريق الكمبيوتر- بحيث تكون صالحة للاستخدام من قبل مستقبلها أو مستخدمها، وهى تمثل المخرجات في نظام المعلومات.

ب- **إن البيانات** عادة ما تأخذ شكل أرقام وجداول بيانية.

أما المعلومة فتأخذ شكل نصوص وعبارات وصور توضيحية.

وفي المجال القانوني : يقصد بالمعلومة في مجال القانون: هي " جعل رسالة قابلة للتوصيل إلى الغير، وذلك عن طريق علامة أو إشارة من شأنها أن توصل

---

(١) أنظر في ذلك تفصيلاً د. خالد حمدي عبد الرحمن: الحماية القانونية للكيانات المنطقية، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، عام ١٩٩٢م، ص ٥٨، وما بعدها.

المعلومة إلى الغير[١]" وبذلك تتميز المعلومة عن الفكرة، حيث إن المعلومة لابد أن تتخذ شكلاً أو إشارة ملموسةً، أما الفكرة فلا تتخذ هذا الشكل[٢].

والسمة الأساسية في المعلومة أنها تعد شيئاً غير مادي يصلح لأن تكون محلاً للحقوق المالية، وأظهر هذه الحقوق حق الملكية، فالمعلومة بذلك تكون منتجاً أو سلعة مستقلة سابقة على الخدمة التي قد تكون المعلومة محلاً لها، وتتميز المعلومة وتستقل عن الشكل المادي الذي تفرغ فيه – كتابة، أو صورة، أو صوتاً–، كما أنها تتميز كذلك عن الخدمة التي تكون محلاً لها فهي سابقة في وجودها على وجود الخدمة[٣].

وأما البيانات الالكترونية –فتجدر الإشارة إلى أن استعمال مصطلح البيانات في القوانين التي تحمي النظام المعلوماتي– يقصد بها جميع الأشياء غير المادية كالمعلومات والبرامج والبرمجيات وكل البيانات التي يعتمد عليها النظام المعلوماتي في المعالجة الآلية التي يقوم بها[٤].

---

(١) أنظر في هذا المعنى د. حسام الأهواني: الحماية القانونية للحياة الخاصة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلة يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة عين شمس، السنة الثانية والثلاثون، العددان الأول والثاني،(يناير– ويوليو ١٩٩٠) ص٤،ف ٤.

(٢) المرجع السابق، ذات الصفحة، وذات الفقرة.

(٣) المرجع السابق ذات الصفحة.

(٤) أنظر في ذلك تفصيلاً د. خالد حمدي عبد الرحمن: الحماية القانونية للكيانات المنطقية، مرجع سابق، " وقد عبر عن البيانات الالكترونية بالكيانات المنطقية للحاسب الآلي، وعرفها بأنها: " *مجموع المكونات التي بفضلها، أو من خلالها يتلقى الكيان المادي أوامر وتعليمات قابلة للتنفيذ بهدف الوصول إلى نتيجة محددة*" ص ٤١.

والذي يهمنا في هذا المقام هو الجانب الذي يتعلق بالتنظيم القانوني لهذه البيانات، وهو النظر إلى البيانات الالكترونية بأنها كآفة البيانات والمعلومات التي يتم معالجتها الكترونياً.

ومن ثم يمكن أن نحدد المقصود بالبيانات الالكترونية المتعلقة بمجال البحث: **بأنها** : *تلك المعلومات التي تم معالجتها من خلال الكمبيوتر " الحاسب الآلي" أو غيره من الأجهزة، وتتعلق بالتجميع والتسجيل والإعداد والتعديل والاسترجاع والاحتفاظ، واستغلال المعلومة ودمجها أو تحليلها للحصول على معلومة ذات دلالة خاصة".*

المطلب الثاني
صور البيانات الالكترونية

يوجد في الحياة العملية – في الوقت الحالي- عدد يكاد لا يقع تحت حصر فيما يتعلق بالبيانات الالكترونية، وذلك لأن هذه البيانات في الوقت المعاصر – بعد ما يسمى بثورة الاتصالات، أو عصر المعلومات- تدخل في شتى المجالات سواء أكانت هذه المجالات تجارية – مالية –، أو كانت هذه المجالات غير تجارية سواء أكانت تتصل بالمؤسسات الحكومية أو غير الحكومية".

وسوف نلقي الضوء على أهم وأبرز البيانات الالكترونية المنتشرة نسبياً في بلدنا، ثم نحاول التعرف على كل منها، وذلك بعيداً عن التفصيلات التقنية الدقيقة التي تتعلق بهذه البيانات، ولعل هذه أشهر الصور المتداولة بين مستخدمي " الكمبيوتر"الحاسب الآلي"

أ. "**برامج التشغيل**" وهي البرامج التي تلزم لتشغيل الجهاز منها: الويندوز –" "Windows – الدوس- "Dos" الأندرويد- Android.

ب. **برامج التوصيفات**"ويقصد بها البرامج التي تقوم بتعريف أجزاء الجهاز بعضها على بعض(١).

ج. **برامج الحماية** Security programs وهي البرامج التي تهدف إلى حماية الجهاز من الاعتداء، بحفظ البيانات وتخزينها بطريقة آمنة.

د. **برامج المكتب**(١). " Office programs ، وهي تتنوع إلى عدد من البرامج البرامج منها : برامج الكتابة، وبرامج عرض البيانات ، والبرامج الإحصائية،

---

(١)" فالجهاز يتكون من مجموعة من الوحدات البروسسر، والماذر بورد" فتقوم هذه البرامج بتعرف هذه الوحدات بعضها على بعض حتى يقوم الجهاز بالقيام بالعمليات التي يكلف بها.

ومن أشهر هذه البرامج ما تصدره شركة مايكرو سوفت Microsoft company[٢]:

١- Microsoft Word Document. برنامج الكتابة

٢- Microsoft PowerPoint Presentation. برنامج العرض التقدمي

٣- Microsoft Publisher Document .

٤- Microsoft Excel Worksheet .البرنامج الإحصائي

٥- Journal Document برنامج كتابة الصحف " الناشر الصحفي"

٦- Microsoft Outlook

٧- Microsoft InfoPath Designer

هـ. **الوسائط المتعددة:** وعرفت الوسائط المتعددة بأنها *"كل ابتكار يتم فيه الدمج الالكتروني في الشكل الرقمي لمجموعات متباينة كالنصوص والأصوات والصور – الثابتة أو المتحركة– ويتم تثبيت هذا الدمج على دعامة إلكترونية التي يكون من شأنها توفير الحماية الخاصة التفاعلية للمستخدم*[٣]"

---

(١) ويطلق عليها " برامج الأوفس" حزمة برامج الأوفس"

(٢) وإلى جانب هذه الشركة توجد شركة أخرى عملاقة في مجال البرمجيات ونظم المعلومات وهي شركة " Apple"

(٣) د.علي أحمد مفلح الحنيطي: الحماية القانونية لقواعد البيانات دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه قدمت لكلية الحقوق جامعة عين شمس عام ١٤٣٠هـ – ٢٠٠٩م ، ص ٦٨-٦٩.

و. **قواعـد البيانـات** "DataBase" وقـد عرفـت قاعـدة البيانـات بعـدة تعريفات[1]- وذلك نظراً لأهميتها-:

فعرفت في اللائحة التنفيذية لقانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢م على أنها :"*تجميع للبيانات يتميز بالابتكار في الترتيب والعرض أو يعكس مجهوداً شخصياً جديراً بالحماية سواء أكان هذا التجميع بلغة أو رمز أو شكل أخر على أن يكون مخزناً بواسطة الحاسب الآلي وقابلاً للاسترجاع بواسطته أو بأية وسيلة الكترونية*"

وعرفت بأنها:" *مجموعة البيانات المسجلة بطريقة منهجية على دعامة مادية متصلة بالحاسب الآلي والتي تشكل إبداعاً فكرياً من حيث ترتيب أو اختيار محتواها ويمكن معالجتها والوصول إليها عن طريق الحاسب الآلي*[2]"

ز. **برامج الحسابات البنكية:** وهذه البرامج – البيانات تعد نوعاً من قواعد البيانات الخاصة بالعملاء ومحلها "النقود التي تكون للعملاء في البنوك".

---

(١) ويوجد وجه شبه بين الوسائط المتعددة وقواعد البيانات يتمثل في عدد من الأوجه منها:
أن كلاً منهما يتم تثبيته على دعامة مادية في جهاز الكمبيوتر.
كلاهما يمكن تخزينه واسترجاعه في أي وقت.
أما أوجه الاختلاف فتظهر في عدد من الأمور منها:
ان الوسائط المتعددة تعتمد على خاصية التفاعل بين المعطيات " البيانات" "الأصوات والصور"، أما قواعد البيانات فهي لا تعتمد على التفاعل بل على حصر البيانات وإعطاء النتائج.
تتألف الوسائط من الأصوات والصور الثابتة والمتحركة، أما قواعد البيانات فهي تتألف من البيانات والمعلومات فقط.

(٢) د. علي أحمد مفلح الحنيطي: الحماية القانونية لقواعد البيانات ، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

ح. **برامج المحاكاة** ويقصد بها البرامج التي تقوم على محاكاة لأمر افتراضي، كقيادة السيارات والطائرات، وكذلك التي تقوم على الألعاب الافتراضية.

ط. **برامج الرسومات** وهي نوع من أنواع البرامج التي تقوم بإعداد الرسومات وأشهرها الرسومات الهندسية.

ي. **المحل التجاري:** ويقصد به المحال التجارية التي يتم إنشاؤها عبر شبكة المعلومات سواء الدولية- الإنترنت- أو المحلية، ويمكن من خلالها القيام بالبيع والشراء في السلع التي تقوم بالإعلان عليها"(١)

وبعد ذكر صور البيانات الالكترونية فيمكن أن نذكر أن هذه البيانات تتنوع إلى نوعين رئيسين هما:

النوع الأول : البرامج التي يتكون منها الجهاز وهي تسمى في نظم المعلومات " Software " وتتنوع إلى نوعين:

الأول: البرامج الأساسية: وهذه البيانات تشمل جميع البرامج والبيانات اللازمة لتشغيل الجهاز وملحقاته، ودورها يتمثل في تشغيل الجهاز والاستفادة منه إلى أقصى حد.

---

(١) وقد انتشر هذا النوع من المواقع في الآونة الأخيرة، وهو يختلف عن مواقع الوساطة التي تقوم بها بعض المواقع عبر شبكة الإنترنت، حيث يقوم المستخدم – العميل- باللولوج في الموقع واختيار ما يريد التعاقد عليه – بيعاً أو شراءً- وسداد الثمن عبر شبكة الإنترنت.، ويضم هذا النوع من المواقع كآفة عناصر المحل التجاري من الاسم التجاري، ويكون عنوانه هو ما يدرج على شبكة المعلومات الإنترنت.

ومن قبيل هذه البيانات Windows-" الدوسDos- الأندرويد Android، وبرامج التوصيف، وبرامج الحماية Securityprograms[1] وهي البرامج التي تهدف لحماية الجهاز من الاعتداء، بحفظ البيانات وتخزينها بطريقة آمنة.

الثاني : "برامج التطبيق":" Application Programs"، وهذه البرامج تمكّن مستخدم الجهاز من القيام بعمل أو عدد من الأعمال بدقة.

ومن قبيل هذه البيانات: برامج المكتبOffice programs "، وقواعد البيانات "DataBase، والوسائط المتعددة، وبرامج المحاكاة، وبرامج التصميم Design programs- ويقصد بها البرامج الموجودة في الجهاز-

النوع الثاني: هي البيانات الالكترونية التي يتم استخراجها من جهاز الكمبيوتر بعد معالجتها بإحدى برامج التطبيق" كالمؤلفات العلمية، والعلامات التجارية، والحسابات البنكية، الاختراعات، ومن قبيل هذه البيانات أيضاً "البرامج التي يقوم بتصميمها مصممو البرامج فتكون برامج خاصة لحسابهم الخاص"

---

(١) وإن كان البعض يرى أن هذه البرامج لا تعد من البيانات الأساسية لتشغيل الجهاز، فيمكن تشغيله بدون هذه البرامج. إلا أنه يمكن القول بأن عدم وجود هذه البرامج في الجهاز تجعل الجهاز لا يعمل بكفاءة خاصة إذا تم الولوج من الجهاز على شبكة المعلومات العنكبوتية سواء الدولية Internet Network أو المحلية " LAN local Area Network لأن الجهاز يكون عرضة حينئذٍ للتعطيل بعدد من الوسائل، والطرق.

المبحث الثاني
التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية

تمهيد وتقسيم :

إن المقصود بالتكييف الفقهي للبيانات الالكترونية هو معرفة الطبيعة الفقهية للبيانات الالكترونية من حيث كونها مالاً أو منفعة، أم أنها لا تعتبر كذلك، وإذا اعتبرناها مالاً، أو منفعة فهل هي متقومة أم لا؟

والتعرف على طبيعة البيانات الالكترونية هو الأساس الذي من خلاله يمكن لنا أن نتعرف على الحكم الشرعي لمدى جواز التعامل في هذه البيانات الالكترونية من عدمه.

ويقتضي التعرف على طبيعة البيانات الالكترونية أن نتعرض لتعريف المال، والمنفعة في وجهة نظر فقهاء الشريعة الإسلامية، ومدى انطباق تعريف المال أو المنفعة عليها.

وسوف نتناول هذا الأمر – إن شاء الله تعالى – في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف المال والمنفعة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية.

المطلب الأول
تعريف المال والمنفعة في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم :

إن التعرف على حقيقة المال وكذلك المنفعة من وجهة نظر الفقه الإسلامي يعتبر أمراً هاماً لترتيب الحكم الشرعي للبيانات الالكترونية، حيث من خلاله يمكن لنا الوقوف على التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية، من حيث كونها مالاً مستقلاً أو منفعة متحصلة من الجهاز، فكان من اللازم التعرض لتعريف المال والمنفعة من وجهة نظر الفقهاء، والمال والمنفعة لكل منهما مفهومه وحقيقته الشرعية، وللفقهاء فيهما دراسات ومباحث استقر واتضح رأيهم فيها.

ولتعريف المال والمنفعة أهمية في مجال البحث لذا قد خصصت هذا المطلب للتعرف عليهما في الفقه الإسلامي، وقسمته إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف المال وأقسامه في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: تعريف المنفعة في الفقه الإسلامي .

الفرع الأول
تعريف المال وأقسامه في الفقه الإسلامي

إن التعرف على المال يقتضي أن نتعرض لتعريفه عند أهل اللغة، وفي اصطلاح الفقهاء.

تعريف المال في اللغة : المال هو كل ما يملكه الإنسان أو الجماعة من متاع أو عروض تجارة أو عقار أو نقود أو حيوان [1]، أو غير ذلك.

---

(١) المعجم الوسيط : قام بإخرجه مجموعة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨٩٢، مختار الصحاح ج١ ، ص٦٤٢، مختار الصحاح : محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، ١٤١٥ – ١٩٩٥، مكتبة

وبذلك يكون معنى المال في اللغة عام لكل ما يملكه الإنسان سواء أكان له قيمة أم لا، وسواء أكان عقاراً أم منقولاً.

تعريف المال في اصطلاح الفقهاء: تعددت تعريفات الفقهاء للمال:

فعرف الاحناف المال بأنه *اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار* [1]"، كما عرفوه بأنه :" *ما خلق المال له من إقامة المصالح به* [2][3]

ناشرون، لبنان- بيروت ص ٦٤٢، الصحاح"تاج اللغة وصحاح العربية": إسماعيل بن حماد الجوهري (ت٣٩٣هـ)، الطبعة: الرابعة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، وأعيدت الطبعة في يناير ١٩٩٠، دار العلم للملايين- بيروت- لبنان، ج٦، ص٩٩.

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق : لابن نجيم ، دار المعرفة، بيروت – لبنان، ج ٥، ص ٢٧٧، "وقالوا إن العبد وإن كان فيه معنى المالية لكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله وإهلاكه"

(٢) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي،: عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري (المتوفى ٧٣٠هـ)، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م: دار الكتب العلمية -بيروت- لبنان، ج ١، ص ٢٦٠.

(٣) كما عرف فقهاء الأحناف المال بعدة تعريفات منها : أنه *اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز"*

أنظر المبسوط : لشمس الدين أبي بكر محمد بن سهل السرخسي، طبعة١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، ج ١١، ص ١٤١.

ومنها "*ما يميل إليه الطبع ويمكن إدخاره لوقت الحاجة*"أو: *هو موجود يميل إليه الطبع* ".

أنظر رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار " المعروف بحاشية ابن عابدين": لمحمد أمين ابن عابدين، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م ، دار الفكر ، بيروت – لبنان ، ج ٤، ص ٥٠١" كتاب البيوع "

وعرفه المالكية بأنه :": *"ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره ، إذا أخذه من وجهه"*[1].

وعرفه الشافعية بأنه: *" ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك*[2]" .

وعرفه الحنابلة بأنه :" *ما يباح نفعه مطلقاً – أي في كل الأحوال- أو اقتناؤه بلا حاجة*"[3] .

ومنها: *ما يميل إليه الطبع ويدخر لوقت الحاجة، أو ما خلق لصالح الآدمي ويجري فيه الشح والضنة".*

أنظر التلويح على التوضيح شرح متن التنقيح: لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى : ٧٩٣هـ)، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ج ١، ص ٤١٢.

(١) الموافقات: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى : ٧٩٠هـ) الطبعة : الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م، دار ابن عفان جـ٢، ص١٧، (نسخة محققة قام بها: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان).

(٢) الأم : للإمام محمد بن إدريس الشافعي، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م دار الفكر، بيروت – لبنان- ج ٥، ص ٦٣، وقد ذكر تعريف المال عند شرح حديث النبي " أدوا العلائق "، الأشباه والنظائر : عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ١٤٠٣، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ص ٣٢٧، باب "خاتمة في ضبط المال والمتمول"

(٣) شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى: منصور بن يونس ابن إدريس البهوتي، طبعة ١٩٦٦م، عالم الكتب، بيروت – لبنان، ج ٢، ص ٧، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى السيوطي الرحيباني، طبعة ١٩٦١م، المكتب الإسلامي، دمشق – سوريا، ج ٣، ص ١٢.

كما عرفت مجلة الأحكام العدلية المال في المادة مائة وست وعشرين بأنه:" *ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولا كان أو غير منقول*" (١)

وبالنظر إلى التعريفات السابقة للمال نجد أن(٢):

- الفقهاء متفقون على أن الشيء حتى يكون مالاً لابد أن يكون مما يصح الانتفاع به شرعاً، أي أن يكون مشروعاً".
- الفقهاء متفقون على أن ما لا يصح الانتفاع به لا يكون مالاً في نظر الشرع فلا يجوز الاعتياض عنه.
- الشيء إذا ثبتت ماليته فلا تزول عنه إلا إذا ترك الناس جميعاً تموله ولم تكن له منفعة أصلاً، أما إذا ترك البعض التعامل به، ولم يتركه البعض فلا تزول عنه صفة المالية.
- من الفقهاء – وهم الأحناف– من وضع شرطين ليتحقق في الشيء معنى المال:

الأول: أن يكون مما يمكن حيازته وإحرازه.

الثاني : أن يكون مما يمكن الانتفاع به انتفاعاً معتاداً.

---

(١) أنظر مجلة الأحكام العدلية : لعلي باشا حيدر، المادة (١٢٦)

(٢) لمزيد من التفصيل أنظر في التعليق على تعريفات الفقهاء د. محمد عبد المنعم حبشي: التعدي على المنافع في الشريعة والقانون دراسة مقارنة، ٢٠٠٧/٢٠٢٠٦، دار نصر للطباعة، ص ٢٥، وما بعدها.

- من الفقهاء- وهم المالكية- من عرف المال بما يقع عليه الملك، أي بما يكون محلاً للملك، فإذا لم يكن الشيء محلاً للملك فلا يكون مالاً في نظرهم.
- من الفقهاء – وهم الشافعية- من عرف المال بالأثر المترتب عليه وهي القيمة، فقصر المال على ما له قيمة، ومن ثم إذا لم يكن للشيء قيمة فلا يعد مالاً في نظرهم .
- من الفقهاء- وهم الحنابلة- من عرف المال بالوظيفة التي يقوم بها، وهي إباحة الانتفاع بالشيء، أو طبيعة الشيء وهي ما يمكن اقتناؤه بلا حاجة.

ويلاحظ أن تناقص قيمة الشيء لا تخرج الشيء عن كونه مالاً، ما دام أن الناس لم يتركوا التعامل به.

أقسام المال: تعددت تقسيمات الفقهاء للمال حسب زاوية النظر إليه، ومن هذه التقسيمات[1]:

---

(١) أنظر في ذلك تفصيلاً أحكام المعاملات: للشيخ علي الخفيف: ص ٣٢؛ المعاملات الشرعية: للشيخ أحمد إبراهيم : الطبعة الثانية – لجنة التأليف والترجمة ١٣٦٣ هـ ١٩٤٤م بمصر ص ٤ وما بعدها؛ المعاملات في الشريعة الإسلامية، للشيخ أحمد أبو الفتوح : ج ١، ص٢٧؛ الملكية ونظرية العقد : للشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي، ١٩٧٧م ، ص ٥١، وما بعدها، د. عبد الرحمن الصابوني: محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، جامعة حلب- كلية الحقوق ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، عام ١٩٦٤- ١٩٦٥م ، ص ٧، وما بعدها، د. عيسوي أحمد عيسوي: المدخل ونظرية العقد، الطبعة الأولى ١٣٧٨ – ١٩٥٩، درا التأليف القاهرة مصر، ص ٢٣٧، وما بعدها، د. محمد علي محجوب: المدخل في التشريع الإسلامي طبعة ٢٠١٤، دار نصر للطباعة، ص ١٩٧- ١٩٨،د. أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، طبعة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية – مصر، ص ١٤،

أ. تقسيم المال باعتبار إمكان النقل وعدمه: فينقسم إلى عقار ومنقول.

ب. تقسيم المال باعتبار التقوم وعدمه : فينقسم إلى مال متقوم وغير متقوم.

ج. تقسيم المال باعتبار التماثل وعدمه: فينقسم إلى مال مثلي ومال قيمي.

د. تقسيم المال باعتبار بقاء عينه بعد الانتفاع به وعدمه : فينقسم إلى مال استهلاكي، ومال استعمالي.

وسوف نقتصر في هذا المقام على ثلاثة تقسيمات(١)- وذلك لأهميتها في مجال البحث-

---

وما بعدها، د. محمد نجيب عوضين المغربي: أهم النظريات الفقهية في التشريع الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة- مصر، ص ٣٢٩، وما بعدها.

(١) أما تقسيم المال بحسب إمكان النقل وعدمه فينقسم المال بهذا الاعتبار إلى عقار ومنقول.

فأما العقار فقد اختلف الفقهاء في تحديده.

فعند الأحناف، والحنابلة هو:" ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر"، وهذا التعريف يصدق على الأرض فقط دون ما اتصل بها من بناء أو غراس.

أنظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام : لعلي حيدر، ج ١، ص ١٠١، المادة (١٢٩)، مطالب أولي النهي في غاية شرح المنتهى : للسيوطي الرحيباني، طبعة ١٩٦١م، دار المكتب الإسلامي، دمشق- سوريا-، ج ٤، ص ١٠٩.

وعند المالكية والشافعية هو :" ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر أو أمكن نقله مع تغيير هيئته"، وهو يصدق على الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر"

أنظر : شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله محمد بن علي الخرشي، دار الفكر، بيروت – لبنان، ج ٦، ص ١٦٤، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: محمد الشربيني الخطيب، ١٤١٥، دار الفكر، بيروت- لبنان ج ٢، ص ٣.

وأما المنقول فهو: " ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء هيئته وصورته"

وأهمية هذا التقسيم تظهر في عدة أمور منها :

الأول : تقسيم المال باعتبار التقوم وعدمه.

الثاني: تقسيم المال باعتبار التماثل وعدمه.

الثالث: تقسيم المال باعتبار بقاء عينه بعد الانتفاع به وعدمه.

أ. <u>تقسيم المال باعتبار إمكان التقوم وعدمه:</u> فينقسم المال بهذا الاعتبار إلى مال متقوم ومال غير متقوم.

فأما المال المتقوم: فعرف بأنه: "*ما حيز بالفعل وأباح الشارع الانتفاع به حال السعة والاختيار.*

وأما المال غير المتقوم : فعرف بأنه: *ما لم يحز بالفعل أو حيز إلا أن الشارع لم يجز الانتفاع به حال السعة والاختيار.*[1]"

ضابط التمول: ويقصد به المعيار الذي يعتمد عليه في معرفة كون المال متقوماً أو غير متقوم.

عند الأحناف : وضع الأحناف ضابطاً للتمول يتحقق بأمرين:

الأول: تمول الناس أو بعضهم له[2]. **الثاني:** الانتفاع به على وجه مشروع.

- ثبوت الشفعة في العقار دون المنقول .
- الغصب يتحقق في المنقول باتفاق الفقهاء ، أما العقار فعند الأحناف لا يتحقق الغصب فيه، وعند الجمهور يتحقق فيه الغصب كالمنقول.

(١) المراجع سابق الإشارة إليها.

(٢) ويقصد بالتمول أي أن يكون الشيء محلاً للمعاوضة.

ويترتب على هذا أن "*ما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة وما يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم*" (١).

وعند الشافعية: وضع الشافعية ضابطين للتمول" (٢) :

الأول: أن المتمول هو "*كل ما يقدر له أثر في النفع*"

وبناءً على هذا : أن كل ما لا يظهر له أثر في الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول.

الثاني: أن المتمول "*هو الذي يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار*".

وبناءً على هذا: أن الذي لا يعرض فيه قيمة عند غلاء الأسعار يكون خارجاً عن التمول.

وتظهر أهمية التقسيم : في ضمان المال حال التعدي عليه، فالمال المتقوم يضمن عند التعدي عليه إذا توافرت شروطه، أما المال غير المتقوم فلا يكون محلاً للضمان.

ب- تقسيم المال باعتبار تماثل أحاده وعدمه: فينقسم المال إلى مال مثلي ومال قيمي.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، ج ٥، ص٢٧٧، حاشية رد المحتار: لابن عابدين، مرجع سابق، ج٤، ص٥٠١.

(٢) الأشباه والنظائر: للسيوطي، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

فأما المال المثلي فعرف بأنه: *هو الذي تتماثل أجزاؤه، وتتقارب صفاته، في القيمة والمنفعة من حيث الذات لا من حيث الصنعة*[1]، كما عرف بأنه:" *ما لا تختلف أعيان عدده.*[2]

وأما المال القيمي فعرف بأنه :" *ما تتفاوت آحاده ، ولا تتقارب صفاته، ولا تتماثل أجزاؤه.* [3]

وأهمية هذا التقسيم تظهر في عدد من الجوانب أهمها:" المقاصة فإنها تكون في المال المال المثلي دون القيمي، وهلاك المثليات تكون على المشتري بعد التعيين، ولو قبل التسليم، أما هلاك القيميات لا يكون على المشتري إلا بعد التسليم[4]، وكذلك في كيفية التضمين حال التعدي على المال، فيجب في المال المثلي رد مثله ، أما في المال القيمي فالواجب فيه رد القيمة [5]"

---

(١) البحر الرئق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، جـ٨، ص ١٢٤، التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، ١٣٩٨ هـ ، دار الفكر، بيروت – لبنان، جـ٧، ص٣١٤، الوسيط في المذهب لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ١٤١٧ هـ ، دار السلام، القاهرة – مصر، جـ٣، ص ٣٩٥، المغني: لابن قدامه، مرجع سابق، جـ٥، ص ٣٧٦.

(٢) الأشباه والنظائر: للسيوطي، مرجع سابق، ص٣٦١.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، جـ٨، ص١٢٥، التاج والإكليل: للمواق، مرجع سابق، جـ٧، ص ٣١٨، المجموع شرح المهذب: للنووي، دار الفكر ، بيروت – لبنان، جـ١٤، ص ٣٤٣، المغني: لابن قدامه، مرجع سابق، جـ٥، ص٣٧٥.

(٤) الملكية ونظرية العقد: للشيخ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٥) راجع في ذلك رسالة الدكتوارة للباحث د. حسين محروس عبد الجواد قنديل: مسولية مدير الشركة التجارية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ص ٤٦٠، وما بعدها.

ج. تقسيم المال باعتبار بقاء عينه بعد الانتفاع : فينقسم المال بهذا الاعتبار إلى مال استهلاكي، ومال استعمالي(١).

فأما المال الاستهلاكي: فيقصد به: *ما لا يمكن الانتفاع به بحسب الاعتياد إلا باستهلاك عينه .*

سواء أكان الاستهلاك استهلاكاً حقيقاً: كالطعام والوقود ، أو كان الاستهلاك استهلاكاً حكمياً: – وذلك بخروجها من تحت يد صاحبها– كالنقود.

وأما المال الاستعمالي: *فهو الذي تتحقق منافعه باستعماله المتكرر دون استهلاك عينه"*

وهو يمثل الأموال التي لا تستهلك على الفور من مرة واحدة بل يمكن استعمالها استعمالاً متكرراً مع بقاء عينها كالمنازل، والأثاث، ووسائل النقل.

وأهمية هذا التقسيم تظهر في العقود التي يمكن أن ترد على كل منهما.

فالمال الاستعمالي يمكن ان يرد عليه العقود التي يقصد منها المنفعة كالإجارة، والعارية.

أما المال الاستهلاكي: فلا يرد عليه العقود التي يقصد منها المنفعة لهلاك عينه بمجرد استعماله مرة واحدة

الفرع الثاني
تعريف المنفعة في الفقه الإسلامي

إن تعريف المنفعة يقتضي تعريفها في اللغة، ثم تعريفها في اصطلاح الفقهاء.

---

(١) د. مصطفى الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج ٢، ص١٤٤، د. محمد نجيب عوضين، أهم النظريات الفقهية في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٣٨– ٢٣٩.

أولاً : تعريف المنافع في اللغة: المنافع جمع منفعة، والمنفعة اسم من النفع وهو: كل ما ينتفع به[١] والنفع ضد الضر وهو ما يستعان به إلى الخير[٢] .

ثانياً: تعريف المنفعة في اصطلاح الفقهاء: عرف الفقهاء المنفعة بعدة تعريفات .

فعرف الأحناف المنافع بأنها:" *زوائد تحدث في العين شيئاً فشيئاً* "[٣].

وعرفها المالكية بأنها:" *ما لا تمكن الإشارة إليه حساً دون إضافة يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيف إليه* "[٤].

وعرفها الشافعية: بأنها "ما *يقابل العين*[١]، وقد تشمل المنفعة ما هو أعم من ذلك فتشمل الغلة التي هي الفوائد العينية، ومن ثم عرفت بأنها:" *الفائدة المستفادة من الأعيان عينية كانت أو عرضية*[٢].

---

(١) المعجم الوسيط : قام بإخراجه مجموعة،مرجع سابق، ج ٢، ص ٩٤٢.

(٢) تاج العروس من جواهر القاموس: محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى الزَّبيدي، دار الهداية، الجزء الثاني والعشرون، ص ٢٦٨، لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، الطبعة الأولى، دار صادر – بيروت – لبنان، الجزء الثامن ، ص ٣٥٨.

(٣) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي: للبخاري، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٥٣.

(٤) شرح حدود ابن عرفة الكافية الشافية: لأبي عبد الله محمد بن عرفة الأنصاري الشهير بالرصّاع، الطبعة الأولى ١٩٩٣ م ، دار العرب الإسلامي، بيروت– لبنان، ج ٢، ص ٥٢١ "باب منفعة الإجارة"، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل: محمد عليش، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م، دار الفكر، بيروت – لبنان، ج٧ ، ص٤٩٣، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل: محمد عليش، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م، دار الفكر، بيروت – لبنان، ج٧ ، ص ٤٩٣.

وعرفها الحنابلة : "*ما يحدث في العين شيئاً فشيئاً* (٣)"

نظرة على تعريفات الفقهاء(٤):بالنظر في تعريفات الفقهاء للمنفعة نجد أن الفقهاء انقسموا إلى فريقين في المقصود بالمنفعة:

---

(١) ويقصد بها في هذا التعريف "الفائدة العرضية" لذا فسرت المنفعة بأنها :" *ما ملك بعقد الإجارة الصحيح المملوك به قصداً* " أنظر تحفة المحتاج في شرح المنهاج : لشهاب الدين الرملي(كتاب الوصايا– فرع أحكام الوصايا المعنوية للموصى به)

(٢) شرح تحفة المحتاج على شرح المنهاج : ج ٧، ص ٦١، أنظر التعدي على المنافع في الشريعة والقانون: د/ محمد عبد المنعم حبشي، مرجع سابق، ص ١٠ .

(٣) وهذا التعريف مستنبط من تعريف الحنابلة لعقد الإجارة فعرفوا الإجارة بأنها: "*عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم*" أنظر: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لشرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي (المتوفى:٩٦٠هـ)، دار المعرفة، بيروت – لبنان، ج ٢، ص٢٨٣، (نسخة محققة قام بها :عبد اللطيف محمد موسى السبكي)، كما ذكر ابن قدامة : أن *"المنافع انما تستوفى شيئا فشيئا فكلما استوفى منفعة فقد قبضها والذي لم يستوفه لم يقبضه"* فهذا يدل على أن المنافع عرض تحدث في الأعيان،

أنظر المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار الفكر – بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ، ج ٥، ص ٣٥٧، الشرح الكبير: لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، طبعة ١٩٨٦، دار الكتاب العربي– دار الريان للتراث–، ج ٥، ص ٣٥٧.

(٤) لمزيد من التفصيل أنظر التعدي على المنافع في الشريعة والقانون: د. محمد عبد المنعم حبشي، مرجع سابق، ص١٠ : ١٢.

أ- **الفريق الأول:** - وهم الأحناف، والمالكية، والحنابلة-: ذهب إلى أن المنافع هي ما قابل الذات، فهي أمر عرضي يحدث في العين ولا يمكن الإشارة إليه، فهو يحدث شيئاً فشيئاً.

ب-**الفريق الثاني** : -وهم الشافعية- : ذهب إلى أن المنافع تشمل ما يكون عرضياً- المنافع العرضية-، وما يكون عينياً- الغلة والثمار-.

وبذلك يكون معنى المنفعة عند الشافعية أوسع نطاقاً حيث تشتمل المنفعة- عندهم - على المنافع العرضية والمنافع العينية، أما الأحناف، والمالكية، والحنابلة فإن المنفعة تقتصر عندهم على المنافع العرضية فقط دون أن تشمل المنافع العينية.

المطلب الثاني
التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية

إلى جانب التقسيمات السابق ذكرها[1] – قديماً – وجدت أشياء معنوية – غير ملومسة– لها قيمة مالية عالية، وهذه الأشياء قد وجدت حديثاً على ساحة التعامل بين الناس في الوقت المعاصر، ووجدنا أن لها قيمة مالية قد تفوق في بعض الأحيان بعض الأشياء التي تعد مالاً في نظر الفقهاء – قديماً–.

ولم يكن لفقهاء الشريعة الإسلامية تصور – قديماً – في وجود مثل هذه الأشياء، ومن ثم لم يكن لهم قول أو بحث فيها، فلم يتطرقوا إلى البحث عن طبيعتها باعتبارها مالاً من عدمه، كما أن هذه الأشياء لم تكن معروفة ومعهودة في التعامل بين الناس، إلا أنها ظهرت في التعامل حديثاً – بعد الستينيات من القرن الماضي[2]– كما أن التعامل بهذه الأشياء، وفي هذه الأشياء لم يكن منتشراً بين الناس – الأشخاص العاديين– حيث كان التعامل بهذه الأشياء، وفيها قاصراً على فئات محدودة للغاية كالهيئات والمؤسسات الحكومية، وكذلك المؤسسات التجارية العملاقة–، إلا أن التعامل بهذه الأشياء، وفيها قد تطور تطوراً كبيراً، فأصبحت هذه الأشياء بدخول عصر المعلومات – القرن الواحد والعشرين– من أساسيات التعاملات المالية، وغير المالية، وسواء أكان التعامل بين الأشخاص العاديين، أو الأشخاص الاعتبارية. .

---

(١) أنظر ما سبق في ص ٢٢، وما بعدها

(٢) المراد به القرن العشرين من ميلاد السيد المسيح.

فما هو التكييف الفقهي لهذه البيانات فهل تعد هذه البيانات مالاً، أم أنها لا تعد كذلك[١]؟

لمعرفة التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية يتوقف على معرفة عدة نقاط تتمثل فيما يلي:

أولاً : نوع البيانات الالكترونية.

ثانياً: مراحل البيانات الالكترونية.

ثالثاً: مدى مشروعية البيانات الالكترونية.

أولاً : نوع البيانات: يمكن لنا أن نفرق بين نوعين من البيانات:

الأول : البيانات الالكترونية اللازمة لتشغيل جهاز الكمبيوتر، وهذه البيانات تتنوع إلى نوعين رئيسين هما:

أ- **برامج التشغيل**: " **Operating Systems**" يقصد بها تلك البرامج التي تتوسط بين مستخدم الجهاز "User" وبين مكونات الجهاز من دوائر الكترونية وأجهزة ملحقة"Hardware"، وهذه البرامج تختلف باختلاف نظام الحاسب ذاته، فنظام الحاسبات المركزية يختلف عن تلك المستخدمة في الحاسبات المتوسطة، التي تختلف بدورها عن أجهزة الحاسب الشخصية[٢].

---

(١) ويلاحظ أن هناك فارقاً بين البيانات الالكترونية ذاتها وبين الجهاز الذي يحمل هذه البيانات، فإننا في هذا المقام ننظر إلى البيانات مستقلة عن الجهاز.

(٢) وتقوم هذه البرامج بإدارة الوظائف داخل جهاز الكمبيوتر وتتحكم في وحدات الجهاز هي :
إدارة وظائف الذاكرة.
إدارة وظائف وحدة التشغيل المركزية.

ب-برامج التطبيق:" Application Programs" ويقصد بها البرامج التي يقوم بتصميمها مصممو البرامج لتنفيذ الأعمال المطلوبة من الحاسب حسب الأنشطة والأعمال المطلوبة من الجهاز كالأنشطة التجارية والصناعية، والأبحاث العلمية وغيرها(١).

الثاني : البيانات الالكترونية المتحصلة من جهاز الكمبيوتر: يقصد بها البيانات الالكترونية التي تم معالجتها من الجهاز سواء تم الاحتفاظ بها داخل الجهاز، أم تم إخراجها من الجهاز عن طريق وحدة الإخراج "Output"

ثانياً : مراحل البيانات الالكترونية : نفرق بين مرحلة البيانات ذاتها داخل الكمبيوتر، وتأخذ البيانات ثلاث مراحل داخل الكمبيوتر هي:

أ. **الإدخال** : ويقصد بها مرحلة إدخال البيانات إلى جهاز الكمبيوتر، وهذه المرحلة لا يمكن اعتبار البيانات التي سوف يتم تغذية الجهاز بها من قبيل البيانات الالكترونية حيث لم يتم إدخالها بشكل تام في وحدة التخزين والمعالجة، فهذه المرحلة يمكن أن يطلق على هذه البيانات معلومات أو أفكار مجردة.

ب. **المعالجة.** يقصد بها معالجة الجهاز – الكمبيوتر – للتعليمات والأفكار التي تم تغذية الجهاز بها، وتقوم بالمعالجة وحدة التشغل المركزية"

إدارة وظائف وحدات الإدخال والإخراج.

(١) ومن هذه البرامج الحزم الجاهز "packages Software" وقواعد البيانات" Database " البرامج المساعدة وتطبيقات الويب – وهي تستخدم على شبكة المعلومات الدولية.

"central processing unit (cpu)" وهذه المرحلة تأخذ عدداً من الخطوات بحسب برنامج المعالجة[1]، وتتمثل في الآتي :

١) خطوة المعطيات : وهي الخطوة التي تلي إدخال التعليمات "Instructions" مباشرة، ويتم فيها إدراج التعليمات والأفكار بصورة غير مرتبة.

٢) خطوة الترتيب والدمج: وهي الخطوة التي يتم فيها ترتيب التعليمات والأفكار بصورة منطقية حتى يترتب عليها نتائج، وهذه الخطوة وسط بين المعطيات وإدخال البيانات في الجهاز وبين الحصول على نتائج مستندة إلى المعلومات والأفكار.

٣) خطوة النتائج : وهي الخطوة التي تعد فيها البيانات الالكترونية ذات قيمة، وذلك حال الحصول على نتائج لهذه البيانات بعد معالجتها إلكترونياً في جهاز الكمبيوتر.

ج. **الإخراج:** ويقصد بها أن تكون البيانات الالكترونية صالحة للإخراج من جهاز الكمبيوتر بوسيلة من وسائل الإخراج – كالشاشة، والطابعة، والسماعات، والوسائط المتعددة – بعد معالجتها، بحيث يمكن فصلها وجعلها مستقلة عن جهاز الكمبيوتر.

ثالثاً : مدى مشروعية البيانات الالكترونية: كما أنه يجب التفرقة في ذات البيانات الالكترونية من حيث كونها مالاً أم لا بالنظر إلى مشروعية البيانات ذاتها.

---

(١) وتتميز هاتين الحالتين بأن البيانات مازالت داخل جهاز الكمبيوتر في وحدة التخزين والمعالجة(cpu)، ولم تستقل عنه .

وبناءً على هذا إذا كانت البيانات غير مشروعة، كما لو كانت تتعلق بتزييف العملة – مثلاً – أو كانت تتعلق بأمر خارج عن النظام العام والآداب العامة – صوراً أو بيانات غير أخلاقية– فإنها تخرج عن اعتبارها مالاً مشروعاً، ومن ثم تخرج عن نطاق التعامل المشروع في هذه الحالة.

الوصف الفقهي للبيانات الالكترونية: بالنظر والتدقيق في البيانات الالكترونية وطبيعتها العملية فإننا في بيان الوصف الفقهي للبيانات الالكترونية نفرق بين نوعين من البيانات– البرامج – (البرامج اللازمة لتشغيل الجهاز[١]، وبين الأنواع الأخرى من البيانات الالكترونية التي تستقل عن الجهاز).

البرامج اللازمة لتشغيل الجهاز : (برامج التشغيل- برامج التطبيق): هي التي يحتاج جهاز الكمبيوتر إليها ليتم تشغيله والاستفادة منه، وهذه البرامج لا تستقل بذاتها فحتى يمكن الاستفادة بها لابد من وجودها في جهاز كمبيوتر(حاسب آلي) بحيث يمكن تشغيل الجهاز بها، فعدم وجود هذه البيانات يؤثر في كفاءة الجهاز بحيث لا يتم الاستفادة من الجهاز بدونها، فعدم وجودها يعتبر الجهاز كتلة حديدية[٢].

والوصف الفقهي لهذه البيانات – البرامج – : أنها **منفعة** متحصلة من الجهاز الذي يحمل هذه البيانات، أو هذه البرامج، فلا يمكن الانتفاع بها مستقلة

---

(١) ويقصد ببرامج التشغيل هي البرامج التي يحتاج جهاز الكمبيوتر إليها ليتم تشغيله، ويمكن الاستفادة منه ومن أمثلتها (.Window)

(٢) وهذه البرامج تختلف باختلاف نظام الحاسب ذاته، فنظام الحاسابات المركزية يختلف عن تلك المستخدمة في الحاسبات المتوسطة، التي تختلف بدورها عن أجهزة الحاسب الشخصية.

عن الجهاز الذي يحملها، كما أنه لا يمكن الانتفاع بالجهاز إلا بوجود هذه البيانات- البرامج – عليه[1].

أما باقي البيانات الأخرى: فهي بيانات مستقلة بذاتها يمكن الاستفادة بها مستقلة عن الجهاز الذي يحملها[2]، حيث يمكن أن تنتقل من جهاز إلى آخر دون أن يؤثر ذلك في كفاءة الجهاز.

ويتميز هذا النوع من البيانات عن غيرها من البيانات – المنافع المتحصلة من الجهاز- من عدة جوانب :

أولاً : إن منافع الأعيان – المنافع العرضية – لا تستقل عن الأعيان فلا تنفك عنها ولا يمكن الاستفادة منها مستقلة عن العين.

ثانياً : إن المنفعة تحدث شيئاً فشيئاً فلا توجد في زمانين، أما هذه البيانات فهي مستقلة عن الجهاز الذي يمكن أن تكون البيانات قد تمت معالجة البيانات فيه، فطبيعة هذه البيانات تختلف عن المنافع في أنها لا تحدث شيئاً فشيئاً بل إنها تحدث بصورة مستمرة حسب البيانات ذاتها.

ثالثاً : إن هذه البيانات يمكن الاحتفاظ بها بخلاف المنافع التي لا يمكن الاحتفاظ بها حيث إنها لا توجد في زمانين .

---

(١) ويثير التكييف الفقهي لهذه البيانات باعتبارها منفعة متحصلة من الجهاز مسألة هامة ألا وهي :" هل هذه البيانات تعد مالاً أم أنها تخرج عن نطاق باعتبار أنها منفعة" وهو ما بحثه الفقهاء قديماً في مسالة مالية المنافع". "هل المنفعة تعد مالاً أم لا"؟

(٢) ويقصد بالجهاز جميع الأدوات التي تحمل البيانات ذاتها " كجهاز الكمبيوتر(Computer)، والقرص المدمج الضوئي (CD.DVD.)، والقرص الصلب(Hard disk)، والقرص المرن (Floppy Disk)، والفلاشة (Data Traveler)، والهواتف الذكية (smart phone) وغير ذلك.

وبالنظر في تعريفات الفقهاء للمال، وتقسيماته: نجد أن البيانات الالكترونية ينطبق عليها أنها مالٌ متقومٌ منقول.

فأما من حيث كونها مالاًمتقوماً: فإن تعريف الفقهاء للمال لم يجعل المال قاصراً على الأشياء المادية فقط، بل إن تعريفات الفقهاء المختلفة للمال يستنبط – يستقى – منها أن الشيء يعد مالاً إذا توافرت الشروط التي وضعها الفقهاء له (الحيازة، والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً) سواء أكان مادياً – ملموساً – أو غير مادي – غير ملموس–، والبيانات الالكترونية ينطبق عليها الشروط التي وضعها الفقهاء في الشيء حتى ينطبق عليه كونه مالاً، حيث يمكن حيازتها، والانتفاع بها انتفاعاً مشروعاً، كما أن البيانات الالكترونية لها قيمة في نظر الناس تباع وتشترى، ويبذل المال لتحصيلها.

وأما من حيث كونها مالاً منقولاً: فنفرق في هذا المقام بين الجهاز الذي يحمل البيانات، وبين البيانات الالكترونية ذاتها.

فأما بالنسبة للجهاز الذي يحمل هذه البيانات نفرق بين مرحلتين :

المرحلة الأولى: وهي تمثل فترة ليست بالبعيدة – فترة الستينيات من القرن الماضي– حيث لم يكن يمكن نقل الجهاز الذي يحمل البيانات من مكان إلى آخر إلا بصعوبة، مما كان يحدث تلفاً فيه ومن ثم كان يثار في هذه الحقبة صعوبة في مدى اعتبار الجهاز الذي يحمل البيانات عقاراً أم منقولاً[1].

المرحلة الثانية: وهي تمثل الوقت الحالى فبعد التقدم الهائل في مجال البيانات الالكترونية ونظم المعلومات فإن الجهاز الذي يحمل البيانات يمكن نقله من مكان

---

(١) وهذه المسألة لا نجد طائلاً منها حالياً بعد إمكان النقل والتحويل للجهاز دون إحداث تلفٍ فيه.

إلى آخر دون حدوث تلف للجهاز، بل إن بعضاً منها يمكن نقله في الحقيبة، أو في جيب المستخدم، ومن ثم لا يثار في الوصف الفقهي للجهاز صعوبة حيث يعتبر منقولاً، وتسري عليه أحكام المنقول.

وأما بالنسبة للبيانات الالكترونية ذاتها: فإن هذه البيانات يمكن نقلها من مكان إلى أخر دون إحداث تلف أو تغيير في صورتها ومن ثم فإنها تعد مالاً منقولاً.

وأما من حيث كونها مالاً مثلياً أو قيمياً: فتختلف طبيعة هذه البيانات باختلاف البيان ذاته، فنفرق بين نوعين من البيانات .

النوع الأول: "برامج التشغيل والتطبيق" : فهذا النوع من البيانات يمكن أن يعد من قبيل المال المثلي وذلك لأن هذه البيانات لا يتفاوت أحاده وتتماثل صفاتها، وهذا إذا اتحد نوع البرنامج، أو إصداره مثاله Windows xp، Windows 7، أو برامج المكتب"Office programs، كما أن هذه البيانات – البرامج- لا تتعين بالتعيين بل هي تعد مالاً موصوفاً في الذمة فتعد من قبيل المال المثلي.

النوع الثاني: ومنها ما يعتبر مالاً قيمي وهي البيانات الشخصية " كالمؤلفات، والمصنفات الفنية، وقواعد البيانات وخاصة تلك البيانات التي تتعلق بالحسابات البنكية، وما يشبهها"، فهذا النوع من البيانات يعد من قبيل المال القيمي.

وأما من حيث كونها مالاً استهلاكياً أو مالاً استعمالياً: فتختلف طبيعة هذه البيانات باختلاف البيان ذاته، فنفرق بين نوعين من البيانات.

النوع الأول: "برامج التشغيل والتطبيق" : فالقاعدة في هذا النوع من البيانات أنه يعد مالاً استعمالياً لأنه يبقى في الجهاز الذي يحمله بعد استعماله مرة تلو الأخرى، ولا يتلف أو يستهلك بمجرد استعماله، ومن ثم يكون من قبيل المال الاستعمالي.

النوع الثاني: يوجد بعض أنواع البيانات التي تستهلك بمجرد استعمالها بحيث لا تبقى إلا لآداء عملية حسابية واحدة وبعدها يتم تلفها وتلاشيها من على الجهاز الذي يحملها، ومن ثم يعد هذا النوع من قبيل المال الاستهلاكي(١).

المبحث الثالث
الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية
تمهيد وتقسيم

بعد التعرف على طبيعة البيانات الالكترونية ومدى اعتبار كونها مالاً، أو منفعة متحصلة من الجهاز الذي يحملها، يثار هنا تساؤل هام ألا وهو هل البيانات الالكترونية تصلح لأن تكون محلاً للتملك أم لا؟ وإذا كان يمكن اعتبارها محلاً للتملك فما نوع الملك الذي يقع على هذه البيانات، فهل هو ملك تام أم أنه ملك ناقص؟

وللإجابة على هذه التساؤلات أهمية في مجال البحث حيث يمكن من خلالها التعرف على نوع التصرف الذي يرد على هذه البيانات من حيث كونه تصرفاً لملك تام أم لملك ناقص.

ولما كان الأمر على هذا النحو فإنه من اللازم التعرض لتعريف الملكية وأنواعها في الفقه الإسلامي حتى يتبين لنا نوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية.

---

(١) إلا أن هذا النوع من البيانات ليس منتشراً من الناحية العملية في بلادنا، إلا أنه يمكن أن يوجد في المراكز البحثية التي يهدف فيها مصممو هذه البيانات الاحتفاظ بالحق الأدبي والمالي.

ولما كانت الإجابة على هذه التساؤلات أهمية في مجال البحث فقد خصصت لها هذا المبحث وقسمته إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الملكية وأنواعها في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني : مدى اعتبار البيانات الالكترونية محلاً للملك.

المطلب الأول
تعريف الملكية وأنواعها في الفقه الإسلامي

إن التعرف على الملكية، وأنواعها في الفقه الإسلامي له أهمية في مجال البحث، حيث من خلاله نتعرف على الملكية بصفة عامة وأنواعها في الفقه الإسلامي، والمقصود بها وهل تعد الملكية في الفقه الإسلامي نوعاً واحداً أم أنها أكثر من نوع.

ولما كان لتعريف الملكية وأقسامها هذه الأهمية فقد خصصت لها هذا المطلب، وقد قمسته إلى فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالملكية في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني : أنواع الملكية في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول
التعريف بالملكية في الفقه الإسلامي

إن تعريف الملكية يقتضي أن نتعرض لتعريفها في اللغة، وفي الاصطلاح.

أولاً: تعريف الملكية في اللغة:

الملكية هي مصدر صناعي منسوب إلى الملك "بكسر الميم"، والملك هو: "احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والانفراد بالتصرف فيه"، يقال: ملكه يملكه ملكًا، أي احتواه قادرًا على الاستبداد به.[1]

ثانياً: تعريف الملكية في اصطلاح الفقهاء:

عرفت الملكية في اصطلاح الفقهاء بعدة تعريفات:

---

(١) القاموس المحيط: للفيروز آبادي، مرجع سابق، ص ١٢٣٢، فصل الميم، المعجم الوسيط : إبراهيم الزيات وآخرون، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨٨٦.

أ. **فعرف الأحناف** الملك بأنه :" *القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية*"[١] كما عرفت الملكية بأنها :" *اختصاص المالك للمملوك- فملك العين هو اختصاص المالك للعين وكونه أحق بالعين من غيره- ثم قد يظهر أثره في جواز التصرفات وقد لا يظهر مع قيامه في نفسه لقيام حق الغير في المحل حقا محترما كالمرهون*[٢]"

ب. **وعرف المالكية** الملك بأنه :" "*إباحة شرعية تقتضي تَمَكُّنَ صاحبها الانتفاع بالعين أو المنفعة*"[٣] كما عرفوها بأنها :"*حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تَمَكُّن – تمكين – من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك من حيث هو كذلك*[٤]"، وعرفوها كذلك بأنها :"*تَمَكُّنُ الإنسان*

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان، ج ٥، ص ١٠٨، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين ابن نجيم الحنفي ، دار المعرفة، بيروت– لبنان، ج٥، ص٢٧٨ وذكر أن الملك هو " الاختصاص الحاجز"

(٢) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج٥، ص ١٠٨.

(٣) أنوار البروق في أنواء الفروق: لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م ، دار الكتب العلمية، النشر بيروت ج ٣، ص ٣٦٤، "الفرق الثمانون بعد المائة" الفرق بين قاعدة الملك وقاعدة التصرف"، مواهب الجليل : للحطاب، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٠، "باب البيع"

(٤) الفروق للقرافي : مرجع سابق، ج٣، ص ٣٦٤، "الفرق الثمانون بعد المائة"، إلا أنه قد اعترض على هذا التعريف.

شرعاً بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة، ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة[١]"

ج. **وعرف الشافعية الملك بأنه** :" *أنه أمر معنوي - وإن شئت قل- :حكم شرعي مقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه انتفاعه به والعوض عنه من حيث هو كذلك*[٢]".

د. **وعرف الحنابلة الملك بأنه**:" *القدرة الشرعية على التصرف بمنزلة القدرة الحسية*" [٣]

كما عرف الباحثون المحدثون الملكية بعدة تعريفات منها: أنها : *حيازة الشيء متى كان الحائز وحده قادرًا على التصرف فيه والانتفاع به، عند عدم المانع الشرعي*[٤]"، وعرفها البعض بأنها:" *اختصاص حائز شرعًا يثبت بموجبه لصاحب الملك التصرف عند انتفاء المانع*[٥]"، كما عرفت أيضاً بأنها:" *حق المالك في الانتفاع بالمال المملوك على وجه التأبيد، والتصرف فيه بطريقة مطلقة دون من*

---

(١)"المرجع السابق ذات الصفحة"

(٢)الأشباه والنظائر: للإمام العلامة : تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١م دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج ١، ص ٢٥٣.

(٣) القواعد النورانية الفقهية: لأبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني" المشهور بابن تيمة"، طبعة ١٣٩٩ هـ، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ص ٢١٨، والفتاوى الكبرى: لابن تيمة" نفس المؤلف"، ج ٣، ص ١١٤

(٤) الفقه الإسلامي"مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه" د. محمد يوسف قاسم، طبعة دار الكتب الحديثة بالقاهرة، الطبعة الثالثة ١٣٧٧ هـ- ١٩٥٨م ص ٢٥٤.

(٥) المدخل الفقهي العام" الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد": مصطفى الزرقا، طبعة مطابع الأديب بدمشق، ص ١٥٢.

عداه من الناس"وعرفت كذلك بأنها:" *اختصاص يثبت للإنسان شرعًا على شيء، على وجه يمنع من تسلط الغير على هذا الشيء، ويخول صاحبه حق الانتفاع به والتصرف فيه ابتداء عند انتفاء المانع الشرعي*[1]" .

ويستفاد من التعريفات السابق ذكرها: أن الأساس في الملكية هو الاختصاص بالمال والاستبداد به عن طريق حيازة المال بسبب من الأسباب المشروعة، ومتى حاز الإنسان المال بأحد هذه الأسباب كان له بمقتضى اختصاصه واحتوائه الانتفاع به وحده بكآفة أوجه الانتفاع المشروعة، كما يجوز له التصرف فيه بكآفة أنواع التصرفات المباحة، وهذا ما لم يوجد مانع شرعي يمنعه من ذلك.

فالأصل والقاعدة أن من ملك المال كان له الحق في التصرف فيه، ومع هذا فإنه لا تلازم بينهما – بين الملك والتصرف– فقد يوجد أحدهما دون الآخر، فقد يكون الإنسان مالكاً للمال دون أن يكون له الحق في التصرف فيه، وذلك إذا وجد مانع يمنعه من التصرف في المال كأن يكون صبياً أو مجنوناً أو محجوراً عليه لسفه أو عته أو فلس، وقد يكون له الحق في التصرف في المال دون أن يكون مالكاً له كالولي والوصي فلهما الحق في التصرف في مال من كان في ولايته أو وصايته إلا أنهما ليسا مالكين لهذا المال.

وبناءً على هذا يمكن أن نعرف الملكية بأنها :"*الاختصاص بالمال والاستئثار به عن طريق حيازة المال بسبب من الأسباب المشروعة، مما يعطي لمن ثبت له الانتفاع به، والتصرف فيه بالطرق الشرعية متسقاً مع نوع الحيازة*"

---

(١) المدخل للفقه الإسلامي – الملكية ونظرية العقد– د. سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني، طبعة ٢٠١٢، ص ١٨٢، ١٨٣.

الفرع الثاني
أنواع الملكية في الفقه الإسلامي

تنقسم الملكية في نظر الفقهاء إلى عدد من التقسيمات[1]، وذلك حسب زاوية النظر إليها، ويقسم الفقهاء كل قسم إلى عدد من الأنواع.

التقسيم الأول: باعتبار الوظيفة التي تقوم بها تتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: ملكية عامة. النوع الثاني : ملكية خاصة.

التقسيم الثاني: من حيث صورتها تتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: ملكية مفرزة. النوع الثاني : ملكية شائعة.

التقسيم الثالث: باعتبار محلها تتنوع إلى نوعين:

النوع الأول : ملكية تامة. النوع الثاني: ملكية ناقصة.

فأما عن التقسيم الأول : باعتبار الوظيفة التي تؤديها فتتنوع الملكية بهذا الاعتبار إلى نوعين :

النوع الأول الملكية العامة:: إذا كان الانتفاع بآثارها مقررًا للجماعة، على أن يكون انتفاع الفرد بها قائمًا على أنه فرد من تلك الجماعة، دون أن يكون مختصاً بها.

---

(١) د. محمد يوسف قاسم: الفقه الإسلامي"مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه، طبعة دار الكتب الحديثة بالقاهرة، الطبعة الثالثة ١٣٧٧ هـ- ١٩٥٨م ص ٢٥٤، وما بعدها .د. عبد الرحمن الصابوني: محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٩، د. سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني المدخل للفقه الإسلامي – الملكية ونظرية العقد-، طبعة ٢٠١٢، ص ١٨٢، ١٨٣.، د. محمد نجيب عوضين : أهم النظريات في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٥٥، وما بعدها.

النـوع الثـاني : الملكيـة الخاصـة: التـي يكـون الانتفـاع بآثارهـا لشـخص مـن الأشخاص[1] على وجه الاختصاص والتعيين"

وأما عن التقسيم الثاني : باعتبار صورتها، فتتنوع الملكية بهذا الاعتبار إلى نوعين :

النوع الأول الملكية المفرزة: وهي ما كان موضوعها أو محلها معينًا، فشملت جميع أجزائه، وكان مالكها واحدًا، كملكية شخص لدار بأكملها.

النـوع الثـاني الملكيـة الشـائعة:: وهـي التـي تتعلق بجزء نسبي غير معين فـي شيء، نتيجة اشتراك فيه دون إفراز.

وأما عن التقسيم الثالث : باعتبار محلها فتتنوع الملكية بهذا الاعتبار إلى نوعين :

النـوع الأول الملكيـة التامـة: وهـي التـي تثبـت علـى العين والمنفعـة جميعـاً"، وتعطي لمن ثبتت له – المالك– جميع الحقوق المشروعة[2].

النـوع الثـاني: الملكيـة الناقصـة: وهـي الملكيـة التـي تثبت علـى العين فقط، أو المنفعة فقط" فيكون الملك قاصراً على أحد عنصري الملك فملك الرقبة في هذا النوع يكون لشخص، وملك الانتفاع يكون لشخص آخر.

أمـا الأمـوال التـي تـرد عليهـا الملكيـة الخاصـة: فالأصل فـي نظـر الشـريعة الإسلامية أن الأعيان والمنافع تكون قابلة للتمليك والتملك للأشخاص ما لم يوجد محظور شرعي يمنع ذلك .

ومن هنا فإن الفقهاء قد قسموا الأموال من حيث قابليتها للتملك وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

---

(١) سواء أكان الشخص الذي تقررت الملكية له شخصاً طبيعيًا، أو اعتباريًاً.

(٢) ويقصد بالحقوق المشروعة أن يقوم المالك باستعمال الشيء محل الملك بنفسه، أو يتصرف في منفعة الشيء وتبقى العين ملكاً له، أو يتصرف في العين والمنفعة جميعاً.

القسم الأول: *ما لا يجوز للأفراد تملكه ولا تمليكه*.

ومن أمثلة هذا القسم :

أ- ما خصص للمنافع العامة، ورصد لمصلحة الناس جميعًا، فلا يثبت لأحد فيه ملك خاص.

ب-الأموال التي تؤول إلى ملك الدولة، أو ما كان من ملكها أساسًا، أو تلك الأموال التي تنفرد الدولة بالولاية عليها.

القسم الثاني: *ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي، ولمصلحة عامة تعود على الدولة*.

ومن أمثلة هذا القسم: الأعيان الموقوفة، والعقارات المملوكة لبيت المال، فالأصل في هذه الأعيان عدم جواز تملكها إلا إذا كانت هناك مصلحة تدعو إلى ذلك.

القسم الثالث: *ما يقبل التملك والتمليك من غير قيد أو شرط إلا القواعد التي وضعها الفقه الإسلامي في هذا الشأن*، وهو ما عدا القسمين السابقين، وهذا القسم هو الأصل لأن المال بطبيعته قابل للتملك، إلا إذا عرض له ما يخرجه عن طبيعة التعامل، فالتملك والتمليك من النتائج الطبيعية لإحراز الأموال، بل يعد الثمرة الأولى لإحرازها.

والأموال التي يجوز امتلاكها وتقع تحت ملكية الأفراد وتصرفهم قد تكون:

أ. **أعيانًا** وهي "الأشياء المحسة ذات المادة والجرم".

ب. وقد تكون **منافع** وهي "الفائدة المقصودة المترتبة على الأعيان"، كسكنى الدار، وركوب الدابة، ولبس الثوب.

ج. وقد تكون **حقوقًا مالية:** وهي "كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع وتقوم بالمال": كحق الشرِب، والمرور، والتعلي.

المطلب الثاني
مدى اعتبار البيانات الالكترونية محلاً للملك

بعد التعرف على معنى الملكية في الفقه الإسلامي، وبيان أنواعها نبين في هذا المقام مدى اعتبار البيانات الالكترونية محلاً للملك، فهل ترد الملكية على البيانات الالكترونية أم لا يرد عليها الملك، وإذا كانت البيانات الالكترونية محلاً للملك فما هو نوع الملك الذي يرد عليها؟

وسوف نتناول الإجابة على هذه التساؤلات في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التعريف بملكية البيانات الالكترونية.

الفرع الثاني: نوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية.

الفرع الأول
التعريف بملكية البيانات الالكترونية

بعد التعرف على معنى الملكية في الفقه الإسلامي يتبين لنا أن الفقهاء قد اتفقوا على معنى الملكية، وإن اختلفت عباراتهم.

ومعنى الملكية عند الفقهاء هو "*الاختصاص بالمال والاستئثار به عن طريق حيازته بسبب من الأسباب المشروعة، مما يعطي لمن ثبت له الانتفاع به، والتصرف فيه بالطرق الشرعية*[1]"

---

(١) راجع ما سبق من تعريف للملكية.

وبناءً على هذا التعريف للملكية – بالمعنى العام – يمكن أن نعرف الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية بأنها: "*الاختصاص بالبيانات الالكترونية والاستئثار بها عن طريق حيازتها بسبب من الأسباب المشروعة، مما يعطي لمن ثبت له الانتفاع بها، والتصرف فيها بالطرق الشرعية*"(١)

الفرع الثاني
نوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية

ذكرت في الفرع السابق أن معنى الملكية ينطبق على البيانات الالكترونية باعتبارها مالاً أو منفعة متحصلة من الجهاز الذي يحملها إلا أنه يثور هنا تساؤل هام ألا وهو : ما هو نوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية، فهل الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية ملكية عامة أم أنها ملكية خاصة، وإذا كانت هذه الملكية ملكية خاصة فهل هي ملك تام أم أنها ملك ناقص؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات يتوقف على نوع البيانات ذاتها وعلى الوظيفة التي تقوم بها، وعلى محلها، وعلى الصورة التي تتخذها البيانات، فقد تكون البيانات الالكترونية عامة، وقد تكون البيانات خاصة، كما قد تكون البيانات ملكيتها مفرزة، وقد تكون شائعة، كما قد تكون الملكية التي ترد عليها تامة، وقد تكون ناقصة.

لذا يمكن لنا أن نقوم بتقسيم الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية بذات التقسيمات السابق ذكرها على الأموال، وهذه التقسيمات هي:

---

(١) مع الوضع في الاعتبار أن هناك فارقاً بين الحق الأدبي " حق المؤلف" على البيانات الالكترونية، وبين الحق المالي" حق الملكية" الذي يرد على البيانات الالكترونية.
فقد يكون حق التأليف– التصميم– مقرر لشخص، وحق الملكية مقرر لشخص آخر.

التقسيم الأول : تقسيم البيانات الالكترونية باعتبار الوظيفة التي تقوم بها" فتتنوع إلى نوعين:

النوع الأول الملكية العامة:: وذلك إذا كان الانتفاع بالبيانات الالكترونية لا يقتصر على شخص بعينه أو طائفة محددة، بل يكون الانتفاع بها جائز لكل الأفراد دون التمييز بينهم بسبب من الأسباب.

ومن أمثلة هذا النوع: البرامج التي تضعها الحكومات لخدمة مواطنيها، وهو ما يعرف ب"البوابة الحكومية"

النوع الثاني الملكية الخاصة: وهي تلك البيانات التي يختص بها شخص أو مجموعة من الأشخاص على وجه الاستئثار والتعيين بحيث يمكن صاحبها الانتفاع بها، أو التصرف فيها.

وأما عن التقسيم الثاني : تقسيم البيانات باعتبار صورتها، فتتنوع ملكية البيانات بهذا الاعتبار إلى نوعين :

النوع الأول الملكية المفرزة: وهي ما كان موضوع البيانات ومحلها معيناً فتشمل جميع أجزائه، وتكون الملكية فيه لشخص واحد – سواء أكان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً–.

ومن أمثلة هذا النوع : البيانات والبرامج التي يقوم مصممها بإنشائها، وإصدارها، وكذلك تلك التي تصدرها الشركات وتكون مالكة لها ملكية مستقلة عن غيرها من الأشخاص، وأيضاً تلك البيانات التي يحصل عليها الشخص بأحد الطرق المشروعة.

النوع الثاني الملكية الشائعة:: ويقصد بها البيانات التي تكون شائعة بين عدد من الأشخاص، ويكون كل منهم مالكاً لجزء من البيان أو البرنامج.

ويتخذ هذا النوع من ملكية البيانات الالكترونية إحدى صورتين[1]:

الصورة الأولى: المالك الشريك في البيان سواء أمكن لكل شريك فصل نصيبه من البرنامج" البيان" أو لم يمكن ذلك .

الصورة الثانية: الملكية الجماعية للبيانات بحيث لا يمكن فصل ملك أحدهم عن الآخر.

ومن أمثلة هذا النوع : البيانات التي تكون بين أكثر من شخص ويكون كل منهم مالكاً لجزء معين من البرنامج، وبصورة أظهر البرامج التي تتكون في داخلها من أكثر من برنامج، ويكون البرنامج النهائي- المنتج الأخير- مملوكاً لأكثر من شخص.

وأما عن التقسيم الثالث : باعتبار محلها فتتنوع ملكية البيانات الالكترونية بهذا الاعتبار إلى نوعين :

النوع الأول الملكية التامة: ويقصد بها : هي الملكية التي تجمع بين عنصري الملك (الرقبة والمنفعة) بحيث تثبت لمالكه ملكية البرنامج ذاته والانتفاع به[2]، وهذه الملكية تعطي لمن ثبتت له كآفة الحقوق المشروعة على البرنامج[1].

---

(١) في هذا التقسيم أنظر: الحماية القانونية لقواعد البيانات: د. على أحمد مفلح الحنيطي، مرجع سابق، ص ١٩١، وما بعدها." لم يقم بتقسيمها من ناحية الملكية بل من ناحية التأليف"

(٢) ويتحقق هذا النوع من الملكية في عدد من الصور أظهرها:

- "أن يتم تصميم البيانات الالكترونية من قبل المصمم ويحتفظ بحقه في الملكية للبيان، والانتفاع به"
- أو أن يقوم مصمم البيانات الالكترونية ببيعها لشخص أخر بحيث يتضمن العقد الذي يبرمه مع هذا الشخص نقل ملكية البيانات نقلاً تاماً بحيث يشمل ملكية البيان ذاته والانتفاع به"

النوع الثاني: الملكية الناقصة: وهي التي تثبت لشخص على البرنامج في أحد عنصري الملك، إما البيان – البرنامج- ذاته دون أن يكون له حق الانتفاع به، أو يكون له حق الانتفاع بالبرنامج دون التصرف فيه.

البيانات الالكترونية التي ترد عليها الملكية الخاصة: باعتبار إمكان ورود الملك الخاص عليها من عدمه، ويمكن أن نقسمها إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول: البيانات الالكترونية التي تتعلق بالإحصاء وتعداد السكان، والبيانات الخاصة بالأمن وسلامة الوطن والحفاظ على أسراره وغير ذلك من البيانات التي تتعلق بالمصالح العامة للبلاد، وهذا النوع من البيانات يخرج من دائرة التعامل، ولا يمكن التصرف فيها بالبيع أو الشراء أو غير ذلك من أنواع التصرفات، وهذا النوع من البيانات لا ترد عليه الملكية الخاصة، ويمكن لنا القول بأنها من "الملكية العامة" (٢) .

النوع الثاني البيانات الالكترونية التي يقوم مصمموها بوضعها للمنفعة العامة للناس جميعاً دون اختصاص أحد بها، وذلك بأن تكون وقفاً لله تعالى(٣).

---

(١) ويقصد بالحقوق المشروعة أن يكون لمن ثبت له الحق في الانتفاع بنفسه أو بغيره، أو التصرف فيه ببيعه" ويعبر في القانون بحق الاستعمال والاستغلال والتصرف"

(٢) واعتبار هذه البيانات من الملكية العامة لا يعطي الحق للجميع أن يطلع عليها، فالاطلاع على هذه البيانات يكون قاصراً على الجهات المنوطة بها فقط دون غيرها، أو بعد الحصول على تصريح بالاطلاع عليها بعد تقدير ذلك من الجهة المنوطة بها.

(٣) وهذا النوع يختلف عن سابقه في أن النوع الأول لا يمكن تملكه أصلاً، أما هذا النوع فيجوز أن يكون محلاً للتملك ولكن بشرط وجود المسوغ الشرعي لذلك.

من أمثلة : البرامج الدينية، المكتبات الفقهية الالكترونية[1]. وهذا النوع من البيانات بحسب الأصل يخرج عن دائرة التصرف فلا يجوز بيعه وشراؤه إلا بمسوغ شرعي.

النوع الثالث : البيانات الالكترونية عدا القسمين السابقين، فهذا النوع من البيانات يجوز التعامل فيه بكآفة الطرق المشروعة إن ثبت للبيان – البرنامج– المالية والتقوم[2]، وهو ما يسمى "بالملكية الخاصة"

---

(١) ومن أمثلتها المواقع الالكترونية على شبكة المعلومات العنكبوتية " حيث يتم اللولوج لهذه المواقع دون مقابل، وجعلها أصحابها ومصمموها في كثير منها وقفاً لله تعالى ومن ثم تأخذ حكم الأعيان الموقوفة على سبيل القياس، أما إذا كانت هذه المواقع يقصد بها أصحابها – أو مصمموها – الحصول على الربح فإنها لا تكون مالاً موقوفاً بل مالاً متقوماً إن توافرت شروطه.

(٢) فقد يكون البيان الالكتروني ملكاً خاصاً ولكنه لا يعد مالاً متقوماً كالبيانات الشخصية الخاصة بالاسم والموطن، والحالة الاجتماعية، وغير ذلك. راجع ما سبق في التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية ص من هذا البحث،

الفصل الثاني
التصرفات التي ترد على البيانات الالكترونية

تمهيد وتقسيم :

تتعدد صور التعامل في البيانات الالكترونية في الوقت الحالي بين المتعاملين في هذه البيانات، فمنها ما ينصب على ذات البيانات الالكترونية، ومنها ما يقع على الانتفاع بها فقط، ومنها ما يكون بمقابل مادي، ومنها ما يكون دون مقابل، فما هو التكييف الفقهي لهذه التعاملات، وهل تعد هذه التصرفات من قبيل التعاملات الجائزة شرعاً أم أنها تخرج عن نطاق المشروعية.

وسوف نتعرض – إن شاء الله تعالى – في هذا الفصل لصور التعامل في البيانات الالكترونية والتكييف الفقهي لهذه الصور، والشروط التي تتعلق بها، وكذلك الأثر المترتب على صحة التعامل قي هذه البيانات، وذلك في ثلاثة مباحث.

فأتناول في المبحث الأول : صور التعامل في البيانات الالكترونية وتكييفها الفقهي، وأتناول في المبحث الثاني الشروط اللازم توافرها لصحة التعامل في البيانات الالكترونية، واتناول في المبحث الثالث : الأثر المترتب على صحة التعامل في البيانات الالكترونية.

المبحث الأول
صور التعامل في البيانات الالكترونية، وتكييفها الفقهي

تمهيد وتقسيم :

تتعدد صور التعامل في البيانات الالكترونية فمنها ما ينصب على البيانات الالكترونية ذاتها، ومنها ما يكون بالانتفاع بها – بالبيانات الالكترونية–، ومن هذه

التعاملات ما يكون بمقابل ومنها ما يكون دون مقابل، وسوف نتعرض لأهم التعاملات الي تقع على هذه البيانات في هذا المبحث، وقد قسمته إلى مطلبين.

المطلب الأول: – صور التعامل في البيانات الالكترونية .

المطلب الثاني: التكييف الفقهي للتصرف في البيانات الالكترونية .

المطلب الأول
صور التعامل في البيانات الالكترونية

تمهيد وتقسيم :

يتخذ التعامل – التصرف – في البيانات الالكترونية العديد من الصور فمنها ما يكون معاوضة، ومنها ما يكون تبرعاً، ومنها ما ينصب على البيانات الالكترونية ذاتها، ومنها ما يكون الغرض منه الانتفاع فقط بالبيانات الالكترونية.

وقبل التعرض لما قد يقع على البيانات الالكترونية من تعاملات سوف نتعرض – إن شاء الله تعالى – للتعاملات التي تقع على الأموال– بصفة عامة– حتى يتبين لنا أهم وأبرز التعاملات التي يمكن أن ترد على البيانات الالكترونية باعتبارها مالاً، ثم نبين التصرفات التي تقع على البيانات الالكترونية، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التصرف في الأموال.

الفرع الثاني : التصرف في البيانات الالكترونية.

الفرع الأول
التصرف في الأموال

تتعدد التصرفات في الأموال والحقوق[1]، وتتخذ عدداً من الصور والأنواع، وتتنوع هذه التصرفات إلى عدد من الأنواع حسب زاوية النظر إليها[2]، وسوف نقتصر في هذا المقام على التصرفات التي يقصد منها التمليكات باعتبارها أوسع التصرفات وأظهرها، كما أنها تتناسب مع موضوع البحث.

وتتنوع عقود التمليكات إلى نوعين فمنها ما يكون معاوضة، ومنها ما يكون تبرعاً[3].

ويقصد بعقود المعاوضات :*هي تلك العقود التي تقوم على الالتزامات المتبادلة بين العاقدين"*وتشمل هذه العقود البيع والإجارة[1]

---

(١) ويقصد بالحق هنا الحق المالي الذي يمكن التصرف فيه مستقلاً عن الشيء محل الحق ذاته.

(٢) فتنقسم التصرفات إلى عدد من التقسيمات منها :

التقسيم الأول: بحسب الغرض من التصرف : فتنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى عقود(تمليكات– عقود إسقاطات– عقود إطلاقات– عقود تقييدات– عقود شركات– عقود حفظ– عقود توثيقات)

التقسيم الثاني: بحسب اعتبار الشارع لها: ولقد اختلف الفقهاء في تقسيم العقود بهذا الاعتبار إلى فريقين :

الفريق الاول: جمهور الفقهاء" المالكية، والشافعية، والحنابلة" فتنقسم العقود عندهم إلى نوعين (عقد صحيح– عقد فاسد " أو باطل")

الفريق الثاني: الأحناف: وتنقسم العقود عندهم إلى ثلاثة أنواع : (صحيحة، وفاسدة، وباطلة)

التقسيم الثالث: بحسب التنجيز وعدمه: فتنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى: عقود منجزة ، ومضافة إلى أجل، ومعلقة على شرط"

راجع في بيان هذه التقسيمات : د. سعيد أبو الفتوح: المدخل للفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٦ وما بعدها

(٣) الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري: كتاب الإجارة .

ويقصد بعقود التبرعات : *هي تلك العقود التي تقوم على عدم التبادل بين الالتزامات"* فيكون التمليك من جانب واحد دون التزام الطرف الآخر بتقديم شيء للطرف الآخر؛ وتشمل هذه العقود " الهبة ، والعارية"

ويمكن أن تقسم التصرفات بالنظر إلى المعقود عليه إلى "بيع، وهبة، وإجارة، وعارية"

وجه التقسيم:" إنه قد يكون المعقود عليه في العقد العين والمنفعة جميعاً، فإذا كان ذلك بعوض فإنه يكون بيعاً، وإذا كان تبرعاً يكون هبةً.

وقد يكون المعقود عليه في العقد المنفعة فقط فإذا كان بعوض كان إجارة، وإذا كان تبرعاً كان عارية.

ومن المناسب في هذا المقام أن نتعرض لتعريف عقد البيع، وعقد الإجارة، وعقد الهبة، وعقد العارية باعتبار أن هذه العقود أظهر العقود وأشهرها التي تقع على الأموال" ولأن هذه العقود هي التي تتناسب مع البيانات الالكترونية حال التصرف فيها" .

➢ **عقد البيع** : إن التعريف بالبيع يقتضي التعريف به عند أهل اللغة، ثم تعريفه في الاصطلاح.

---

(١) فقد يكون المعقود عليه في عقد المعاوضة تمليك العين والمنفعة جميعاً فهو عقد البيع التام، وقد يكون تمليك الانتفاع بالعين فقط ويطلق عليه بيع المنفعة.

وقد يكون المعقود عليه في عقد المعاوضة هو المنفعة فقط ويطلق عليه عقد الإجارة.

وهناك وجه شبه بين بيع المنفعة وعقد الإجارة: حيث إن المقصود منهما هو تمليك المنفعة، إلا أن هناك فارقاً بينهما : يظهر في أن بيع المنفعة غير مؤقت بوقت معين بينما عقد الإجارة مؤقت بوقت معين فيعد الوقت عنصراً هاماً في هذا العقد، كما أنهما يختلفان في الأثر المترتب على كل منهما.

أ- **تعريف البيع في اللغة:** البيع من الأضداد فيقال باع الشيء إذا شراه أو اشتراه، وقيل هو مطلق المبادلة[١].

ب-تعريف البيع في الاصطلاح: عرف الفقهاء عقد البيع بعدة تعريفات من هذه التعريفات

تعريف الأحناف: عرف الأحناف البيع بعدة تعريفات فعرفوه : *بأنه مبادلة مال بمال، بالتراضي*[٢] ، وعرفوه بأنه :" *مبادلة مال بمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب*[٣]، كما عرفوه بأنه: *مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكًا وتملكً*[٤]".

---

(١) التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني، مرجع سابق، ص ٦٨، رقم (٣٠٠).

(٢) اللباب شرح الكتاب : عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني، طبعة: دار الكتاب العربي ص ١١٠ (نسخة محققة: قام بها محمد أمين النوواي)، البحرا الرائق : لابن نجيم، مرجع سابق، ج٥، ص ٢٧٧ .

(٣) العناية على الهداية شرح بداية المبتدي: للعيني، كتاب البيوع .

ومن تعريفات الأحناف للبيع تعريف صاحب البدائع –الكاساني- بأنه :" *مبادلة مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه*" أنظر بدائع الصنائع : للكاساني: مرجع سابق، ج٥، ص١٣٤.

وعرفه ابن عابدين في حاشيته بأنه:" *مبادلة مرغوب فيه بمثله على وجه مخصوص*" أنظر رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين: لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، مرجع سابق، ج٤، ص ٥٠٢.

يؤخذ من تعريفات الأحناف : أنه يخرج به المبادلة بطريق التبرع أو الهبة بشرط العوض، ويتناول عندهم بيع المكره، فإنه بيع منعقد- عندهم- وإن لم يلزم.

(٤) فإن وجد تمليك المال بالمنافع فهو إجارة أو نكاح.

تعريف المالكية: عُرف البيع عند المالكية بعدة تعريفات فعرف بأنه "*دفع عوض في معوض*[1]" – وأُعترض على هذا التعريف– فعرفوه بأنه :"*نقل الملك بعوض*[2]" وعرَّف ابن عرفه – من المالكية– البيع بإطلاقين[3]:

الأول : **البيع بالمعنى الأعم** بأنه " *عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة*[4]"

الثاني: **البيع بالمعنى الأخص**:" *عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة ذو مكايسة*[5]*أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه*[6] "

---

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل: لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني (المتوفى : ٩٥٤هـ): ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٣م ، دار عالم الكتب، ج ٦، ص ٤، وذكر أنه قد نقله ابن عبد السلام، وعلق عليه بأنه يشمل الصحيح والفاسد، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: للشيخ علي الصعيدي العدوي المالكي، طبعة ١٤١٢، دار الفكر، بيروت – لبنان ، ج ٢، ص ١٧٧(نسخة محققة قام بها يوسف الشيخ محمد البقاعي)

(٢) المراجع السابقة، ذات الصفحات.

(٣) شرح حدود ابن عرفة الشافية : لمحمد بن عرفة ، مرجع سابق، ج١، ص٣٢٦، وما بعدها " كتاب البيوع "البهجة في شرح التحفة: لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، الطبعة : الأولى – ١٤١٨ هـ – ١٩٩٨م، دار الكتب العلمية – لبنان– بيروت، ج ٢، ص .٤، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي (المتوفى : ١١٢٦هـ) ، طبعة مكتبة الثقافة الدينية، ج ٣، ص١٠٨٤، (نسخة محققة قام بها محمد فرحات)

(٤) وتعريف البيع بالمعنى الأعم يشمل :" هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم"، ويخرج الإجارة والكراء والنكاح".

(٥) ومعنى ذو مكايسة : أي ذو مغالبة.

(٦) وتعريف البيع بالمعنى الأخص يخرج :" هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم"

تعريف الشافعية: عرف الشافعية البيع بتعريفات عدة منها أنه :" *عقد يتضمن مقابلة مال بمال على وجه مخصوص* [١]" كما عرفه البعض بأنه :" *عقد معاوضة محضة يقتضي ملك عين أو منفعة على الدوام لا على وجه القربة* [٢]"

تعريف الحنابلة: عرف الحنابلة البيع بأنه :"*مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة كممر الدار بمثل أحدهما على التأبيد* [٣]" كما عرفوه بأنه : "*مبادلة المال بالمال بقصد التملك بغير ربا* " وعرفوه كذلك بأنه:"*مبادلة المال بالمال تمليكا وتملكاً* [٤]"

مما سبق: نجد أن الفقهاء متفقون على أن البيع هو: "*عقد يقتضي مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكاً وتملكاً على وجه الدوام*"

- **عقد الإجارة:** يقتضي التعرف على الإجارة تعريفها في اللغة، وفي الاصطلاح

---

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: لمحمد الشربيني الخطيب ، طبعة ١٤١٥، دار الفكر، بيروت– لبنان، ج ٢، ص٢٧٣.

(٢) حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين : لأبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت– لبنان، ج٣، ص ٢.

(٣) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل : للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٦ .

(٤) الشرح الكبير: لابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج٤، ص ٢، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لعلاء الدين أبي الحسن علي ابن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ـ لبنان، ج٤، ص١٨٧.

أ- **تعريف الإجارة في اللغة:** الإجارة مصدر أجر يأجر وهو ما أعطيت من أجر في عمل[١]، والإجارة هي عقد على المنافع بعوض [٢].

ب-**تعريف الإجارة في الاصطلاح:** عرف الفقهاء الإجارة بعدة تعريفات منها:

تعريف الأحناف: عرَّف الأحناف الإجارة بعدة تعريفات أظهرها أنها :" *عقد على المنافع بعوض مالي يتجدد انعقاده بحسب حدوث المنافع ساعة فساعة*[٣] " كما عرفوها بأنها :" *بيع منفعة معلومة بأجر معلوم*"[٤]

تعريف المالكية[١]:عرَّف المالكية الإجارة بأنها :" *المعاوضة على المنافع*[٢]" وعرفها ابن عرفة – من المالكية- بأنها :" *بيع منفعة ما أمكن نقله غير*

---

(١) لسان العرب: لابن منظور، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٠، المصباح المنير : للفيومي، مرجع سابق، ج١، ص ٩.

(٢) المعجم الوسيط : قام بإخراجه مجموعة، ج ١، ص ٧،التعريفات: للجرجاني، مرجع سابق، ص ٦٨، رقم (٢٢).

(٣) شرح العناية على الهداية : أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، مطبوع مع كتاب فتح القدير، ج ٨، ص٣، وما بعدها.

وعرفوها بأنها :" تمليك المنافع" أنظر البحر الرائق : لابن نجيم ، مرجع سابق، ج ٧، ص، ٢٩٧، وعرفوها بأنها :" *بيع منفعة معلومة جنساً وقدراً بعوض مالي من غير جنس المعقود عليه معلوم قدراً وصفة*"

أنظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده،١٤١٩هـ – ١٩٩٨م، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت،ج ٣، ص ٥١١.

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، ١٣١٣هـ، دار الكتب الإسلامي، القاهرة- مصر، ج ٥، ص ١٠٥.

سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضها يتبعض بتبعيضها[٣]"
وعرفوها كذلك بأنها:" *عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض بما يدل عليه*"[٤]

تعريف الشافعية: عرَّف الشافعية الإجارة بأنها :"*تمليك منفعة بعوض بشروط*""[٥] ولقد ذكر فقهاء المذهب أن الأولى أن يقال في التعريف " *عقد على تمليك منفعة بعوض*"[٦] ، وعرفت كذلك بأنها :" *عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم وضعا* "[٧]

تعريف الحنابلة: عرف الحنابلة الإجارة بعدة تعريفات منها أنها "*بيع المنافع*[٨]"وعرفت بأنها :" *عقد على المنافع*[١]"وعرفت كذلك بأنها :"*عقد على منفعة*

---

(١) ولقد خصّ المالكية الإجارة بمنافع الآدمي والكراء لمنافع غيره- وبعد هذا مصطلحاً ولا مشاحة في الاصطلاح- وقد يطلق أحدهما على الآخر".أنظر: البهجة في شرح التحفة: للتسولي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٦٢ .

(٢) البهجة في شرح التحفة: للتسولي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٦٢ .

(٣) شرح حدود ابن عرفة : للأنصاري الرصّاع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥١٦.

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج ٨، ص٤٦٤.

(٥) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٧٤ .

(٦) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب المسمى (التجريد لنفع العبيد): سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر – تركيا، ج ٣، ص ١٦٣،

(٧) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري:العلامة الشيخ سليمان الجمل، دار الفكر، بيروت – لبنان، ج ٧، ص ٢٤٤، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين: للشيخ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م دار الفكر، لبنان – بيروت، ج ٣، ص ٦٨.

(٨) الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل: لأبي عبد الله محمد بن قدامى المقدسي، ج ٢، ص ١٦٩ .

مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم[٢]"، كما عرفت بأنها :" *بذل عوض معلوم في منفعة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة أو في عمل معلوم* [٣]"

ويؤخذ من التعريفات السابقة للفقهاء لعقد الإجارة : أن الفقهاء متفقون على أن المعقود عليه في عقد الإجارة هو المنفعة المتحصلة من العين، وأن المقصود من عقد الإجارة هو تمليك المنفعة بعوض.

- **عقد الهبة:** يقتضي التعرف على عقد الهبة تعريفها في اللغة، وفي الاصطلاح

أ- **تعريف الهبة في اللغة:** مصدر الفعل "وهب" يقال وهب الشيء يهبه وهبا ووهبا وهبة أعطاه إياه بلا عوض فهو واهب ووهوب ووهاب ووهابة، والهبة هي : العطية الخالية من الأعواض والأغراض [٤].

ب-**تعريف الهبة في الاصطلاح:** عرف الفقهاء الهبة بعدة تعريفات منها:

---

(١) المبدع شرح المقنع: لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح،: ١٤٢٣هـ /٢٠٠٣م، دار عالم الكتب، الرياض، ج ٥، ص٣.

(٢) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي ، مرجع سابق، ج ٢، ص٢٨٣.

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٦، ص٥، وذكر أنه لو زيد في التعريف منفعة مباحة مدة معلومة" لكان أولى.

(٤) لسان العرب : لابن منظور، مرجع سابق، ج ١، ص ٨٠٣، المعجم الوسيط : قام بإخراجه مجموعة، ج ٢، ص ١٠٥٩، باب الواو.

تعريف الأحناف: عرف الأحناف الهبة بعدة تعريفات أظهرها أنها :"*تمليك العين بلا عوض*[١]" كما عرفوها بأنها: "*تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض في الحال*"[٢] :"وعرفت كذلك بأنها:"*تمليك مالٍ لآخر بلا عوض*"[٣] .

تعريف المالكية: عرف المالكية الهبة بأنها :"*تمليك بلا عوض*[٤]" ، كما عرفوها بأنها :" *تمليك متمول بغير عوض إنشاء*[٥]" وعرفت كذلك بأنها :"*تمليك من له التبرع ذاتاً يقبل شرعاً لأهل بصيغة أو ما يدل على التمليك*[٦]"

تعريف الشافعية: عرف الشافعية الهبة- العطية – بالمعنى العام لها بأنها:"*تمليك العين بلا عوض في حال الحياة*[١]" وعرفوا الهبة بالمعنى الخاص

---

(١) البحر الرائق: لابن نجيم ، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٨٤، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، ١٤١١هـ – ١٩٩١م، دار الفكر، بيروت لبنان ٤، ج، ص٣٧٤، وعرفت بتعريف قريب من هذا وهو :" تمليك العين مجاناً" أنظر حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٥، ص، ٦٨٧.

(٢) فتح القدير للعاجز الفقير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السكندري المشهور بابن الهمام، مرجع سابق، دار إحياء التراث العربي، القاهرة- مصر، ٧ ، ص ٤٧٩، " وهو أيضاً طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان"

(٣) مجع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : لشيخي زاده، مرجع سابق، ج ١، ص٤٨٩، درر الحكام شرح مجالة الأحكام المادة (٨٣٣).

(٤) مواهب الجليل : للحطاب، مرجع سابق، ج ٨، ص٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفه الدسوقي، دار الفكر، بيروت – لبنان، ج٤، ص ٩٧.

(٥) البهجة في شرح التحفة : للتسولي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٣، حاشية الخرشي : لأبي عبد الله محمد علي الخرشي، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٠١،

(٦) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج،٩ ص ١٩٨

لها بأنها :"*تمليك بلا عوض بإيجاب وقبول خال عما ذكر في الأولين – النقل إكراماً في الهدية، وغرض الثواب في الصدقة–* (٢).

تعريف الحنابلة : عرف الحنابلة الهبة بأنها :"*تمليك المال في الحياة بغير عوض*" (٣) وعرفوها بأنها:"*تمليك في حياته بغير عوض*" (٤)"، وعرفوها أيضاً بأنها :"*التبرع بتمليك مال في حياته*" (٥)

ويؤخذ مما سبق : أن الفقهاء متفقون على أن المقصود من عقد الهبة هو "*تمليك مال– العين – حال حياة الواهب من غير عوض*"

- عقد العارية : يقتضي التعرف على عقد العارية تعريفها في اللغة، وتعريفها في الاصطلاح

أ- **تعريف العارية في اللغة:** والعارِيّة منسوبة إلى العارَة وهو اسم من الإعارة تقول أَعَرْتُه الشيء أُعِيره إعارة وعَارةً، ومنه يتعاورن العواري،

---

(١) مغني المحتاج : للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٩٦، وهذا التعريف يشمل جميع أنواع العطايا : الهبة ، والهدية ، والصدقة ، ومن تعريفهم بالمعنى العام أيضاً " تمليك بلا عوض" أنظر أسنى المطالب شرح روض الطالب : لأبي يحيى زكريا الأنصاري، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠٠م، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ج٢، ص ٤٧٨، كما عرفوها بأنها :" تمليك تطوع في حياة" أنظر فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: لأبي زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج١، ص٤٤٦.

(٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب : لأبي يحي زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج٢، ص ٤٧٨

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف:للمرداوي مرجع سابق، ج٧، ص ٨٨.

(٤) المبدع في شرح المقنع : لابن مفلح أبو إسحاق، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، (المتوفى : ٨٨٤هـ)، ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٣م، دار عالم الكتب، الرياض – السعودية، ج٥، ص ٢٧٥.

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل:لابن قدامه ، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٥٦.

ويتعوّرونها يتبادلونها، ومنه تعور واستعار منه الشيء طلبه منه عارية[١].

ب-**تعريف العارية في الاصطلاح** : عرف الفقهاء العارية بعدة تعريفات منها:

تعريف الأحناف: عرف الأحناف العارية بعدة تعريفات منها أنها :"*تمليك المنافع بغير عوض*[٢]" كما عرفوها بأنها :" *إباحة المنافع بملك الغير*"[٣].

تعريف المالكية: عرف المالكية العارية بعدة تعريفات منها أنها :"*تمليك المنفعة المباحة بلا عوض*[٤]" كما عرفوها بأنها :" *تمليك منافع العين بغير عوض*"[٥]، وعرفوها أيضاً بأنها :"*تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض*[٦]"

---

(١) مختار الصحاح : لأبي بكر الرازي، مرجع سابق، ص ٤٦٧، باب (عور)، لسان العرب : لابن منظور، مرجع سابق، ج ٤، ص ٦١٢، المعجم الوسيط : قام بإخراجه مجموعة، ج ٢ ، ص ٦٣٦ باب العين، المصباح المنير: للفيومي، مرجع سابق، ج١، ص٢٢٦، كتاب العين باب (عور)، "وقيل في تعريفها أنها من العار إلا أنه قول ضعيف"

(٢) البحر الرائق : لابن نجيم ، مرجع سابق، ج ٧، ص٢٨٠" وهذا التعريف منسوب إلى الإمام أبي بكر الرازي، ويؤخذ من الأحكام التي تتعلق بعقد الإجارة أن الإجارة تكون لمدة مدة معلومة.

(٣) الجوهرة النيرة " وهو منسوب إلى الكرخي" وذكر الشارح أن التعريف الأول أولى" مذكور أيضاً في حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٦، ص٢٤٣،

(٤) إرشاد السالك لأقرب المسالك على مذهب الإمام مالك : لشهاب الدين عبد الرحمن بن محمد بن عسكر شهاب الدين البغدادي المالكي، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٢٥.

(٥) القوانين الفقهية : لابن جزي الكلبي، مرجع سابق، ص٢٤٥.

(٦)التاج والإكليل : للأبي، مرجع سابق، ج ٩، ص٦٩، شرح حدود ابن عرفة الوافية: لابن عرفة، مرجع سابق، ج٢، ص ٤٥٨.

تعريف الشافعية: عرف الشافعية العارية بعدة تعريفات منها أنها:" *هبة المنافع مع استيفاء ملك الرقبة* [١]"وعرفت بأنها :" *إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه*[٢] وعرفت بأنها :" *العقد المتضمن لإباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه*[٣]"

تعريف الحنابلة: عرف الحنابلة العارية بعدة تعريفات منها أنها :"*هبة المنافع*"[٤] وعرفت بأنها *إباحة منفعة بغير عوض*"[٥]، وعرفت بأنها "*إباحة الانتفاع بعين من المال*[٦]"، وعرفت بأنها :" *إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه*[٧]"

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب : لأبي يحي زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج٢، ص ٤٧٨، الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٧، ص ١١٦،

(٢)مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص٢٦٢.

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لشهاب الدين الرملي، مرجع سابق، ج٢، ص ٤٧٨، حاشية الجمل على المنهج : للشيخ أبي يحي زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ٧، ص ١١، الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٧، ص ١١٦، حاشية القليوبي : للشيخ شهاب الدين بن سلامة القليوبي، ج٣، ص ١٩،

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢١٣ .

(٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٦، ص٧٥، الإقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٣١.

(٦) الشرح الكبير : لابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج ٥، ص٣٥٤.

(٧) المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح مرجع سابق، ج٥، ص ٧٢.

ويؤخذ مما سبق : أن الفقهاء- وإن اختلفت عباراتهم- متفقون على أن المعقود عليه في عقد العارية هو المنفعة المتحصلة من العين، وأن المقصود من عقد العارية هو الانتفاع بالعين بغير عوض مع بقاء العين[١].

الفرع الثاني
التصرف في البيانات الالكترونية

ذكرت في الفرع السابق أن التصرف في الأموال تتخذ عدداً من الصور من أظهرها ما يقصد به التمليك[٢] وقد يكون عقد التمليك معاوضة وقد يكون تبرعاً.

ولما كان التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية بأنها مالٌ – سواء أكانت مستقلة عن الجهاز الذي يحملها أم كانت منفعة متحصلة من الجهاز- فإنه من المناسب أن نضع تعريفاً للعقود التي ترد على البيانات الالكترونية بحيث يكون التعريف متناسباً ومتسقاً مع البيانات الالكترونية باعتبارها المعقود عليه في العقد، وكذلك مع الغرض من العقد، ومن أشهر العقود التي ترد على البيانات الالكترونية " عقد البيع، وعقد الإجارة، وعقد الهبة، وعقد العارية"

أ. **عقد بيع** : يمكن لنا أن نضع تعريفاً لعقد بيع البيانات الالكترونية بما يتفق والغرض من عقد البيع، وطبيعة هذه البيانات، بأنه :" *عقد يقصد منه مبادلة البيانات الالكترونية بالمال المتقوم تمليكاً وتملكاً على وجه الدوام بما يتفق وطبيعة هذه البيانات* "

شرح التعريف:

---

(١) ويظهر هذا في الشروط التي وضعها الفقهاء لعقد العارية، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في وصف العارية هل هي إباحة الانتفاع بالعين أم أنها تمليك الانتفاع بالعين.

(٢) راجع ما سبق في الفرع السابق من هذا المطلب.

(عقد) : العقد هو *ارتباط إيجاب صادر من طرف وقبول من طرف آخر على وجه يحدث أثره في المحل- المعقود عليه-* [١]" وبهذا يلزم وجود إيجاب من طرف وقبول من طرف أخر [٢]

(يقصد منه) : أي الغرض منه.

(مبادلة): من الأخذ والإعطاء.

(البيانات الالكترونية): هي المعقود عليه في هذا العقد وهو قيد في التعريف يخرج غير البيانات الالكترونية [٣]

(بالمال المتقوم): وهو الثمن في العقد[٤].

(تمليكاً وتملكاً): أي بنقل ملكية البيانات الالكترونية من البائع إلى المشتري، ونقل الثمن من المشتري إلى البائع.

---

(١) راجع في تعريف العقد البحر الرائق : لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٨. د. أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص١٢٤، وما بعدها ، عيسوي أحمد عيسوي: المدخل ونظرية العقد ، مرجع سابق، ص ٢٧٤، د. سعيد أبو الفتوح محمد، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص ٥، د. محمد نجيب عوضين : نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٤٩، وما بعدها.

(٢) وهو تعريف العقد بالإطلاق الخاص .

(٣) كمبادلة الجهاز ذاته التي يحمل البيانات، فإذا كان المعقود عليه هو الجهاز فإن البيانات التي يحملها الجهاز تكون تابعة للمعقود وليست هي المعقود عليه الأصيل، ويشترط في هذه البيانات أن يتوافر فيها عددٌ من الشروط لصحة العقد.

(٤) ويشترط في الثمن أن يكون مالاً متقوماً .

(على وجه الدوام): أي على سبيل التأبيد، وهو قيد ثان في التعريف يخرج مبادلة البيانات الالكترونية على سبيل التأقيت، كالانتفاع بالبيانات الالكترونية فقط دون نقل ملكية البيانات الالكترونية.

(بما يتفق وطبيعة هذه البيانات): لأن البيانات الالكترونية – كما ذكرنا سابقاً– تختلف طبيعتها حسب نوع البيان[1].

ب. **عقد الإجارة:** يمكن لنا أن نضع تعريفاً لعقد إجارة البيانات الالكترونية بما يتفق والغرض من عقد الإجارة، وطبيعة هذه البيانات، بأنه :" *عقد يقصد منه الانتفاع بالبيانات الالكترونية بعوض مالي مدة زمنية معينة*"

شرح التعريف:

(عقد) : العقد – كما سبق تعريفه– "*ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يحدث أثره في المعقود عليه*[2]".

(يقصد منه) أي الغرض منه.

(الانتفاع): حيث إن المقصود من عقد الإجارة هو الانتفاع بالعين – الانتفاع بالبيانات الالكترونية– [3]، ولابد أن تكون المنفعة مقصودة في ذاتها، وهو قيد في

---

(١) وهذا إلى نوعين: النوع الأول : البيانات الأساسية، البيانات المتحصلة من الجهاز.

(٢) راجع ما سبق .

(٣) ويستوي في ذلك قيام المتسخدم للبيانات بالانتفاع فعلاً بالبيانات أم مضت المدة دون أن ينتفع بها.

التعريف يخرج العقد على البيانات بقصد تملكها، كما يخرج عقد العارية إذا كانت المنفعة من العقد غير مقصودة[١].

(بالبيانات الالكترونية) قد تكون البيانات الالكترونية محل عقد الإجارة بيانات أساسية" برامج التشغيل، والتطبيق" وقد تكون البيانات بيانات متحصلة من الجهاز" بيانات مستقلة".

(بعوض مالي): وهو المال الذي يدفع مقابل الانتفاع بالبيانات الالكترونية، وهو قيد في التعريف يخرج الانتفاع بالبيانات الالكترونية دون مقابل، "وبذلك يخرج عقد العارية"

(مدة زمنية معينة) : وهو قيد في التعريف يخرج الانتفاع بالبيانات الالكترونية مطلقاً، حيث إن الإجارة مؤقتة بزمن معين، فبيان الأجل للانتفاع بالبيانات الالكترونية لازم لصحة العقد.

ويلاحظ أن عقد إجارة البيانات الالكترونية هو "عقد شخصي" فلا يجوز لمستأجر هذه البيانات – للمستخدم "User" – أن ينقلها إلى شخص آخر، وذلك عن طريق نسخ هذه البيانات للغير حتى ينتفع بها، حتى وإن كان هذا خلال مدة الإجارة للبيانات[٢].

ج. **عقد الهبة:** ويمكن أن نعرف الهبة التي ترد على البيانات الالكترونية بأنها "*عقد يتضمن تمليك البيانات الالكترونية بغير عوض ممن له الحق في ذلك*"

---

(١) أنظر في هذا المعنى البحر الرائق : لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٩٨، " في عقد الإجارة".

(٢) ولهذه الخاصية في عقد الإجارة أهمية تظهر في الأثر المترتب على العقد ذاته.

شرح التعريف:

(عقد) : وهو كما سبق تعريفه : "*ارتباط الإيجاب بالقبول على نحو يحدث أثره في المحل*[١] ولا يشترط في العقد صيغة معينة فكل ما يدل عليه العرف في انعقاد العقد ينعقد به العقد.

(يتضمن): يقصد منه.

(تمليك): نقل الملكية من طرف – الواهب "وهو مالك البيانات[٢]"– إلى طرف آخر– الموهوب له "وهو المستخدم لهذه البيانات"

(البيانات الالكترونية): وهو المعقود عليه في عقد الهبة وهو ذات البيانات الالكترونية، سواء أكانت هذه البيانات بيانات أساسية– برامج التشغيل أو التطبيق–، أو بيانات متحصلة من الجهاز.

(بغير عوض) : وهو قيد في التعريف يخرج تمليك البيانات الالكترونية بعوض، سواء أكان العوض عوضاً مالياً، أم بقصد الثواب[٣]"

(ممن له الحق في ذلك): وهو مالك البيانات الالكترونية الذي توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في العاقد[٤]، وهو قيد في التعريف يخرج من ليس له الحق في ذلك " كالمستخدم للبيانات الالكترونية أو حائزها غير المالك لها"

---

(١) البحر الرائق :لا بن نجيم مرجع سابق، ج ٥ ، ص ٢٧٨.

(٢) فلا يكفي في هبة البيانات الالكترونية أن يكون الواهب لهذه البيانات حائزاً لها فقط سواء أكانت هذه الحيازة مشروعة أو غير ذلك.

(٣) فقد يكون تمليك البيانات الالكترونية بقصد الثواب، ومثالها: الكتب الفقهية، والموسوعات المختلفة" وفي هذه الصورة يمكن أن يطلق على هذا التصرف هبةً بالمعنى – الإطلاق– العام لها، فتأخذ حكم العطية.

(٤) أنظر لاحقاً الشروط الواجب توافرها في العاقد .

د. **عقد العارية:** ويمكن أن نعرف العارية التي ترد على البيانات الالكترونية بأنها *"العقد المتضمن جواز الانتفاع بالبيانات الالكترونية بصفة مؤقتة بغير عوض مع بقاء عينها"*

شرح التعريف

(العقد) : العقد هو *ارتباط إيجاب صادر من طرف وقبول من طرف آخر على وجه يحدث أثره في المعقود عليه*[1]"

(المتضمن) : المشتمل.

(جواز) إمكان.

(الانتفاع) قيد في التعريف يخرج قصد التمليك .

(بالبيانات الالكترونية) وهي المعقود عليه في العقد، وهو قيد في التعريف يخرج الانتفاع بغير البيانات الالكترونية.

(بصفة مؤقتة) قيد في التعريف يخرج الانتفاع بالبيانات الالكترونية بصفة مستمرة "دائمة".

(بغير عوض) قيد في التعريف يخرج الانتفاع بالبيانات الالكترونية بعوض" عقد الإجارة"

(مع بقاء عينها) وهو قيد في التعريف يخرج الانتفاع بالبيانات الالكترونية إذا أدى هذا الانتفاع إلى زوال البيانات الالكترونية، ويحدث هذا إذا كان استخدام البيانات الالكترونية لمرة واحدة.

---

(١) راجع ما سبق ص من هذا البحث

ويلاحظ أن عقد عارية البيانات الالكترونية هو "عقد شخصي" فلا يجوز للمستخدم "User" المستعير أن ينقل البيانات إلى شخص آخر، وذلك عن طريق نسخ هذه البيانات للغير حتى ينتفع بها[1].

(١) ولهذه الخاصية في عقد العارية أهمية تظهر في الأثر المترتب على العقد ذاته.

المطلب الثاني
التكييف الفقهي للتصرف في البيانات الالكترونية

يثار في هذا المقام تساؤل هام ألا وهو ما هو الوصف الشرعي – التكييف الفقهي– للتصرف في البيانات الالكترونية، فهل التصرف في البيانات الالكترونية إذا كان معاوضة يعد عقد بيع أم أنه عقد إجارة، وإذا كان تبرعاً فهل يعد عقد هبة أم أنه يعد عقد عارية؟

والإجابة على هذا التساؤل لها أهمية في مجال البحث حيث من خلالها يمكن لنا أن نتعرف على طبيعة التصرف الوارد على البيانات الالكترونية، والضوابط التي تتعلق بهذا التصرف.

ويتوقف التكييف الفقهي للتصرف في البيانات الالكترونية على أمرين:

الأول : نوع التصرف الوارد على البيانات الالكترونية.

الثاني: نوع البيان ذاته، فقد يكون البيان من البيانات الأساسية " برامج التشغيل، وبرامج التطبيق" وقد يكون من البيانات التي يمكن أن تستقل عن الجهاز الذي يحملها، وسوف نبحث التكييف الفقهي للتصرف في البيانات الالكترونية في الفرع الآتيين:

الفرع الأول: التصرف في البيانات الأساسية " برامج التشغيل ، وبرامج التطبيق.

الفرع الثاني: التصرف في البيانات المتحصلة من الجهاز.

الفرع الأول
التصرف في البيانات الأساسية" برامج التشغيل"

يتوقف التكييف الفقهي للتصرف في البيانات الأساسية " برامج التشغيل وبرامج التطبيق" على أمرين :

الأمر الأول: التكييف الفقهي لهذه البرامج باعتبارها مالاً مستقلاً أم أنها منفعة متحصلة من الجهاز.

الأمر الثاني : الغرض الأساسي من التصرف ذاته.

فأما بالنسبة للأمر الأول : "التكييف الفقهي للبيانات الأساسية" برامج التشغيل، والتطبيق": فنفرق هنا بين فرضين :

الفرض الأول: كون هذه البيانات مستقلة عن جهاز الكمبيوتر." أي تم تحميلها على دعامة مستقلة عن الجهاز – كالقرص الصلب أو القرص المرن، أو الأسطوانة المدمجة، أو غير ذلك–.

الفرض الثاني: كون هذه البيانات مدمجة مع الجهاز– تم تحميلها على جهاز الكمبيوتر– أو الجهاز الخاص بها– .

فأما بالنسبة للفرض الأول: " كون هذه البيانات مستقلة عن جهاز الكمبيوتر"الجهاز المخصص للانتفاع بها" وذلك بكونها محمَّلة على دعامة مستقلة بها، فهذه البيانات " البرامج" تعد مالاً مستقلاً يجوز التصرف فيه استقلالاً عن الجهاز الذي يحملها وذلك عن طريق الدعامة التي يتم الاحتفاظ بالبرامج عليها، فيجوز التصرف في هذه البيانات " البرامج" بكآفة أنواع التصرف[1].

---

(١) ويتوقف نوع التصرف على الغرض الرئيسي من العقد، وذلك إذا كان العقد لنقل الملكية بعوض مالي، أو بغير عوض، أو كان للانتفاع بالبيانات بعوض مالي أو بغير عوض.

وأما بالنسبة للفرض الثاني :" كون هذه البيانات مدمجة مع الجهاز" ففي هذا الفرض لا يمكن التصرف في البيانات الالكترونية استقلالاً عن الجهاز الذي يحملها، فهذه البيانات– في هذا الفرض– تعد منفعة متحصلة من الجهاز.

وأما بالنسبة للأمر الثاني : الغرض الأساسي من التصرف ذاته " فيتوقف معرفة التكييف الفقهي للتصرف على البيانات من الغرض الرئيسي لهذا التصرف من حيث كونه بيعاً، أو إجارة، أو هبة، أو إعارة.

وبناءً على هذا :

- إذا كان التصرف في برامج التشغيل، والتطبيق المستقلة عن الجهاز " فإن التكييف الفقهي للتصرف في هذه البرامج يتوقف على الغرض من التصرف على الوجه الآتي:

فإذا كان الغرض من التصرف في "**هذه البرامج** " هو"نقل ملكية البيانات" من البائع– المالك الشرعي للبيانات– إلى المشتري بعوض مالي : فإن هذا العقد يعد عقد بيعٍ.

وإذا كان الغرض من التصرف في هذه "**البرامج** "هو"ملك المنفعة لهذه البيانات" من المالك الشرعي للبيانات إلى المستأجر – المستخدم – بعوض مالي ولمدة زمنية معلومة : فإن هذا العقد يعد عقد إجارة.

وإذا كان الغرض من التصرف في هذه **البرامج** " هو نقل ملكية البيانات من المالك الشرعي للبيانات إلى الغير بغير عوض مالي : فإن هذا العقد يعد عقد هبة.

وإذا كان الغرض من التصرف في هذه **البرامج** " هو الانتفاع بالبيانات الالكترونية للمستخدم بغير عوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد عارية.

ومن ثم يمكن لنا القول بأن برامج التشغيل ، والتطبيق المستقلة عن الجهاز" يجري عليها كآفة التصرفات الشرعية من بيع، وإجارة، وهبة، وعارية.

- إذا كان التصرف يرد على البيانات المرتبطة بالجهاز "برامج التشغيل، والتطبيق المحمَّلة على الجهاز " فإننا نفرق بين فرضين:

الأول: إذا كان التصرف في البيانات المحمّلة على الجهاز "برامج التشغيل، والتطبيق المحمَّلة على الجهاز مع الجهاز الذي يحملها.

فهذا الأمر لا يثير صعوبة حيث إن البيانات الموجودة على الجهاز تعد منفعة متحصلة من الجهاز، فيجوز التصرف فيها تبعاً للجهاز الذي يحملها بكآفة صور التصرف، فيجري عليها كآفة التصرفات الناقلة للملكية تبعاً للجهاز الذي يحملها.

الثاني: إذا كان التصرف في البيانات المحمَّلة على الجهاز برامج التشغيل، والتطبيق المحمَّلة على الجهاز مستقلاً عن الجهاز الذي يحملها.

فإن هذا الفرض يثير بعض التساؤلات حيث لا يتم التصرف في البيانات المحمَّلة على الجهاز مستقلة إلا بأحد طريقين :

الطريق الأول : التصرف في البيانات الالكترونية- البرامج- بتحميلها على دعامة ثم محو البيانات من على جهاز الكمبيوتر" وهو أمر نادر الحدوث عملاً" فهنا التصرف ورد على البيان الأصلي- البرامج الأصلي- فيجري عليه كآفة التصرفات الشرعية [1] .

---

(١) مع الوضع في الاعتبار طبيعة العقد الذي اكتسب به البيانات الالكترونية، إذا كان عقد بيع، أو إجارة، أو هبة، أو عارية، بما يتفق وطبيعة العقد.

الفرض الثاني : التصرف في البيانات الالكترونية بنسخ هذه البيانات – البرامج– والتصرف في نُسخ هذه البيانات لا في البيانات ذاتها– البرنامج الأصلي– مع بقاء البرنامج الأصلي على جهاز الكمبيوتر.

فما مدى جواز التصرف في نُسخ البيانات – البرامج– مع بقاء أصلها على الجهاز؟

فهل يجوز التصرف في هذه النسخ باعتبارها من منافع البيانات– المنافع العينية– أم باعتبارها من الزوائد المنفصلة عن البيانات، أم أنه لا يجوز التصرف في هذه النسخ أصلاً؟

يتوقف الإجابة على هذا التساؤل على العقد الذي تم اكتساب البيانات الالكترونية على أساسه.

فإذا كان العقد يجيز التصرف في البيانات بنسخها والتصرف فيها استقلالاً كان التصرف في نسخ هذه البيانات جائز[1].

وإذا كان العقد لا يجيز التصرف في البيانات الالكترونية بنسخها والتصرف فيها فلا يجوز القيام بذلك[2].

---

(١) إلا أن هذا الصورة نادرة الحدوث، وذلك لأن المتصرف – البائع– في هذه البرامج غالباً ما يحتفظ بحقه في عدم جواز نسخ هذه البيانات وبيعها.

(٢) وإذا قام الحائز لهذه البيانات بنسخها والتصرف في النسخ كان متعدياً في تصرفه.

الفرع الثاني
التصرف في البيانات المتحصلة من الجهاز

لا يثير التصرف في البيانات الالكترونية المتحصلة من الجهاز صعوبة [1]، فالذي يحدد الوصف الشرعي للتصرف الوارد على هذه البيانات هو الغرض الأساسي من التصرف– العقد – ذاته إذا كان بيعاً أو إجارةً أو هبةً، أو عاريةً.

فإذا كان الغرض من التصرف في البيانات هو نقل ملكية البيانات من البائع– المالك الشرعي للبيانات– إلى المشتري بعوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد بيعٍ.

إلا أن المسألة تدق في مدى اعتبار بيع البيانات الالكترونية بيعاً ينشأ عنه ملك تام أم ملك ناقص؟

ويقصد بالملك التام : أي ملكية الرقبة – البيانات الالكترونية ذاتها– والانتفاع بها معاً، ويقصد بالملك الناقص أي الانتفاع بالبيانات الالكترونية فقط ويكون له الحق في الانتفاع بها بما يتفق وطبيعة البيانات الالكترونية دون أن يكون له الحق في الملكية[2].

---

(١) لأنها تعد وفقاً للتكييف الفقهي مالاً مستقلاً، راجع ما سبق من هذا البحث ص

(٢) وهذه الصورة يمكن وجودها عند بيع البيانات الالكترونية إذا كان الغرض من التصرف هو الانتفاع بالبيانات الالكترونية مع احتفاظ المالك – المصمم لهذه البيانات– بالحقوق المالية للبيانات الالكترونية، فيعطي المالك لهذه البيانات المشتري الحق في استخدام البيانات بصفة دائمة والتصرف فيها دون أن يكون له الحق في نسخ هذه البيانات أكثر من مرة والتصرف في هذه النسخ، أي أن يكون له الحق في استعمال البيانات دون اسغلالها – بإجارتها للغير–، أو نسخها.

وإذا كان الغرض من التصرف في البيانات هو الانتفاع بالبيانات الالكترونية للمستخدم لهذه البيانات بمقابل مالي لمدة زمنية معينة[1] فإن العقد يعد عقد إجارة[2].

وإذا كان الغرض من التصرف في البيانات هو نقل ملكية البيانات من المالك الشرعي للبيانات إلى الغير بغير عوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد هبة.

فإذا كان الغرض من التصرف في البيانات هو الانتفاع بالبيانات الالكترونية للمستخدم بغير عوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد عارية.

ومن ثم يمكن لنا القول بأن البيانات المتحصلة من الجهاز يجري عليها كآفة التصرفات الشرعية من بيع، وإجارة، وهبة، وعارية.

---

(١) بالإضافة إلى كون المنفعة في عقد الإجارة مقصودة لذاتها، فإذا كانت المنفعة غير مقصودة فلا تصح الإجارة.

(٢) ويتم ذلك بعدة طرق منها:

- **تسليم البيانات على دعامة مستقلة** : القرص الصلب ، أو القرص المرن، أو الفلاشة أو غير ذلك، ويتم تحميلها على الجهاز فترة زمنية ثم يتم استردادها من المستأجر" المستخدم" بعد مرور هذه الفترة.
- **تحميل البيانات عبر أحد المواقع الالكترونية** : وذلك عن طريق تسليم البيانات إلى المستخدم " المستأجر" بتحميلها من أحد المواقع الالكترونية للاستفادة بها فترة زمنية معينة، ويتم محو هذه البيانات– البرامج بعد ذلك.

المبحث الثاني
الشروط اللازم توافرها لصحة التعامل في البيانات الالكترونية

تمهيد وتقسيم :

يتعلق بالبيانات الالكترونية – باعتبارها محلاً للعقد– عدد من الشروط حتى يكون التصرف– العقد– صحيحاً ومنتجاً لأثاره من الناحية الشرعية، ولقد وضع الفقهاء عدداً من الشروط في التصرف في المال بصفة عامة، وهذه الشروط تختلف باختلاف نوع العقد، فمن هذه الشروط ما يتعلق بعقد البيع، ومنها ما يتعلق بالإجارة، ومنها ما يتعلق بالهبة ، ومنها ما يتعلق بالعارية.

وسوف نتناول الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية بما يتفق مع طبيعتها، ونوع العقد الذي يتعلق بهذه البيانات،.

والتصرفات التي ترد على الأموال بصفة عامة، والبيانات الالكترونية قد تكون بمقابل مالي– بعوض– وقد تكون بغير عوض مالي.

ولما كان للشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية أهمية في مجال البحث حيث يتم تحديد مدى صحة العقد من عدمه، لذا قد خصصت لها هذا المبحث وقسمته إلى مطلبين:

المطلب الأول: الشروط اللازم توافرها لصحة التصرف في البيانات الالكترونية بعوض.

المطلب الثاني: : الشروط اللازم توافرها لصحة التعامل في البيانات الالكترونية بغير عوض.

المطلب الأول
الشروط اللازم توافرها لصحة التصرف في البيانات الالكترونية بعوض

تمهيد وتقسيم :

يقصد بالتصرف على البيانات الالكترونية بعوض : أي بمقابل مالي سواء أكان المعقود عليه هو العين والمنفعة جميعاً، أو المنفعة فقط، ومن ثم فإنه يشمل البيع والإجارة.

ويتعلق بالتصرف في البيانات الالكترونية عدد من الشروط حتى يكون التصرف صحيحاً ومنتجاً لأثاره، ولمعرفة الشروط التي تتعلق بالتصرف في البيانات الالكترونية لابد من معرفة الشروط التي تتعلق بالتصرف في الأموال سواء أكان هذا التصرف بيعاً، أو إجارةً.

والذي نقتصر عليه في هذا المقام هو الشروط التي تتعلق بالمعقود عليه- البيانات الالكترونية-، وسوف نتناول هذه الشروط في الفرعين الآتيين

الفرع الأول: الشروط اللازم توافرها لصحة عقد البيع .

الفرع الثاني: الشروط اللازم توافرها لصحة عقد الإجارة.

الفرع الأول
الشروط اللازم توافرها لصحة عقد البيع

لمعرفة الشروط التي تتعلق بصحة بيع البيانات الالكترونية -محل البحث- لابد من معرفة الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه- بصفة عامة- لصحة عقد البيع.

لذا سوف نتناول هذه الشروط في الغصنين الآتيين : أتناول في الغصن الأول الشروط التي تتعلق بالمعقود عليه لصحة عقد البيع ، وأتناول في الغصن الثاني الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة عقد البيع.

الغصن الأول
الشروط التي تتعلق بالمعقود عليه لصحة عقد البيع

وضع الفقهاء عدداً من الشروط لصحة عقد البيع تتعلق بالمعقود عليه[1]، وهذه الشروط هي [2]:

---

(١) وإلى جانب هذه الشروط توجد شروط تتعلق بالصيغة ، وشروط تتعلق بالعاقدين.

فأما ما يتعلق بالصيغة :

الشرط الأول: أن يكون القبول موافقاً للإيجاب.

الشرط الثاني: اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد.

وأما ما يتعلق بالعاقدين

الشرط الأول: أن يكون العاقدان أهلاً لمباشرة التصرف .

الشرط الثاني : أن يكون العاقد له مالكاً أو له ولاية في العقد.

الشرط الثالث: أن يكون العاقد طائعاً جاداً في العقد

"ولقد اختلف الفقهاء في المقصود ببعض هذه الشروط"

أنظر تفصيلاً في هذه الشروط :

بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق،ج ٥، ص ١٣٦، منح الجليل على مختصر خليل: لمحمد عليش، طبعة ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م. دار الفكر، بيروت– لبنان، ج ٤، ص ٤٣٤، وما بعدها، الوسيط في المذهب : للإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، طبعة عام ١٤١٧هـ ، دار السلام، القاهرة – مصر، ج ٣، ص ٨، وما بعدها، المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، مرجع سابق ج ٣، ص ٢٤٣، وما بعدها.

(٢) أنظر في هذه الشروط تفصيلاً:

الشرط الأول : أن يكون موجوداً وقت العقد: فلا ينعقد بيع المعدوم، وماله خطر العدم. (١)

الشرط الثاني : أن يكون مالاً طاهراً: فلا ينعقد البيع على غير المال كما لا ينعقد على ما كان نجساً، وكذا ما لا نفع فيه(٢).

الشرط الثالث : أن يكون مملوكاً : لأن البيع هو تمليك فإذا كان المعقود عليه غير مملوك فلا ينعقد البيع(٣).

بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج٥، ص ١٤٠، وما بعدها، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج٥، ص٢٧٩، بلغة السالك لأقرب المسالك: لأحمد الصاوي، ١٤١٥هـ – ١٩٩٥م، دار الكتب العلمية، لبنان– بيروت ، ج ٣، ص ٤، وما بعدها، (نسخة محققة قام بها: محمد عبد السلام شاهين)، الوسيط في المذهب : للإمام أبي حامد الغزالي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٧، وما بعدها، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص٥٩، وما بعدها.

(١) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج٥، ص ١٣٨، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج٥، ص٢٧٩.

(٢) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٤٠، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٥، ص٢٧٩، بلغة السالك لأقرب المسالك: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤، الوسيط في المذهب : للإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ١٤١٧ ، دار السلام، القاهرة – مصر، ج ٣، ص ١٧، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص٥٩.

(٣) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج٥، ص ١٤٦، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج٥، ص٢٧٩، بلغة السالك لأقرب المسالك: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج٣، ص ٤، المهذب في فقه الإمام الشافعي: لأبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، بيروت – لبنان، ج١، ص ٢٦١، الوسيط في المذهب: للغزالي، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٢، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٢.

الشرط الرابع: أن يكون معلوماً : فلا يصح بيع المجهول، والعلم يتعلق بعين المبيع وقدره ووصفه[1] .

الشرط الخامس: أن يكون مقدوراً على التسليم: فلا يصح بيع ما لا يقدر على تسليمه سواء أعُلم مكانه أو جهل، ولو لقادر على تحصيله [2].

الغصن الثاني
الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة عقد البيع

من خلال الشروط التي وضعها الفقهاء في المعقود عليه في عقد البيع يمكن لنا أن نضع شروطاً لصحة بيع البيانات الالكترونية تكون مستنبطة من الشروط التي وضعها الفقهاء، ومتسقة مع طبيعة البيانات الالكترونية.

وهذه الشروط منها ما هو عام ينطبق على كآفة البيانات الالكترونية، ومنها ما هو خاص يتوقف على نوع البيانات الالكترونية.

فأما الشروط العامة فتتمثل في الآتي:

---

(١) الوسيط في المذهب : للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٦، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٤.

(٢) بدائع الصنائع : للكاساني، ج٥، ص ١٤٦، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج٥، ص٢٧٩، القوانين الفقهية : لابن جزي، مرجع سابق، ج١، ص، ١٦٣، بلغة السالك لأقرب المسالك: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص٤، الوسيط في المذهب : للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٣، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٤ .

الشـرط الأول: مشـروعية البيانـات محـل العقـد: فـإذا كانـت البيانـات غيـر مشروعة كما لو كانت بيانات مخلة بالنظام العام الآداب العامة فتخرج عن كونها بيانات مشروعة، ولا يجوز التعامل فيها.

الشرط الثاني: أن تكون البيانات مالاً متقوماً: فإذا كانت البيانات غير مال كما لو كانت في الأصل غير مالٍ [١] أو لو ترك الناس التعامل بها،- كما لو كانت ذات قيمة ثم ترك الناس التعامل بها [٢] – وهذا بخلاف ما إذا نقصت قيمة البيانات، فإن نقصان القيمة لا يخرج البيانات من كونها مالاً[٣]، ولكن الذي يخرجها من كونها مالاً هو ترك الناس التعامل بها .

الشـرط الثالـث: إمكـان حيازتهـا : وذلك بإمكانيـة حيازتهـا فـي جهـاز الحاسب الآلي- الكمبيوتر- الخاص بها [٤]

---

(١) راجع ما سبق من هذا البحث .

(٢) كالعديد من البرامج والبيانات الالكترونية التي كان الناس يتعاملون بها إلا أنهم تركوا التعامل بها كبرامج التشغيل الدوس"Dos" واللوجو ، فهذه البرامج كانت تعتبر مالاً متقوماً إلا أنه قد حل مكانها الآن العديد من برامج التشغيل - " الويندوز"Windos" بإصدارته المختلفة- ومن ثم ترك الناس التعامل بها وخرجت عن كونها مالاً متقوماً.

(٣) كما لوكانت البيانات ذات قيمة عالية وقت إصدارها ثم صدرت بعد ذلك عدة إصدارات متعاقبة، فكل إصدار يؤثر سلباً في قيمة الإصدار السابق عليه .

(٤) أما إذا كانت البيانات لا يمكن حيازتها على جهاز الحاسب الآلي: فتخرج عن كونها مالاً كما لو كانت هذه البيانات على مواقع شبكة البيانات المعلوماتية " الإنترنت" فقط دون إمكانية تحميلها على الجهاز، فهنا يتم الانتفاع بها عن طريق قراءتها فقط – الاطلاع عليها-، ولا يتم الانتفاع بها بطرق آخر.

الشرط الرابع: بقاء البيانات الالكترونية مدة زمنية : وهذا الشرط يرتبط بإمكان الانتفاع بالبيانات الالكترونية[1]، ويقصد به بقاء البيانات الالكترونية مدة زمنية معينة بحيث يتاح لمشتري هذه البيانات استعمالها والانتفاع بها، وهذه المدة تختلف باختلاف البيانات ذاتها، فمن البيانات ما يمكن الانتفاع به مرة واحدة فقط فيلزم لصحة العقد عليها بقاؤها مدة الانتفاع بها، ومنها ما يتم استعماله والانتفاع به أكثر من مرة " كبرامج التشغيل وبرامج التطبيق" فهذا النوع من البيانات يحتاج إلى مدة زمنية أطول؛ فإذا تلفت البيانات الالكترونية بمجرد نقلها أو بيعها من الدعامة المحمّلة عليها فقد فقدت بذلك شرطاً هاماً في صحة البيع.

أما إذا تم بيعها ومضت مدة زمنية بحيث يمكن للمشتري استعمالها أو الانتفاع بها ولم يقم المشتري بالاستعمال أو الانتفاع بالبيانات الالكترونية فإن الشرط يكون قد تحقق في حقه ويكون العقد صحيحاً.

وأما الشروط الخاصة : فيوجد شروط خاصة بانواع معينة من البيانات

الشرط الخامس: إمكانية النقل من جهاز إلى أخر: وهذا الشرط يستنبط من التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية- وكما سبق القول إن هذه البيانات تعد مالاً منقولاً-، وبذلك يمكن نقلها من جهاز إلى آخر بسهولة ويسر.

وهذا الشرط يتعلق بنوع معين من البيانات وهو البيانات المستقلة عن الجهاز، فهذه البيانات حتى ينطبق عليها كونها مالاً لابد من إمكانية نقلها من جهاز إلى آخر، وذلك باعتبارها مالاً منقولاً، أما البيانات اللازمة لتشغيل الجهاز فهي ترتبط بالجهاز الموجود، فلا يمكن نقلها من جهاز إلى آخر إلا بنسخها.

---

(١) فإذا كانت البيانات الالكترونية لا يمكن الانتفاع بها فإنها تخرج عن كونها مالاً فما لا نفع فيه لا يعد مالاً .

ومع هذا يوجد نوع من البيانات حتى يتم الاستفادة به لابد من وجوده على جهاز معين، وهنا لا يتم التصرف في هذه البيانات مستقلة عن الجهاز، فيتم بيعها مع الجهاز الذي يحملها [١].

كما يوجد نوع من البيانات الالكترونية يمكن نقله من جهاز إلى آخر ولكن يوجد مع هذا النوع برنامج حماية بحيث لا يمكن نسخ – نقل البيانات – من جهاز إلى آخر إلا بتسجيل على البرنامج– أو ما يسمى بفك الشفرة الخاصة بالبرنامج[٢]، فيتم تحميل هذه البيانات مرة واحدة على جهاز المستخدم بحيث يقوم البرنامج بقراءة مكونات الجهاز ويتعرف عليها ولا يتم نسخ هذه البيانات على جهاز آخر.

الفرع الثاني
الشروط اللازم توافرها لصحة عقد الإجارة

وضع الفقهاء عدداً من الشروط في عقد الإجارة تتعلق بالمعقود عليه حتى يكون العقد صحيحاً، ولمعرفة الشروط التي تتعلق بصحة إجارة البيانات الالكترونية

---

(١) ومثال هذه البيانات : الأجهزة الخاصة بالقواميس والمعاجم، فهي خاصة بالجهاز الذي يحملها، وما يشبهها، حيث إن هذه الأجهزة – التي كانت منتشرة في فترة التسعينات من القرن العشرين– كانت مصممة لاستيعاب نوع واحد فقط من البرامج" كبرامج القواميس" Dicitionary Programes"، وألعاب معينة تسمى بألعاب الفيديو" Video Games"

(٢) ومثال هذه البيانات : البيانات الخاصة بالموسوعات كالموسوعة الفقهية، وموسوعات الأحكام، فحتى يتم الاستفادة بهذه البيانات لابد من تحميلها على جهاز الحاسب الآلي– الكمبيوتر – وإعطاء الرقم الخاص بالجهاز الذي تم وضع البيانات عليه، فهنا لا يمكن التصرف في هذه البيانات مستقلة عن الجهاز الذي يحملها.

-محل البحث- لابد من معرفة الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه لصحة عقد الإجارة.

لذا سوف نتناول هذه الشروط في الغصنين الآتيين : أتناول في الغصن الأول شروط المعقود عليه لصحة عقد الإجارة، وأتناول في الغصن الثاني الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة الإجارة.

الغصن الأول
الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه لصحة عقد الإجارة

وضع الفقهاء عدداً من الشروط في عقد الإجارة تتعلق بالمعقود عليه حتى يكون العقد صحيحاً [١]، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول : أن تكون العين موجودة وقت العقد: فيشترط في صحة الإجارة أن تكون العين محل المنفعة موجودة وقت الانعقاد، وذلك لأن المنفعة معدومة وقت الانعقاد فهي تحدث ساعة وساعة فتقوم العين مقام المنفعة في الانعقاد[٢].

الشرط الثاني : أن تكون المنفعة مقصودة : أي أن يكون الغرض من الإجارة الانتفاع من العين المؤجرة انتفاعاً مقصوداً، أما إذا كانت المنفعة غير مقصودة فلا يصح العقد [٣].

---

(١) وإلى جانب هذه الشروط توجد شروط تتعلق بالصيغة والعاقدين، وهي ذات الشروط التي اشترطها الفقهاء في عقد البيع، أنظر ما سبق من البحث

(٢) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٤ ، ص ص ٢٠١، ٢٠٢، شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٧ ، ص ٢٩٨.

(٣) وضرب الفقهاء لذلك أمثلة منها:

وكذلك إذا كان الغرض هو استيفاء عين قصداً كما لو استأجر شجراً لثمره فالغرض هنا هو استيفاء العين لا استيفاء المنفعة فلا تصح الإجارة لاستيفاء هذا الغرض[١].

الشرط الثالث : أن تكون المنفعة معلومة : أي كون المنفعة معلومة علماً يمنع المنازعة ويتحقق ذلك بتسمية المنفعة ببيان قدرها ووصفها، أو ببيان مدة العقد[٢]، فإذا كانت المنفعة مجهولة جهالة تؤدي إلى المنازعة فلا يصح العقد [٣].

الشرط الرابع : أن تكون المنفعة ما يجري عليها عقد المعاوضة : بأنها متقومة في ذاتها فإذا كانت المنفعة غير متقومة أي مما لا يجري عليها عقد

"إذا استأجر ثيابا ليبسطها ولا يقعد عليها ولا ينام، أو دابة ليربطها في فنائه ويظن الناس أنها له" فالإجارة في جميع ذلك فاسدة ولا أجرة له لأن المنفعة المعقود عليها غير مقصودة من هذا العقد.

أنظر: بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٧٥، ، شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٧ ، ص ٢٩٨.، الوسيط : للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٤، ص١٥٧، كشاف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٤٧.

(١) أنظر : بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٧٥، ، شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٩٨، الوسيط: للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٥٨، كشاف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٥٩.

(٢) وهو يختلف باختلاف المعقود عليه.

(٣) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٤ ، ص ١٧٥، ، شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٧ ، ص ٢٩٨، الوسيط : للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٦٦، كشاف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٥٩.

المعاوضة بأن كانت من المباحات فلا يصح العقد عليها، وإن حدث فلا يستحق الأجر. [1]

الشرط الخامس: أن يتم تسليم المنفعة: ويكون تسليم المنفعة بتسليم العين ذاتها فتقوم العين مقام المنفعة، فإذا تعذر تسليم المعقود عليه – المنفعة– قبل القبض فلا بدل[2].

---

(١) وضرب الفقهاء لذلك أمثلة منها:

"كما لو استأجر كتباً ليقرأ فيها شعرا أو فقها، أو استأجر مصحفاً للغير لينظر فيه، فهذه الإجارة لا تصح، لأن منافع الدفاتر النظر فيها والنظر في دفتر الغير مباح من غير أجر فصار كما لو استأجر ظل حائط خارج داره ليقعد فيه، ولانعدام عقد المعاوضة عليها." " وكما لو أجر تفاحة ليشمها أو استأجر الطعام لتزيين الحوانيت فإنه لا يصح ؛ إذ لا قيمة له ، وكذلك كل ما لا يعرف بعينه"

أنظر : بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٧٥، شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٧ ، ص ٢٩٨، الوسيط : للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٤، ص ، كشاف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٩٩.

وهنا قد اعتبر الفقهاء أن هذه الأمور من المباحات لذا لا يصح العقد عليها، مع وجود اختلاف فيما يعد من المباحات وما لا يعد منها"

(٢) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٧٥، ، شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٧ ، ص ٢٩٨، الوسيط : للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٤، ص١٥٧، كشاف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٤٨.

الغصن الثاني
الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة الإجارة

بعد التعرض لما وضعه الفقهاء من شروط لصحة عقد الإجارة – بصفة عامة– يمكن لنا أن نضع الشروط الخاصة بصحة عقد إجارة البيانات الالكترونية يكون متسقاً مع الشروط التي وضعها الفقهاء، ومتفقاً مع طبيعة البيانات الالكترونية، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول: أن تكون البيانات الالكترونية محل المنفعة متحصلة من طريق مشروع بما يجوز إجارتها : بأن تكون هذه البيانات قد حصل عليها المؤجر عن طريق البيع [١]، أو الهبة، فإذا كانت متحصلة بطريق مشروع إلا أنه لا يجيز إجارتها كما لو كانت متحصلة من عقد بيع مع وجود شرط الانتفاع بها للمستخدم فقط[٢]، أو متحصلة من عقد إعارة– طبقاً للرأي المختار[٣] – فلا يجوز إجارة هذه البيانات، ومن أولى إذا كانت متحصلة عن طريق غير مشروع. [٤]

---

(١) يقصد به البيع المطلق عن الشرط بعدم التصرف، وكذلك عدم وجود عرف – في بيع البيانات الالكترونية– يقضي بعدم التصرف في البيانات الالكترونية

(٢) والمراد به هنا إجارة البيانات مستقلة عن الجهاز، دون إجارة البيانات مع الجهاز الذي يحملها، فتوجد أنواع من البيانات الالكترونية لا يمكن نقلها من جهاز إلى آخر وبالتالي لا يمكن إجارتها إلا بإجارة الجهاز الذي يحملها.

(٣) أنظر لاحقاً في مدى جواز إجارة المستعير البيانات الالكترونية ص من هذا البحث.

(٤) ويتحقق ذلك بعدة طرق أشهرها اللولوج إلى المواقع الالكترونية – غير المرخص لها– وتحميل البيانات الالكترونية من هذه المواقع، وكذلك نسخ البيانات الالكترونية بطريق غير مشروع والتصرف فيها بعد ذلك.

الشرط الثاني أن تكون المنفعة موجودة: ويكون وجودها بوجود البيانات الالكترونية ذاتها، وأن تكون هذه البيانات يمكن الانتفاع بها ويكون ذلك بإمكانية تشغيل البيانات " البرامج" على الأجهزة المخصصة لذلك، أما إذا كانت المنفعة غير موجودة في الأصل كما لو كان البرنامج به خلل يمنع الانتفاع به، أو أن البيانات موجودة إلا أنه لا يوجد أجهزة لإمكان تشغيل البيانات والانتفاع بها[1] فإن المنفعة تلحق بالعدم ولا يجوز العقد عليها.

الشرط الثالث : أن تكون المنفعة متقومة : بأن تكون ما يجري عليها عقد المعاوضة وأن يتم الاعتياض عنها ويتم فيها بذل المال في مقابلها، أما إذا كانت غير متقومة بأن كانت من البيانات التي يجوز للجميع الاطلاع عليها، والانتفاع بها فلا يصح عقد الإجارة عليها[2].

الشرط الرابع أن تكون المنفعة معلومة : ويتحقق ذلك بمعرفة ما يتحصل من البيانات، وذلك بأن تكون البيانات الالكترونية مخصصة للقيام بنتائج معينة، فما يستفاد من البيانات " البرامج" من نتائج يعد منفعة معلومة[3].

---

(١) ويتحقق ذلك بأمرين :

الأول: إذا كانت البيانات أو البرامج قديمة ولا يوجد أجهزة للانتفاع بها – لتشغيل هذه البيانات – ويحدث ذلك كثيراً لوجود التطور السريع في إنتاج أجهزة الحاسوب والتخلي عن الأجهزة القديمة التي تقوم بتشغيل هذه البيانات.

الثاني : أن تكون هذه البيانات أو البرامج في طور التجربة ولا يوجد أجهزة – في الأسواق – لتطبيق أو تشغيل هذه البيانات والانتفاع بها" وهو فرض قلما يحدث".

(٢) وهو ما عبر عنه الفقهاء بأن تكون المنفعة من المباحات.

(٣) وهذا الشرط لا يمثل صعوبة في مجال البيانات الالكترونية حيث إن المنفعة من البيانات الالكترونية تكون معلومة مسبقاً وذلك لأن تصميم البيانات" البرامج" يكون مخصص لغرض

الشرط الخامس:أن تكون المنفعة مشروعة: وتكون المنفعة مشروعة إذا كان الغرض منها مشروعاً أي يتفق مع الشرع ولا يخالفه.

أما إذا كانت المنفعة غير مشروعة كما لو كان الغرض من الانتفاع بهذه البيانات "البرامج" مخالف لقواعد الشرع بأي طريقة كانت فإن العقد عليها يكون غير جائزٍ شرعاً.

الشرط السادس: أن تكون المنفعة مقصودة لذاتها: أي أن يكون الغرض من إجارة البيانات الالكترونية الانتفاع من هذه البيانات" البرامج انتفاعاً مقصوداً، أما إذا كانت المنفعة غير مقصودة فلا يصح العقد، وكذلك إذا كان الغرض هو استيفاء العين قصداً كما لو كانت طبيعة البيانات" البرامج" تتلاشى – تتلف– بعد استخدامها مباشرة، فهنا لا يصح عقد الإجارة في هذه الصورة لأن الغرض من الإجارة هو الانتفاع من البيانات مع بقاء عينها(١).

الشرط السابع: أن يتم تسليم المنفعة: ويمكن تسليم المنفعة من البيانات الالكترونية بعدة طرق منها أن يتم تسليم البيانات الالكترونية ذاتها لينتفع بها، أو تسليم الجهاز الذي يحمل البيانات للانتفاع بالبيانات، وكذلك إمكانية الولوج إلى الموقع الذي يحمل هذه البيانات للانتفاع بها، فإذا تعذر تسليم المعقود عليه – المنفعة– فلا بدل، كما لو تلف البرنامج من الجهاز الذي يوجد به، أو تلف الجهاز ذاته الذي يحمل البيانات، أو تم إغلاق الموقع الذي توجد البيانات عليه.

محدد، إلا أنه يختلف باختلاف البرنامج فما خصص للبيانات " البرامج" الإحصائية تكون المنفعة المحددة له القيام بعمل إحصاء محدد، وهكذا.

(١) ويمكن أن يعبر عن هذا الشرط "**باستمرارية الانتفاع بالبيانات فترة زمنية**"

المطلب الثاني
الشروط اللازم توافرها لصحة التصرف على البيانات الالكترونية بغير عوض

تمهيد وتقسيم :

يقصد بالتصرف بغير عوض: أي بغير مقابل مالي، وهو يشمل التصرف في البيانات الالكترونية بالهبة، والعارية

يشترط لصحة التعامل في البيانات الالكترونية بغير عوض عدد من الشروط سواء أكان التصرف هبة، إو عارية.

وسوف أتناول هذه الشروط في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول
الشروط اللازم توافرها لصحة عقد الهبة

وضع الفقهاء عدداً من الشروط في عقد الهبة تتعلق بالمعقود عليه حتى يكون العقد صحيحاً، ولمعرفة الشروط التي تتعلق بصحة هبة البيانات الالكترونية –محل البحث– لابد من معرفة الشروط اللازم توافرها في صحة عقد الهبة.

لذا سوف نتناول هذه الشروط في الغصنين الآتيين : أتناول في الغصن الأول شروط المعقود عليه لصحة عقد الهبة، وأتناول في الغصن الثاني الشروط الخاصة بالبيانات الالكترونية لصحة الهبة.

الغصن الأول
الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه لصحة عقد الهبة

وضع الفقهاء عدداً من الشروط تتعلق بالمعقود عليه- بصفة عامة- لصحة عقد الهبة وهذه الشروط هي[١]:

الشرط الأول: أن يكون الموهوب موجوداً وقت العقد: لأن الهبة تمليك للعين في الحال فلا تصح هبة ما ليس بموجود وقت العقد لانه معدوم وهبة المعدوم لا تصح[٢].

الشرط الثاني: أن يكون مالاً متقوماً: فلا تصح هبة ما ليس بمال أصلاً كالميتة، والدم ، وكذلك لا تصح هبة المال غير المتقوم كالخمر، والخنزير في حق المسلم- [٣].

---

(١) وإلى جانب الشروط التي وضعها الفقهاء في المعقود عليه " الموهوب" لصحة الهبة، توجد شروط تتعلق بالصيغة، وشروط تتعلق بالعاقدين:

فأما الشروط التي تتعلق بالصيغة فهي:ألا تكون الصيغة معلقة على ما له خطر الوجود والعدم، وألا تكون الصيغة مضافة إلى وقت"

وأما الشروط التي تتعلق بالعاقدين فهي:"أن يكون الواهب من أهل التبرع".

(٢) بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ١١٩ وما بعدها، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد عليش، مرجع سابق، ج٨، ص ١٧٦ وما بعدها، تكملة الجموع شرح المهذب : للمطيعي، دار الفكر، بيروت – لبنان، ج ١٥، ص٣٧٣ وما بعدها، الإقناع في فقه الإمام أحمد : للحجاوي، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٩ وما بعدها.

(٣) المراجع سابق الإشارة إليها ذات الصفحات

بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ١١٩، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد عليش، ١٤٠٩مرجع سابق، ج٨، ص ١٧٦، تكملة الجموع شرح المهذب :

الشرط الثالث : أن يكون مملوكا: فيشترط أن يكون الموهوب مملوكا في ذاته ومما يصح بيعه، فإذا كان غير مملوك بأن كان من المباحات فلا تجوز هبته، لأن الهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك محال [١].

الشرط الرابع: أن يكون مملوكاً للواهب: فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك [٢].

الشرط الخامس: أن يكون مقدوراً على تسليمه: لأن القبض شرط لصحة الهبة فإذا كان الموهوب غير مقدور على تسليمه فلا تصح الهبة لاختلال شرط القبض حينئذٍ [٣].

للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٥، ص٣٧٣، الإقناع في فقه الإمام أحمد : للحجاوي، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٩.

(١) بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ١١٩" وذكر أنه يمكن أن يكون هذا الشرط متعلق بالواهب" منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد عليش، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٧٦، تكملة الجموع شرح المهذب : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٥، ص ٣٧٥، الإقناع في فقه الإمام أحمد : للحجاوي، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٩.

(٢) بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ١١٩، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد عليش، مرجع سابق، ج٨، ص ١٧٦، تكملة الجموع شرح المهذب : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٥، ص ٣٧٥، الإقناع في فقه الإمام أحمد : للحجاوي، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٩.

(٣) بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ١١٩، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد عليش، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٧٦" وقد عبر عن هذا الشرط بأنه:"*أن يكون مما يقبل النقل: والمراد بالنقل أي نقل الملك لا نقل الذات لذا أجازوا هبة الدار*" تكملة الجموع شرح المهذب : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٥، ص ٣٧٥، الإقناع في فقه الإمام أحمد : للحجاوي، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٩.

الشرط السادس: أن يكون محوزاً وهذا الشرط محل اختلاف بين الفقهاء إذا كان الموهوب مما ينقسم، أما إذا كان مما لا ينقسم فلم يقع خلاف بينهم في عدم اشتراطه[١].

الغصن الثاني
الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة الهبة

بعد ان تعرضنا لما وضعه الفقهاء من شروط لصحة عقد الهبة – بصفة عامة– يمكن لنا أن نضع الشروط الخاصة بصحة عقد هبة البيانات الالكترونية يكون متسقاً مع الشروط التي وضعها الفقهاء، ومتفقاً مع طبيعة البيانات الالكترونية، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول: أن تكون البيانات الالكترونية محل العقد متحصلة من طريق مشروع بما يجوز التصرف فيها: بأن تكون هذه البيانات قد تم الحصول عليها عن طريق البيع [٢]، أو الهبة، فإذا كانت متحصلة بطريق مشروع ولكنه لا يجوز التصرف فيها بنقل الملكية كما لو كانت متحصلة من عقد إجارة، أو عقد عارية فلا

---

(١) فإذا كان الموهوب مما ينقسم فقد اختلف الفقهاء في اشتراط أن يكون الموهوب محوزاً على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه عدم اشتراط أن يكون الموهوب محوزاً فتجوز هبة المشاع.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة.

الرأي الثاني: يرى أصحابه اشتراط أن يكون الموهوب محوزاً فلا تصح هبة المشاع .

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف.

أما إذا كان الموهوب مما لا ينقسم فلم يختلف الفقهاء في جواز هبة المشاع.

(٢) يقصد به البيع المطلق عن الشرط بعدم التصرف، وكذلك عدم وجود عرف – في بيع البيانات الالكترونية– يقضي بعدم التصرف في البيانات الالكترونية .

يجوز التصرف فيها بالهبة، وكذلك وممن باب أولى إذا كان الحصول على هذه البيانات بطريق غير مشروع.

الشرط الثاني: أن تكون البيانات محل العقد موجودة وقت العقد: فإذا كانت البيانات غير موجودة وقت العقد بأن كانت موجودة ثم تلفت أو أتلفت، أو لم تكن موجودة في الأصل – بأن كانت في طور التصميم- فلا تصح هبتها.

الشرط الثالث: أن يكون البيانات محل العقد مالاً متقوماً: فإذا كانت غير مال، أو كانت مالاً إلا أنها ليست متقومة في ذاتها فلا تصح هبتها[1].

الشرط الرابع : أن تكون البيانات مملوكة للواهب: فإذا كانت البيانات غير مملوكة للواهب بأن كانت مملوكة لغيره فلا تصح الهبة لأن هبة مال الغير بغير إذنه لا تصح[2].

الشرط الخامس: أن تكون البيانات مقدور على تسليمها: ويتم تسليم البيانات الالكترونية بعدة طرق منها أن يتم تسليم البيانات الالكترونية ذاتهاعلى دعامة مستقلة، أو إمكانية الولوج إلى الموقع الذي يحمل هذه البيانات لتحميلها من هذا

---

(١) ويمكن تصور هذا إذا كانت البيانات في طور التصميم ولم يتم الانتهاء من تصميم البيانات بعد، وذلك لأن البيانات- البرامج- تقوم على عدد كبير من الخطوات- المراحل- حتى يتم وصفها بكونها مالاً، فلا تصح هبة هذه البيانات لأنها لم تكتمل بعد ومن ثم لا يمكن اعتبارها مالاً.
كذلك أيضاً إذا كانت البيانات مالاً إلا أن الناس قد تركوا التعامل بها فإنها تخرج عن كونها مالاً متقوماً حينئذٍ.
راجع ما سبق من هذا البحث في التكييف الفقهي للبيانات.

(٢) أما فيما يتعلق بشرط أن يكون الموهوب مملوكاً في ذاته فهو شرط بديهي في البيانات الالكترونية، فلا توجد هذه البيانات إلا مملوكة لشخص سواء أكان هذا الشخص مصمم البيانات- البرامج- أو مالكها.

الموقع، فإذا تعذر تسليم البيانات كما لو تلف البرنامج من الجهاز الذي يوجد به، أو تلف الجهاز ذاته الذي يحمل البيانات، أو تم إغلاق الموقع الذي توجد البيانات عليه، فإن العقد لا يكون صحيحاً.

الفرع الثاني
الشروط اللازم توافرها لصحة عقد العارية

وضع الفقهاء عدداً من الشروط في عقد العارية حتى يكون العقد صحيحاً، ولمعرفة الشروط التي تتعلق بصحة إعارة البيانات الالكترونية -محل البحث- لابد من معرفة الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه – بصفة عامة – لصحة عقد العارية.

لذا سوف نتناول هذه الشروط في الغصنين الآتيين : أتناول في الغصن الأول شروط المعقود عليه لصحة عقد العارية، وأتناول في الغصن الثاني الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة العارية.

الغصن الأول
الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه لصحة عقد العارية

وضع الفقهاء ضابطاً في المعقود عليه- الشيء المستعار – لصحة عقد العارية ألا وهو " أن يكون مما ينتفع به مع بقاء عينه[1]": بأن يكون الشيء المستعار مما لا يستهلك بالانتفاع به لأن حكم عقد العارية هو الانتفاع بالشيء

---

(١) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج٦، ص ٢١٤، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد عليش، مرجع سابق، ج٨، ص ١٧٦، تكملة الجموع شرح المهذب : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٤، ص ٢٠٠، المغني : لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٥، ص٣٥٩.

المستعار مع بقاء عينه، فإذا كان الشيء محل العقد يستهلك عند الانتفاع به فإن العقد لا يصح .

الغصن الثاني
شروط صحة إعارة البيانات الالكترونية

من خلال الضابط الذي وضعه الفقهاء لصحة عقد العارية يمكن أن نضع ضابطاً لصحة عقد العارية للبيانات الالكترونية يكون متسقاً مع ما وضعه الفقهاء لصحة هذا العقد ومتفقاً مع طبيعة البيانات الالكترونية، ألا وهو: أن تكون البيانات الالكترونية مما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها: فإذا كانت البيانات الالكترونية تستهلك عند الانتفاع بها ويتحقق ذلك إذا كانت تتلف بمجرد الاستعمال فلا يجوز إعارتها.

المبحث الثالث
الأثر المترتب لصحة العقد على البيانات الالكترونية

تمهيد وتقسيم :

يترتب على صحة العقد على البيانات الالكترونية عدد من الآثار، وهذه الأثار تختلف باختلاف العقد ذاته سواء أكان العقد عقد بيع ،أو إجارة ، أو هبة، أو عارية، ولهذه الأثار أهمية فهي النتيجة المرجوة من العقد على البيانات الالكترونية.

ولما كان للأثار المترتبة على العقد هذه الأهمية فقد خصصت لها هذا المبحث وقسمته إلى مطلبين:

المطلب الأول: الأثر المترتب على صحة التصرف في البيانات الالكترونية بعوض.

المطلب الثاني : الأثر المترتب على صحة التصرف في البيانات الالكترونية بغير عوض.

المطلب الأول
الأثر المترتب على صحة التصرف في البيانات الالكترونية بعوض

تمهيد وتقسيم :

يترتب على صحة التصرف في البيانات الالكترونية بعوض عدد من الأثار هذه الأثار تختلف باختلاف العقد من كونه عقد بيع، أو عقد إجارة، وسوف نتناول هذه الآثار في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول
الأثر المترتب على صحة بيع البيانات الالكترونية

يترتب على صحة عقد بيع البيانات الالكترونية عدد من الأثار، ولمعرفة هذه الأثار نتعرف أولاً على الأثر المترتب على عقد البيع بصفة عامة، ثم نبين الأثر المترتب على بيع البيانات الالكترونية، وذلك في الغصنين الآتيين:

الغصن الأول : الأثر المترتب على صحة عقد البيع.

الغصن الثاني: الأثر المترتب على صحة بيع البيانات الالكترونية.

الغصن الأول
الأثر المترتب على صحة عقد البيع

يترتب على صحة عقد البيع – بصفة عامة – عدد من الآثار، وهذه الأثار منها ما هو أصلي، ومنها ما هو تبعي.

فأما الأثر الأصلي فهو ثبوت الملك في البدلين، أي ثبوت ملك المبيع للمشتري، وثبوت ملك الثمن للبائع.

وأما الأثر التبعي: فعدد من الأثار أهمها :"تسليم المبيع للمشتري"

ولقد رتب الفقهاء عدداً من الأحكام الفقهية على هذين الأثرين[1]

الغصن الثاني
الأثر المترتب على بيع البيانات الالكترونية

بالنظر إلى الأثار التي تترتب على عقد البيع – بصفة عامة- يمكن لنا أن نستنبط الأثار التي تترتب على عقد بيع البيانات الالكترونية، وأهم هذه الأثار هو: "ثبوت ملك البيانات الالكترونية للمشتري، وثبوت ملك الثمن للبائع"

وبتطبيق الأحكام الفقهية التي ذكرها الفقهاء في عقد البيع يمكن لنا أن نبيّن بعض الأحكام الفقهية التي تتناسب مع طبيعة البيانات الالكترونية من هذه الأحكام:

---

(١) من هذه الأحكام :"

- "عدم جواز التصرف في المبيع قبل قبضه في المنقول إجماعاً، وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في التصرف في العقار قبل قبضه"
- "جواز التصرف في الثمن قبل قبضه إلا الصرف والسلم" – أما إذا كان الثمن عيناً " فلا يجوز التصرف فيه قبل القبض "
- " التقابض بين البدلين شرط في بعض البيوع وهو الصرف"، ومنها ما لا يشترط فيه التقابض بين البدلين وهو بيع العين بالعين، ومنها ما يشترط فيه القبض في أحد البدلين وهو "بيع العين بالدين".
- " ثبوت الحق في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن"
- "هلاك المبيع قبل قبضه يوجب انفساخ البيع"

ولمزيد من التفصيل:

راجع : بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٣٣، وما بعدها، البحر الرائق: لابن نجيم مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٨، وما بعدها، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد عليش، مرجع سابق، ج٨، ص ١٧٦، تكملة المجموع شرح المهذب : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٥، ص ٣٧٥، الإقناع في فقه الإمام أحمد : للحجاوي، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٩.

- عدم جواز التصرف في البيانات الالكترونية قبل قبضها[1] وذلك باعتبارها مالاً منقولاً[2].
- عدم اشتراط التقابض في بيع البيانات الالكترونية سواء أكان بيعها بعين أم بدين.
- ثبوت الحق في حبس المبيع – البيانات الالكترونية – للبائع حتى يستوفي الثمن.
- هلاك البيانات الالكترونية قبل قبضها يؤدي إلى فسخ عقد البيع[3].

ويثير ثبوت ملك البيانات الالكترونية تساؤلاً هاماً ألا وهو: ما هو نطاق ملك المشتري على البيانات الالكترونية، فهل ملك المشتري للبيانات بناءً على عقد البيع يعطي له الحق في التصرف في البيانات الالكترونية ذاتها ونسخ هذه البيانات، والتصرف في هذه النسخ، أم أن حق المشتري للبيانات الالكترونية يكون قاصراً على البيانات الأصلية فقط دون نسخها والتصرف في هذه النسخ؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على عدة نقاط:

---

(١) وقد يكون قبض البيانات الالكترونية قبضاً حقيقياً ويتم ذلك بتسلمها وحيازتها من البائع على الدعامة المخصصة لذلك (القرص الصلب، أو القرص المرن، أو الفلاشة، أو القرص الضوئي، وغير ذلك)، وقد يكون قبضها قبضاً حكمياً .

(٢) راجع ما سبق التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية ص من هذا البحث

(٣) ويظهر هذا الأثر جلياً إذا كانت البيانات من البيانات القيمية، أما إذا كانت البيانات من المثليات فلا ينفسخ العقد حينئذٍ لأنها لا تتعين بل هي موصوفة في ذمة البائع، فيلتزم البائع بأن يقدم إلى المشتري– المستخدم– بيانات مماثلة للبيانات محل العقد.

ومثال : البيانات الالكترونية المثلية برامج التشغيل Window، بالإصدارات المختلفة، وبرامج التطبيق كبرامج المكتب" Office programs"

الأولى: طبيعة البيانات الالكترونية محل العقد.

الثانية: نوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية.

الثالثة: التكييف الفقهي لنسخ البيانات الالكترونية.

الرابعة : مدى وجود شرط في العقد الوارد على البيانات يتعلق بالنسخ من البيانات.

أولاً: بالنسبة لطبيبعة البيانات الالكترونية [١]: فإننا نفرق بين نوعين من البيانات الالكترونية.

النوع الأول: البيانات الالكترونية الأساسية" برامج التشغيل وبرامج التطبيق"

النوع الثاني : البيانات الالكترونية المتحصلة من الجهاز.

فأما بالنسبة للنوع الأول :"البيانات الالكترونية الأساسية" فإنها – وكما سبق أن توصلنا – هي منفعة مرتبطة بالجهاز الذي يحملها، وبالتالي لا يمكن التصرف فيها مستقلة عن الجهاز الذي يحملها.

وأما بالنسبة للنوع الثاني: "البيانات المتحصلة من الجهاز" فهذه البيانات تعد مالاً مستقلاً عن الجهاز الذي كان يحملها.

ثانياً: بالنسبة لنوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية : فقد ترد على البيانات الالكترونية الملكية التامة، وقد ترد عليها الملكية الناقصة [٢]، ويتوقف معرفة نوع الملكية التي ترد على البيانات على العقد ذاته الذي يرد على البيانات الالكترونية– من حيث الغرض من هذا العقد.

---

(١) راجع في ذلك التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية ص من هذا البحث .

(٢) راجع في ذلك الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية ص من هذا البحث .

فإذا كان الغرض من العقد الذي يرد على البيانات الالكترونية يقصد منه نقل ملكية البيانات نقلاً تاماً – بحيث يشمل البيانات ذاتها، والتصرف فيها– كانت الملكية التي ترد على البيانات ملكية تامة.

وإذا كان الغرض من العقد هو نقل ملكية البيانات نقلاً ناقصاً – أي ينصب على البيانات فقط أو المنفعة فقط– فإن الملكية تكون ملكية ناقصة.

ثالثاً: بالنسبة للتكييف الفقهي لنسخ البيانات الالكترونية: فهل تعد هذه النسخ من قبيل الزوائد التي تنتج عن البيانات الالكترونية، أم أنها تعد مالاً مستقلاً عن البيانات الأصلية؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على التعرف على ماهية الزوائد التي تنتج عن الشيء ذاته، ومدى انطباقها على النسخ من البيانات.

وتتنوع الزوائد التي تنتج عن الشيء إلى نوعين[1]:

الزوائد المنفصلة: وهي التي تنفصل عن الشيء ذاته وتصبح مستقلة عنه، وهذه الزوائد تتميز عن الشيء ذاته ولا تكون تابعة له.

مثالها: الثمر، والولد، والغلة، والكسب وغير ذلك مما ينفصل عن الشيء.

الزوائد المتصلة: وهي التي تتصل بالشيء ولا تنفك عنه، بل هي تابعة للشيء ذاته بعدم تميزها.

---

(١) راجع في ذلك الفتاوى الهندية : للشيخ نظام مرجع سابق، ج ٥، ص ١٢٧(باب الغصب)، تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي، مرجع سابق، ج ٢، ص١٠٠(كتاب البيوع باب خيار العيب) أسنى المطالب شرح روض الطالب: لزكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ٢، ص١٧٢، الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة الزحيلي، دار الفكر – سوريَّة – دمشق، ج٨، ص ٩٩، ١٠٠ (باب الوصية فصل وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له) وهناك أحكام تتعلق بكلا النوعين جاءت متفرقة في الأبواب المختلفة في الفقه .

مثالها: السمن، والجمال، وغير ذلك.

بالنظر والتدقيق في التكييف الفقهي لنسخ البيانات الالكترونية نجد أن هذه النسخ تعد مالاً مستقلاً عن البيانات الالكترونية الأصلية، وليست من قبيل الزوائد التي تنتج من هذه البيانات .

والسند في ذلك يرجع إلى طبيعة هذه النسخ، فهي تختلف عن الزوائد التي تنتج عن الشيء.

فأما اختلافها عن الزوائد المتصلة فإن هذه الزوائد لا تنفك عن الشيء بل هي متصلة به اتصالاً دائماً وجوداً وعدماً، أما نسخ البيانات فهي تستقل عن البيانات ذاتها.

وأما اختلافها عن الزوائد المنفصلة: فإن الزوائد المنفصلة عن الشيء تختلف في الوجود وفي الماهية وفي الصفات عن الشيء التي تنتج عنه، أما نسخ البيانات فإنها متطابقة مع البيانات ذاتها في الماهية والصفات.

فالنسخ من البيانات الالكترونية منفصلة عن البيانات الأصلية بحيث يمكن أن توجد على دعامة مستقلة عن الجهاز الذي توجد فيه البيانات الالكترونية الأصلية، إلا أنها في الوقت ذاته لا تتميز عن البيانات التي تم نسخها منها، فهي تتطابق معها في الماهية والصفات.

رابعاً: بالنسبة لمدى وجود شرط في العقد يتعلق بنسخ البيانات : فقد يوجد في العقد الذي يرد على البيانات الالكترونية شرط يتعلق بمدى إمكانية النسخ من البيانات الالكترونية الأصلية من عدمه، وهذا الشرط له أهمية في معرفة مدى جواز نسخ البيانات الالكترونية والتصرف في هذه النسخ من عدمه؛ وقد يكون العقد خالياً من هذا الشرط، فما الحكم إذا وجد في العقد هذا الشرط، أو كان خالياً منه؟

ويمكن لنا أن نجيب على التساؤل السابق، وتكون الإجابة على النحو الآتي:

أولاً : إذا كان العقد الذي يرد على البيانات الالكترونية يقصد به نقل الملكية التامة لهذه البيانات، وتضمن العقد شرطاً يتعلق بالبيانات الالكترونية، فإننا نكون بصدد واحد من ثلاثة فروض:

الفرض الأول: أن يكون الشرط الوارد في العقد قد نص صراحة على منع النسخ من البيانات الالكترونية، والتصرف في هذه النسخ.

الفرض الثاني: أن يكون الشرط الوارد في العقد قد نص صراحة على جواز نسخ البيانات الالكترونية والتصرف في هذه النسخ.

الفرض الثالث: أن يكون العقد خالياً من الشرط سواء بالإجازة أو المنع.

فأما بالنسبة للفرض الأول: إذا تضمن العقد الذي يرد على البيانات الالكترونية شرطاً يقضي بمنع نسخ البيانات الالكترونية والتصرف في هذه النسخ " فما مدى جواز اشتراط هذا الشرط في العقد، وما هو الأثر المترتب عليه؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على أمرين :

الأول :التكييف الفقهي لهذا الشرط، فهل يعد هذا الشرط قيداً على ملكية المشتري للبيانات الالكترونية، أم لا؟

ثانياً: هل يعد هذا الشرط شرطاً موافقاً لمقتضى العقد، أو ملائماً له، أو مما يقضي به العرف، أو هو شرط مخالف لما يقتضيه العقد؟

أولاً: بالنظر في مدى اعتبار شرط المنع من نسخ البيانات الالكترونية قيداً على ملكية المشتري للبيانات الالكترونية أم أنه لا يعد كذلك، فإننا نجد أن التكييف الفقهي لنسخ البيانات الالكترونية أن هذه النسخ تعد مالاً مستقلاً عن البيانات

الالكترونية الأصلية فهي ليست من الزوائد المتصلة أو المنفصلة عن المبيع – البيانات الالكترونية، بل هي مالٌ مستقل عنها.

ويترتب على هذا التكييف أن الأصل هو عدم جواز نسخ البيانات الالكترونية الأصلية والتصرف في هذه النسخ فهي ليست تابعة للبيانات الالكترونية وبالتالي لا يتملكها المشتري بعقد شراء البيانات الأصلية(١).

ثانياً : يترتب على التكييف السابق للنسخ أنه إذا ورد شرط في عقد بيع البيانات الالكترونية يقضي بعدم نسخ البيانات الالكترونية والتصرف في هذه النسخ، فإنه يعد" شرطاً ملائماً للعقد " (٢)

---

(١) ومع هذا يحق للمشتري للبيانات الالكترونية الاحتفاظ بنسخة من هذه البيانات، وذلك لإمكان استعادة البيانات إذا فقدت أو تلفت .

(٢) ولقد اختلف الفقهاء في الشروط التي يجوز اشتراطها في العقد على ثلاثة أراء:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن الشروط التي يجوز اشتراطها في العقد هي الشروط التي نص الشرع عليها، أما ماعدا ذلك من شروط فلا يصح اشتراطه.

وإلى هذا الرأي ذهب الظاهرية.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الشروط التي يجوز اشتراطها هي كل الشروط ما لم ينص الشارع على عدم جواز اشترطها.

وإلى هذا الرأي ذهب الحنابلة " ابن تيمية، وابن القيم الجوزي"

الرأي الثالث: يرى أصحابه أن الشروط التي يجوز اشتراطها في العقد هي الشروط التي نص الشرع عليها، أو جاء العرف بها، أو توافق مقتضى العقد، أو تؤكده، أو تلائمه.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف.

الرأي المختار: هو رأي الأحناف القائل بأن الشروط التي يجوز اشتراطها في العقد هي ما نص الشرع عليها، أو جاء بها العرف، أو وافقت مقتضى العقد، أو تؤكد العقد، أو تلائمه.

وأما بالنسبة للفرض الثاني: إذا نص في العقد صراحة على جواز نسخ البيانات والتصرف في النسخ" فهنا يجوز لمشتري البيانات الالكترونية أن يقوم بنسخ البيانات محل العقد والتصرف في هذه النسخ، فهنا العقد قد تضمن شراء البيانات الالكترونية ذاتها والنسخ التي ترتبط بها.

وأما بالنسبة للفرض الثالث :إذا خلا العقد على البيانات الالكترونية من شرط يتعلق بنسخ البيانات الالكترونية". فإنه – وكما سبق– أن ذكرنا أن النُسخ من البيانات الالكترونية تعد مالاً مستقلاً فلا يحق للمشتري للبيانات أن يقوم بنسخ البيانات والتصرف فيها لأنها مالاً مستقلاً وهو لم يتملكه.

ثانياً: إذا كان العقد الذي يرد على البيانات الالكترونية يقصد به الملكية الناقصة لهذه البيانات – أي أن العقد قد ورد على البيانات فقط أو المنفعة التي تحدث من هذه البيانات– : فهنا لا يثير الأمر صعوبة فإن الملكية التي تنشأ عن هذا العقد ملكية قاصرة على البيانات الالكترونية أو الانتفاع بها، فهنا لا يحق لمشتري – مستخدم – البيانات أن يقوم بنسخ هذه البيانات والتصرف في هذه النسخ.

والعلة في ذلك: إن ملكية المشتري تنصب على البيانات الالكترونية محل العقد، أو الانتفاع بها دون نسخ لهذه البيانات أو التصرف في هذه النسخ.

الفرع الثاني
الأثر المترتب على صحة إجارة البيانات الالكترونية

يترتب على صحة إجارة البيانات الالكترونية عدد من الآثار، ولمعرفة هذه الأثار لابد من معرفة الأثار التي تترتب على عقد الإجارة بصفة عامة.

لذا سوف نتناول الأثر المترتب على صحة عقد الإجارة بصفة عامة، ونبين الأثر المترتب على صحة إجارة البيانات الالكترونية في الغصنين الآتيين:

الغصن الأول: الأثر المترتب على صحة الإجارة.

الغصن الثاني: الأثر المترتب على صحة إجارة البيانات الالكترونية.

الغصن الأول
الأثر المترتب على صحة عقد الإجارة

يترتب على صحة عقد الإجارة – بصفة عامة –عدد من الآثار، وهذه الأثار تتمثل فيما يلي: ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر، وفي الأجرة المسماة للمؤجر، والتزام المؤجر بتسليم العين للمستأجر، وتمكينه من الانتفاع بها ، والتزام المستأجر بالمحافظة عليها(١).

وبالنظر إلى هذه الأثار التي ذكرها الفقهاء نجد أن منها ما هو أصلي ومنها ما هو تبعي.

فأما الحكم – الأثر – الأصلي لصحة عقد الإجارة فهو :" ثبوت ملك المنفعة للمستأجر، وثبوت ملك الأجرة المسماة للمؤجر"

وأما الحكم – الأثر– التبعي: فيتمثل في :

أ. التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر.

ب. تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

ج. التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة.

---

(١) راجع في ذلك : بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٠١، الفتاوى الهندية: للشيخ نظام ، مرجع سابق، ج٤، ص٤٢٥، وأنظر الموسوعة الفقهية : تصدرها وزارة الأوقاف الكويتية، ج، ١، ص ٢٦٥.

د. التزام المستأجر برد العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإجارة.

وهذه الأثار التي تترتب على صحة عقد الإجارة يترتب عليها العديد من الأحكام الشرعية.

الغصن الثاني
الأثر المترتب على إجارة البيانات الالكترونية

يترتب على صحة عقد إجارة البيانات الالكترونية عدد من الآثار، وهذه الأثار التي تترتب على عقد إجارة البيانات الالكترونية تستند إلى الأثار التي تترتب على عقد الإجار بصفة عامة وذلك بما يتفق مع طبيعة البيانات الالكترونية، ويمكن أن نحدد هذه الأثار فيما يلي:

أولاً: جواز الانتفاع بالبيانات الالكترونية بما يتفق مع طبيعتها.

ثانياً: التزام مؤجر البيانات بتسليم البيانات محل العقد للمستأجر.

ثالثاً: التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالبيانات الالكترونية[1].

رابعاً: التزام المستأجر بالمحافظة على البيانات الالكترونية محل العقد.

خامساً: التزام المستأجر برد البيانات الالكترونية محل العقد بعد انتهاء عقد الإجارة.

وبعد بيان الآثار التي تترتب على إجارة البيانات الالكترونية يثار في هذا المقام تساؤلٌ هامٌ ألا وهو : هل يحق للمستأجر للبيانات الالكترونية أن يقوم بإجارة هذه البيانات للغير أم أن الانتفاع يكون قاصراً عليه فقط؟

---

(١) وهذا الالتزام الذي يقع على المؤجر يثير العديد من الصعوبات في مجال البيانات الالكترونية.

ولقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة- مدى جواز إجارة المستأجر للعين المؤجرة-على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه جواز إجارة المستأجر العين المؤجرة بعد قبضها في مدة العقد، بشرط عدم تأثر العين المؤجرة باختلاف الاستعمال.

وإلى هذا الرأي ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣)، والأصح عند الحنابلة(٤).

الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم جواز إجارة المستأجر العين المؤجرة.

وإلى هذا الرأي ذهب القاضي من الحنابلة(٥).

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بجواز إجارة المستأجر العين المؤجرة بشرط عدم تأثر العين المؤجرة باختلاف الاستعمال بالمعقول.

فقالوا: إن المستأجر قد ملك الانتفاع بالعين المؤجرة بعقد الإجارة لأنها تحدث في ملكه أثناء مدة العقد، ومن ثم يحق له أن يؤجرها غيره إذا لم يحدث ذلك ضرراً بالعين المؤجرة.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بعدم جواز إجارة المستأجر العين المؤجرة بالسنة.

---

(١) الفتاوى الهندية: للشيخ نظام، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٢٥ (باب إجارة المستأجر) .

(٢) مواهب الجليل : للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص، ٥٢١.

(٣) تكملة المجموع شرح المهذب: للمطيعي، مجع سابق، ج ١٥، ص ٨٩.

(٤) المغني : لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٦، ص١١٥.

(٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : للمرداوي، مرج سابق، ج٦، ص ٢٧.

فما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ρ قال :" لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك[1]"

وجه الاستدلال: إن منافع العين المؤجرة لم تدخل في ضمان المستأجر فلا يجوز له إجارتها.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن منافع العين المؤجرة قد دخلت في ضمان المستأجر بالعقد والقبض فيملك إجارتها لغيره، ولا تدخل في النهي الوارد في الحديث فهي ربح ما يضمنه المستأجر.

الرأي المختار: إن الرأي الأول القائل بجواز إجارة المستأجر العين المؤجرة هو الرأي المختار، لقوة استدلاله، ولأن منافع العين في ضمان المستأجر، وقد ملك المستأجر الانتفاع بالعين، ومن ملك الانتفاع يحق له أن يملّكه غيره.

وبناءً على الرأي المختار في هذه المسألة فإنه يجوز للمستأجر إجارة البيانات الالكترونية، لأنه ملك الانتفاع بها ومن أوجه الانتفاع الإجارة، ويشترط لصحةالإجارة ألا يقوم المستأجر – الثاني– باستخدام البيانات الالكترونية في غير ما صممت له، كما لا يجوز له إتلافها.

---

(١) السنن الكبرى : للبيهقي، مرجع سابق، ج ٥، ص٢٦٧، رقم الحديث (١٠٧٢٢) باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة، "وكذلك أخرجه في أبواب متفرقة بألفاظ مختلفة"، المستدرك على الصحيحين : للحاكم النيسابوري، مرجع سابق، ج٢، ص٢١، رقم الحديث (٢١٨٥)، وقال حديث صحيح على شرط جماعة من أئمة المسلمين، بلوغ المرام من أدلة الأحكام : لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب شروطه وما نهي عنه رقم (٨٠٠)"وذكر أنه قد رواه الخمسة، وصححه الترمذي، والحاكم.

أنظر في وجه الاستدلال :" الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج١، ص٢٦٨"

المطلب الثاني
الأثر المترتب على صحة التصرف في البيانات الالكترونية بغير عوض

تمهيد وتقسيم :

يترتب على صحة التصرف في البيانات الالكترونية بغير عوض عدد من الأثار هذه الأثار تختلف باختلاف العقد من كونه عقد هبة، أو عقد عارية، وسوف نتناول هذه الآثار في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول
الأثر المترتب على صحة هبة البيانات الالكترونية

يترتب على صحة هبة البيانات الالكترونية عدد من الآثار، ولمعرفة هذه الأثار لابد من معرفة الأثار التي تترتب على عقد الهبة بصفة عامة.

لذا سوف نتناول الأثر المترتب على صحة عقد الهبة بصفة عامة، ونبين الأثر المترتب على صحة هبة البيانات الالكترونية في الغصنين الآتيين:

الغصن الأول: الأثر المترتب على صحة الهبة.

الغصن الثاني: الأثر المترتب على صحة هبة البيانات الالكترونية.

الغصن الأول
الأثر المترتب على صحة عقد الهبة

يترتب على عقد الهبة – بصفة عامة– أثر هام ألا وهو "ثبوت الملك للموهوب له" فإذا انعقد العقد صحيحاً –وذلك بتوافر أركانه وشروطه المعتبرة شرعاً ثبت ملك

الموهوب للموهوب لـه[1]، ويترتب على ذلك أنه يجوز للموهوب له مباشرة كافة التصرفات على الموهوب.

واختلف الفقهاء في صفة ثبوت الملك في الهبة، فهل ثبوت الملك في الهبة ثبوتاً لازماً أم أنه ثبوت غير لازم، وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن الملك في الهبة قد ثبت لازماً[2].

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في المشهور[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الملك في الهبة قد ثبت غير لازم، ولا يلزم إلا بعارض.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف[6]، والمالكية في غير المشهور[7].

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بأن ثبوت الملك في الهبة ثبوتاً لازماً بالسنة، والمعقول.

---

(١) البحر الرائق :لابن نجيم مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٨٤.

(٢) وقد اختلف أصحاب هذا الرأي في كيفية لزوم الهبة فهل هي تثبت بمجرد العقد أم تلزم بالقبض.

(٣) الذخيرة : للقرافي، مرجع سابق، ج ٨، ص٢٤٢، مواهب الجليل للحطاب، مرجع سابق، ج٨، ص ١١.

(٤) تكملة المجموع شرح المهذب : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٥، ص ٣٧٠.

(٥) المبدع : لابن مفلح، مرجع سابق، ج ٥، ص٢٧٨.

(٦) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٢٦.

(٧) مواهب الجليل للحطاب، مرجع سابق، ج٨، ص ١١ "وذكر أنه قول المازري عن جماعة من المذهب، وحكاه الطحاوي عن مالك، وحكاه ابن خويز منداد عن مالك"

فأما السنة : فما روي عن ابن عباس τ قال قال رسول الله ρ العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه[1] "

وجه الاستدلال: نص في عدم جواز الرجوع في الهبة فيكون عقد الهبة لازماً.

وأما المعقول : فإن عقد الهبة فيه إزالة للملك بغير عوض فيلزم بالعقد قياساً على الوقف.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بأن ثبوت الملك في الهبة غير لازم بالكتاب، والسنة، والمعقول.

فأما الكتاب فقول الله تعالى **(وَإِذَا حُيِّيْتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّواْ بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا)**[2]

وجه الاستدلال : إن التحية المذكورة في الآية يقصد بها التحية بالأعيان لوجود القرينة على ذلك في قوله تعالى (أَوْ رُدُّوهَا)، فالرد لا يكون في الأعراض بل يكون في الأعيان[3].

ويناقش هذا الاستدلال: بأن وجه الاستدلال من الآية خارج عن محل النزاع، فالآية تحث على رد التحية بالأحسن، أو ردها، ولا يوجد فيها صفة لعقد الهبة بكونه لازماً أو غير لازم.

---

(١) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان: محمد فؤاد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٥٠٣، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل، وأخرجه البخاري، ٥١ كتاب الهبة، ١٤باب هبة الرجل لامرأته، رقم الحديث(٢٤٤٩)، وأخرجه مسلم في صحيحه باب تحريم الرجوع في الهبة والصدقة بعد القبض ، رقم الحديث (٤٢٥٩) ولقد اختلفت ألفاظ الحديث المروي عن عبد الله بن عباس τ .

(٢) سورة النساء جزء من الأية رقم (٨٦)

(٣) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٢٨.

وأما السنة: فما روي عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة τ أنه قال : قال رسول الله ρ "الواهب أحق بهبته ما لم يثب"(١)

وجه الاستدلال: إن النبي ρ جعل الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض، فيدل هذا على أن عقد الهبة غير لازم لجواز الرجوع فيها.

ويناقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: إن الحديث في سنده ضعف " إبراهيم بن إسماعيل" وهو غير قوي، كما أن فيه انقطاعاً بين عمرو بن دينار وأبي هريرة.

ويمكن أن يرد على هذه المناقشة: بأن الحديث قد روي عن طريق عبد الله بن عمر عن عمر بن الخطاب عن النبي ρ أنه قال:" من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب عليها(٢)" فهذه الرواية تقوي الرواية التي رويت عن أبي هريرة τ.

الثاني : إن الحديث قد روي عن طريق عبد الله بن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:"من وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يثب منها فإن رجع في هبته فهو كالذي يقيء ويأكل قيئه"(٣)(١)

---

(١) وذكر البيهقي في السنن الكبرى أن " إبراهيم بن إسماعيل ضعيف عند أهل العلم بالحديث وعمرو بن دينار عن أبى هريرة منقطع" أنظر السنن الكبرى : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، الطبعة : الأولى - ١٣٤٤هـ ، مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدر آباد – الهند، ج ٦، ص ١٨١، رقم الحديث (١٢٣٨٢)

(٢) أنظر المستدرك على الصحيحين: للحاكم النيسابوري، باب البيع، ج٢، ص ٦٠، رقم الحديث (٢٣٢٣)

(٣) المعجم الكبير : سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، الطبعة الثانية ١٤٠٤ – ١٩٨٣، مكتبة العلوم والحكم – الموصل– العراق، رقم الحديث (١١٣١٧) .

وأما الإجماع: فقد روي عن جماعة من الصحابة هذا القول ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً[٢].

ويناقش هذا الاستدلال: بأن هذا القول معارض للنص الشرعي فلا يكون إجماعا.

ثمرة الخلاف : تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في مدى جواز الرجوع عن الهبة.

فبناءً على الرأي الأول القائل بأن الملك في الهبة قد ثبت لازماً فلا يجوز الرجوع في الهبة.

وبناءً على الرأي الثاني القائل بأن الملك في الهبة قد ثبت غير لازم يجوز للواهب الرجوع في الهبة إلا لعارض.

وروي عن عبد الله بن عباس بلفظ آخر عن النبي ρ قال : من وهب هبة فارتجع بها فهو أحق بها ما لم يثب منها ولكنه كالكلب يعود في قيئه"

أنظر سنن الدارقطني: علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، ١٣٨٦ – ١٩٦٦، دار المعرفة – بيروت، ج٢ ، ص ٤٤، رقم الحديث(١٨٥)

(١) ويمكن أن يناقش كذلك بأن معنى " ما لم يثب" الوارد في الحديث قد يكون المراد منه القبض، وذلك لأن من معاني " وثب" في اللغة الطفر

أنظر لسان العرب: لابن منظور، مرجع سابق، ج ١، ص ٧٩٣، باب " وثب" فيقال وثب إلى المكان بلغه، ويقال وثب فلان إلى السرير قعد عليه، فيكون من معانيه القبض والاستيلاء" الحيازة".

المعجم الوسيط : لمجموعة، مرجع سابق، ج ٢، ص ص١٠١٠، ١٠١١.

فلا يكون معنى "يثب" الوارد في الحديث قاصراً على وصول العوض للواهب فقط– كما ذكر أصحاب الرأي الثاني– ، فقد يحتمل معنى القبض من الموهوب له.

(٢) وقد روي هذا القول عن عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد. أنظر بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٢٨.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأن عقد الهبة عقد لازم، لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة.

الغصن الثاني
الأثر المترتب على هبة البيانات الالكترونية

يرتبط الأثر المترتب على عقد هبة البيانات الالكترونية على عقد الهبة – بصفة عامة– وبالنظر إلى الأثر المترتب على صحة عقد الهبة نجد أنه "ثبوت الملك للموهوب له"ومن ثم يثبت "ملك البيانات الالكترونية للموهوب له. وثبوت الملك يكون ثبوتاً لازماً طبقاً للرأي المختار في صفة عقد الهبة[١].

وإذا ثبت ذلك كان للموهوب له الحق في مباشرة كافة التصرفات الشرعية على البيانات الالكترونية – محل العقد– من حق التصرف وملك الانتفاع[٢].

الفرع الثاني
الأثر المترتب على صحة إعارة البيانات الالكترونية

يترتب على صحة إعارة البيانات الالكترونية عدد من الآثار، ولمعرفة هذه الأثار لابد من معرفة الأثار التي تترتب على عقد العارية بصفة عامة.

لذا سوف نتناول الأثر المترتب على صحة عقد العارية بصفة عامة، ونبين الأثر المترتب على صحة إعارة البيانات الالكترونية في الغصنين الآتيين:

الغصن الأول: الأثر المترتب على صحة العارية.

الغصن الثاني: الأثر المترتب على صحة إعارة البيانات الالكترونية.

---

(١) راجع ما سبق ص من هذا البحث " الغصن السابق.

(٢) وهي ذات الأثار التي تترتب على عقد البيع باعتبار أن عقد الهبة من العقود التمليكات.

الغصن الأول
الأثر المترتب على صحة عقد العارية

يترتب على صحة عقد العارية أثرٌ هامٌ ألا وهو " الانتفاع بالمعقود عليه – المعار- بغير عوض" وهذا الحكم يثبت للمستعير ولوكيله ولقد تضافرت أقوال الفقهاء على هذا الحكم(١).

إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في أصل الحكم لعقد العارية : فهل أصل الحكم هو ملك الانتفاع بالمعار أم إباحة الانتفاع به؟

ولقد اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن أصل الحكم لعقد العارية هو إباحة الانتفاع بالمعار، فالمستعير بناءً على عقد العارية يباح له الانتفاع بها .

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية(٢)، والحنابلة(٣).

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن أصل الحكم لعقد العارية هو ملك المنفعة. فالمستعير بناءً على عقد العارية قد ملك الانتفاع بها.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف(٤)، والمالكية(١).

---

(١) بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ٢١٤.

(٢)أسنى المطالب شرح روض الطالب : لأبي يحيى زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ٢، ص٣٠٢، تكملة المجموع شرح المهذب : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٤، ص ٢٠٩.

(٣) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع : للنجدي، مرجع سابق، ج ٥، ص٣٦٩، كشاف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي، مرجع سابق،ج ٤، ص ٧٤.

(٤) فجاء في كتب الأحناف: *"وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم، والثاني في بيان صفته أما الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفا وعادة"*

بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ٢١٤.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بأن عقد العارية يفيد إباحة الانتفاع بالعارية" لما ذهبوا إليه بالقياس، والمعقول.

فأما القياس: فقياس المستعير في إباحة الانتفاع بالمعار على الضيف فكما لا يجوز للضيف أن ينقل الطعام إلى غيره لأنه قد أبيح له الانتفاع به فقط كذلك لا يجوز للمستعير أن ينقل الانتفاع بالعارية إلى غيره.

وأما المعقول: فإن المعير قد أباح للمستعير الانتفاع بالعارية، والإباحة تعطي لمن ثبتت له الانتفاع فقط بالمعقود عليه دون حق التملك، فلا يحق للمستعير أن يملّك غيره الانتفاع بالعارية.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بأن عقد العارية يفيد ملك الانتفاع بالعارية" لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن المعير قد ملّك المستعير الانتفاع بالعارية، فيحق للمستعير أن يملّك غيره الانتفاع بها.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن المعير قد رضي بانتفاع المستعير بالعارية، وقد لا يرضى بغير المستعير في الانتفاع بها، والدليل على ذلك أنه أجاز للمستعير الانتفاع بالعارية دون بدل فيكون الانتفاع بالعارية قاصراً على المستعير – أو وكيله – دون غيره.

ثمرة الخلاف : وتظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في مدى جواز قيام المستعير بإعارة المعقود عليه لشخص آخر.

---

(١) مواهب الجليل : للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص ص ٢٩٧، ٢٩٨، الذخيرة : للقرافي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٩٧.

فبناءً على الرأي الأول لا يملك المستعير إعارة المعقود عليه – المعار– لشخص آخر لأن له حق إباحة الانتفاع فقط" فهو حق شخصي لا ينقله إلى غيره[1]"، وإن قام المستعير بإعارة المعار للغير بغير إذن المالك كان ضامناً للمعار، ويجوز للمالك أن يضمّن أيهما شاء[2].

وبناءً على الرأي الثاني إن المستعير له الحق في إعارة المعقود عليه– المعار– لشخص آخر لأن المستعير قد ملك حق الانتفاع بالعارية.

الرأي المختار: هو الرأي الأول القائل بأن أصل الحكم في العارية أن المعير قد أباح للمستعير الانتفاع بالعارية دون حق التملك، فلا يحق للمستعير أن يعير العارية للغير، وكذلك لا يحق له أن يؤجرها غيره.

ثم اختلف أصحاب الرأي الثاني القائل بأن :"أصل الحكم في عقد العارية هو ملك المستعير الانتفاع بالمعار" في مسألة مدى جواز أن يقوم المستعير بإجارة العارية للغير، وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه إن المستعير ليس الحق في إجارة العارية .

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف[3].

---

(١) وكذلك لا يحق له أن يؤجر العارية من باب أولى.

(٢) أما تضمين الأول فلأنه سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه، وأما تضمين الثاني فلأن العين والمنفعة فاتا على مالكهما في يده وهو المستوفي للمنفعة بدون إذن المالك وتلف العين إنما حصل تحت يده، وهذا إذا كان المستعير الثاني عالماً بأن العين لها مالك لم يأذن بإعارتها. أنظر : كشاف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي ، مرجع سابق، ج ٤، ص ٧٣.

(٣) فجاء في كتب الأحناف: *"أما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم، والثاني في بيان صفته أما الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفا وعادة"*

الرأي الثاني : يرى أصحابه أن المستعير يحق له إجارة العارية.

وإلي هذا الرأي ذهب المالكية[1].

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: " بأن المستعير ليس له الحق في إجارة العارية " لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن عقد العارية عقد جائز – غير لازم– لا يبنى عليه عقد الإجارة لأن الإجارة عقد لازم، فلا يجوز للمستعير أن يؤجر المعار لغيره.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بأن المستعير يحق له إجارة المعار لغيره لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن المستعير قد ملك منفعة العارية بالعقد، فله أن ينتفع بها، أو يؤجرها.

ويترتب على هذا الاختلاف أن الفقهاء قد اختلفوا في حكم مدى جواز إجارة العارية من المستعير لغيره.

ثمرة الخلاف: وتظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في مدى جواز قيام المستعير بإجارة المعار لشخص آخر.

فبناءً على الرأي الأول: لا يجوز للمستعير أن يؤجر العارية لغيره، وإن قام بذلك كان متعدياً ويضمن العارية إن هلكت.

بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ٢١٤.

(١) مواهب الجليل : للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص ص ٢٩٧، ٢٩٨، الذخيرة : للقرافي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٩٧.

وبناءً على الرأي الثاني: يجوز للمستعير أن يؤجر العارية لغيره، ولا يكون ضامناً إن هلكت لأن من حقه بناء على عقد العارية أن يؤجرها لغيره فكأنما قد هلكت تحت يده. (١)

الغصن الثاني
الأثر المترتب على إعارة البيانات الالكترونية

يترتب على صحة عقد عارية البيانات الالكترونية أثرٌ هامٌ ألا وهو "إمكان الانتفاع بالبيانات الالكترونية للمستعير بنفسه أو وكيله".

ويتعلق بصحة عقد إعارة البيانات الالكترونية تساؤلٌ ألا وهو: هل يجوز لمستعير البيانات الالكترونية إعارة هذه البيانات لغيره أم أن عقد العارية يكون قاصراً على المستعير فقط؟

تبنى الإجابة على هذا التساؤل على الأثر المترتب على عقد العارية ذاته من مدى جواز إعارة العارية من المستعير للغير، ولقد وقع خلاف بين الفقهاء في هذه المسألة، وما أثير من خلاف بين الفقهاء فيها يثار هنا كذلك(٢) .

والرأي المختار في هذه المسألة إنه لا يجوز للمستعير أن يعير البيانات الالكترونية غيره، لأن استعمال العارية قاصر على المستعير فلا يجوز له أن يعيرها غيره، فله إباحة المنفعة لا ملك المنفعة؛ كما لا يحق له كذلك إجارة البيانات الالكترونية.

---

(١) هذا ولم أذكر الرأي المختار في هذه المسألة لأني قد اخترت الرأي القائل بأن أصل الحكم في العارية هو إباحة الانتفاع بالعارية فقط دون حق التملك، فلا يحق للمستعير أن يعير الشيء المعار، كما لا يحق له كذلك أن يؤجره .

(٢) راجع ما سبق في الغصن السابق من هذا البحث ص .

الـخـاتـمـة

إن موضوع البحث وهو الأحكام الفقهية للتعامل في البيانات الالكترونية" يعد من الموضوعات الهامة في الآونة الحاضرة وذلك لكثرة وقوعه في الحياة العملية؛ ومع كثرة الحديث عن البيانات الالكترونية والتعامل بها وفيها – كذلك- إلا أن الباحثين المحدثين في الفقه الإسلامي[1] – على قدر اطلاعي- لم يتطرقوا إلى طبيعة هذه البيانات، فهل تعد هذه البيانات – البرامج- مالاً أم أنها لا تعد كذلك، وكذلك لم يتطرق الباحثون إلى طبيعة التعامل في هذه البيانات، والتأصيل الفقهي لهذه التعاملات، فهل التعامل – التصرف- الذي يرد على هذه البيانات يعد عقد بيع أم أنه عقد إجارة، أو غير ذلك من العقود، وهل عقد البيع الذي يرد على هذه البيانات هو بيع لملك تام – يشمل الرقبة، والمنفعة أي يشمل البيان ذاته والانتفاع به- أم أنه بيع لملك ناقص – يرد على العين فقط، أو المنفعة فقط-.

لذا قمت في هذا البحث – بحمد الله وتوفيقه- ببحث هذه النقاط الهامة، – وغيرها من النقاط أثناء البحث- محاولاً الإجابة عليها، ولقد خلصت من هذا البحث إلى عدد من النتائج.

---

(١) وكذلك الباحثون في القانون، إلا أن الباحثين في القانون تطرقوا إلى صلة هذه البيانات بمصمميها – مصمموا البرامج – واعتبروها حقاً من حقوق المؤلف، ولم يتطرقوا إلى التأصيل الفقهي لهذه البيانات وطبيعة التعامل فيها من حيث كون التصرف الذي يرد عليها هل هو عقد بيع أم إجارة، وفي عقد البيع هل هو بيع تام أم أنه بيع ناقص – بيع منفعة-.

أهم النتائج:

• إن المقصود بالبيانات الالكترونية: هي" *المعلومات- البيانات- التي تم معالجتها من خلال الحاسب الآلي " الكمبيوتر"، أو غيره من الأجهزة الذكية*[1]*، وتتعلق بالتجميع والتسجيل والإعداد والتعديل والاسترجاع والاحتفاظ، واستغلال المعلومة ودمجها أو تحليلها للحصول على معلومة ذات دلالة خاصة"*

• إن البيانات الالكترونية التي يتم تداولها تتنوع إلى نوعين رئيسيين، والطبيعة الفقهية لهذه البيانات تتوقف على نوع البيانات ذاتها:

فالنوع الأول : البيانات الأساسية: وهي تلك البيانات اللازمة لتشغيل الحاسب الآلي" جهاز الكمبيوتر- أو أجهزة الهاتف، أو غير ذلك من الأجهزة التي يطلق عليها في الوقت الحاضر الأجهزة الذكية "Smart machine" "[2] ، وتسمى هذه البيانات ببرامج التشغيل، وبرامج التطبيق.

والطبيعة الفقهية لهذه البيانات أنها تعد منفعة مرتبطة بالجهاز - متحصلة من الجهاز- .

والنوع الثاني : البيانات المتحصلة من جهاز الكمبيوتر" البيانات المستقلة"، وهي البيانات التي يتم الحصول عليها من جهاز الكمبيوتر، وتكون مستقلة عنه.

والطبيعة الفقهية لهذه البيانات : أنها تعد مالاً مستقلاً بذاتها.

---

(١) ويقصد بها الأجهزة المخصصة للقيام بتجميع البيانات وتحليلها كأجهزة الهاتف الذكي.

(٢) ولقد وجدت هذه الأجهزة في الآونة الأخيرة حتى إن آخر ما وجد منها - حتى كتابة هذا البحث- هو أجهزة المطبخ.

- إن البيانات الالكترونية : يجري عليها أقسام الملكية : فقد تكون الملكية لهذه البيانات ملكية عامة " فلا يرد عليها الملك الخاص ولا يجوز تملكها، وقد تكون الملكية التي ترد عليها ملكية عامة إلا أنه يمكن أن تكون محلاً للملكية الخاصة "ومن ثم لا يجوز أن ترد عليها الملكية الخاصة إلا إذا وجد مسوغ شرعي لذلك، وقد تكون الملكية التي ترد عليها ملكية خاصة، وهو الأصل في هذه البيانات.

- إن البيانات الالكترونية التي ترد عليها الملكية الخاصة يمكن أن تكون الملكية ملكية تامة، وقد تكون ملكية ناقصة.

أ- فإذا كانت الملكية تامة : فإن المالك يحق له التصرف في البيانات ذاتها[1]، وكذلك في الانتفاع بها.

ب-وإذا كانت الملكية ناقصة : فلا يحق للمالك التصرف في البيانات إلا بما يتفق وطبيعة الملكية، فإذا كان المالك لهذه البيانات مالكاً ملكية انتفاع فقط فلا يحق له التصرف بما يخالف ذلك[2].

- إن البيانات الالكترونية يجري عليها كآفة التصرفات الشرعية، سواء أكانت هذه التصرفات بعوض أو بغير عوض، والذي يحدد نوع التصرف الذي يرد على البيانات الالكترونية أمران:

الأول: الغرض من التصرف الوارد على البيانات.

الثاني: نوع البيانات التي يرد عليها التصرف.

---

(١) وذلك بنسخ البيانات- البرامج- أكثر من مرة والقيام ببيعها للمستخدمين.

(٢) فلا يحق للمالك في هذه الصورة أن يقوم بنسخ البيانات وبيعها، إلا أن له أن يبيع البيان ذاته – أي مرة واحدة فقط.

فإذا كان التصرف في برامج التشغيل، والتطبيق المستقلة عن الجهاز " فإن التكييف الفقهي للتصرف في هذه البرامج يتوقف على الغرض من التصرف على الوجه الآتي:

إذا كان الغرض من التصرف في "هذه البرامج " هو "نقل ملكية البيانات" من البائع– المالك الشرعي للبيانات– إلى المشتري بعوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد بيعٍ.

وإذا كان الغرض من التصرف في هذه "البرامج "هو "تملك المنفعة لهذه البيانات" من المالك الشرعي للبيانات إلى المستأجر – المستخدم – بعوض مالي ولمدة زمنية معلومة فإن هذا العقد يعد عقد إجارة.

وإذا كان الغرض من التصرف في هذه البرامج " هو نقل ملكية البيانات من المالك الشرعي للبيانات إلى الغير بغير عوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد هبة.

وإذا كان الغرض من التصرف في هذه البرامج " هو الانتفاع بالبيانات الالكترونية للمستخدم بغير عوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد عارية.

وبهذا فإن: برامج التشغيل ، والتطبيق المستقلة عن الجهاز" يجري عليها كآفة التصرفات الشرعية من بيع، وإجارة، وهبة، وعارية.

وإذا كان التصرف يرد على البيانات المرتبطة بالجهاز "برامج التشغيل، والتطبيق المحمَّلة على الجهاز " مع الجهاز الذي يحملها فإن هذه البيانات تعد منفعة متحصلة من الجهاز، فيجوز التصرف فيها تبعاً للجهاز الذي يحملها بكآفة صور التصرف، فيجري عليها كآفة التصرفات تبعاً للجهاز الذي يحملها.

أما إذا كان التصرف يرد على البيانات المحمَّلة عل الجهاز" برامج التشغيل، والتطبيق المحمَّلة على الجهاز" مستقلاً عن الجهاز الذي يحملها

فإنه حتى يكون التصرف صحيحاً لابد أن يرد التصرف على البرنامج الأصلي دون النسخ التي يتم نسخها من هذا البرامج.

وإذا كان التصرف يرد على البيانات الالكترونية المستقلة عن الجهاز فإن هذه البيانات يجري عليها كآفة التصرفات الشرعية من بيع، وإجارة، وهبة، وعارية.

- إن **بيع** البيانات الالكترونية هو تصرف جائز شرعاً إذا توافرت في البيانات الالكترونية شروط معينة .
- إذا كان التصرف في البيانات الالكترونية يقصد منه إجارة البيانات – البرامج– فإننا نفرق في صحة الإجارة بين فرضين:

أ- **الفرض الأول:** *البيانات المحمَّلة على الجهاز:* ونفرق في هذا الفرض بين أمرين:

الأمر الأول: إذا تم إجارة الجهاز الذي يحمل البيانات للانتفاع بالبيانات الإلكترونية: فهنا عقد الإجارة يكون صحيحاً، وذلك لأن البيانات الالكترونية تعد منفعة متحصلة من الجهاز، وهذه المنفعة مقصودة لذاتها فتصح إجارتها.

الأمر الثاني : إذا تم إجارة الجهاز الذي يحمل البيانات لنسخ البيانات الالكترونية : فهنا عقد الإجارة يكون غير صحيح لأننا نكون أمام أعيانٍ "أموالٍ مستقلة" وهي البيانات الالكترونية المنسوخة، فلا تستحق بعقد الإجارة.

ب-**الفرض الثاني :** *البيانات المتحصلة من الجهاز" المستقلة عن الجهاز*": فيجوز إجارتها وذلك بتحميلها على جهاز الكمبيوتر مدة زمنية بأحد الطرق المتاحة لذلك.

كما أنه يشترط في البيانات الالكترونية محل عقد الإجارة شروطاً حتى يكون العقد صحيحاً.

- إن **هبة** البيانات الالكترونية هو تصرف جائز شرعاً إذا توافرت في البيانات الالكترونية عدد من الشروط.

- إن **إعارة** البيانات الالكترونية تصرف جائز شرعاً إذا توافر في البيانات الالكترونية ضابطاً معيناً.

- يترتب على صحة التصرف في البيانات الالكترونية عدد من الأثار وهذه الأثار تختلف باختلاف العقد.

أ. فإذا كان التصرف في البيانات الالكترونية **عقد بيع** فإنه يترتب على صحة عقد البيع أثر هام ألا وهو : ثبوت ملك البيانات الالكترونية للمشتري، وثبوت ملك الثمن للبائع" ويتفرع عن هذا الأثر عدد من الأحكام.

وقد أثرت في هذا المقام تساؤلاً ألا وهو : ما مدى ثبوت ملك المشتري للبيانات الالكترونية على نسخ البيانات والتصرف فيها؟

ولقد توصلت في ثنايا البحث إلى الإجابة على هذا التساؤل بالآتي:

"إن الأصل هو عدم جواز نسخ البيانات الالكترونية والتصرف في هذه النسخ فهي ليست تابعة للبيانات الالكترونية وبالتالي لا يتملكها المشتري بعقد شراء البيانات الأصلية"

ويترتب على هذا أنه إذا ورد شرط في عقد بيع البيانات الالكترونية يقضي بعدم نسخ البيانات الالكترونية والتصرف في هذه النسخ، فإنه يعد" شرطاً ملائماً للعقد"

أما إذا نص في العقد صراحة على جواز نسخ البيانات والتصرف في النسخ" فهنا يجوز لمشتري البيانات الالكترونية أن يقوم بنسخ البيانات محل العقد والتصرف في هذه النسخ، فهنا العقد قد تضمن شراء البيانات الالكترونية ذاتها والنسخ التي ترتبط بها.

أما إذا خلا العقد على البيانات الالكترونية من شرط يتعلق بنسخ البيانات الالكترونية". فإن هذه النسخ تعد مالاً مستقلاً فلا يحق للمشتري للبيانات أن يقوم بنسخ البيانات والتصرف فيها لأنها مالٌ مستقلٌ وهو لم يتملكه.

ب. وإذا كان التصرف في البيانات الالكترونية عقد **إجارة** فإنه يترتب على صحة الإجارة أثر هام ألا وهو ثبوت ملك المنفعة للمستأجر، وثبوت ملك الأجرة المسماة للمؤجر" وثبوت ملك المنفعة للمستأجر يعطي له الحق- طبقاً للرأي المختار- في إجارة البيانات الالكترونية للغير.

ج. وإذا كان التصرف في البيانات الالكترونية عقد **هبة** فإنه يترتب على صحة الهبة ملك البيانات الالكترونية للموهوب له. وثبوت الملك يكون ثبوتاً لازماً طبقاً للرأي المختار.

د. وإذا كان التصرف في البيانات الالكترونية عقد **عارية** فإنه يترتب على صحة العقد أثرٌ هامٌ ألا وهو "إمكان الانتفاع بالبيانات الالكترونية للمستعير بنفسه أو وكيله". ، وثبوت الانتفاع بالبيانات الالكترونية في عقد العارية يكون قاصراً على المستعير ووكيله- طبقاً للرأي المختار- دون أن يكون له الحق في إعارة البيانات لغيره، أو إجارتها.

أهم التوصيات:

وقد توصلت في هذا البحث إلى عدد من التوصيات أهمها:

• إن التعامل في البيانات الالكترونية لابد أن يخضع لعدد من الضوابط والشروط حتى يكون التعامل صحيحاً:

أ- فإذا كان الغرض من التعامل في البيانات الالكترونية هو " **نقل ملكية البيانات بعوض**" فيشترط في البيانات الالكترونية لصحة التعامل شروطاً ألا وهي:

الشرط الأول: مشروعية البيانات محل العقد

الشرط الثاني: أن تكون البيانات مالاً متقوماً

الشرط الثالث: إمكان حيازتها.

الشرط الرابع: بقاء البيانات الالكترونية مدة زمنية.

الشرط الخامس: إمكانية النقل من جهاز إلى أخر.

ب- وإذا كان الغرض من التعامل في " **الانتفاع بالبيانات الالكترونية بعوض**" فيشترط في البيانات الالكترونية لصحة التعامل عدداً من الشروط ألا وهي:

الشرط الأول: أن تكون البيانات الالكترونية محل المنفعة متحصلة من طريق مشروع بما يجوز إجارتها.

الشرط الثاني أن تكون المنفعة موجودة.

الشرط الثالث : أن تكون المنفعة متقومة.

الشرط الرابع أن تكون المنفعة معلومة .

الشرط الخامس:أن تكون المنفعة مشروعة.

الشرط السادس: أن تكون المنفعة مقصودة لذاتها.

الشرط السابع: أن يتم تسليم المنفعة.

ج. وإذا كان الغرض من التعامل في البيانات " **نقل ملكية البيانات الالكترونية بغير عوض** " فيشترط في البيانات لصحة التصرف عدداً من الشروط ألا وهي:

الشرط الأول: أن تكون البيانات الالكترونية محل العقد متحصلة من طريق مشروع بما يجوز التصرف فيها
الشرط الثاني: أن تكون البيانات محل العقد موجودة وقت العقد
الشرط الثالث: أن تكون البيانات محل العقد مالاً متقوماً
الشرط الرابع : أن تكون البيانات مملوكة للواهب
الشرط الخامس: أن تكون البيانات مقدور على تسليمها

د. وإذا كان الغرض من التعامل في البيانات" **إباحة الانتفاع بالبيانات الالكترونية**" فيشترط في البيانات لصحة العقد شرطاً هاماً: أن تكون البيانات الالكترونية مما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها"

- لا يجوز – طبقاً للقاعدة العامة في التصرف في البيانات الالكترونية– نسخ البيانات والتصرف في النسخ إلا إذا نص العقد على جواز نسخ البيانات والتصرف فيها.

تم بحمد الله وتوفيقه

أهم المراجع

القرآن الكريم
أولاً : علوم القرآن
١) **تفسير الرازي المشتهر بمفاتيح الغيب:** لأبي عبد الله فخر

الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي الشافعي المعروف بالفخر الرازي، دار إحياء التراث العربى

٢) **تفسير النسفى** :لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، ٢٠٠٥، دار النفائس، بيروت– لبنان.

ثانياً : علوم السنة:

البحر الرائق شرح كنز الدقائق	
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع	

ثالثاً: كتب اللغة

البحر الرائق شرح كنز الدقائق	
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع	

رابعاً : كتب الفقه

أ. كتب الفقه الحنفي.

١) **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** : زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت – لبنان.

٢) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**: لعلاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني الحنفي، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

٣) **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق**: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، ١٣١٣هـ ، دار الكتب الإسلامي، القاهرة–

مصر.
٤) **تحفة الفقهاء:** علاء الدين السمرقندي ، ١٤٠٥ – ١٩٨٤دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.
٥) **حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة:** لمحمد أمين بن عابدين، ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت – لبنان.
٦) **الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان:** الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، ١٤١١هـ – ١٩٩١م ، الناشر دار الفكر.
٧) **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** : عبد الرحمن بن محمد ابن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

ب. كتب الفقه المالكي:

١) **إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك:**لعبد الرحمن بن محمد بن عسكر شهاب الدين البغدادي المالكي، المطبعة الإفريقية
٢) **التاج والإكليل لمختصر خليل:** لأبي عبد الله محمد ابن يوسف بن أبي القاسم العبدري، ١٣٩٨، دار الفكر، بيروت – لبنان .
٣) **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل:** لأبي عبد

الله محمد بن علي الخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت – لبنان.

٤) **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير:** لمحمد عرفه الدسوقي دار الفكر، بيروت – لبنان.

٥) **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي:** لأبي عمر يوسف ابن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية

٦) **منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل:** لمحمد عليش. ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م، دار الفكر، بيروت – بيروت.

٧) **مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل:** لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان.

ج. كتب الفقه الشافعي:

١) **أسنى المطالب في شرح روض الطالب:** لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري– الطبعة: الأولى ١٤٢٢ هـ – ٢٠٠٠، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

٢) **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع:** لمحمد الشربيني الخطيب – دار الفكر، ١٤١٥، بيروت – لبنان.

٣) **تحفة الحبيب على شرح الخطيب:** لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، الطبعة : الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م ، دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان .

٤) **الحاوي في فقه الشافعي" الحاوي الكبير":** لأبي الحسن علي ابن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الطبعة : الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤ دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

٥) **المجموع شرح المهذب:** لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى : ٦٧٦هـ) [هو شرح النووي لكتاب المهذب للشيرازي (المتوفى : ٤٧٦ هـ)]، دار عالم الكتب ، الرياض - السعودية.

٦) **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج:** لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، **١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م** دار الفكر ، بيروت - لبنان.

٧) **الوسيط في المذهب:** لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ١٤١٧هـ، دار السلام، القاهرة- مصر.

د. كتب الفقه الحنبلي:

١) **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل:** شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، دار المعرفة، بيروت - لبنان.

٢) **حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع** لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي الطبعة : الأولى – ١٣٩٧ هـ
٣) **زاد المستقنع في اختصار المقنع:** لشرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي: دار الوطن للنشر،الرياض– السعودية
٤) **الشرح الكبير:** لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد ابن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الريان للتراث" دار الكتاب العربي، القاهرة – مصر.
٥) **الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل:** لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي.
٦) **المبدع شرح المقنع** لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم ابن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح،، ١٤٢٣هـ /٢٠٠٣م، دار عالم الكتب، الرياض – السعودية
٧) **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني:** لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥: دار الفكر، بيروت –لبنان.

٥. كتب الفقه الحديث:

البحر الرائق شرح كنز الدقائق
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

خامساً: الموسوعات: الموسوعة الفقهية : تصدها وزارة الأوقاف الكويتية.

سادساً: المواقع الالكترونية:

- المكتبة الوقفية.
- الموسوعة الشاملة.
- **شبكة الألوكة :** موقع الدكتور أحمد إبراهيم خضر

المحتوى	رقم الصفحة
المقدمة	(٣)
الفصل الأول : التعريف بالبيانات الالكترونية وتكييفها الفقهي	()
المبحث الأول: التعريف بالبيانات الالكترونية.	()
المطلب الأول :المقصود بالبيانات الالكترونية.	()
المطلب الثاني : صور البيانات الالكترونية	()
المبحث الثاني :التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية	()
المطلب الأول :تعريف المال والمنفعة في الفقه الإسلامي	()
الفرع الأول : تعريف المال وأقسامه في الفقه الإسلامي	()
الفرع الثاني :تعريف المنفعة في الفقه الإسلامي	()
المطلب الثاني :الوصف الشرعي للبيانات الالكترونية	()
المبحث الثالث :المكلية التي ترد على البيانات الالكترونية	()
المطلب الأول: تعريف الملكية وأنواعها في الفقه الإسلامي	()
الفرع الأول :التعريف بالملكية في الفقه الإسلامي	()
الفرع الثاني : أنواع الملكية في الفقه الإسلامي	()
المطلب الثاني: مدى اعتبار البيانات الالكترونية محلاً للملك	()

الفرع الأول :التعريف بملكية البيانات الالكترونية	()
الفرع الثاني : نوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية	()
الفصل الثاني :التصرفات التي ترد على البيانات الالكترونية	()
المبحث الأول :صور التعامل في البيانات الالكترونية، وتكييفها الفقهي	()
المطلب الأول: صور التعامل في البيانات الالكترونية	()
الفرع الأول :التصرف في الأموال	()
الفرع الثاني :التصرف في البيانات الالكترونية	()
المطلب الثاني: التكييف الفقهي للتصرف في البيانات الالكترونية	()
الفرع الأول :التصرف في البيانات الأساسية" برامج التشغيل"	()
الفرع الثاني: التصرف في البيانات المتحصلة من الجهاز	()
المبحث الثاني : الشروط اللازم توافرها لصحة التعامل في البيانات الالكترونية	()
المطلب الأول : الشروط اللازم توافرها لصحة التصرف في البيانات الالكترونية بعوض	()
الفرع الأول : الشروط اللازم توافرها لصحة عقد البيع	()
الغصن الأول : شروط صحة عقد البيع	()
الغصن الثاني : الشروط الخاصة بصحة بيع البيانات الالكترونية	()
الفرع الثاني : الشروط اللازم توافرها لصحة عقد الإجارة	()

الغصن الأول :شروط صحة عقد الإجارة	()
الغصن الثاني : الشروط الخاصة بصحة إجارة البيانات الالكترونية	()
المطلب الثاني : الشروط اللازم توافرها لصحة التصرف في البيانات الالكترونية بغير عوض	()
الفرع الأول : الشروط اللازم توافرها لصحة عقد الهبة	()
الغصن الأول : الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه لصحة عقد الهبة .	()
الغصن الثاني : الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة الهبة	()
الفرع الثاني : الشروط اللازم توافرها لصحة عقد العارية	()
الغصن الأول : الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه لصحة عقد العارية	()
الغصن الثاني: شروط صحة إعارة البيانات الالكترونية	()
المبحث الثالث : الأثر المترتب لصحة العقد على البيانات الالكترونية	()
المطلب الأول : الأثر المترتب على صحة التصرف في البيانات الالكترونية بعوض.	()
الغصن الأول : الأثر المترتب على صحة عقد البيع	()
الغصن الثاني : الأثر المترتب على بيع البيانات الالكترونية	()
الفرع الثاني: الأثر المترتب على صحة إجارة البيانات الالكترونية	()

الغصن الأول : الأثر المترتب على صحة عقد الإجارة	()
الغصن الثاني :الأثر المترتب على إجارة البيانات الالكترونية	()
المطلب الثاني :الشروط اللازم توافرها لصحة التصرف في البيانات الالكترونية بغير عوض.	()
الفرع الأول :الأثر المترتب على صحة هبة البيانات الالكترونية	()
الغصن الأول : الأثر المترتب على صحة عقد الهبة	()
الغصن الثاني: الأثر المترتب على هبة البيانات الالكترونية	()
الفرع الثاني :الأثر المترتب على صحة إعارة البيانات الالكترونية	()
الغصن الأول : الأثر المترتب على صحة عقد العارية	()
الغصن الثاني :الأثر المترتب على إعارة البيانات الالكترونية	()
الخاتمة	()
أهم المراجع	()
فهرس المحتويات	()